

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 851.924 - RS (2006/0067148-0)

RELATOR : **MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
AGRAVANTE : LAURA GENI DA SILVA E OUTROS
ADVOGADOS : GARIBALDI ALMEIDA WEDY
GUSTAVO BOHRER PAIM E OUTRO(S)
JULIANO SPAGNOLO
MIGUEL TEDESCO WEDY
AGRAVADO : PHILIP MORRIS BRASIL S/A
ADVOGADOS : ALESSANDRA RODRIGUES BERNARDES OSHIRO E OUTRO(S)
UBIRATAN MATTOS E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de agravo interno interposto por LAURA GENI DA SILVA, NOELI FRANCISCA DA SILVA MORAES, VALMIR EDUARDO DA SILVA, VALDOIR FRANCISCO DA SILVA, NOIR DA SILVA FERRAZ, ADAIR FERREIRA DE MORAES e JAIRO ALVEZ FERRAZ, contra decisão unipessoal do i. Min. Relator, que negou seguimento a recurso especial.

Ação: de indenização por danos materiais e morais ajuizada pelos recorrentes em desfavor de SOUZA CRUZ S.A. E PHILIP MORRIS BRASIL S.A., em virtude de males que alega decorrerem do tabagismo. Aduzem que, induzido pelas propagandas veiculadas pela recorrida, o Sr. Eduardo Francisco da Silva, esposo, pai e sogro dos recorrentes, acabou por consumir seus produtos, vindo a se viciar em virtude das substâncias agregadas ao cigarro, as quais também são tóxicas e acabaram por lhe acometer de câncer pulmonar, doença que o levou a óbito.

Sentença: julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, sob o argumento de que “a atividade das empresas demandadas, no que tange ao cultivo do fumo, preparação do cigarro e sua comercialização é lícita” e de que “o falecido Eduardo, fumou por seu livre arbítrio, por que tal ato lhe trazia prazer”, caracterizando “culpa exclusiva do consumidor” (fls. 1.018/1.041, 7º volume).

Superior Tribunal de Justiça

Acórdãos: o TJ/RS, por maioria, deu parcial provimento ao apelo do recorrido (fls. 2.583/2.649, 14º volume), dando azo à interposição de embargos infringentes pela recorrida, os quais foram acolhidos pelo TJ/RS, nos termos do acórdão (fls. 3.522/3.556, 18º volume) assim ementado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. MORTE DO FUMANTE. CÂNCER. INDUSTRIALIZAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS. LICITUDE DA ATIVIDADE. CONTROLE ESTATAL DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO. DROGA LÍCITA.

Não constituindo uma prática ilegal a produção e comercialização de cigarros, e sendo atividade permanentemente controlada pelo Estado, não só na industrialização como na comercialização do fumo, inobstante os sabidos malefícios à saúde que o fumo traduz, que já eram de conhecimento do público consumidor desde os primórdios da atividade, não se colore de ilegal a prática, descabendo responsabilizar-se a indústria por doenças eventualmente desenvolvidas pelo hábito de fumar (tabagismo). Hipótese em comento em que eventual responsabilidade da fabricante se afere sob a ótica da Teoria da Responsabilidade Subjetiva.

LIVRE ARBÍTRIO E POSSIBILIDADE DE PARAR COM O USO DO CIGARRO

A atividade de fumar é daquelas que tem início e continuidade mediante livre arbítrio do cidadão, não se podendo reconhecer que a atividade de fumar tenha início e se dê tão somente por força de propaganda veiculada pela indústria fabricante de cigarros. Também é certo afirmar que eventual vício contraído pelo usuário do fumo não é permanente e irreversível, já que a cessação da atividade de fumar é um fato notório e que depende única e exclusivamente do consumidor.

CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

Considerando-se que os fatos tiveram início antes do advento do diploma consumerista - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC - Lei 8.098/90, não tem ele aplicação ao caso concreto. Relação que se dá sob a análise do já revogado Código Civil de 1916.

EMBARGOS CONHECIDOS EM PARTE. PRELIMINARES REJEITADAS, POR MAIORIA. EMBARGOS ACOLHIDOS, POR MAIORIA”.

Embargos de declaração: interpostos pelos recorrentes, foram rejeitados pelo TJ/RS (fls. 3.572/3.578, 18º volume).

Recurso especial: interposto com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, alega ofensa aos arts. 159 do CC/16, 186 do CC/02, 131, I, do CCom e 4º, III, 6º, VIII, 12 e 37 do CDC; além de dissídio jurisprudencial (fls. 3.586/3.679, 19º volume).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/RS admitiu o recurso especial (fls.

4.052/4.054vº, 20º volume).

Decisão unipessoal: o i. Min. Relator proferiu decisão monocrática, negando seguimento ao recurso especial (fls. 4.116/4.122, 20º volume), dando azo à interposição de agravo interno.

Voto do Relator: nega provimento ao agravo regimental, afirmando haver ofensa à Súmula 07/STJ.

Voto do Min. Paulo Furtado: acompanha o i. Min. Relator.

Voto do Min. Massami Uyeda: acompanha o i. Min. Relator.

Cinge-se a lide a determinar a existência de responsabilidade civil de empresa tabageira pelo falecimento de fumante em decorrência de câncer pulmonar. Incidentalmente, discute-se a aplicabilidade do CDC à hipótese dos autos.

O i. Min. Relator, entretanto, não chegou a apreciar o mérito da ação, tendo entendido pela impossibilidade de conhecimento do recurso especial, suscitando o óbice da Súmula 07/STJ, no que foi acompanhado pelos i. Min. Massami Uyeda e Paulo Furtado.

Na minha visão, porém, o presente recurso merece ser conhecido.

Dessa forma, por uma questão de ordem, proponho sejam primeiro discutidas as preliminares de admissibilidade do recurso especial, para que, acaso V.Exas. concordem com minhas ponderações, se prossiga na apreciação do mérito da controvérsia.

I. Dos limites de cognição do recurso especial

De acordo com o voto condutor, a reforma do julgado demandaria o reexame do substrato fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 07/STJ.

Entretanto, como bem ressaltado pelo Juiz de 1º grau de jurisdição, que entendeu cabível o julgamento antecipado da lide – decisão esta referendada pelo TJ/RS – a questão posta a desate nestes autos “*traz consigo, intrínsecos, vários aspectos que guardam relação direta com o subjetivismo de cada julgador*” (fls. 1.026, 7º volume).

Da mesma forma, a Relatora do acórdão que decidiu a apelação, ao se manifestar

Superior Tribunal de Justiça

acerca dos “*atos postos a julgamento*”, ressalta que este se dá, entre outras coisas, com base na “*bagagem pessoal do Magistrado prolator*” (fls. 2.594, 14º volume).

Em outras palavras, diversas das premissas adotadas pelo 1º e 2º grau de jurisdição não advêm das provas dos autos, mas da valoração jurídica conferida pelo julgador àquilo que sabe sobre o tabagismo, a partir da sua própria experiência de vida, criação, cultura e visão do mundo.

Nesse aspecto, esta Corte já teve a oportunidade de decidir que não é nula a decisão se o Juiz, “*fazendo alusão a fatos de seu conhecimento pessoal, advindos de sua experiência de vida, os sopesa com aqueles extraídos dos autos, formando, assim, a sua livre convicção*” (RHC 6.190/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 19.12.1997).

Assim, aos fatos especificamente relacionados à ação (por exemplo, a data em que a pessoa começou a fumar e quando adoeceu, a doença de que foi acometido etc.) – estes sim alcançados pelo óbice da Súmula 07/STJ – agregaram-se outros, intrínsecos a cada julgador e retirados da sua própria vivência, resultando na tipificação dos atos praticados pelas partes.

Conforme lição de Benjamin Nathan Cardozo, renomado membro da Suprema Corte americana, parte do processo decisório empreendido pelo Juiz envolve a interpretação da consciência social, dando-lhe efeito jurídico (A natureza do processo judicial e a evolução do direito. Trad. Leda Boechat. Porto Alegre: AJURIS, 3ª ed., 1978). Esse processo exegético não deriva da apreciação das provas carreadas aos autos, mas da experiência de vida cumulada pelo julgador, não jungida aos limites impostos pela Súmula 07/STJ.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni leciona que “*o conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos (...). Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: (...) iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; (...) viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor*

Superior Tribunal de Justiça

abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório” (in “Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”. Revista Genesis de Direito Processual Civil, Curitiba, número 35, pp. 128-145).

Na espécie, ao concluir que *“há culpa exclusiva do consumidor, que assumiu voluntariamente o risco de desenvolver doenças pulmonares e/ou outras moléstias a partir do hábito de fumar”* (fls. 2.596), que *“custa crer que o de cujus, com o aprimoramento da propaganda e insistente veiculação do fumo nos veículos de massa, por isso e a partir disso se mantivesse apegado ao vício”* (fls. 2.597) ou que é *“difícil afirmar-se que o cigarro foi causa precípua e indissociável do processo de desenvolvimento de doença pulmonar no de cujus, embora o fumo esteja a ela relacionado”* (fls. 2.598), a Relatora na origem não se baseou nas provas carreadas aos autos, mas nas impressões por ela acumuladas ao longo da vida sobre o hábito de fumar.

A análise dessas proposições, fruto exclusivo da experiência individual do julgador, não implica reexame da prova. Caracteriza apenas a reapreciação de juízos de valor que serviram para dar qualificação jurídica a determinada conduta.

José Carlos Barbosa Moreira bem observa que, embora não seja lícito ao STJ repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo Tribunal de origem, *“sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que fizera o órgão a quo, em ordem a extrair deles conseqüências jurídicas também diferentes”* (Comentários ao código de processo civil. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 7ª ed., 1998, p. 580).

Outra não é a posição do STJ, que possui entendimento assente quanto à possibilidade de se conhecer de recurso especial *“centrado na valoração jurídica de fatos certos e não na prova”* (REsp 1.091.842/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 08.09.2009. No mesmo sentido: AgRg no Ag 1.108.738/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 11.05.2009; e AgRg no AgRg no REsp 692.752/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 03.09.2007).

Em suma, portanto, o conhecimento deste recurso especial, como meio de revisão do juízo de valor expresso no acórdão do TJ/RS, se mostra absolutamente viável; sempre atento, porém, à necessidade de se admitirem os fatos tal como delineados pelo 1º e 2º grau de

Superior Tribunal de Justiça

jurisdição, sendo incontroverso nos autos que o Sr. Eduardo Francisco da Silva fumou “*por mais de 40 anos*”, bem como que, “*em julho de 1995 foi constatado que estava com câncer, vindo a falecer em 28/09/97*”, “*com 57 anos de idade*”, tendo constado na declaração de óbito “*como causa da morte 'parada cardíaca', e como causas antecedentes 'arritmia cardíaca', 'câncer pulmonar', além de 'enfisema pulmonar'*” (fls. 2.602/2.603, 14º volume).

II. Do prequestionamento

Apesar do i. Min. Relator não ter acusado a falta de prequestionamento, considero importante superar também esta preliminar, tendo em vista que o tema foi abordado nas contrarrazões da recorrida.

Nesse aspecto, assiste parcial razão à recorrida, no ponto em que sustenta a ausência, ainda que implícita, de prequestionamento do art. 131, I, do CCom, a despeito da interposição de embargos de declaração, o que inviabiliza a apreciação do recurso especial à luz de tal dispositivo legal. Incide ao particular a Súmula 211/STJ.

Por outro lado, em relação aos artigos do CDC mencionados nas razões recursais, cumpre frisar que o TJ/RS considerou a Lei nº 8.078/90 inaplicável à espécie, de sorte que referidos artigos não foram analisados por aquele Tribunal.

Todavia, há no recurso especial alegação de que o CDC incide na hipótese dos autos, tese que, se acolhida, permitirá a aplicação do direito à espécie por esta Corte, conforme faculta o art. 257 do RISTJ, independentemente do reexame de provas.

Com efeito, este STJ já assentou, em mais de uma oportunidade, que, “*superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, de acordo com o art. 257 do RISTJ e com a Súmula nº 456/STF*” (AgRg no REsp 1.065.763/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14.04.2009. No mesmo sentido: REsp 1.080.808/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.06.2009; e REsp 979.093/PE, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 23.06.2008).

Avançando nesta linha de raciocínio, a 3ª Turma já decidiu que “*o Superior*

Superior Tribunal de Justiça

Tribunal de Justiça deve, em um primeiro momento, debruçar-se sobre a matéria de direito trazida no recurso especial, a fim de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação federal. Em seguida, afastado o fundamento jurídico do acórdão a quo, cumpre a esta Corte Superior julgar a causa, aplicando, se necessário, o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF. Ao aplicar o direito à espécie, o Superior Tribunal de Justiça poderá mitigar o requisito do prequestionamento ao valer-se de questões não apreciadas diretamente pela Instância de origem nem ventiladas no apelo nobre” (AgRg nos EDcl no Ag 961.528/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 11.11.2008).

Portanto, superada a base jurídica da decisão recorrida, caberá ao STJ aplicar o direito à espécie, inclusive mediante apreciação da alegação de ofensa aos arts. 4º, III, 6º, VIII, 12 e 37 do CDC, porque não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação.

Finalmente, noto que os arts. 159 do CC/16 e 186 do CC/02 foram expressamente prequestionados pelo TJ/RS, viabilizando o conhecimento do recurso especial também com base nestes dispositivos legais.

Forte em tais razões, voto pela possibilidade de dar provimento ao agravo regimental e conhecer do recurso especial.