



LACB
Nº 70006964365
2003/CÍVEL

DANO MORAL. CIGARROS. NÃO REALIZAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, SOB ALEGAÇÃO DE MATÉRIA EXCLUSIVA DE DIREITO. PRELIMINAR DE NULIDADE.

A matéria exige exame do nexos de causalidade, nos termos do art. 159, do CCB/1916, e art. 12, par. 1º, do CDC, razão pela qual necessária a dilação probatória mais ampla, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Inversão do ônus da prova: recomendação ao magistrado para examiná-la frente ao princípio da livre convicção do julgador que, poderá ou não, adotar. PRELIMINAR ACOLHIDA. APELO PROVIDO, PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70006964365

COMARCA DE CAPÃO DA CANOA

ARTHUR ZIMPECK JUNIOR E
LEA ESTHER ZIMPECK,

APELANTES;

PHILIP MORRIS BRASIL S/A.,

APELADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em dar provimento à apelação, para desconstituir a sentença.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, Revisor e DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI.



LACB
Nº 70006964365
2003/CÍVEL

Porto Alegre, 19 de novembro de 2003.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)

Adoto o relatório de fls. 1239.

ARTHUR ZIMPECK JÚNIOR e LÉA ESTHER ZIMPECK ajuizaram ação de indenização por danos morais contra **PHILIP MORRIS BRASIL S/A.**, alegando que o pai e esposo dos Autores faleceu de edema agudo do pulmão, moléstia contraída devido ao tabagismo, vício adquirido em função da maciça propaganda em favor do consumo de cigarros.

Contestado, replicado e instruído regularmente o feito, o Juízo da 2ª Vara Cível de Capão da Canoa entendeu improcedente o pedido de indenização por danos morais, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, sob o fundamento de que a conduta da Empresa-Ré está legalmente amparada e, por consequência, não atende ao pressuposto básico do direito à indenização: a ilicitude da ação ou omissão.

Inconformados com a decisão, **ARTHUR ZIMPECK JÚNIOR e LÉA ESTHER ZIMPECK** apelaram, sustentando, em preliminar, a anulação da sentença, por não ter o Magistrado oportunizado a produção das provas requeridas, além de não ter enfrentado as questões pela Apelante submetidas, em violação ao art. 458, III e 460, ambos do CPC.

No mérito da demanda, postulam a reforma do **decisum**, invocando a aplicação do art. 334, do CPC, posto ser explícita a confissão do demandado presente nas carteiras de cigarros. Diz, ter sido consagrado no



LACB
Nº 70006964365
2003/CÍVEL

Novo Código Civil, no art, 927, o princípio de que cada um deve suportar os riscos de sua atividade, o que, segundo seu entendimento, já se encontrava previsto no art. 159, do Código Civil de 1916. Defende que o fato de a atividade ser lícita, não elide o dever de indenizar, citando como exemplo, o caso da aviação, onde companhia transportadora – que possui atividade lícita -, indeniza as famílias pela morte decorrente de acidente aéreo.

Não houve manifestação do Ministério Público.

É o relatório.

VOTOS

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)

Início pela análise da preliminar de nulidade suscitada pelo Apelante, por prejudicial ao exame do mérito.

O Magistrado à fl. de nº 1052 (volume VI) determinou às partes que se manifestassem sobre as provas a serem produzidas. O Apelante requereu (fl. 1054) o depoimento de duas testemunhas; do representante legal da Empresa-Ré; do médico do falecido. A Ré entendeu, inicialmente, devesse o feito ser julgado sem a produção de provas, no entanto, caso fosse produzida, pretendia oportunidade para arrolar as suas testemunhas e efetiva de prova pericial.

Conclusos os autos, o Magistrado, entendendo tratar-se de matéria exclusiva de direito, julgou improcedente a demanda.

Entendo deva ser acolhida a preliminar de nulidade argüida, com o objetivo de aferir a existência do nexos de causalidade entre a morte de ARTHUR ZIMPECK e o consumo de cigarros fabricados pela Companhia-Ré.

Veja que há necessidade da prova do nexos causal, bem como de eventual inversão da prova com base no Código de Defesa do Consumidor, levando em conta o magistrado, se for o caso, o disposto no art. 335, do CPC.



LACB
Nº 70006964365
2003/CÍVEL

Assim, **dou provimento ao recurso**, para anular a sentença a partir das fls. 1238, desconstituindo a sentença, oportunizando a produção de provas com o objetivo de estabelecer, então, o nexo de causalidade.

É o voto.

DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO (REVISOR) - Sr. Presidente, estou de acordo com V. Exa.

Tenho que a matéria não é apenas de Direito, e, além disso, como bem V. Exa. ponderou, o douto Juiz de 1º Grau instou as partes a que se manifestassem sobre as provas que pretendiam produzir, tendo os apelantes autores requerido o depoimento das testemunhas, do representante legal da demandada e do médico do falecido.

Entretanto, o magistrado de 1º Grau entendeu de julgar antecipadamente o feito.

Esta matéria, como se sabe, pode ser conhecida de ofício pelo julgador em qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição. Trata-se de preservar o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente previstos.

No caso dos autos, a matéria foi alegada pelos autores na apelação, quer dizer, independeria de se examinar até de ofício, mas se poderia.

Razão pela qual, como bem expressou V. Exa., deve ser desconstituída a sentença para que o processo seja instruído em 1º Grau.

Eu até ousaria sugerir à Câmara que, como se aplica ao caso o Código de Defesa do Consumidor, desde logo, se invertesse o ônus da prova, já que o processo vai ser instruído, e também porque penso que a instrução do processo, enfim, é tema de ordem pública também.

A alegada efetividade do processo, que eu prefiro chamar de efetividade do Direito, não é algo disponível pelas partes, embora haja o



LACB
Nº 70006964365
2003/CÍVEL

princípio do dispositivo, é certo, mas tantos dispositivos, como o art. 130, o art. 343, o art. 418, o art. 437, dentre tantos outros do CPC, demonstram que a questão da instrução probatória, uma vez angularizada a lide, é questão de ordem pública e que deve, sim, o Juiz tratar desse tema com a máxima seriedade, buscando a verdade real, que é o princípio que, fundamentalmente, informa o processo e por que não dizer a própria Justiça, no caso concreto.

Então, Sr. Presidente, em função de assim entender é que eu estaria sugerindo à Câmara, se assim entenderem os Colegas, que, desde logo, se possa até inverter o ônus da prova para que a instrução processual em 1º Grau seja feita já de acordo com o que determina a lei.

É nesse sentido a minha manifestação.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI – De acordo com o relator, posicionando-me no sentido de que o magistrado “a quo” examine, no âmbito do princípio da livre convicção que norteia a função judicante, as ponderações feitas pelo em. Des. Cassiano e que também constam no seu voto, Sr. Presidente.

Apelação Cível n.º 70006964365, de CAPÃO DA CANOA – A decisão é a seguinte: **“DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA. UNÂNIME”**.

Julgador(a) de 1º Grau: MARIO ROMANO MAGGIONI