

Apelação Cível n. 2007.029919-6, de Urussanga
Relator: Des. Eládio Torret Rocha

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR DE CIGARROS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AJUIZADA EM RAZÃO DO DESENVOLVIMENTO DE CÂNCER DE PULMÃO. RESPONSABILIDADE DAS INDÚSTRIAS FUMAGEIRAS. FALECIMENTO DA AUTORA NO DECORRER DO PROCESSO. HABILITAÇÃO DO SEU ÚNICO HERDEIRO. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. AUSÊNCIA DO HABILITADO, PORÉM, COM RENOVAÇÃO ESCRITA DE PEDIDO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO. CONDUTA DO JULGADOR INCOMPATÍVEL COM AS QUESTÕES FÁTICAS DA CAUSA. INCLUSÃO DE TEMA ATÉ ENTÃO ALHEIO AO EMBATE PROCESSUAL. CAUSAÇÃO DE SURPRESA ÀS PARTES. DESCONSIDERAÇÃO DOS INUMEROS PLEITOS DE PROVAS OPORTUNAMENTE REALIZADOS. CONFIGURAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. OFENSA AO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

O sistema processual não permite prognósticos do magistrado acerca da conseqüência da atividade probatória, uma vez presentes os atributos da pertinência, da relevância e da controvérsia. Deve-se aguardar, logicamente, a efetiva instrução do processo para, aí então, proceder-se a juízos sobre os seus resultados.

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, possui estreita correlação com o postulado da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional buscou indicar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

A parte tem o direito de alegar e provar o que alega. Claro que, por conta da incidência do princípio dispositivo no âmbito do processo civil, pode ela optar por restringir o alegado e o que se pretende provar, mas uma vez escolhida

a defesa plena de seus interesses, tem o direito de fazê-lo com a máxima liberdade.

O Estado, por seu turno, tem o dever de respeitar e garantir o exercício deste específico direito fundamental (até mesmo para que se possa legitimar como Estado), especialmente se se tratar de processo judicial, o qual só ganha contornos de legitimidade quando assegura ao cidadão o direito de dele participar efetivamente, influenciando concretamente na decisão que atingirá sua esfera de interesses.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.029919-6, da comarca de Urussanga (Vara Única), em que é apelante Alexandre Nichele, e apeladas Souza Cruz S.A. e Phillip Morris Brasil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, cassar a sentença e determinar a realização da instrução probatória pretendida. Custas legais.

RELATÓRIO

Sentença lançada pelo magistrado Ricardo Machado de Andrade — cujo relatório adoto (fls. 2.237/2.238 - v. 7) — com fulcro no art. 330, inciso I, do CPC, julgou improcedente a ação de indenização por danos morais proposta por Agenir Nichele contra Souza Cruz S.A., e extinguiu o processo, sem resolução de mérito, com relação à Phillip Morris Brasil S.A, com base no art. 267, inciso VI, do CPC.

Narrou a autora, em suma, ter adquirido câncer de pulmão por conta do uso prolongado dos cigarros produzidos pela rés. No decorrer do processo, por conta de seu falecimento (certidão de óbito - fls. 1.503, v. 6), houve a adequada habilitação de seu filho e único sucessor, Alexandre Nichele, (fls.

2.173 – verso, v. 6) o qual, inconformado com o teor do decisório, apelou, alegando, em suma, o seguinte: a) houve cerceamento de defesa, por conta do julgamento antecipado da lide, o qual lhes negou a oportunidade de produção de provas tempestiva e insistentemente requeridas; b) o quadro probatório enseja a imperiosa condenação das apeladas pelo reconhecimento das suas responsabilidades pela morte de Agenir Nichele, pois presentes todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Respondendo ao recurso, as apeladas argumentaram, em síntese, que: a) mostra-se correto o julgamento antecipado da lide, cuja sentença se encontra de acordo com a posição consolidada nos tribunais e no entendimento da doutrina nacional; b) restou incomprovado o nexo de causalidade entre o óbito da autora e o consumo dos produtos por elas produzidos; c) por conta das questões de direito postas na demanda, prescinde-se da análise das questões de fato e de suas conseqüências probatórias; d) suas atividades comerciais são lícitas; e) estão ausentes os elementos exigidos para a configuração das suas responsabilidade pelo aludido óbito.

É o sucinto relatório.

VOTO

O apelo foi interposto a tempo e modo e dele conheço.

É conveniente enfatizar, antes de tudo, por absolutamente relevante, a impossibilidade de serem adotadas, aprioristicamente, premissas sobre os temas jurídicos e fáticos que subjazem às ações indenizatórias ajuizadas em face de empresas fabricantes de cigarro.

No contexto de incertezas e de posicionamentos tão divergentes, como os existentes nessas demandas, deve prevalecer o exame da casuística, vez que, não há negar, as ações indenizatórias, como a ora enfocada,

possuem características peculiares e singularizantes.

Posicionamento contrário, apriorístico, ao meu ver, pode pecar pela retirada de parcela da força normativa existente nos postulados constitucionais, dentre os quais destaco as que interessam à análise dessa questão, a saber, as que prevêm o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o efetivo acesso à Justiça.

É que, em verdade, o estado inicial das discussões aqui travadas impõe seja este o momento de os atores jurídicos se municiarem com o maior número de informações possíveis a respeito da lide (sejam dados jurídicos, técnico-científicos ou mesmo máximas de experiência), sem rechaçar, de antemão, qualquer argumento e/ou dado lançado na discussão.

E esse aspecto se reflete, por certo, também no universo da produção probatória a que se dá ensejo no âmbito dessas causas.

É consabido que, nos poucos conflitos que já desaguaram no Poder Judiciário nacional, as teses diametralmente contrapostas já foram lançadas, ambas com respeitáveis adeptos e substanciosas fundamentações.

Não se desconhece, neste vértice, que, se sopesados somente os aspectos quantitativos, a balança pende para aquela corrente que não admite a responsabilização das empresas fumageiras por morte ou doenças eventualmente causadas por seus produtos.

Forçoso reconhecer, por outro lado, que ainda não há jurisprudência consolidada em nosso País a respeito do tema, haja vista: a) o baixo número de pretensões efetivamente objeto de análise judicial; b) a fase inicial em que se encontra a busca por indenizações dessa espécie; e, c) a falta de manifestações dos tribunais superiores a respeito.

Há, entretanto — e isso se não pode desconsiderar — vários precedentes sobre o tema que, na sua grande maioria, rejeitam a tese

responsabilizatória.

Por ora, todavia, restrinjo-me à análise da preliminar de cerceamento de defesa suscitada na apelação enfocada, adiantando, a propósito, a postura metodológica adotada em meu voto e que servirá de guia à análise subsequente.

Filio-me, pois, àqueles que buscam compreender toda a realidade fático-normativa, que exija a elaboração de juízos de valor a partir do manancial teórico-hermenêutico colocados pela normatividade constitucional, de modo que, com os "olhos da Constituição" (cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. Saraiva, 2008), sempre se propicie, no trato de qualquer tema, a efetivação dos direitos fundamentais e o total respeito à dignidade da pessoa humana — vetor antropológico este cuja axiologia deve, de resto, pautar toda e qualquer decisão judicial.

Assim agindo concretizo, ao meu sentir, o princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual os seus aplicadores, ao solicionarem conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas e princípios que dela defluam.

É que, segundo J. J. G. Canotilho, "na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos de constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'actualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sus eficácia permanente" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 229).

Não descuro, do mesmo modo, do princípio da máxima efetividade, segundo o qual às normas constitucionais deve ser dada a mais

ampla e possível eficácia social, visto, ainda segundo o grande jurista luso acima referido, ser "um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e [...] é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais" (Op. Cit. P. 227).

A partir desses paradigmas interpretativos é que igualmente aprecio, por conseguinte, a decisão recorrida que julgou antecipadamente a lide (sem se olvidar, reafirmo, por imprescindível, a importância das circunstâncias do caso concreto), uma vez íntimas as suas relações com o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o devido acesso à Justiça.

Ora, as normas principiológicas (inclusive as que veiculam direitos fundamentais) não são dotadas, como cediço, de contornos absolutos, devendo o intérprete buscar identificar, também na legislação infraconstitucional, mitigações justificadas.

E somente será válida a flexibilização referida se — e somente se — as normas que a instituírem tenham como finalidade a concreção de outros valores igualmente dignos de tutela.

É o que ocorre, sem dúvida, com o instituto do julgamento antecipado da lide, em que se busca a efetivação de outros princípios de relevo, quais sejam, o da celeridade e da economicidade processuais.

Entrementes, apenas o legislador, e de forma compatível com os valores constitucionais, é que pode traçar as linhas limitativas do direito à ampla defesa, estabelecendo, especificamente, em quais casos caberá o julgamento antecipado da lide.

E, atualmente, estas normas vêm esculpidas no art. 330 do CPC. Ei-lo:

"Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo

sentença:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver a necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer a revelia (art. 319)".

No entanto, quando se tem em conta o caso enfocado, no qual o pedido de indenização tem embasamento em problemas de saúde e óbito oriundos de anos de consumo do cigarro, deduz-se que as provas requeridas pela autora e, após, pelo habilitado — e consideradas desnecessárias pelo juízo que julgou antecipadamente a lide — afiguram-se, de fato, pertinentes, com relevância para a resolução do mérito, destinando-se aos esclarecimentos dos pontos controvertidos na lide.

Digo provas pertinentes, porque relacionadas diretamente com o fato constitutivo do eventual direito do autor, e, relevantes, vez que capazes de influir sobre o julgamento do mérito.

Assim é que, da análise percuciente da questão enfocada, constato que a então autora, ao se decidir pelo ajuizamento da ação, intentava demonstrar, dentre outros pontos: a) o nexo de causalidade (entre a doença que posteriormente a vitimou e o tabagismo); b) a condição efetiva de "viciada" (que a impediria de deixar de fumar), pois a autora não se contentou, de modo legítimo, em simplesmente lançar mão do entendimento de que a nicotina vicia, mas que, no caso concreto, houve a efetiva adicção ao componente químico do produto, o qual teria impedido a cessação do seu uso; c) que a pessoa, de fato, era consumidora das marcas de cigarro indicados na inicial; e, d) que as estratégias publicitárias então utilizadas incitaram-lhe ao experimento.

Todos esses fatos deduzidos na inicial, sem dúvida, estão devidamente relacionados com a denominada causa de pedir remota, não

restando dúvidas, portanto, quanto à adequação e cabimento das provas testemunhais e documentais oportunamente requeridas e cuja produção restou sonegada pelo juízo singular, via julgamento antecipado da lide.

A título de exemplo, vislumbra-se, nesse contexto, a concreta possibilidade de, via prova testemunhal, buscar-se, dentre outras particularidades, a demonstração: a) das marcas de cigarro efetivamente utilizadas pelo consumidor tanto mais porque são duas as produtoras de cigarro enoveladas no processo; b) do período em que houve realmente a utilização dos aludidos produtos; c) dos indícios de eventual abstinência — por sua vez, indicativa de adicção; d) das eventuais tentativas frustradas de largar o vício; e) do agravamento paulatino da doença, etc, etc... Todos estes pontos, aliás, poderão igualmente merecer corroboração por depoimentos de médicos que participaram do tratamento da falecida, também capazes de agregar elementos à lide.

Já na via documental, por outro lado, não se constitui fantasiosa a conjectura da inserção no debate de mais dados técnicos a demonstrar o nexo de causalidade, ou demais informações técnicas que possam militar a favor da pretensão do apelante.

E, ademais, é manifesta a controvérsia fática explicitada nos autos, em virtude das alegações que não puderam ser provadas em confronto com as manifestações das apeladas (fls. 75/158, 1022/1055, 2196/2200, 2282/2313, 2560/2593, etc.), também a tornar imperativo, por conseguinte, a instrução do processo.

E acerca de todas essas questões, de irrecusáveis contornos fáticos, deve-se, pois, ser oportunizada ao apelante a adequada instrução probatória, para que não se venha, posteriormente, a ser julgado improcedente — como sói acontecer nessas hipóteses — o pedido indenizatório, justamente

por falta de prova do nexo de causalidade, da ausência do vício da nicotina no caso concreto, do efetivo consumo dos produtos individualizados na exordial e da incapacidade de as propagandas levarem o consumidor ao seu uso específico.

Ou, então, que não se perca de vista a possibilidade de, num outro momento recursal, ser decidido pela anulação do processo para a produção da prova em audiência, aí, pois, com graves prejuízos às partes e ao princípio da economicidade, uma vez encampada a premissa jurídica, pela Corte revisora, de que atividade lícita não se confunde com ato ilícito.

Sim, porque os fundamentos utilizados por aqueles que não acatam os pleitos indenizatórios desta espécie (e igualmente balisadores da decisão apelada) são, entre outros, os seguintes: a) impossibilidade de comprovação do nexo causal entre a doença e o consumo de tabaco; b) o fato de que a nicotina não é viciante e de que "pára de fumar quem quer"; c) de que não se consegue comprovar com exatidão que o vitimado utilizou-se especificamente daqueles produtos de fabricação de dada empresa fumageira; e d) de que a publicidade levada a efeito pelas empresas de cigarro não tinham o condão de fazer com que o indivíduo se iniciasse no uso do tabaco.

Impróprio e contraditório, para se dizer o mínimo, impedir que sejam produzidas provas exatamente de fatos tomados como premissas das decisões denegatórias da responsabilidade civil pleiteada, promovendo-se uma injustificada concessão de privilégios antiisonômicos às empresas produtoras de cigarro, em detrimento da parte mais frágil da relação jurídica de consumo.

Ademais, a vingar a tese, repiso, da inviabilidade probatória da pretensão dos consumidores eventualmente prejudicados pelos produtos das indústrias de tabaco, forçoso reconhecer estar-se implementando verdadeira e odiosa blindagem processual contra qualquer tentativa de comprovação de lesão a direitos, em evidente e chapada afronta ao art. 5º, inc. XXXV, da CF.

De se destacar, ainda, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, se é verdade que não se manifestou acerca do mérito da questão, também não se há negar haver sinalizado, *prima facie*, pela possibilidade jurídica da devida instrução probatória em tais pleitos.

Conveniente indicar, nesse contexto, os precedentes promanados do Resp 140.097/SP e do Resp 304.724/RJ, nos quais foram tratadas questões afetas à inversão do ônus da prova em tais demandas, à prescritibilidade das pretensões e à incidência do regramento consumerista ao evento.

De efeito, no primeiro aresto, extraio, por importante, passagem do seu Relator, Ministro César Asfor Rocha:

"Ora, é evidente que a ré/recorrente [Phillip Morris, acrescento] está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa. [...] E se pelo estágio atual da ciência, a questão da nocividade constitui, ao menos, ponto aberto ao debate, que ela faça prova de modo irretorquível, pois mais do que qualquer consumidor ou entidade poderá a ré/recorrente evidenciar essa assertiva, que a recorrente tem como verdadeira (j. 4.5.00, p. DJ 11.9.00, p. 252)".

Outrossim, o cenário de dúvidas que toma conta da discussão — cujas opiniões contrapostas dos adeptos de ambas as correntes são exemplos flagrantes do embate de concepções — por si só já importaria na ampla produção de prova e no exaustivo debate processual em torno das circunstâncias da causa.

Ademais, enfrentando diretamente o tema da excepcional medida do julgamento antecipado da lide, conforme posto na sentença impugnada, reconheço haver limites estreitos para a sua utilização, com a conseqüente negativa de produção de provas.

Fora dos casos excepcionais contidos nos incisos I e II do art. 330 do CPC, toda e qualquer dilação probatória deve ser autorizada, se não se constituírem em medidas procrastinatórias ou inúteis.

Nesse sentido, leciona Antônio Janyr Dall'agnol Júnior:

"A diligência que merece repulsa é apenas a procrastinatória ou a inútil. Se aquele intuito (o de protelar) não está presente em sua pureza ('meramente protelatórias' [...]), melhor que se produza a prova [...]; se de um lado, alguma utilidade há, vedado ao juiz indeferir produção da prova" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 134).

Ocorre que, no caso dos autos, aflora uma circunstância agravante. A sentença apelada externou entendimento segundo o qual há impossibilidade de comprovação fática do pretendido pelas provas requeridas, como já aludido.

Para tanto, o decisório enfocado utilizou-se, igualmente, de conhecido precedente desta Corte, qual seja, a AC 2002.012964-5 de relatoria da Des. Salete Silva Sommariva (fl. 3118). Entretanto, um detalhe parece ter passado despercebido no julgado espancado: o próprio acórdão aludido faz minuciosa análise das espécies de provas requeridas — com suporte, aliás, na instrução realizada — e dos seus concretos objetivos a serem por elas alcançados, não afastando, de plano, a sua produção.

Todavia, a se admitir tal posicionamento generalizante, estar-se-ia desvirtuando o instituto do julgamento antecipado da lide, com o manejo de juízos apriorísticos — tanto questões de fatos, quanto de direito — em detrimento das peculiaridades do caso concreto, e, sobretudo, de direitos fundamentais do cidadão, garantidos, como visto, pela Constituição da República.

E, mais grave ainda, estar-se-ia autorizando o magistrado a prenciar um resultado a cujo conhecimento só se pode chegar, efetivamente,

após a produção da prova e a sua análise percuciente.

Cito, a corroborar o exposto, passagem da obra Teoria Geral do Processo, de Luiz Guilherme Marinoni:

"O juiz não pode indeferir a produção de prova *antecipando a valoração do seu resultado*. Não há como afirmar, para não admitir a produção de prova, que o seu resultado não permitirá a demonstração do fato. Isso porque ninguém pode saber qual será o resultado da prova, mas apenas se a prova será produzida para esclarecer fato controvertido, pertinente e relevante". (*Curso de Processo Civil*, V. 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pg. 354).

E, adiante, conclui esse doutrinador:

"Como ninguém pode antever o resultado da prova, o julgamento antecipado da lide não cabe sob o argumento de que a prova poderá não levar ao resultado pretendido pelo réu. A doutrina alemã alude, nesse ponto, à [chamada] proibição de antecipação de resultado da prova, justamente para significar que o valor e a relevância de um meio de prova não podem ser analisados antes que a prova seja admitida e produzida no processo". (Op. Cit. P. 354).

É dizer: o sistema processual não permite prognósticos do magistrado acerca da consequência da atividade probatória, uma vez presentes os atributos da pertinência, da relevância e da controvérsia. Deve-se aguardar, logicamente, a efetiva instrução do processo para, aí então, proceder-se a juízos sobre os seus resultados.

Não deixo de identificar, igualmente, outro aspecto da garantia do devido processo legal que merece ser considerado nesse momento, pois entendo que a decisão também afrontou o direito fundamental à participação no contraditório e na amplitude da defesa.

O princípio do direito fundamental à ampla defesa (ou à defesa plena) com o significado de que o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas, é uma consequência do princípio do contraditório, mas com características próprias.

A ampla defesa, de resto, qualifica o contraditório, pois não há contraditório sem defesa, como intuitivo. "Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório [sendo este um] instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório" (MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípio da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55).

No mesmo sentido, é de se afirmar que o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito possui estreita correlação com o postulado da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional buscou indicar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 135).

Para Fredie Didier Jr., a ampla defesa, além de se constituir em direito fundamental de ambas as partes, consiste no "conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório. Trata-se do aspecto substancial do contraditório" (Op. cit. p. 48)

Significa, por certo, que a parte tem o direito de alegar e provar o que alega. Claro que, por conta da incidência do princípio dispositivo no âmbito do processo civil, pode ela optar por restringir o alegado e o que se pretende provar, mas uma vez escolhida a defesa plena de seus interesses, tem o direito de fazê-lo com a máxima liberdade.

E o Estado, por seu turno, tem o dever de respeitar e garantir o exercício deste específico direito fundamental (até mesmo para que se possa legitimar como Estado), especialmente se se tratar de processo judicial, o qual só ganha contornos de legitimidade quanto assegura ao cidadão o direito de dele participar efetivamente, influenciando concretamente na decisão que atingirá sua esfera de direitos.

Cândido Rangel Dinamarco, a propósito do tema da legitimação pelo contraditório, é enfático ao afirmar que

"ao contrário dos atos negociais, que criam normas particulares *inter parte* e em princípio vinculam exclusivamente quem as criou (autonomia da vontade), os atos de poder projetam eficácia imperativa e inevitável sobre a esfera de direitos de pessoas diferentes daquelas que os realizam. Justamente porque imperativos e inevitáveis, não se originando da vontade dos destinatários nem dependendo do concurso dela, os efeitos dos atos de poder só se consideram democraticamente legítimos quando esses sujeitos hajam tido oportunidade de participar da sua formação: participação é contraditório" (*Instituições de Direito Processual Civil*, V II, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32,).

E finaliza: "Em substância, o que legitima a outorga de tutela jurisdicional é a *participação* que o procedimento propiciou, em associação com a observância da legalidade inerente à garantia do *devido processo legal*" (Op. Cit. P. 32).

Desse modo, acaso não consideremos essa necessária integração do indivíduo de forma ampla (alegando/pedindo/provando/influenciando), nas tomadas de decisões do Estado, ao invés de julgamento justo, defrontar-nos-emos com decisões judiciais incompatíveis com o devido processo legal.

É que o princípio do contraditório, inerente ao devido processo legal, comporta duas acepções. A formal — e mais conhecida — caracteriza-se pela participação da parte no processo, com a garantia de que ela será comunicada e nele falará. Já a substancial — que reputo a de maior envergadura — refere-se à "influência" aludida pela doutrina alemã, ou seja, como o direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258).

De fato, pouco vale a garantia abstrata de participação da parte no processo, se o ordenamento jurídico — e seus próprios intérpretes, principalmente seus operadores — não lhe conferir o concreto direito de influenciar os atos de poder que venham a afetar seus interesses.

Noutras palavras, "é necessário que se permita que [a parte] seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado", (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v I, 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 43), caso contrário, estará irremediavelmente afrontado o princípio do contraditório.

E isso deve se aplicar, com a mesma razão, às questões de direito colocadas como decisivas ao deslinde da causa. Em nome do princípio democrático — e do seu corolário, o contraditório — não se deve descuidar que os participantes do processo possuem o direito fundamental de se manifestarem também sobre argumentos e questões de direito utilizados como razão de decidir do magistrado.

A partir, pois, desse quadro consentâneo com a moderna visão do princípio do contraditório, impõe-se, nesta parte, a censura da sentença apelada.

Retomando o histórico dos fatos, para contextualizar,

observa-se que o Magistrado condutor do feito — após apresentada a petição inicial, as contestações com inúmeros documentos, a réplica, e depois do falecimento da autora (com a habilitação de seu filho – fls. 2.112, v. 7), — houve por bem designar audiência de conciliação (art. 331 do CPC), à qual não compareceu o habilitado — pois, a seu juízo, inviável qualquer espécie de acordo —, tendo repisados os requerimentos de provas.

Subitamente, então, houve uma guinada evidente na postura condutora do processo, com a prolação de sentença julgando antecipadamente a lide, sem nenhuma alusão, ressaltado, às provas até então colhidas e àquelas ainda por produzir, segundo a expressa vontade dos autores manifestada em inúmeras oportunidades durante o transcorrer do processo (petição inicial, réplica e petição de fls. 2253/2254, v. 7), e da própria ré Souza Cruz S.A., por exemplo, tanto em sua tréplica, como na audiência do art. 331 do CPC (fls. 2186, v. 7).

De um direcionamento probatório, em cujo momento processual as partes buscariam se desincumbir de seus ônus (art. 333 do CPC), passou-se abruptamente à fase de julgamento antecipado, com a utilização de fundamentos jurídicos e questões de direito até então alheias ao embate processual, de modo a causar, à toda evidência, flagrante surpresa à parte que teve sua pretensão inacolhida, pois ainda em legítima expectativa de complementar a demonstração de suas alegações, cujo requerimento de instrução testemunhal e documental fora oportunamente realizada.

É que, a partir do princípio da cooperação, não se pode mais conceber o magistrado como mero fiscal de regras, mas sim como verdadeiro agente colaborador do processo (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v I, 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 56), uma vez que a função de pacificação social com justiça agregou-se ao seu ofício de decidir, nos moldes da moderna concepção do processo civil.

Barbosa Moreira, com supedâneo nas reformas recém implementadas na legislação alemã, justifica a necessidade de que o juiz, antes de decidir deva consultar as partes sobre questões até então não colocadas no processo — e, por isso mesmo, não submetida ao contraditório — antes de decidir.

Salienta o aludido processualista:

"Ao ver do legislador alemão, uma das características capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham a oportunidade de trazer ao propósito a sua colaboração. [...] é vedado [ao julgador] colocar-se, para fundamentar a sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. Temas de direito processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201/202).

Acrescento, ao final, que nesta fase incipiente na qual inserto o tema ora debatido, deve-se ter a máxima cautela e responsabilidade com a prolação de precedentes desta natureza.

Assim, caso não se reconheça a necessidade de se esgotar, de todo, os meios de produção de prova, se esteja a autorizar, por via transversa, que outros magistrados — os quais porventura venham a se defrontar com causas semelhantes — julguem tais demandas extemporaneamente, sem a detida e aprofundada análise das circunstâncias do caso concreto, cuja desconsideração, à toda evidência, tem — além do irrecusável cerceamento de

defesa, aqui reconhecido —, o potencial vigor de perpetrar injustiças, por vezes irreversíveis.

Por todas essas ponderações, pelo meu voto eu conheço do recurso, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, para, cassando a sentença, determinar a realização da instrução probatória pretendida.

DECISÃO

Ante o exposto, nos termos do voto do Relator, a Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, cassar a sentença e determinar a realização da instrução probatória pretendida.

O julgamento, realizado no dia 15 de maio de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Trindade dos Santos e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargador Monteiro Rocha e Desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 3 de julho de 2008.

Eládio Torret Rocha
RELATOR