



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA  
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



02046619

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO - nº 479.713-4/8-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é apelante PHILIP MORRIS BRASIL S A, PHILIP MORRIS MARKETING S/A sendo apelado ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA SAUDE DO FUMANTE ADESF:

**ACORDAM**, em Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, V.U. SUSTENTARAM ORALMENTE OS DRS. MARCELO MURIEL, ANTÔNIO LOPES MUNIZ E LUIZ C. M. MÔNACO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA e NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 12 de novembro de 2008.

JOSE CARLOS FERREIRA ALVES  
Presidente e Relator



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível com revisão nº 479.713-4/8-00

Apelantes: Phillip Morris Brasil S.A.

Souza Cruz S.A.

Apelada: Associação de Defesa da Saúde do Fumante - ADESF

Comarca: São Paulo

**VOTO Nº 2787**

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – Ação coletiva, promovida pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante, em face das empresas fabricantes de cigarro visando o recebimento de indenização sob o fundamento de que a omissão nas embalagens e publicidade de cigarros - que a nicotina induz ao vício - leva os consumidores a erro por não terem ciência das exatas conseqüências decorrentes do consumo de cigarros, em especial, as dependências física e psíquica causadas pelo produto - Sentença procedente que impôs condenação às empresas rés ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, além de obrigação de fazer consistente na adequação de embalagens e publicidade com a inserção de informações que se coadunem com a Política Nacional das Relações de Consumo.**

Inversão do ônus da prova determinada *initio litis* e mantida por Instância Superior – Saneado o feito e deferida a produção de provas publicitária, médica e testemunhal por Instância Superior, não pode o juízo singular julgar o feito antecipadamente nos termos do art. 330, I, do CPC – Evidente cerceamento do direito de defesa das empresas rés e violação do princípio do devido processo legal que implica nulidade do



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo.

Reconhecida, por Instância Superior, a falta superveniente do interesse de agir da autora em relação a um dos pedidos, não cabe ao juízo singular reapreciar o pedido, pena de flagrante violação à competência funcional e absoluta do juízo colegiado – Julgamento *extra petita* e, quanto ao referido pedido, reconhecida sua nulidade.

Pedido formulado pelo IDEC para que seja admitido no feito na qualidade de litisconsorte ativo em momento ulterior à prolação da sentença – Requerimento não apreciado - Reconhecida a nulidade do julgamento, o pedido deve ser formulado em primeiro grau, pena de supressão de um grau de jurisdição.

Recursos providos.

### RELATÓRIO.

1. São apelações tiradas contra a r. sentença de fls 3128/3138, cujo relatório se adota que, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil, julgou procedente a ação para reconhecer o dano provocado pela falta de informação das apelantes aos seus consumidores, representados no feito pela apelada "ADESF", condenando-as solidariamente a indenizá-las por danos materiais e morais em valor a ser apurado em liquidação de sentença.

2. A r. sentença ainda condenou as apelantes a adequarem suas embalagens e publicidade ao que determinam os artigos



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

31, 9º, 6º, III e 36 da Lei 8.078/90, para cumprimento da Política Nacional de Relações de Consumo, informando os dados técnicos de seu produtos cigarro, como sua composição química, precauções de uso, responsável técnico, a periculosidade ou nocividade que apresenta, no prazo de 60 dias, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 100.000,00, conforme o art 461 do Código de Processo Civil, sem prejuízo do previsto pelos parágrafos 5º e 6º do mesmo artigo.

3. Por fim, por força da sucumbência, as apelantes foram condenadas no pagamento das custas, despesas processuais e extraprocessuais diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como honorários advocatícios fixados, por equidade, em R\$ 100 000,00 (cem mil Reais) considerando a complexidade da ação proposta e sua longa instrução, bem como o tempo consumido dos profissionais que nela atuaram.

4. Opostos embargos de declaração pelas apelantes "Souza Cruz" e "Philip Morris" às fls. 3140/3145 e 3151/3159, respectivamente

5 Opostos embargos de declaração pela apelada "ADESF" às fls. 3202/3205.

6. Pela decisão de fls. 3213/3225, o i. magistrado singular rejeitou os embargos de declaração opostos pelas apelantes e



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

acolheu os da apelada, quantificando o dano moral.

7. Destarte, a r. sentença recorrida foi declarada fixando, a título de dano moral, o valor de R\$ 1 000,00 (um mil Reais) por ano completo de consumo de cigarro, com correção monetária e juros de 1% ao mês contados a partir da sentença (fls. 3215/3225).

8 Recorre a apelante "Philip Morris" pugnando pela decretação de nulidade da r. sentença sob a alegação, em apertada síntese, de que o julgamento proferido: i) é *extra petita*; ii) violou a preclusão *pro judicato*, iii) violou os direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal; iv) está desprovido de fundamentos, conforme exigência dos artigos 93, IX, da Constituição Federal e 458, II, do Código de Processo Civil; v) foi parcial e dispensou tratamento desigual às partes.

9 A apelante "Philip Morris", ainda em sede preliminar, sustenta carência de ação por ausência de interesse de agir da apelada e a impossibilidade jurídica do pedido, dada a manifesta preponderância das questões individuais sobre as coletivas ora discutidas. No mérito, pugna pela reforma da r. sentença recorrida sob os argumentos de que: i) é amplo o conhecimento sobre o cigarro e sua natureza, ii) que a regulamentação, fiscalização e controle da comercialização sempre foi realizada pelo Estado; iii) que sua publicidade sobre



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cigarros sempre atendeu aos comandos e restrições legais, não podendo ser considerada abusiva nem enganosa; e, iv) que inexistente omissão em relação a dado essencial do produto. No mérito, ainda aponta equívocos contidos na r. sentença recorrida no que tange à liquidação relativa ao dano material, porquanto não seriam aplicáveis à espécie – ação coletiva - o regramento dos artigos 608 e 609 do Código de Processo Civil, bem como, no que concerne à condenação solidária das rés – empresas concorrentes no mercado de cigarros, em virtude da inexistência de lei ou convenção das partes que a justifique. Por fim, prequestionou a aplicabilidade de inúmeros dispositivos legais e, no caso de eventual manutenção da r. sentença recorrida, que os efeitos da condenação sejam limitados ao Município de São Paulo, por corresponder à competência territorial do órgão prolator, consoante disposição do art. 16 da Lei nº 7.347/85

10. A apelante "Souza Cruz", por sua vez, recorre da r. sentença de fls 3128/3138, requerendo, inicialmente, a concessão de efeito suspensivo ao recurso. Em sede preliminar, sustenta a nulidade da r. decisão que julgou os embargos de declaração por ausência de fundamentação, bem como da sentença recorrida por ser *extra petita*, ter violado a coisa julgada e cerceado seu direito de defesa. 



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11. No mérito a apelante "Souza Cruz" pretende a reforma da r. sentença de fls. 3215/3225 sob os seguintes argumentos: i) inexistente defeito no produto que fabrica. A periculosidade é inerente ao cigarro e é amplo o conhecimento dos riscos decorrentes de seu consumo. Logo, não há motivos para que seja responsabilizada; ii) sempre obedeceu às normas legais referentes ao dever de informar os consumidores de seu produto; iii) a determinação contida no julgado, para que inclua outras informações nas embalagens de cigarro, viola os princípios da legalidade e da separação de Poderes, iv) nunca veiculou publicidade enganosa ou abusiva; v) que a despeito da ampla informação sobre os riscos associados ao consumo de cigarros, a decisão de começar a fumar faz parte do livre arbítrio de cada indivíduo; vi) há inúmeros precedentes judiciais em seu favor.

12 Subsidiariamente, caso mantida a r. sentença guerreada, a apelante pretende que: a) seus efeitos sejam limitados aos residentes no Município de São Paulo, devendo a situação de cada um dos fumantes ser apreciada de acordo com a lei vigente quando da sua constituição; b) eventual indenização só seja devida aos consumidores que comprovarem padecer de algum dano que tenha sido causado direta e imediatamente pelo consumo dos cigarros por ela fabricados; c) a fixação dos danos morais leve em consideração as circunstâncias pessoais de cada consumidor e; d) que o prazo para o cumprimento da



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

obrigação de fazer – adaptação das embalagens de cigarros – seja ampliado, e, minorado o valor fixado, a título de multa diária, no caso de descumprimento dessa obrigação.

13. Recebidos ambos os apelos apenas no efeito devolutivo, consoante decisão de fls. 5010/5015.

14. Contra-razões apresentadas pela “ADESF” às fls. 292/302, oportunidade em que se insurge contra as preliminares suscitadas por ambas as apelantes e, no mérito, reitera todos os argumentos declinados no decorrer do feito, em especial, que: i) a nicotina vicia e o cigarro mata; ii) a publicidade veiculada pelas apelantes é enganosa e abusiva e; iii) a apresentação dos produtos fabricados pelas apelantes fere o Código de Defesa do Consumidor. Por isso, deve ser mantida a r. sentença recorrida, bem como a r. decisão sobre os embargos declaratórios por ela opostos.

15. Pareceres do D. Órgão Ministerial, de 1º e 2º instâncias, pela decretação de nulidade da r. sentença de fls. 3215/3225, sob os argumentos, em síntese, de que ocorreu o cerceamento do direito de defesa das apelantes, além da preclusão *pro judicato*, impedindo, assim, que a questão de mérito seja analisada antes da realização das provas anteriormente deferidas para esclarecimentos dos fatos alegados pelas partes (fls. 5521/5538 e 5583/5593, respectivamente).



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

16 Aos 7/3/2006, a 2ª Câmara de Direito Público desta Corte proferiu o v. acórdão de fls. 5635/5638 que não conheceu dos recursos interpostos pelas apelantes e os remeteu para uma das Câmaras de Direito Privado.

17 Embargos de declaração opostos pela apelada "ADESF" (fls 5663/5665), que foram rejeitados, consoante o v. acórdão de fls. 5669/5672.

18 Às fls 5641/5647, veio aos autos petição do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC requerendo sua inclusão no feito como litisconsorte ativo e, na qualidade de associação constituída para a defesa do consumidor, a manutenção da r. sentença hostilizada.

19 Manifestação da apelante "Philip Morris" pela não inclusão do IDEC na qualidade de litisconsorte ativo no feito (fls 5678/5695).

20. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela admissão do IDEC no pólo ativo da presente ação (fls 5718/5721).

21 Distribuído o processo a esta C 7ª Câmara de Direito Privado, sob minha relatoria (fls. 5722), deferi prazo às partes para apresentarem memoriais (fls 5737).

**FUNDAMENTOS.**



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

22 Não obstante as razões declinadas na r sentença de fls 3215/3225 que culminaram na procedência da ação, com a condenação das apelantes nas cominações supra mencionadas, mister se faz acolher a preliminar de nulidade do julgamento suscitada pelos recorrentes bem como pelo d. Órgão Ministerial, consoante os motivos que passo a expor.

23. Com efeito, depreende-se dos autos que o cerne do litígio cinge-se à discussão se os fabricantes de cigarro, ora recorrentes, ao omitirem em sua publicidade que a nicotina induz ao vício, estariam veiculando publicidade enganosa e/ou abusiva, e, por conseguinte, induzindo seus consumidores a erro por não cientificá-los das exatas conseqüências decorrentes do consumo de cigarros, em especial, as dependências física e psíquica causadas pelo produto. Discute-se, ainda, se por esses motivos os consumidores, fumantes e ex-fumantes, deveriam ser indenizados pelos danos morais e materiais que lhes foram eventualmente causados.

24 No despacho inicial, foi determinada a citação das recorrentes e, *initio litis*, invertido o ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor

25. Interpostos recursos contra essa mencionada decisão, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº140.097-SP, publicado no DJU aos 11.9.2000, pôs termo à



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

questão, mantendo a inversão probatória determinada pelo juízo singular sob o fundamento de que o escopo da regra contida no referido dispositivo legal é *"igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas"*. Logo, no caso em espécie, as recorrentes – empresas de grande porte e atuação mundial - estariam muito mais aptas a provar que a nicotina não causa dependência que a recorrida provar que ela causa (fls. 2127/2145)

26 Em momento ulterior, por ocasião da audiência preliminar, realizada aos 6/11/2000, o i. magistrado singular proferiu decisão saneadora afastando as preliminares suscitadas pelos recorrentes. E, pela decisão de fls 2342/2343, deferiu a prova pericial para análise das publicidades feitas pelas recorrentes nos últimos 30 (trinta) anos e sua influência sobre o consumidor, além de perícia médica visando à verificação dos males causados pelo cigarro e a dependência física ou psíquica que as substâncias existentes no cigarro causam.

27. Irresignados, os apelantes recorreram da referida decisão, tendo esta E. Corte, por meio do exímio acórdão de fls. 2775/2787, mantido parcialmente o deferimento da produção das provas requeridas - apenas tendo limitado o alcance da perícia sobre a publicidade levada a efeito até 20 (vinte) anos



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

antes da propositura da ação<sup>1</sup>, e, deferido a prova testemunhal para o fim de permitir às apelantes produzirem prova de suas alegações mediante a oitiva de especialistas nas matérias sobre as quais há divergência entre as partes.

28 Ora, é exatamente sob esse viés, que encontro respaldo para acolher as preliminares suscitadas pelas apelantes e decretar a nulidade da r. sentença de fls. 3215/3225, ante o evidente cerceamento do direito de defesa que lhes é pertinente e deve ser assegurado, pena de violação ao devido processo legal.

29 O juiz, como cediço, é o destinatário da prova e nessa qualidade, compete-lhe aferir a necessidade ou não de sua realização. Da mesma forma, a ele também compete *"impedir que as partes exerçam atividade probatória inutilmente ou com intenções protelatórias"*<sup>2</sup>.

30 No caso em espécie, invertido o ônus da prova e deferida a produção de provas periciais, inclusive contra as quais a apelada "ADESF" não se insurgiu, não poderia o r. magistrado singular antecipar o julgamento da lide como o fez, respaldando-se no art. 330, I, do Código de Processo Civil. *Esj.*

<sup>1</sup> Por ser o maior prazo prescricional previsto no art. 177 do Código Civil de 1916

<sup>2</sup> Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol 1, p. 234, Ed. Saraiva, São Paulo, 1994



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

31. Isso porque, não obstante o MM. Juízo a quo tenha formado seu convencimento com base nos documentos acostados aos autos, foi obstado às apelantes o direito de produzir as provas que lhe eram pertinentes para o esclarecimento da controvérsia, e que, inclusive, haviam sido asseguradas por esta C. Corte, conforme julgamento proferido no Agravo de Instrumento nº 257.958-4/6

32. Se assim é, ou seja, se cabia às apelantes provar, por meio de perícia médica, publicitária e oitiva de testemunhas, a existência ou não dos efeitos viciantes da nicotina bem como a nocividade e influência da publicidade de seus produtos, mas foram impedidas de se desincumbir desse ônus pela superveniência do julgamento do feito, inoportuna a manifestação contida na r. sentença recorrida de que *"as requeridas, a quem cabiam o ônus da prova, ao longo desta longa instrução processual não juntaram um único documento a comprovar que o cigarro e/ou nicotina nele contido faz bem à saúde, ou é no máximo substância neutra ao organismo"* E adiante, *"assim, não há necessidade de outras provas e outras discussões, ainda mais porque nada de novo foi trazido pelas rés"* (Grifei)

33. Da mesma forma, se a perícia da publicidade veiculada pelas apelantes tinha por escopo aferir sua influência sobre o



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

consumidor, equivocando o entendimento do i. magistrado singular ao considerar que *"a prova pericial na publicidade das rés ficou prejudicada pela notória omissão das mesmas quanto às informações corretas que seus produtos são obrigados a ostentar em embalagem e publicidade"* (Grifei)

34. Ao meu ver e sentir, no cenário desenhado nos autos, não só houve evidente violação ao direito de defesa das apelantes, como também restou clara a incoerência lógica entre a inversão do ônus da prova em desfavor das recorrentes e, posteriormente, o julgamento antecipado da lide com fundamento no fato de que aos autos não foram trazidos elementos capazes de comprovar as alegações contidas nas suas respectivas defesas!

35 Somando-se a isso, vê-se que a r. sentença de fls 3215/3225, proferida de inopino nos termos e nas circunstâncias em que o foi, surpreendeu não só as apelantes, mas como também o d. Órgão Ministerial que, na qualidade de *custos legis*, cuja intervenção no presente feito se faz necessária sob pena de nulidade, assim se posicionou:

*"Tenho então que ao decidir a lide, dispensando as perícias o juízo acabou por surpreender não somente os apelantes, mas também o próprio Ministério Público"*

36 E de forma acertada concluiu 



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*"Não há como deixarmos de acolher as razões das recorrentes, pois se estavam obrigadas a produzir a prova e essa já se encontrava definida no saneador, o julgamento antecipado da lide foi ato de surpresa, o que contraria o seu fim."*

37. Noutra quadra, no que concerne à preliminar de vício do julgamento por ser *extra petita*, razão também assiste às apelantes

38. Como bem observado pelo E. Desembargador Waldemar Nogueira Filho<sup>3</sup>, com o advento da Portaria 695/99 do Ministério da Saúde bem como de outras normas<sup>4</sup> pertinentes à matéria *sub judice* e posteriores à propositura da ação, desapareceu o interesse de agir da apelada "ADESF" no que se refere ao pedido inicial para que as apelantes façam advertência em suas embalagens e publicidades sobre a dependência causada pela nicotina

39. Ora, considerando que referida decisão judicial, malgrado tenha sido desafiada por Recurso Especial, transitou em julgado, imperioso reconhecer o vício contido no julgamento proferido pelo juízo singular no que concerne à obrigação de fazer imposta na sentença de fls 3215/3225.

40. Afinal, em que pese as divergências doutrinária e 

<sup>3</sup> AI nº 221 154-4/9, 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP

<sup>4</sup> Lei nº 10 167/01 e RDC 104, de 31/5/2001, da Anvisa



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurisprudencial acerca de eventual caracterização de preclusão *pro judicato* ou preclusão hierárquica, fato é que discussões acerca da presença de pressupostos processuais e condições da ação não estão sujeitas à preclusão.

41 No entanto, como corolário do princípio da segurança jurídica, a questão decidida por órgão judiciário hierarquicamente *superior* não pode ser modificada por órgão judiciário hierarquicamente *inferior*. Nesse sentido, são os ensinamentos do ilustre jurista Cândido Rangel Dinamarco:

“As decisões dos tribunais de superposição operam em face dos juízes e tribunais locais um fenômeno que se qualifica como *preclusão*, consistente em impedirlos de voltar a decidir sobre o que já haja sido superiormente decidido” (Cândido Rangel Dinamarco, “A Reclamação no processo civil brasileiro” in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 16, p. 16, mar-abr 2002)

42 Portanto, ainda que se invoque o alcance e a *mens legis* do art. 461 do Código de Processo Civil à hipótese dos autos para o fim de justificar a condenação à obrigação de fazer imposta às recorrentes – que excedeu ao pedido formulado pela apelada na petição inicial<sup>5</sup> – o juízo singular, sem estar diante de qualquer modificação no estado de fato ou de direito.

<sup>5</sup> Referente à inserção de informações nas embalagens dos produtos fabricados pelas recorrentes



# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reapreciou questão anteriormente decidida por esta Corte, em flagrante violação à competência funcional e absoluta desta Instância Superior

43. Pelos motivos acima declinados, e sem adentrar à análise das demais preliminares suscitadas pelas recorrentes, que fica prejudicada em virtude do reconhecimento de nulidade da r. sentença, e tampouco ao mérito da demanda, se faz imperioso o reconhecimento dos vícios insanáveis que maculam o julgamento proferido pelo i. magistrado singular.

44. Por derradeiro, reconhecida a nulidade da r. sentença de fls. 3215/3225, deixo de apreciar o pedido formulado pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC para que seja admitido no feito na qualidade de litisconsorte ativo

45. Assim decido porque, não obstante o IDEC seja uma associação notoriamente constituída para a defesa dos interesses dos consumidores, o requerimento para sua admissão no feito foi formulado em data ulterior à prolação da r. sentença recorrida e, malgrado haja concordância da D. Procuradoria Geral de Justiça pela sua inclusão (fls. 5718/5721), contra ele insurge-se a apelante "Phillip Morris", nos termos da manifestação de fls. 5678/5695 .



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

46 Logo, reconhecida a nulidade da r. sentença recorrida, para que seja permitida a realização da instrução processual e uma cognição exauriente dos fatos alegados pelas partes, conforme acima declinado, a apreciação do requerimento do IDEC nesta fase recursal importará na supressão de um grau de jurisdição, impedindo, inclusive, eventual recurso da parte que se sentir prejudicada por eventual decisão judicial.

47. Pelo exposto, pelo meu voto, acolho as preliminares suscitadas pelas apelantes e DECRETO A NULIDADE da r. sentença de fls 3215/3225, nos termos da fundamentação supra

**JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES**  
**RELATOR**