

**EXMA. SRA. DRA. JUÍZA FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DA
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PORTO ALEGRE/RS**

Processo nº. 5030568-38.2019.4.04.7100

SOUZA CRUZ LTDA. (“Souza Cruz” ou “Ré”), já qualificada nos autos da ação civil pública em referência, movida pela **UNIÃO FEDERAL** (“União” ou “Autora”), vem à presença de V. Exa., tempestivamente,¹ por seus advogados que esta subscrevem, manifestar-se sobre a réplica apresentada pela AGU (Evento 98) e, em cumprimento à r. decisão de Evento 85, sobre os documentos anexados aos autos pela Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos – ACT (“ACT”) (Evento 71), bem como, em atendimento à aludida decisão e considerando a remota hipótese de a presente demanda não ser extinta de imediato ou julgada antecipadamente improcedente, sobre o saneamento do feito e as provas que pretendia produzir nesse cenário.

¹ Conforme Evento 91, a Souza Cruz foi tacitamente intimada da r. decisão de Evento 85 em 15.7.2022 (sexta-feira). Desse modo, conforme certidão de Evento 103, o prazo de 30 (trinta) dias úteis fixado pela r. decisão aludida (art. 219 do CPC) se iniciou em 18.7.2022 (segunda-feira) e, considerando a ausência de expediente forense em 11.8.2022 (Lei nº. 5.010/1966) se esgotaria apenas em 29.8.2022 (segunda-feira), sendo tempestiva a manifestação. Em relação à réplica da AGU, não houve ainda despacho determinando a manifestação da Souza Cruz, de modo que a peça é igualmente tempestiva, nos termos do art. 218, § 4º, do CPC.

SUMÁRIO**NECESSÁRIO RESGATE: PRETENSÃO INVIÁVEL E ILEGAL**

I. ACP FADADA AO INSUCESSO: ÓBICES PROCESSUAIS NÃO CONTORNADOS PELA TENTATIVA DE “REPAGINAR” A ACP. SILÊNCIO SINTOMÁTICO DA AGU SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA. PARECES DA ACT NÃO AFASTAM A NECESSIDADE DE EXTINÇÃO OU IMPROCEDÊNCIA 7

A) SÍNTESE DA CONTESTAÇÃO DA SOUZA CRUZ 7

B) A RÉPLICA DA UNIÃO 8

C) EM VEZ DE ENFRENTAR OS ARGUMENTOS DA SOUZA CRUZ, A AGU TENTA (EM RÉPLICA) MODIFICAR A PETIÇÃO INICIAL PARA BUSCAR (EM VÃO) LEGITIMAR O CABIMENTO DESTA ACP 9

D) O MAL-AJAMBRADO PEDIDO DA AGU DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA É INCABÍVEL 10

E) AINDA SOBRE A ILEGAL TENTATIVA DE OBTER CONDENAÇÃO GENÉRICA: CONTRADIÇÕES EM SÉRIE DA AGU 12

F) A UNIÃO NÃO COMPROVA O QUE MAIS INTERESSA: NÃO HÁ DANO JURIDICAMENTE INDENIZÁVEL *IN CASU* 13

G) SILÊNCIO ELOQUENTE DA AGU SOBRE OS ARGUMENTOS E DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA SOUZA CRUZ A RESPEITO DA AUSÊNCIA DE QUALQUER CONDUTA ANTIJURÍDICA 14

H) MAIS UM SILÊNCIO ELOQUENTE: INTERRUÇÃO DO NEXO CAUSAL PACIFICAMENTE RECONHECIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS E SIMPLEMENTE NÃO ABORDADA NA RÉPLICA DA AGU 15

I) ÚNICA CONCLUSÃO POSSÍVEL: NÃO ESTÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL 16

J) NÃO BASTASSE ISSO TUDO, A RÉPLICA TAMBÉM É OMISSA SOBRE DIVERSOS OUTROS FUNDAMENTOS DA CONTESTAÇÃO DA SOUZA CRUZ (TODOS SUFICIENTES, POR SI SÓ, PARA JUSTIFICAR A EXTINÇÃO DO PRESENTE PROCESSO) 17

K) A PETIÇÃO DA ACT SEGUE A MESMA LINHA 18

L) NOVOS PARECERES JURÍDICOS E TÉCNICOS QUE CONFIRMAM DE UMA VEZ POR TODAS A NECESSIDADE DE PRONTA REJEIÇÃO DOS PLEITOS DA AGU 18

ÓBICES PROCESSUAIS INSUPERÁVEIS

II. AÇÃO CIVIL PÚBLICA INCABÍVEL: INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PELA AGU 19

A) A ACP REVELA PEDIDO DE NATUREZA INDIVIDUAL: A UNIÃO BUSCA RESSARCIMENTO AOS SEUS COFRES, AGINDO EM LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA. TODO PATRIMÔNIO DA UNIÃO É, “AO FINAL”, DA COLETIVIDADE 20

B) NÃO É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS (DE DANOS MATERIAIS À UNIÃO E MORAIS À COLETIVIDADE). PEDIDOS HETEROGÊNEOS E SEM COMPATIBILIDADE PROCEDIMENTAL 28

III. IMPOSSIBILIDADE DE POSTERGAR A AFERIÇÃO DO AN DEBEATUR PARA LIQUIDAÇÃO: O PROBLEMA NÃO É DE MERA “QUANTIFICAÇÃO” DOS DANOS. EVENTUAL COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO DANO E DO NEXO CAUSAL DEMANDARIA ANÁLISE CASUÍSTICA E PARTICULARIZADA, INCABÍVEL EM ACP 30

A) A UNIÃO PRETENDE POSTERGAR A COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO DANO E DO NEXO CAUSAL PARA FASE DE LIQUIDAÇÃO. O “VIÉS COLETIVO” NÃO DISPENSA A AFERIÇÃO INDIVIDUAL E HETEROGÊNEA DOS DANOS ALEGADOS E DE SUA CAUSALIDADE, INCABÍVEL EM ACP 32

B) A SENTENÇA GENÉRICA PRETENDIDA PELA UNIÃO NÃO SE COADUNA COM O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO, SEJA DE AÇÕES INDIVIDUAIS, SEJA DE DEMANDAS COLETIVAS 38

IV. DANOS MORAIS COLETIVOS: COISA JULGADA 45

V. INCORRETO VALOR DA CAUSA. DOCUMENTOS RECONHECIDAMENTE IMPRESTÁVEIS 50

NO MÉRITO: PRETENSÕES INFUNDADAS

VI. PRETENSÕES HÁ MUITO PRESCRITAS 51

VII. A CONVENÇÃO-QUADRO PARA O CONTROLE DO TABACO (“CQCT”) NÃO CONSTITUI FUNDAMENTO ADEQUADO PARA O PLEITO INDENIZATÓRIO DA AUTORA. O ART. 19 DA CQCT NÃO JUSTIFICA O PLEITO INDENIZATÓRIO 58

A) FUNÇÃO ORIENTADORA DAS CONVENÇÕES-QUADRO 59

B) CQCT E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; INAPLICABILIDADE DO ART. 19 DO CQCT PARA FUNDAMENTAR A PRESENTE ACP	62
C) A CQCT NÃO CRIA OBRIGAÇÕES PARA A UNIÃO COM RELAÇÃO À RESPONSABILIZAÇÃO DE FABRICANTES DE CIGARRO; AO CONTRÁRIO, QUANDO DA RATIFICAÇÃO DA CQCT, RECONHECEU-SE EXPRESSAMENTE A IMPORTÂNCIA ECONÔMICA DA INDÚSTRIA TABAGISTA PARA O PAÍS	66
D) A ALUSÃO A TRIBUNAIS ESTRANGEIROS A RESPEITO DA CQCT NÃO SUSTENTA A PRETENSÃO DA UNIÃO. RECENTE DECISÃO DA CORÉIA DO SUL QUE EVIDENCIA O REAL PANORAMA INTERNACIONAL	67
VIII. INACEITÁVEL CONFISCO	74
A) A UNIÃO BUSCA CRIAR NOVO TRIBUTOS, SEM PREVISÃO LEGAL	74
B) AS EXTERNALIDADES SÃO INTERNALIZADAS PELA ELEVADA TRIBUTAÇÃO: A PRETENSÃO DA UNIÃO SE REFERE, EM SUMA, AO FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL	76
C) O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NÃO BASTA PARA FUNDAMENTAR O PLEITO DA UNIÃO, SUBVERTENDO O REGIME CONSTITUCIONAL	85
D) EVENTUAL DESCOMPASSO ENTRE RECEITAS E DESPESAS DO SUS SÓ PODE SER IMPUTADO À UNIÃO, QUE FALHA EM FISCALIZAR E TAXAR O MERCADO ILEGAL	88
IX. CONDUTA CONTRADITÓRIA: EVIDENTE <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> DA UNIÃO	94
X. AUSÊNCIA DE DANO	101
A) AUSÊNCIA DE DANO EM SENTIDO JURÍDICO (DANO INDENIZÁVEL)	102
B) NÃO HÁ DANO, MESMO NO SENTIDO ECONÔMICO: A UNIÃO NÃO COMPROVOU A EXISTÊNCIA QUALQUER PREJUÍZO AO SUS	106
C) NÃO HÁ DANO “CERTO E IMEDIATO”: A UNIÃO BUSCA REPARAÇÃO DE DANOS HIPOTÉTICOS, MEDIANTE SENTENÇA CONDICIONAL	111
D) AS “LIMITAÇÕES” DO SUS DECORREM, ALÉM DO MERCADO ILEGAL, DAS SUCESSIVAS IRREGULARIDADES, FRAUDES E INEFICIÊNCIAS, E NÃO PODEM SER IMPUTADAS À SOUZA CRUZ	113
E) NÃO HÁ DANO MORAL COLETIVO	117
XI. DESCABIDA TENTATIVA DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA	119

A) PREMISSA FUNDAMENTAL “ESQUECIDA” PELA UNIÃO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA, EMBORA NÃO EXIJA COMPROVAÇÃO DE CULPA, PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE, NÃO VERIFICADA *IN CASU* 119

B) O ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL NÃO INCIDE NA HIPÓTESE. ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELA SOUZA CRUZ (FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE CIGARROS) NÃO É DE RISCO 121

C) O ART. 931 DO CÓDIGO CIVIL, A SEU TURNO, PRESSUPÕE DEFEITO DO PRODUTO, AUSENTE NO PRESENTE CASO. CIGARRO É PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE, NÃO DEFEITUOSO 123

D) INADEQUAÇÃO DAS TESES DE “DEFEITO DE CONCEPÇÃO”, “RISCO-CONTROLE” E DE REGRAS DO CDC, CONSTANTES DOS PARECERES DA ACT 126

E) O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RECONHECE PACIFICAMENTE QUE OS ARTS. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, E 931 DO CÓDIGO CIVIL NÃO SE APLICAM À SOUZA CRUZ 129

XII. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NÃO CONFIGURADA: SILÊNCIO ABSOLUTO DA UNIÃO SOBRE OS FATOS E PROVAS QUE DEMONSTRAM A LICITUDE DA CONDUTA DA SOUZA CRUZ, AGORA INCONTROVERSA 132

XIII. NEXO CAUSAL INEXISTENTE 137

A) AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL DIRETO E IMEDIATO ENTRE A ATIVIDADE DA SOUZA CRUZ E AS ALEGADAS DESPESAS DO SUS 137

B) EPIDEMIOLOGIA NÃO COMPROVA NEXO DE CAUSALIDADE PARA FINS DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL 143

C) INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO *MARKET SHARE LIABILITY* 147

D) LIVRE ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR: RUPTURA DE EVENTUAL NEXO DE CAUSALIDADE. SILÊNCIO ABSOLUTO DA RÉPLICA DA UNIÃO SOBRE A INTERRUPTÃO DO NEXO CAUSAL 150

PRÓXIMOS PASSOS PROCESSUAIS: NECESSÁRIA EXTINÇÃO

XIV. A DEMANDA PROPOSTA PELA UNIÃO DEVE SER EXTINTA 154

A) HÁ INCONTÁVEIS RAZÕES QUE, POR SI SÓ, CONDUZEM À PRONTA EXTINÇÃO DO PROCESSO 154

B) É NECESSÁRIO O JULGAMENTO ANTECIPADO DE IMPROCEDÊNCIA DO MÉRITO (ART. 355, I, DO CPC)	155
C) O ÔNUS PROBATÓRIO DA UNIÃO, SEU SILÊNCIO SOBRE OS FATOS ESSENCIAIS DA CAUSA E A INVIÁVEL ESPECIFICAÇÃO GENÉRICA DE PROVAS: PRECLUSÃO E IMPROCEDÊNCIA	156
D) SUBSIDIARIAMENTE: SANEAMENTO DO PROCESSO E ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS PELA SOUZA CRUZ	163
(a) <i>Prova documental suplementar</i>	163
(b) <i>Prova pericial</i>	166
(c) <i>Prova testemunhal</i>	168
IV. CONCLUSÃO	168

**NECESSÁRIO RESGATE:
PRETENSÃO INVIÁVEL E ILEGAL**

.I.

ACP fadada ao insucesso:

**Óbices processuais não contornados pela tentativa de “repaginar” a ACP.
Silêncio sintomático da AGU sobre o mérito da demanda.**

Pareces da ACT não afastam a necessidade de extinção ou improcedência.

A) Síntese da Contestação da Souza Cruz

1. A Souza Cruz demonstrou, em sua Contestação,² que a ACP ajuizada pela União é manifestamente descabida, e, no mérito, fatalmente improcedente.

2. Estão comprovados os muitos óbices processuais ao prosseguimento da demanda, quais sejam: **(i)** a inadequação da via eleita e ausência de interesse processual; **(ii)** a impossibilidade de postergação das provas de existência de dano e de nexo de causalidade (*an debeat*) para a fase de liquidação de sentença; e **(iii)** a coisa julgada em relação à pretensão de reparação por danos morais coletivos.

3. No mérito, a demanda também é descabida e deve ser extinta, pois demonstrou-se, em suma, que: **(i)** as pretensões veiculadas pela União estão prescritas; **(ii)** o pleito indenizatório formulado traduz-se em verdadeiro confisco, além de evidenciar postura contraditória e inadmissível por parte da União (*venire contra factum proprium*); **(iii)** inexistem, *in casu*, os pressupostos necessários à responsabilização civil – objetiva ou subjetiva – da Souza Cruz, quais sejam: a conduta antijurídica, o dano indenizável e o nexo de causalidade direto e imediato

² Evento 54, CONTES1, páginas 1-286.

entre ambos, sendo que a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (“CQCT”) não constitui fundamento adequado, nem minimamente suficiente, ao pleito indenizatório em discussão.

4. Como evidenciado, a pretensão da União afronta a jurisprudência pacífica e consolidada dos Tribunais brasileiros, que inclui centenas de decisões em favor das Rés, sendo mais de 20 (vinte) decisões do Eg. Superior Tribunal de Justiça.³

B) A réplica da União

5. A réplica apresentada pela AGU não altera qualquer uma das constatações acima.

6. **É sintomático, a propósito, que a União tenha silenciado a respeito das principais alegações e provas apresentadas pela Souza Cruz, notadamente no que diz respeito à absoluta ausência dos requisitos do dever de indenizar.**

7. **É ainda mais sintomático que a União não tenha sequer tentado produzir qualquer prova de quaisquer condutas antijurídicas por parte da Souza Cruz, da existência do dano alegado ou mesmo do nexo causal entre elas,**⁴ seja na inicial, seja em réplica, que se limita a realizar genérica e condicional especificação de provas, inadmissível no direito brasileiro.

³ Cf. compêndio de decisões contido no link apresentado no Evento 75, PET1.

⁴ **E muito menos de que tais supostas condutas antijurídicas teriam levado ao aumento do consumo de cigarros no Brasil,** cuja prevalência na população brasileira a Autora admite ter diminuído dramática e consistentemente nos últimos anos.

C) Em vez de enfrentar os argumentos da Souza Cruz, a AGU tenta (em réplica) modificar a petição inicial para buscar (em vão) legitimar o cabimento desta ACP

8. Na réplica, a União, além de aventar teses jurídicas sem respaldo legal, também tenta contornar os claros obstáculos processuais ao prosseguimento de sua demanda. Grande parte da réplica da AGU é dedicada a questões processuais relativas ao suposto cabimento da ACP. Ciente de que sua estratégia processual não subsiste, a União busca repaginar o objeto da ação, contradizendo as próprias alegações iniciais.

9. Embora tenha deixado claro, em sua petição inicial, que persegue, em nome próprio, ressarcimento pela parte que ela (União) aporta para o financiamento do SUS,⁵ a União altera sua posição na réplica, passando a afirmar que se trata de demanda de natureza transindividual, já que, embora destinado aos cofres da União, o valor seria suportado, “ao final”, pela coletividade.

10. O esforço de último minuto para salvar a sua pretensão não se sustenta e não altera a real (e confessada) natureza individual da demanda. Afinal, todo e qualquer dispêndio da União é, “ao final”, suportado pela coletividade. Todo o seu patrimônio é, “ao final”, patrimônio da sociedade, e nem por isso todas as demandas envolvendo os bens da União são demandas coletivas.

11. Como demonstrado,⁶ a ACP apenas é cabível quando há tutela direta de direito transindividual. No entanto, como confessado na petição inicial, “a União, na presente demanda, atua em nome próprio”.⁷

⁵ Colhe-se, assim, da petição inicial: “Aqui esclarece que a União, na presente demanda, atua em nome próprio e busca comando ressarcitório que somente abarca a parte que ela aporta para o financiamento do SUS” (Evento 1, INIC1, página 14).

⁶ V. Parecer do Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco (Evento 54, OUT13, página 27).

⁷ Evento 1, INIC1, página 14.

12. Do mesmo modo, ao contrário do que alega a AGU, a ACP não tem por objeto o acesso à saúde, garantido constitucionalmente, mas o suposto decréscimo patrimonial que a União afirma ter sofrido em razão do cumprimento de seu dever legal de financiamento do SUS. Não há tutela de direito da coletividade. O fato de se discutir eventual ressarcimento aos cofres públicos teria, no máximo, o condão de impactar indiretamente a população – e isso a depender das escolhas governamentais a respeito da destinação dos recursos –, o que, repita-se, é próprio de qualquer decisão sobre orçamento público.⁸

D) O mal-ajambrado pedido da AGU de liquidação de sentença é incabível

13. A réplica também reitera repetidamente a suposta possibilidade de “bifurcação” do procedimento, para que haja “sentença genérica” determinando-se a responsabilização das Rés, com a postergação da produção das provas que lhe incumbiriam **e que não foram produzidas a tempo e modo** para a fase de liquidação. A União insiste que apenas estaria pendente de comprovação a “quantificação” ou a “extensão” do dano, o que não é minimamente verdadeiro.

14. Como já visto,⁹ o que a União trata como problema de mera quantificação de danos é, em realidade, a aferição da existência do dano, bem como da causalidade direta e necessária entre as atividades da Souza Cruz e esse alegado dano. Tais elementos, além de demandarem análise individual e heterogênea (e, portanto, incabível pela via da ACP), jamais poderiam ter sua aferição postergada para liquidação.

⁸ A propósito, o que impacta a população são os bilhões de reais não recolhidos pelo Fisco do mercado ilegal de cigarros, assim como os bilhões de reais desviados pelos sucessivos escândalos de corrupção envolvendo verbas públicas destinadas à saúde (v. item X.D abaixo), embora em relação a tais impactos tenha a União optado por permanecer silente.

⁹ Evento 1, INIC1, páginas 226-240.

15. Apesar da retórica que a AGU emprega na tentativa de diferenciar sua pretensão das milhares de pretensões individuais e diversas demandas coletivas (incluindo pedido idêntico de reembolso de custos com saúde pública formulado pelo MPSP) já rejeitadas pela jurisprudência brasileira, a Autora falhou em explicitar o motivo pelo qual a presente demanda deveria ser, diversamente das demais, julgada procedente.

16. Afinal, não é difícil concluir que a pretensão “global” de reparação dos valores que a União aporta para o financiamento do SUS equivale, como confessa a AGU, à soma dos valores relativos a “milhares de medicamentos, procedimentos e tecnologias médicas empreendidas no tratamento de doenças” alegadamente atribuíveis ao tabaco.¹⁰ Nos termos da própria AGU, a “origem [do dano] está numa plêiade infinita de combinações de danos individuais à população brasileira”.¹¹

17. Segundo a tese da própria União, seu pedido “não advém de uma lógica complexa. Os produtos das demandadas causam danos diversos e constantes (como já mesmo admitido por elas); os danos demandam (também diversos e constantes) tratamentos médico-hospitalares arcados pelo Sistema Único de Saúde; [...] e a União, na presente ação, busca [...] o ressarcimento dos gastos feitos pelo SUS relacionados aos danos dos produtos das demandadas”.¹²

18. É evidente, portanto, que a União deveria ao menos comprovar, na atual fase processual, cada um desses eventos e o nexos de causalidade direto e imediato entre eles, o que demandaria necessariamente a análise individual e heterogênea de cada fumante de cigarros da Souza Cruz, de suas alegadas lesões e dos respectivos tratamentos realizados por esses fumantes em razão dessas supostas lesões perante o SUS.

¹⁰ Evento 98, RÉPLICA1, página 98.

¹¹ Evento 98, RÉPLICA1, página 99.

¹² Evento 98, RÉPLICA1, página 99.

19. Trata-se precisamente da causa de pedir da pretensão indenizatória, que, à evidência, não é matéria própria para liquidação de sentença.

E) Ainda sobre a ilegal tentativa de obter condenação genérica: contradições em série da AGU

20. A via coletiva não constitui salvo-conduto para relegar a aferição dos requisitos da própria responsabilização para momento de liquidação da pretendida sentença condenatória. A sentença só poderá ser condenatória caso seja **precedida** da demonstração dos elementos que autorizem a condenação (ou seja, a conduta antijurídica, o dano e o nexos causal entre ambos).

21. A narrativa da União sobre o ponto é constantemente contraditória, a revelar, uma vez mais, a fragilidade de sua pretensão.

22. Para tentar afastar a prescrição do fundo de direito,¹³ por exemplo, a União afirma que “os danos aos fumantes individuais ocorrem das mais variadas formas, entre elas as doenças citadas na petição inicial”, que “cada despesa médico-hospitalar a cargo do SUS no enfrentamento de doenças causadas pelo cigarro é uma parcela do dano ao erário objeto desta demanda”, de modo que incidiria a “prescrição individualmente a cada nova doença (...) e cada morte”.¹⁴

23. Logo em seguida, contudo, tentando contornar a necessidade de comprovar, em análise individual e heterogênea, o dano e o nexos causal, afirma que “a frequência, intensidade e a duração do tabagismo em cada indivíduo e sua relação com o desenvolvimento de alguma das patologias indicadas na peça vestibular são alheias ao objeto da presente demanda”¹⁵. Apesar da retórica,

¹³ Perfeitamente esclarecida no Parecer da Ministra aposentada do STF, Ellen Gracie (Evento 55, PARECER77).

¹⁴ Evento 98, RÉPLICA1, páginas 98-99, 102.

¹⁵ Evento 98, RÉPLICA1, página 156.

tais fatos não são alheios ao objeto da demanda, senão o próprio objeto da demanda.

24. Simplificando, a União busca o melhor dos dois cenários, inconciliáveis entre si: que a demanda seja sobre indivíduos e seus respectivos tratamentos, para justificar por que a pretensão não prescreveu, e, ao mesmo tempo, que a demanda não tenha qualquer relação com a situação dos fumantes individualmente considerados, na tentativa de se esquivar de suas obrigações de provar, dentre outros elementos, exaustivamente tratados abaixo, que: (i) os fumantes começaram e continuaram fumando em razão de alguma conduta antijurídica da Souza Cruz; e (ii) esta suposta conduta antijurídica foi a causa direta e imediata das doenças dos fumantes tratados pelo SUS.

F) A União não comprova o que mais interessa: não há dano juridicamente indenizável in casu

25. **A União também falha em demonstrar a existência do dano ressarcível** (*an debeat*), a inviabilizar qualquer procedimento de liquidação subsequente voltado à apuração do *quantum debeat*. Não há a mínima prova da existência do dano, seja em perspectiva jurídica, seja econômica.

26. Afinal, sob a perspectiva jurídica, os alegados danos seriam decorrentes de atividade lícita, autorizada e fortemente tributada, ou seja, não seriam danos indenizáveis e passíveis de ressarcimento. As despesas incorridas pelo SUS não configuram dano, mas decorrem direta, imediata e exclusivamente do dever constitucional atribuído à União de prover assistência à saúde dos seus cidadãos.

27. Além disso, sob a perspectiva econômica também não há dano, vez que a União, além de sequer ter produzido evidências sobre os “gastos” incorridos para tratar as 27 (vinte e sete) doenças para as quais busca ressarcimento, jamais comprovou que despendeu mais recursos com o SUS do despenderia caso

inexistisse o consumo dos cigarros produzidos pelas Rés. Apenas após tal demonstração haveria uma aproximação à definição “dano”, na perspectiva econômica do termo, e isso sem prejuízo do necessário abatimento dos bilionários tributos recolhidos pela União, descontados, ainda, os valores relativos a ineficiências e fraudes do SUS e a perdas tributárias em razão do mercado ilegal de cigarros.

28. Embora a União confunda “despesas” com “dano”, é certo que, dos pontos de vista econômico e jurídico, configuram conceitos distintos, e a distinção é fundamental para fins de responsabilização civil.

29. Aliás, mesmo na perspectiva das “despesas” – que, repita-se, não configuram “dano” – a AGU se recusou a apresentar quaisquer documentos ou dados que comprovem os gastos que teria tido com as doenças elencadas na inicial, os quais deveriam ser de seu conhecimento. Não tendo produzido tais provas, operou-se a preclusão.

G) Silêncio eloquente da AGU sobre os argumentos e documentos apresentados pela Souza Cruz a respeito da ausência de qualquer conduta antijurídica

30. **A ausência de demonstração de qualquer conduta antijurídica que tenha resultado em gastos mais elevados pelo SUS é ainda mais gritante.** Convenientemente, a União se omite na réplica sobre o fato de que todas as condutas narradas nas mais de cem páginas do “capítulo fático” de sua petição inicial – e que constituem, à evidência, sua causa de pedir – não ocorreram, não foram praticadas pela Souza Cruz, não eram condutas antijurídicas, ou não produziram qualquer indução ilícita ao consumo de cigarros.

31. Neste sentido, não surpreende que não tenha havido qualquer menção em réplica sobre os fatos e provas referenciados na Contestação da Souza Cruz, que comprovam serem infundadas as alegações exordiaias sobre

divulgação de informações inverídicas, publicidade enganosa, características dos ingredientes, aditivos e filtros dos cigarros, desconformidade dos cigarros “light”, *marketing* ao público jovem, etc.¹⁶

32. **Todos os argumentos e provas apresentadas com a Contestação¹⁷ – que demonstram que não houve qualquer conduta antijurídica por parte da Souza Cruz – foram simplesmente ignorados pela União.**

33. Não poderia ser diferente, já que a Souza Cruz não cometeu ou comete qualquer ato ilícito ou exercício abusivo de direito.

34. Do mesmo modo, a Souza Cruz tampouco desempenha atividade de risco e seus produtos não são defeituosos (são de periculosidade inerente), como reconhecido há muitos anos pela União e pela população, inexistindo, de qualquer ângulo que se observe, fundamentos para a pretendida responsabilização objetiva.

H) Mais um silêncio eloquente: interrupção do nexos causal pacificamente reconhecida pela jurisprudência dos Tribunais pátrios e simplesmente não abordada na réplica da AGU

35. Como também demonstrado, o amplo e longo conhecimento público sobre os riscos à saúde associados ao consumo de cigarros, e o fato de que o ato de fumar depende de deliberação do próprio usuário rompem eventual nexos de causalidade, **o que foi ignorado pela AGU em réplica.**

36. Afinal, como demonstrado à exaustão pela Souza Cruz,¹⁸ a notoriedade dos riscos associados ao consumo de cigarros levou a jurisprudência ao entendimento consolidado de que as escolhas voluntárias e

¹⁶ V. Evento 54, CONTES1, item III.C, iv.

¹⁷ V. Evento 54, CONTES1, item III.C, iv.

¹⁸ V. Evento 54, CONTES1, item III.C, v.4.

conscientes dos fumantes de decidir sobre começar e continuar fumando interrompem qualquer nexo causal entre suposta conduta antijurídica dos fabricantes de cigarro e as eventuais doenças que lhes possam acometer. Ora, se há a interrupção do nexo causal em relação ao indivíduo, certamente há interrupção para a União, que, além de ter o dever de arcar com os custos do sistema público de saúde, se situaria em posição ainda mais distante em eventual cadeia causal.

I) Única conclusão possível: não estão preenchidos os requisitos da responsabilidade civil

37. Em suma, para além dos graves óbices processuais, **a réplica da AGU passa novamente ao largo da demonstração dos pressupostos normativos da responsabilização civil, seja para responsabilização objetiva, seja subjetiva.** Não há provas de qualquer conduta antijurídica praticada pela Souza Cruz, não foi demonstrado o nexo de causalidade entre as alegadas condutas antijurídicas e o início e continuidade do consumo de cigarros pelos usuários do SUS, e muito menos foi comprovada a existência de dano indenizável à União em decorrência do nexo de causalidade alegado.

38. A improcedência do pedido é inevitável, inclusive porque a CQCT, ao contrário do que afirma repetidamente a AGU, não é autoaplicável, depende da observância do arcabouço legal brasileiro, não obriga os signatários a subverter sua própria jurisprudência bem estabelecida, e, por isso, não constitui fundamento adequado para imputar responsabilidade civil à Souza Cruz.¹⁹

39. É revelador, a propósito, o quanto a União tenta se basear na CQCT como fundamento para justificar a sua pretensão. A Autora alude repetidamente à CQCT porque sabe que não tem nenhuma demanda legítima sob a ótica da legislação brasileira.

¹⁹ Como exposto pelo Parecer da Profa. Dra. Nadia de Araújo (Evento 54, OUT27).

J) Não bastasse isso tudo, a réplica também é omissa sobre diversos outros fundamentos da Contestação da Souza Cruz (todos suficientes, por si só, para justificar a extinção do presente processo)

40. Não fosse suficiente, a União convenientemente não refutou os argumentos da Souza Cruz a respeito da licitude de sua atividade, da elevada carga tributária que favorece a própria União e dos prejuízos causados pela inexistente fiscalização do mercado ilegal e pelas sucessivas e bilionárias fraudes ocorridas no âmbito do SUS.

41. Nada na réplica da AGU afasta a conclusão de que a União busca, pela via do Judiciário, pretensão que constitui **clara tentativa de majoração ou instituição de tributos**.²⁰ Afinal, a “internalização das externalidades negativas” a que alude repetidamente a União é realizada precisamente pela carga tributária diferenciada que incide sobre os cigarros da Souza Cruz.

42. Do mesmo modo, são os elevados tributos decorrentes da atividade da Souza Cruz que já têm a função (ou pelo menos deveriam ter, não fossem os sucessivos escândalos de corrupção envolvendo o SUS) de financiar a seguridade social, não já a “indenização” para danos futuros e hipotéticos buscada na presente ACP.

43. **Pior: não houve sequer menção em réplica ao fato de que a União incorre em verdadeiro venire contra factum proprium – que é, por si só, causa de improcedência da demanda.** Como visto, a União, de um lado, fomenta, regula e reconhece a licitude das atividades praticadas pela Souza Cruz, beneficiando-se financeiramente do recolhimento de astronômicos tributos, que representam mais de 70% (setenta por cento) do preço de compra; e, de outro, busca

²⁰ Como apresentado detidamente no Parecer do Prof. Dr. Humberto Ávila (Evento 54, OUT12).

responsabilizar a Souza Cruz pelo simples desenvolvimento das atividades que a própria União fomentou, regulou e considerou lícitas.

44. Em resumo, a réplica apresentada pela União não afasta a imperiosa extinção do feito, tampouco a improcedência dos pedidos. A deficiente argumentação em relação aos pontos centrais da demanda e a ausência de manifestação sobre as contundentes provas apresentadas são evidentes, o que só pode levar à imediata rejeição da pretensão autoral.

K) A petição da ACT segue a mesma linha

45. A manifestação da ACT também em nada altera tal cenário. A ACT, embora admitida no processo na qualidade de *amicus curiae*, é instituição com nítido caráter antitabagista, que opera com substancial financiamento estrangeiro, e seus pareceres revelam, naturalmente, tal posição ideológica.

46. Não fosse suficiente, as razões apresentadas em tais pareceres estão dissociadas da atual e predominante compreensão sobre a sistemática da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, e, sobretudo, da jurisprudência do Eg. STJ, como já destacado.

L) Novos pareceres jurídicos e técnicos que confirmam de uma vez por todas a necessidade de pronta rejeição dos pleitos da AGU

47. Nos itens subsequentes, a Souza Cruz resgatará os principais aspectos discutidos na presente ACP, no intuito de demonstrar a fragilidade dos argumentos aventados em réplica e, ainda, a insubsistência dos pareceres apresentados pela ACT.

48. Acompanham esta manifestação, além dos documentos listados ao final, novos pareceres elaborados especificamente para a

presente demanda, de autoria dos Professores: **(i)** Dra. Judith Martins-Costa (doc. 1); **(ii)** Dra. Carmen Tiburcio (doc. 2); **(iii)** Dr. Anderson Schreiber (doc. 3); **(iv)** Dr. Luiz Rodrigues Wambier (doc. 4); **(v)** Dr. Gesner Oliveira (doc. 5); **(v)** Dr. Denizar Vianna (doc. 6); **(vi)** Dr. Luiz Pontel de Souza (docs. 7 e 8); **(vii)** Leonardo Florencio Samuel Aguirre e Dra. Maria Meloria Meschi, da FTI Consulting (docs. 9 e 10).

49. Por fim, embora entenda que a hipótese é de imediata extinção, ou, caso superados os óbices processuais, de improcedência imediata dos pleitos, e embora caiba à União a prova dos fatos constitutivos de seu alegado direito – o que não foi capaz de fazer, de modo a se configurar verdadeira renúncia e preclusão –, a Souza Cruz indica no item XIV.D, em caráter subsidiário, as providências que seriam necessárias para fins de saneamento do feito, assim como as provas que pretenderia produzir caso a pretensão da AGU não seja rechaçada de plano.

ÓBICES PROCESSUAIS INSUPERÁVEIS

.II.

Ação Civil Pública incabível: Inadequação da via eleita pela AGU.

50. A presente ACP não é via adequada para a veiculação dos pleitos da União, como demonstrado pela Souza Cruz.²¹ A conclusão foi demonstrada no Parecer do Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco²² e é ora corroborada pelo Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier (doc. 4).

²¹ Evento 54, CONTES1, item II.B, páginas 31-53.

²² Evento 54, OUT13.

A) A ACP revela pedido de natureza individual: a União busca ressarcimento aos seus cofres, agindo em legitimação ordinária. Todo patrimônio da União é, “ao final”, da coletividade

“A ação civil pública é por definição e segundo sua configuração no direito positivo, um instrumento destinado à tutela dos titulares de direitos transindividuais e não a direitos individuais do autor. Quanto ao primeiro de seus pedidos a União Federal não age para a defesa de direitos de uma coletividade (direitos individuais homogêneos) mas com vista a obter, ela própria, ressarcimento de despesas alegadamente suportadas para o tratamento médico aos consumidores. Pura ação de ressarcimento, portanto, fundada em uma suposta responsabilidade aquiliana que não diz respeito à coletividade dos consumidores de cigarros” (Parecer do Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco).²³

“Não há qualquer dúvida, portanto, de que não só o direito ao ressarcimento alegado pela União tem *natureza estritamente individual*, como ela mesma assume explícita e textualmente que o está postulando em nome próprio, havendo nesse caso, então, apenas *legitimação ordinária para processo individual*, e não *legitimação extraordinária para processo coletivo*” (Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, páginas 4-5).

51. A presente demanda, no que diz respeito ao pedido de ressarcimento por supostos danos materiais, destina-se diretamente à tutela de alegado direito da própria União, individual e patrimonial.

²³ Evento 54, OUT13, página 28, grifou-se.

52. É o que se extrai, com extrema clareza, da petição inicial da AGU. O primeiro parágrafo enuncia: busca-se “o ressarcimento dos danos, passados e presentes, causados ao Sistema Único de Saúde – SUS, especificamente relacionados aos gastos incorridos pela União”. A própria União esclarece que “atua em nome próprio e busca um comando ressarcitório que somente abarca a parte que ela aporta para o financiamento do SUS”.²⁴

53. A simples leitura da inicial revela que o pedido principal da União (de ressarcimento por supostos danos materiais) não é direito da “coletividade”, mas suposto direito exclusivo da própria Autora, a acarretar o descabimento da ACP. Afinal, sequer é controverso que as ACPs se destinam apenas e exclusivamente a tutelar direitos de natureza (verdadeiramente) coletiva.

54. A despeito da clareza de sua inicial, a AGU tenta “repaginar” o objeto da demanda após as Contestações, afirmando em réplica que o que se pleiteia na presente demanda é a indenização dos gastos “suportados pela sociedade”.²⁵ Segundo agora tenta defender a AGU, estaria em jogo o patrimônio de “toda a sociedade brasileira”,²⁶ de conotação transindividual. A ACP visaria ao “ressarcimento aos cofres da União (Fundo Nacional de Saúde)”,²⁷ embora agora “em nome da coletividade que suporta, ao final, os gastos com o financiamento do Sistema Único de Saúde”.²⁸ A defesa do “patrimônio” da União estaria justificada pelo art. 1º da Lei n. 7.347/1985.

55. A argumentação não convence e não tem o condão de alterar a real natureza do pleito, anunciada e confessada pela própria AGU na petição inicial. Afinal, todos os gastos, despesas e patrimônio da União são, “ao final”, suportados pela coletividade. A União é, como se sabe, uma construção social. Toda

²⁴ Evento 1, INIC1, páginas 4-5 e 14, grifos no original.

²⁵ Evento 98, RÉPLICA 1, página 1.

²⁶ Evento 98, RÉPLICA 1, página 1.

²⁷ Evento 98, RÉPLICA 1, página 54.

²⁸ Evento 98, RÉPLICA 1, página 54.

a sua arrecadação e todo o seu dispêndio remetem, “ao final”, à população brasileira. Todo seu patrimônio é (ou deveria ser) empregado, em maior ou menor medida, em favor da coletividade.

56. Tal constatação – óbvia – não afasta a conclusão de que a União busca na presente ACP a reparação (individual) de seu direito patrimonial, em legitimação ordinária, e que, por consequência, a presente demanda não visa à tutela de direitos transindividuais. A prosperar o raciocínio da AGU, toda e qualquer demanda ajuizada pela União ou em face da União seria uma demanda de natureza coletiva, e sua atuação seria sempre em legitimação extraordinária.

57. Não há, no presente caso, tutela judicial de direitos transindividuais ou da coletividade, que apenas seriam afetados indiretamente. Mas é necessário repetir: isso é uma característica inerente a todas as demandas envolvendo o patrimônio da União. Como os bens da União são necessariamente empregados em prol da coletividade, tudo que diz respeito ao seu patrimônio tocará, futuramente, indiretamente e em alguma medida, os interesses da coletividade. Isso vale tanto para o patrimônio que é empregado para o custeio do SUS, quanto para aquele que é desviado da saúde pública pelos sucessivos escândalos de corrupção e, ainda, para o patrimônio da União destinado à segurança pública, ao saneamento básico ou à proteção do meio ambiente.

58. Todas as decisões relativas ao patrimônio da União têm essa consequência indireta e, no entanto, nem todas as demandas envolvendo a União são demandas que tutelam situação jurídica coletiva de um grupo.²⁹

²⁹ A propósito, rememore-se a lição da doutrina: “O núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso e na tutela do grupo: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva de titularidade de um grupo de pessoas (...) Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pelo qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupos” (Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., *Curso de Direito Processual Civil*: processo coletivo, Salvador: JusPodivm, 2017, v. 4, p. 30).

59. A pretensão principal da União – relativa à indenização correspondente ao suposto prejuízo aos seus cofres em razão do custeio do tratamento de doenças associadas ao tabaco – não reflete pretensão dotada de transindividualidade. Trata-se, quando muito, de interesse público meramente secundário (como tudo que diz respeito ao patrimônio público),³⁰ que não está compreendido no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, a acarretar o seu descabimento, **como destaca o Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier.**³¹

60. São, portanto, inaplicáveis os antigos julgados citados pela União em réplica, porque **não** está em discussão o acesso à rede pública de saúde (o que, aliás, é garantia constitucionalmente assegurada à população e não é objeto da ACP), e sim o suposto aumento das despesas que a União afirma ter sofrido por ter que cumprir seu dever legal de custeio do SUS (v. item X.A, abaixo).

61. A mesma linha de raciocínio é suficiente para afastar as ilações de que o suposto direito ao ressarcimento da União decorreria de “direitos

³⁰ Sobre o ponto, rememore-se as lições da doutrina: “Um segundo limite é o que se estabelece a partir da distinção entre interesse social (ou interesse público) e interesse da Administração Pública. Embora a atividade administrativa tenha como objetivo próprio o de concretizar o interesse público, é certo que não se pode confundir tal interesse com o de eventuais interesses próprios das entidades públicas. Daí a classificação doutrinária que distingue os interesses primários da Administração (que são os interesses públicos, sociais, da coletividade) e os seus interesses secundários (que se limitam à esfera interna do ente estatal)” (Teori Albino Zavascki, *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 54-55).

³¹ “Como se vê, se a intenção do pedido formulado pelo ente público é que seja reconhecido *direito individual próprio*, o caso é de ação individual, não de ação coletiva. E é até intuitivo que *ressarcimento* é direito próprio, e não direito coletivo, em qualquer de suas espécies (difuso, coletivo, individual homogêneo *etc.*). A propósito, essa questão pode ser analisada também sob a luz da distinção, importada do Direito Administrativo, entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*: enquanto o primeiro – que é o interesse público por excelência ou em sentido estrito – se define por sua correspondência a interesses coletivos da sociedade, este último só é interesse público de forma indireta, mediata, por corresponder aos interesses individuais que a Administração Pública tem como qualquer sujeito de direitos. (...) A importância dessa distinção para a análise que se faz neste Parecer é clara: uma vez feita, no caso concreto, conclui-se incontornavelmente que o alegado direito ao ressarcimento da União constituiria, quando muito, interesse público *secundário* – o que confirma o seu *caráter estritamente individual* e afasta a hipótese de cabimento da ação civil pública por dano ao patrimônio público, do art. 1º, VIII, da LACP –, e não *primário*, pois diz respeito apenas ao patrimônio da União enquanto sujeito individual de direitos, que só indiretamente concorre para a realização dos direitos coletivos de toda a sociedade” (doc. 4, páginas 6-7).

imateriais violados”,³² ou, ainda, a reiterada aproximação que a União pretende fazer com o direito ao meio ambiente sadio, já que, a rigor, todos os direitos, em alguma medida, interessam a toda a sociedade – e nem por isso todas as pretensões são coletivas –, como esclarece o Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier.³³

62. Não há, aqui, a tutela de um direito de titularidade direta da coletividade – como a preservação do meio ambiente – senão pretensão de ressarcimento financeiro diretamente à União e que poderá, a depender das escolhas governamentais, impactar indiretamente a população, **como ocorre com toda e qualquer decisão sobre orçamento público.**

63. Tampouco é possível acolher o argumento de que o caráter transindividual da demanda decorra da petição – de uma lauda – do Ministério Público informando que acompanharia o feito.³⁴ A atuação como fiscal da ordem jurídica – que decorre do art. 127 da CRFB – abrange variadas hipóteses, inclusive ações erroneamente identificadas (pelos autores) como ACPs.

64. Igualmente não justifica a natureza coletiva da ação a menção à CQCT, que em seu preâmbulo trataria da proteção à saúde pública, como

³² Evento 1, INIC1, página 223.

³³ Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier: “Nem se diga, como a União pretende fazer crer na petição inicial, que o direito ao ressarcimento se apoiaria no – ou decorreria do – direito à saúde, este sim transindividual, o que justificaria a propositura da ação civil pública. (...) Porém, tal expediente argumentativo não se sustenta de maneira alguma, como passo a demonstrar. Ora, absolutamente *todo e qualquer direito* se liga – direta ou indiretamente, próxima ou remotamente, de forma concreta ou apenas em níveis elevados de generalidade e abstração – aos valores fundamentais que, axiologicamente, constituem o cerne dos direitos transindividuais (como o direito à vida, à saúde, à educação *etc.*). Sendo assim, essa característica não pode servir de critério para a aferição da adequação ou inadequação da via processual coletiva, pela razão singela de que um critério, para ser o que é, não pode ser tal que a sua aplicação englobe *absolutamente todas as coisas que se pretendem dividir ou classificar*. Dito de outra forma: se *todos os direitos*, hora ou outra, acabam por interessar a toda a sociedade, mesmo que de forma remota, indireta e abstrata, então é evidente que, se este ‘critério onibrangente’ (com o perdão da autêntica contradição em termos) fosse utilizado, *todo e qualquer direito poderia ser tutelado pela União em ação coletiva*, o que é absurdo. Estou aqui a me valer, como se vê, da forma lógica de refutação de uma proposição consistente na *reductio ad absurdum* (redução ao absurdo): provando que a proposição conduz a um absurdo (lógico, ontológico, prático *etc.*), prova-se, por isso mesmo, que ela é inevitavelmente falsa” (doc. 4, página 9).

³⁴ Evento 98, RÉPLICA1, página 57.

pretende a União.³⁵ Como já demonstrado em Contestação, e reafirmado no item VII *infra*, a CQCT não revela causa de pedir suficiente para esta demanda, e muito menos tem o condão de tornar coletivo o feito, que só pode ser assim caracterizado a partir de seu objeto litigioso.

65. Feitas tais observações, conclui-se ser no todo irrelevante que a Lei nº. 7.347/1985 preveja a legitimação extraordinária da União, o que é mencionado em réplica como fundamento para o cabimento da ACP, com citações doutrinárias também descoladas da realidade da presente demanda. É certo que a União pode atuar em legitimidade extraordinária,³⁶ mas para o ajuizamento de ações coletivas mediante legitimação extraordinária é necessário que seu objeto seja relativo a direito coletivo. A previsão legal de legitimação extraordinária ativa da União não é, isoladamente, o que justifica o emprego de ACP.

66. É o que explicita o Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier:

“Embora seja certo que a União, os Estados e os Municípios têm legitimidade para figurar no polo ativo de ações coletivas – até porque esta legitimidade é expressamente estabelecida pela lei, tanto na Lei da Ação Civil Pública, quanto no Código de Defesa do Consumidor –, fato é que tais entes só têm *interesse processual em ações coletivas se, através delas, buscarem defender direitos transindividuais (difusos, coletivos etc.), e não direitos individuais de suas próprias e respectivas titularidades*” (doc. 4, página 5).

³⁵ Evento 98, RÉPLICA1, página 61.

³⁶ Não há, aliás, nenhuma “contradição” por parte da Souza Cruz, como alega a União (Evento 98, RÉPLICA1, página 58). Para o pedido de danos morais (único coletivo) é a coletividade substituída que importa para fins de identificação dos elementos da demanda. Para o pedido de danos materiais, discutido no presente tópico, o relevante é a União, autora em legitimação ordinária, como confessa.

67. Apesar da nova linha argumentativa empreendida em réplica, um olhar mais atento revela a contradição em que incorre a União. Afinal, novamente a Autora afirma que limitou seu pleito ao valor que ela própria aporta para financiamento do SUS, à sua “quota-parte”,³⁷ “uma vez que entende que não tem legitimidade para reclamar os danos infligidos a estados e municípios”.³⁸ Ora, ou o dano é sofrido pela coletividade e, aí sim, transindividual (independentemente do “financiador”), ou é sofrido individualmente pela União, Estados e Municípios, e só indiretamente “coletivo” (já que tudo que é público toca, “ao final”, à coletividade).

68. Relembre-se, no ponto, que a União fez questão de afirmar, na sua petição inicial, que é ela quem sofre o dano aqui perseguido. Em suas palavras: “É patente o dano causado à União pelas condutas dos grupos empresariais ora demandados. A União arca com altos custos na rede de saúde pública por tratamentos de doenças atribuíveis ao cigarro”.³⁹ Em réplica, a União novamente confirma que busca seu direito, embora agora afirme que há “coincidência” entre os seus interesses próprios e os da coletividade⁴⁰ – o que, repita-se novamente, é sempre inerente à sua condição de ente público.

69. O parecer dos Profs. Oscar Vilhena e André Corrêa, juntado pela ACT na tentativa de corroborar os pleitos da Autora, reconhece que os gastos efetuados pela União com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, por intermédio do SUS, referem-se a supostos *danos individuais* por ela sofridos.⁴¹ De fato, é essa a realidade.

³⁷ Evento 98, RÉPLICA1, página 61.

³⁸ Evento 98, RÉPLICA1, página 56.

³⁹ Evento 1, INIC1, página 221, grifou-se.

⁴⁰ Evento 98, RÉPLICA1, página 57.

⁴¹ É ver-se: “Uma vez demonstrada a responsabilidade das empresas fabricantes passamos ao ponto relativo aos danos indenizáveis e nele abordaremos a possibilidade jurídica e a legitimidade da União relativamente ao pedido de reparação **dos danos individuais** (relativos aos gastos realizados **por ela**, por intermédio do SUS, com o tratamento médico das vítimas (...))” (Evento 71, ANEXO9, página 105, grifou-se).

70. Por fim, a União tenta refutar o argumento de inadequação da via coletiva afirmando que “não determinou para onde deverão ir os recursos da indenização” (ao Fundo Nacional de Saúde), e que teria sugerido a remessa dos valores para o Fundo de Direitos Difusos (este sim, previsto na Lei n. 7.347/1985).⁴² A alegação é inverídica. Basta ver que a União apenas menciona o Fundo de Direitos Difusos – inclusive no trecho transcrito na réplica – no capítulo da petição inicial referente à indenização por danos morais. A indenização relativa aos danos materiais (de natureza individual) foi sim vinculada ao patrimônio da União relativamente ao Fundo Nacional de Saúde, como se vê do próprio pedido inicial.⁴³

71. Em suma, portanto, em razão da natureza individual da presente demanda, a ACP é via processual inadequada para formular o pedido de ressarcimento dos danos materiais supostamente sofridos pela União, ao que a demanda deveria ter sido formulada pelo procedimento comum (art. 318, CPC). A escolha pelo manejo de ACP apenas esconde a intenção da União de se imunizar contra os riscos processuais, notadamente aqueles relacionados ao custo da litigância e à sucumbência, o que tem especial relevância quando se trata de demanda fadada ao insucesso, como no presente caso.⁴⁴

⁴² Evento 98, RÉPLICA1, página 65.

⁴³ “Sendo assim, e tendo em vista todo o exposto, a União requer: (...) C) a procedência da presente demanda, para condenar as rés à obrigação de indenizar a União (por meio de pagamentos destinados ao Fundo Nacional de Saúde), pelos gastos por ela dispendidos com o tratamento de (...)” (Evento 1, INIC1, página 247, grifou-se).

⁴⁴ Nesse sentido, colhe-se do Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier: “A estratégia da União (...) parece ser a de se prevenir contra os riscos – a meu ver inclusive elevados – de derrota processual e consequente obrigação de pagar as verbas sucumbenciais (obrigação inexistente no caso da ação civil pública, conforme dispensa estabelecida pelo art. 18 da LACP). (...) E a consequência processual disso não pode ser outra, senão a seguinte: cada pedido deve ser conhecido e julgado nas sedes processuais próprias, devendo a União, se quiser assumir o risco sucumbencial, propor uma ação ordinária em que deduzirá, em nome próprio, sua pretensão ressarcitória individual” (doc. 4). É o que também se extrai do Parecer do Prof. Dr. Candido Rangel Dinamarco: “(...) a UNIÃO FEDERAL veio a juízo motivada por uma para lá de intensa má-fé, travestindo de *ação civil pública* uma demanda manifestamente individual, em prol de seus próprios cofres e não de qualquer coletividade, com objetivo de tirar proveitos ilegais. (...) Se essa iniciativa vier a ser tratada como uma ação civil pública, ela responderá de qualquer maneira porque, nos termos do art. 87 do Código de Processo Civil, em ações dessa natureza o autor responderá [pelos ônus de sucumbência] sempre que tiver

B) Não é possível a cumulação de pedidos (de danos materiais à União e morais à coletividade). Pedidos heterogêneos e sem compatibilidade procedimental

“Aberra do sistema uma cumulação como essa proposta pela União Federal, figurando como um legitimado ordinário no pedido de indenização por despesas atribuídas às indústrias e como um legitimado extraordinário na demanda em prol de toda uma comunidade de consumidores e não-consumidores de cigarros. (...) Ora, *ao cumular aqueles seus dois pedidos sob o manto da ação civil pública a União Federal pretende que essa espécie de processo abrigue não só um pedido de tutela coletiva (como é natural) mas também o pedido de uma condenação a seu próprio favor, o que destoa do sistema* porque essa espécie de processo difere do processo regido pelo direito processual comum, ou seja, pelo Código de Processo Civil” (Parecer do Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco).⁴⁵

72. Ainda que se pudesse afirmar que há alguma pretensão coletiva ou passível de veiculação pela ACP – a qual seria limitada ao pedido de danos morais coletivos –, a Souza Cruz demonstrou a impossibilidade de cumulação de tal pleito com o pedido de ressarcimento de prejuízos materiais supostamente causados à União, à luz do art. 327, §1º, do CPC.⁴⁶

agido de má-fé – e no presente caso, como à saciedade procurei demonstrar, a má-fé da UNIÃO autora é uma realidade perceptível a olho nu” (Evento 54, OUT13, páginas 25-26).

⁴⁵ Evento 54, OUT13, páginas 22-24, grifou-se.

⁴⁶ Art. 327, §1º, do CPC: “É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que: I - os pedidos sejam compatíveis entre si; II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento”.

73. A pretensão ressarcitória por danos materiais é individual, e deveria ser veiculada pelo procedimento comum, o que implica, por consequência, a inaplicabilidade da regra de competência prevista para o microsistema de tutela coletiva (arts. 2º, LACP e 93, CDC). Além disso, também não há no presente caso conexidade subjetiva exigida em qualquer espécie de cumulação de pedidos. É o que também destaca o Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier.⁴⁷

74. Em relação ao ponto, a União limitou-se a afirmar que, como sua pretensão seria (agora) transindividual, a objeção não prosperaria. Além disso, cita julgados que tratam da possibilidade de emprego de formas variadas de

⁴⁷ Seu Parecer demonstra detalhadamente o porquê de não estarem preenchidos os requisitos indispensáveis para viabilizar a cumulação de pedidos no mesmo processo. Em relação ao pressuposto relativo à identidade de autor, conclui: “(...) no caso sob análise, *não existe identidade no que diz respeito ao ‘autor’*, por mais estranho que isso possa parecer à primeira vista (já que é a União a única autora, no processo). Ora, é evidente que o que o sistema do CPC autoriza é que um mesmo autor deduza *sempre para si* as pretensões relativas a cada um dos pedidos cumulados; isto é o que se chama de *cumulação homogênea de pedidos*. Obviamente, não é finalidade da norma comentada que o autor cumule, num mesmo processo, um pedido que diga respeito à sua própria esfera de direitos e outros pedidos que, a seu turno, integrem a esfera jurídica de outros sujeitos de direitos. (...) No caso sob análise, porém, a União pretende cumular *um pedido para si* (tutela ressarcitória, invocada sob o regime de legitimação ordinária, em nome próprio) e *outro pedido para terceiros* (tutela indenizatória, requerida já sob o regime de legitimação extraordinária, em nome da coletividade). Isso, contudo, é processualmente inviável, já que frontalmente incompatível com o pressuposto primário estabelecido pelo *caput* do art. 327 do CPC, também denominado de *conexidade subjetiva entre os pedidos cumulados*” (doc. 4, páginas 13-14). Em relação ao pressuposto de compatibilidade procedimental, aponta: “A petição inicial também não atende o pressuposto específico relativo à *compatibilidade de procedimentos* (art. 327, § 1º, III, do CPC). (...) Seja como for, o requisito concernente à *compatibilidade processual-procedimental* não está satisfeito no caso que, aqui, está em análise. Isso é assim pela razão simples de que o pedido de natureza ressarcitória individual deve ser formulado em processo a ser regido pelo *procedimento comum*, ao passo que (apenas) o pedido de natureza indenizatória coletiva poderia ser formulado em sede de *ação civil pública*. Alguém poderia objetar que a ação civil pública instaura processo que tramita sob o procedimento comum, o que afastaria a incompatibilidade acima afirmada. Porém, apesar da aparente verossimilhança inicial da objeção, ela não resistiria a uma análise mais aprofundada. É evidente que a compatibilidade exigida pelo art. 327, § 1º, III, do CPC abrange tanto a noção estrita de *procedimento* (ou *rito*), quanto a de *processo* mesmo, pois quem exige o mais, exige também o menos, conforme postulado lógico-hermenêutico indeclinável. Explico-me: se o Legislador veda a possibilidade de cumulação nos casos em que até mesmo os *procedimentos* são incompativelmente distintos, com maior razão ainda será impossível a cumulação nos casos, bem mais graves, em que os pedidos devam ser formulados em *processos de naturezas distintas*. (...)” (doc. 4, páginas 14-15).

tutela via ACP, e defende que a cumulação é admitida já que “até mesmo a tutela inibitória é admitida dentro do procedimento da Ação Civil Pública”.⁴⁸

75. A Souza Cruz reitera, em relação à real natureza da pretensão de reparação de danos materiais, suas razões já apresentadas. É evidente que não se trata de direito transindividual e, por isso, o pleito não pode ser veiculado via ACP e tampouco cumulado com o pedido de danos morais coletivos.

76. Em relação aos demais argumentos, verifica-se que não guardam relação com a discussão dos presentes autos. A Souza Cruz jamais questionou a possibilidade de adoção de variadas formas de tutela ou técnicas processuais em Ações Cíveis Públicas. No entanto, *in casu*, não é cabível a Ação Civil Pública. Ou seja, o que a Souza Cruz questiona é a cumulação de pleitos radicalmente heterogêneos, em termos de natureza e titularidade, o que não é refutado suficientemente pela União e impõe, ao menos, a extinção parcial do processo sem resolução do mérito (quanto ao pedido ressarcitório).⁴⁹

.III.

Impossibilidade de postergar a aferição do *an debeatur* para liquidação: o problema não é de mera “quantificação” dos danos.

Eventual comprovação da existência do dano e do nexa causal demandaria análise casuística e particularizada, incabível em ACP.

77. A União, ciente de que não estão preenchidos os requisitos necessários à responsabilização civil da Souza Cruz (notadamente a comprovação de ato antijurídico, da existência do dano e do nexa causal entre eles), pretende postergar a avaliação de tais requisitos para a fase de liquidação, tratando

⁴⁸ Evento 98, RÉPLICA1, página 64.

⁴⁹ Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier (doc. 4, páginas 32-33).

as insuperáveis falhas da sua pretensão como se fossem questões atinentes à mera “quantificação”. Não são.

78. Tal estratégia foi adotada, provavelmente, como uma tentativa de contornar as centenas de pronunciamentos judiciais rejeitando pretensões indenizatórias por alegados danos decorrentes do consumo de cigarros,⁵⁰ justamente pela ausência dos requisitos para a responsabilização da Souza Cruz.⁵¹

79. Contudo, a tentativa de simplificação do problema não resiste a uma melhor análise. Os “parâmetros indenizatórios” não podem, ao contrário do que afirma a União, ter sua análise postergada – seja em demandas individuais, seja em demandas coletivas –, porque não dizem respeito à mera liquidação do julgado: tais questões (prova da existência dos danos, nexo de causalidade e antijuridicidade da conduta) remontam à própria procedência do pedido e estão indissociavelmente ligadas à identificação do dever de indenizar.

80. Devem tais questões, por consequência, ser demonstradas e comprovadas na fase de conhecimento, porque são indispensáveis para que haja qualquer comando judicial condenatório. No caso em tela, tal comprovação demandaria necessariamente uma **análise casuística, individual e heterogênea**, o que é incabível em sede de ACP.

81. Em réplica, a União volta a confundir, propositadamente, os elementos do dever de indenizar com a simples extensão dos danos. Busca se desincumbir do ônus de comprovar a existência do dano e o nexo causal entre as alegadas condutas antijurídicas da Souza Cruz e tais danos pela afirmação de que sua ação teria “viés coletivo” e que seu pedido seguiria as

⁵⁰ Cf. compêndio de decisões contido no *link* apresentado no Evento 75, PET1.

⁵¹ V., sobre o tema, o item III.C da contestação da Souza Cruz – Evento 54, CONTES1, páginas 114-245.

disposições do CPC, argumentos estes que não infirmam as conclusões apresentadas pela Souza Cruz e não afastam a extinção do feito.

A) A União pretende postergar a comprovação da existência do dano e do nexo causal para fase de liquidação. O “viés coletivo” não dispensa a aferição individual e heterogênea dos danos alegados e de sua causalidade, incabível em ACP

82. A União pretende postergar para a fase de liquidação a aferição dos pressupostos cumulativos para a responsabilização civil, o que fica claro da simples leitura de suas petições, como destaca o Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier:

“A União se dedica a argumentar que a quantificação do dano material sofrido por ela individualmente poderá ser feita em sede de liquidação de sentença. (...) Ocorre que, a rigor, a União pretende, com isso, que na liquidação se apure não apenas a quantificação dos supostos danos materiais que individualmente alega ter sofrido, mas, principalmente, a presença de elementos constitutivos do *an debeatur*, o que sabidamente não é possível. (...) Aliás, a União é explícita ao requerer que a apuração do que chamou de ‘*nexo causal epidemiológico*’ seja feita apenas na liquidação, tentando evitar que precise enfrentar essa difícil tarefa na fase de conhecimento (...). Aqui, é muito clara a confusão – no sentido técnico da expressão – entre *quantificação* dos danos e a *própria configuração* ou *existência* desses mesmos danos e a sua *relação de causalidade* com a atividade empresarial da Consulente. Ou seja: a União trata como uma simples questão de quantificação o que, em verdade, constitui uma complexíssima atividade cognitivo-judicial destinada a se apurar a *ocorrência* dos danos e a sua *decorrência* de atos

ilícitos atribuíveis à Consulente (ou seja, ‘dano’ e ‘nexo causal’, enquanto pressupostos da responsabilidade civil atinentes ao *an debeatur*)” (doc. 4, páginas 23-24).

83. Na réplica, a União busca novamente emplacar o argumento no sentido de que, como a ACP teria viés coletivo, não estariam em discussão os danos individuais a fumantes, de modo que “a frequência, intensidade e duração do tabagismo e sua relação com o desenvolvimento de alguma das patologias elencadas na peça vestibular são alheias ao objeto da presente demanda”⁵².

84. O argumento não convence. Afinal, como já demonstrado, se a União busca ser ressarcida dos valores que o SUS emprega para tratamento de doenças relacionadas ao consumo de cigarros das Rés, ela precisa comprovar – em fase de conhecimento – além das condutas antijurídicas praticadas pela Souza Cruz (sobre as quais é omissa a réplica – v. item I.J), os danos sofridos e, em especial, que tais danos decorreram direta e imediatamente das alegadas condutas imputadas à Souza Cruz.⁵³

85. Inicialmente, deve-se ressaltar que, como demonstrado,⁵⁴ a jurisprudência brasileira é clara no sentido de que doenças alegadamente decorrentes do consumo de cigarros não estão relacionadas a qualquer

⁵² Evento 98, RÉPLICA1, página 156.

⁵³ Nas palavras do Prof. Dr. Miguel Reale: “Quanto aos possíveis malefícios causados à saúde pelo fumo, não podem eles ser configurados ‘*in abstracto*’, devendo ser comprovados em cada caso, ‘*in concreto*’, porquanto é óbvio que o tabagismo, ou seja, o abuso do tabaco ou a intoxicação produzida pelo fumo não constituem uma situação igual e comum a todos os fumantes (...). Além disso, há infinitos tipos de fumantes, cujas doenças podem resultar das mais diversas causas, algumas delas congênitas, outras de natureza somática, nenhuma ligação tendo com o uso do fumo, de tal maneira que não teria sentido partir-se de uma presunção de igualdade dos fumantes e, mais do que isto, da presunção de uma universal causalidade, abstração feita da situação psico-somática de cada consumidor de cigarro” (Evento 54, OUT47, páginas 31-32).

⁵⁴ Cf. compêndio de decisões contido no link apresentado no Evento 75, PET1.

ato da Souza Cruz (muito menos qualquer ato antijurídico), até porque a conduta consciente e informada dos fumantes interromperia qualquer nexos de causalidade.

86. De qualquer forma, independentemente de se tratar de reparação “coletiva” (o que se admite a título argumentativo), seria indispensável a análise **individualizada e heterogênea** de fatores como: (i) o momento em que cada usuário começou a fumar; (ii) as razões que o levaram ao consumo do cigarro; (iii) a frequência do consumo, se constante desde o início, ou se variável, incluindo períodos de não utilização; (iv) as marcas consumidas – inclusive aquelas obtidas de amigos ou conhecidos, o que também se aplicaria a fumantes “passivos” –; (v) as condições de saúde prévias do sujeito; (vi) sua carga genética; (vii) outros fatores de risco a que se encontram expostos, como álcool, alimentação, ocupação, condições de moradia e higiene; (viii) contato com agentes poluidores; (ix) o tipo de doença e intensidade; e (x) o tratamento ou não da doença, dentre outros aspectos.

87. Afinal, os danos alegados, mesmo em pretensão “coletiva”, estariam associados necessariamente a indivíduos, em relação aos quais seria indispensável comprovar a causalidade com o consumo dos produtos da Souza Cruz. Desse modo, embora a União busque apresentar sua pretensão como “coletiva”, seria necessário realizar a análise de cada fumante para confirmar se (i) o consumo de cigarro decorreu de conduta ilícita da Souza Cruz; (ii) a condição médica do fumante resultou de fumo decorrente dos ilícitos imputados à Souza Cruz; (iii) buscou tratamento para tal condição médica no SUS; (iv) a União despendeu recursos para o tratamento do fumante via SUS; e (v) a União teria despendido menos recursos para tratar o paciente se ele nunca tivesse fumado, ou nunca tivesse fumado devido à suposta conduta antijurídica da Souza Cruz.

88. Em suma, ainda que se pretenda uma reparação “global”, é imprescindível a comprovação do nexos causal direto e imediato, que, conforme o entendimento pacífico do Eg. STJ, apenas pode ser avaliado à luz de

incontáveis **fatores individuais e heterogêneos**, como “alimentação, álcool, carga genética e modo de vida”, a serem aferidos no caso concreto.⁵⁵

89. Tais elementos não são, à evidência, “alheios ao objeto da presente demanda”. É o que se extrai do Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, que identifica os elementos ausentes na presente demanda (dano e nexa causal), e que a União trata incorretamente como problema de quantificação:

Existência do dano

“No contexto do dano (material) – mesmo que se parta da premissa incorreta de que gastos estatais com o sistema de saúde sejam ‘danos’ e não ‘obrigação constitucional e legal do Estado’ e mesmo que houvesse prova quanto ao valor gasto a esse título –, a União considera que a demonstração de sua *ocorrência* ou *configuração* dependeria apenas de uma *operação matemática quantificadora*: bastaria que se fizessem contas estatístico-aritméticas para se demonstrar que os danos materiais alegados na petição inicial *ocorreram*. Tem-se aqui o expediente falacioso de *se converter ilicitamente um problema essencialmente ontológico em um problema simplesmente quantitativo, numérico*” (Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, doc. 4, página 25);

Nexo causal

“Já no âmbito do nexo causal, a União considera que a apuração da *existência de causalidade* entre a alegada conduta ilícita e o tabagismo e entre tal consumo ilicitamente induzido de cigarros e o incremento da despesa pública com o sistema de saúde seria não um problema de causalidade, mas um *problema matemático*: fazendo contas (e, pior, contas presuntivas, aproximativas, indiretas), seria possível, segundo ela, aferir a existência de nexa de causalidade entre a indústria tabagista e o orçamento federal destinado à saúde. Ou seja: para ela, *o nexo causal é novamente um problema não ontológico, mas numérico*, pelo que seria um tema adiável à liquidação. Contudo, quanto ao nexo causal, seria necessário comprovar já na fase de conhecimento: (a) que algum comportamento supostamente ilícito das Rés levou os consumidores de cigarros a iniciar tal consumo e prosseguir nele;

⁵⁵ STJ, REsp 1.113.804, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.4.2010.

(b) que, em razão do consumo apenas de cigarros das Rés, tais pessoas foram diretamente acometidas por alguma(s) das 27 doenças relacionadas na petição inicial; (c) que os consumidores acometidos por ao menos uma das referidas doenças efetivamente utilizaram o SUS para o respectivo tratamento; e, cumulativamente, (d) que as despesas da União foram direcionadas efetivamente ao custeio de tais tratamentos” (Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, doc. 4, páginas 25-26).

90. O alegado viés coletivo da ação não afasta, portanto, a análise da situação de cada fumante e de cada despesa alegadamente incorrida. A narrativa da própria União evidencia tal conclusão, já que afirma que “os danos aos fumantes individuais ocorrem das mais variadas formas, entre elas as doenças citadas na petição inicial. Todavia, toda essa plêiade de lesões desagua no Sistema Único de Saúde em busca constante de tratamento, de forma que atinge de forma constante e reiterada a solvência do sistema público”.⁵⁶ A única forma de se apurar a pretendida reparação é, portanto, voltando-se à “plêiade de lesões” supostamente causadas aos fumantes individuais “das mais variadas formas”.

91. Nas palavras da própria União, a origem do dano “está numa plêiade infinita de combinações de danos individuais à população brasileira”.⁵⁷ Tal pretensão decorre “de um conjunto de lesões à saúde da população brasileira que desaguam em várias despesas médico-hospitalares que compõem o montante total do dano material a ser reparado”.⁵⁸

92. Trata-se a “origem do dano” do requisito do nexo causal, que, perdoe-se a repetição, demanda uma análise casuística e individual, jamais passível de postergação para liquidação e inviável em sede de ACP.

⁵⁶ Evento 98, RÉPLICA1, página 97, grifou-se.

⁵⁷ Evento 98, RÉPLICA1, página 99, grifou-se.

⁵⁸ Evento 98, RÉPLICA1, página 103, grifou-se.

93. Independentemente da roupagem intentada pela União, portanto, incumbia-lhe comprovar, agora na fase de conhecimento, a existência do dano e sua causalidade com condutas antijurídicas praticadas pela Souza Cruz, o que não ocorreu, porque tal comprovação **individual e heterogênea**, além de revelar a improcedência dos pleitos, sequer seria viável pela via da ACP.

94. Em realidade, a narrativa da AGU atesta que a União sequer possui a intenção de fazer prova de tais elementos (essenciais e cumulativos), já que bastaria, segundo seu raciocínio, o emprego de metodologias como a epidemiologia para estimar o percentual de patologias a nível da população nacional,⁵⁹ o que supriria, como num passe de mágica, a comprovação do dano e do nexa causal.

95. No entanto, como já demonstrado, a epidemiologia é imprestável para fins de comprovação de causalidade no regime de responsabilização civil no ordenamento brasileiro. Além disso, o raciocínio ignora diversas questões que interfeririam em tal “nexa probabilístico”, como a ascensão do mercado ilegal e a inaplicabilidade do *market share liability* (v. item XIII.C abaixo).

96. Levada a sério a pretensão da União, portanto, torna-se evidente que não há a possibilidade de a sentença “fixar apenas a obrigação de ressarcir”, porque não houve a mínima demonstração da existência do dano cuja indenização é perseguida, muito menos de que tal alegado dano teria sido causado pela Souza Cruz. Ademais, como se demonstrará no item subsequente, o ordenamento jurídico **não** autoriza a postergação da aferição de tais elementos para a fase de liquidação, seja no processo individual, seja no processo coletivo.

⁵⁹ A União afirma que “não é – nem deveria sê-lo – o intento da União verificar casuisticamente o nexa de causalidade das enfermidades com as patologias desenvolvidas a nível individual. Pelo contrário, o que se pretende é estabelecer estatisticamente, com fundamentos científicos ou ainda de alguma outra forma, a ser determinada pelo Poder Judiciário, o percentual das patologias elencadas na inicial que é atribuível ao consumo de cigarros a nível populacional” (Evento 98, RÉPLICA1, página 164).

97. Apurar a existência de tais elementos na atual fase do processo, longe de “gerar ainda mais complexidades ao processo judicial”,⁶⁰ é imperativo legal. Não é possível, em nome de uma pretensa eficiência, desconsiderar toda a sistemática processual (e suas garantias), e, muito menos, subverter o regime de responsabilização civil brasileiro.

B) A sentença genérica pretendida pela União não se coaduna com o sistema processual brasileiro, seja de ações individuais, seja de demandas coletivas

98. A AGU defende a prolação de mera “sentença genérica”, afirmando que tal procedimento seria possível em decorrência dos arts. 491, 324 e 356 do CPC. O raciocínio seria amparado, aparentemente, em parecer do Prof. Cassio Scarpinella Bueno, acostado aos autos pela ACT.⁶¹

99. No entanto, ao contrário do quanto aventado, o art. 491 do CPC⁶² não legitima a pretensão da União, mas sim evidencia a inadequação da prolação de sentença “genérica” buscada pela União.

100. Afinal, o aludido dispositivo legal corrobora o entendimento de que, mesmo nas hipóteses de admissibilidade da condenação genérica – o que não corresponde ao presente caso –, apenas se admite seja postergada para a fase de liquidação a definição do *quantum debeatur*, ou seja, “o montante devido”, ou o “valor devido”, nos exatos termos do art. 491, I e II, do CPC,

⁶⁰ Evento 98, RÉPLICA1, página 159.

⁶¹ Evento 71, ANEXO10, item 3.1.

⁶² Art. 491 do CPC: “Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando: I - não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido; II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença. § 1º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação. (...)”.

mas nunca os demais requisitos necessários à configuração do dever de indenizar, que, repita-se, são a conduta antijurídica, a existência de dano e o nexo de causalidade entre ambos.

101. O Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, que, ao contrário do que menciona a União, subvertendo seus ensinamentos, em errônea citação,⁶³ não defende a bifurcação pretendida pela AGU, bem esclarece o ponto: “o art. 491 do CPC confirma e sustenta essa conclusão (...) Tal dispositivo é claro ao determinar que a sentença será líquida (*caput*), salvo quando não for possível apurar ‘o montante devido’ (inc. I), o que significa, mais uma vez, que a exceção, aqui, diz respeito apenas à quantificação, e jamais a outros pressupostos fundamentais da responsabilização civil, como quer a União”.⁶⁴

102. Por isso, é totalmente inaplicável a jurisprudência do Eg. STJ, citada em réplica, que admite a formulação de pedido genérico quando a apuração do *quantum* “depende de complexos cálculos contábeis”.⁶⁵ Cálculos contábeis estão longe de serem suficientes para suprir a falha argumentativa e probatória da União quanto aos pressupostos que o direito brasileiro exige para responsabilização civil, sobretudo quando a União não trouxe aos autos mínimos documentos a respeito dos valores despendidos pelo SUS (que, novamente, são apenas um primeiro passo – necessário, mas não suficiente – para aferir a existência de dano).

103. A pretensão da União também não encontra guarida no art. 324 do CPC, que enuncia a regra de que “o pedido deve ser determinado”, excepcionando situações em que o pedido pode ser genérico. Mais uma vez a União se afasta da adequada compreensão da sistemática processual brasileira, já que

⁶³ Evento 98, RÉPLICA1, página 160.

⁶⁴ Doc. 4, página 32, grifos do original.

⁶⁵ Evento 98, RÉPLICA1, página 167.

referido dispositivo legal também trata apenas da quantificação do pedido,⁶⁶ o que, como já visto, não é o real problema apontado pela Souza Cruz.

104. Tampouco o art. 356, § 1º, do CPC, invocado pela primeira vez pela União na réplica, se presta a infirmar a conclusão da Souza Cruz. Ao admitir, em tese, a possibilidade de a decisão que julgar parcialmente o mérito “reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida”, o referido dispositivo legal limita-se a reproduzir, no âmbito da disciplina do julgamento antecipado parcial do mérito, a diretriz contida no art. 491 do CPC, que, como visto, apenas trata da posterior apuração do “valor devido”.

105. A previsão de julgamento antecipado parcial do mérito contida no art. 356 do CPC igualmente não possui qualquer relação com a presente demanda, vez que tal possibilidade limita-se às hipóteses em que “houver condições de imediato julgamento” em relação a um dos pedidos cumulados ou à parcela do pedido. É preciso, portanto, que todos os requisitos para julgamento daquele pedido específico (ou parte dele) estejam preenchidos, e que, evidentemente, a parcela do pedido seja segmentável.⁶⁷

106. Por isso, é evidente que a “cisão das decisões meritórias” não diz respeito à cisão da demonstração dos requisitos essenciais e cumulativos de um único pedido indenizatório, que devem ser comprovados, em

⁶⁶ Veja-se a precisa lição doutrinária: “O pedido no processo civil deve ser certo e determinado. **Certo** é o pedido identificado, perfeitamente individualizado (*na debeat*) e **determinado** é o pedido líquido, definido em termos de quantidade e qualidade (*quantum debeat*). Se a certeza é um requisito absoluto, a determinação do pedido pode ser flexibilizada em algumas circunstâncias, previstas pelo §1º do art. 324 do CPC/2015” (Susana Henriques da Costa *in* Comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenado por Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, 2ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 511, grifos no original).

⁶⁷ Colhe-se da doutrina: “Cabe a resolução parcial do mérito quando uma parte do objeto do processo, passível de julgamento segmentado, já estiver em condições de ser decidida (...). O julgamento imediato parcial pressupõe a maturidade instrutória restrita a uma parcela *segmentável* do objeto do processo – vale dizer: uma fração do mérito que seja apta não apenas a ser resolvida separadamente, como também a produzir um comando decisório que constitua resposta completa àquela parte do objeto litigioso” (Eduardo Talamini *in* Comentários ao Código de Processo Civil, coordenado por Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 173-174).

conjunto, previamente à prolação de eventual comando condenatório que reconheça o dever de indenizar. Sequer é possível imaginar a prolação de uma sentença que verse sobre a existência da conduta antijurídica, outra subsequente que verse sobre a existência do dano, e outra ainda sobre o nexo causal, como parece pretender a União. Certamente não é esse o significado do art. 356 do CPC.

107. A realidade é que busca a União, sem razão, que se profira sentença que não se coaduna com a sistemática dos processos individuais (a reger a pretensão autoral de ressarcimento, considerando sua real natureza) e tampouco com a sistemática dos processos coletivos. O Código de Processo Civil não permite a manobra intentada, como visto, nem a sistemática aplicada ao processo coletivo a autoriza.

108. No ponto, não se desconhece que, em razão das características próprias do processo individual e do processo coletivo, admite-se pontual distinção entre o grau de iliquidez da sentença proferida em cada um deles, como esclarece o Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier: “no processo coletivo, é comum que se profiram as chamadas ‘sentenças genéricas’, que, além de não definirem a quantidade da obrigação estabelecida na condenação, não chegam a definir quais são os seus sujeitos ativos (*cui debeat*)” (doc. 4, página 19).

109. **No entanto, tal “iliquidez”, própria do processo coletivo, refere-se apenas ao “valor devido” e ao “titular da verba”, jamais sobre o dever de indenizar**, que compreende a análise sobre o ato ilícito, o nexo causal e o dano, como repetidamente demonstrado. Nas palavras do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier:

“Na liquidação da sentença genérica proferida em processo coletivo, portanto, não será apurado apenas o valor da condenação, mas também a titularidade do respectivo crédito. (...) Já se pode concluir, com isso, o

seguinte: **(a)** se se trata de pedido relativo a direito estritamente individual, a liquidação *só poderá tratar* da quantificação da obrigação (*quantum debeat*), não havendo nela ‘espaço cognitivo’ para a aferição de outros elementos, que, portanto, deverão já ter constituído objeto de pronunciamento judicial no título executivo que encerrou a fase de conhecimento; e **(b)** já quando se trata de pedido relativo a direitos transindividuais, mas só neste caso, a liquidação *poderá abranger*, além da questão do valor da obrigação, a titularidade do respectivo crédito – mas, diga-se, tão somente a titularidade, e não também outros aspectos, como nexos causal *etc*” (doc. 4, página 19).

110. Afigura-se absolutamente descabido, portanto, mesmo se analisado à luz da sistemática dos processos coletivos, o pleito da AGU para que se relegue para a fase de liquidação da sentença a definição de elementos cognitivos que ultrapassam em muito os limites expostos, inclusive à luz da inequívoca natureza individual do pleito de ressarcimento da AGU.

111. Sobre o ponto, são relevantes as conclusões do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier:

“Como visto nos tópicos anteriores, a União trata como coletivo um direito que, porém, é estritamente individual seu (caso realmente existente na ordem jurídica, claro está). (...) Desse modo, ainda que o caso sob análise seja o de uma ação civil pública (sede processual em que seria possível haver condenação ‘genérica’ – no que diz respeito à quantificação e à titularidade do crédito apenas, seguida de uma liquidação *sui generis*, de objeto mais largo que o da liquidação em processos individuais), isso é assim apenas nominalmente quanto ao pedido”

ressarcitório, pelo caráter apenas individual do respectivo e alegado direito.

Dito de outra forma: no que diz respeito à pretensão ressarcitória, *trata-se de processo a ser regido segundo o cânone processual dos processos individuais*, não sendo suficiente que a União tenha apenas *chamado* de ‘ação civil pública’ o que constitui, *a rigor, na verdade e inevitavelmente*, uma típica ‘ação indenizatória ordinária’ de rasgos individuais clássicos.

É preciso insistir nisso. O caráter de um processo – se coletivo ou se individual – não depende nem do *nomen juris* adotado pelo autor e nem sequer da via processual eleita, *mas apenas* da natureza dos direitos invocados na demanda. E, como o alegado direito ao ressarcimento é direito meramente individual, a sede processual própria para a sua discussão é o processo individual tradicional. Não há como ser diferente.

Consequentemente, em relação a essa parcela da ‘ação civil pública’ (e o uso de aspas aqui é inevitável, por escrúpulo teórico-processual), não é possível adiar para eventual fase de liquidação a aferição de uma série de elementos constitutivos da causa de pedir, como pretende fazer a União” (doc. 4, páginas 21-22).

112. Por isso, a despeito da narrativa da AGU, conclui o Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier que, “como o pedido ressarcitório diz respeito a (suposto) direito estritamente individual, não é possível que, em relação a ele, seja proferida sentença genérica, segundo os moldes típicos do processo coletivo (**que, em qualquer caso, não poderia dispensar ou postergar a análise dos pressupostos da responsabilização civil, sobretudo do nexo de causalidade e do dano, mas apenas da quantificação e titularidade individual do crédito**); o processo, nessa parte, é apenas nominalmente coletivo, sendo, a rigor e em verdade, individual” (doc. 4, página 33).

113. Em resumo, para além dos impactos à procedência da demanda, já que não demonstrados os requisitos para o dever de indenizar (v. item I.F), a conclusão a que se chega é que a presente ACP é desprovida de utilidade e inadequada aos fins pretendidos.

114. Afinal, uma vez que é necessário comprovar – em fase de conhecimento – as condutas supostamente antijurídicas, o nexo causal e o dano, e uma vez que tal comprovação exige análise individualizada e heterogênea, não há qualquer utilidade-adequação em formular pedido genérico pela via coletiva (art. 485, VI, do CPC).⁶⁸ A extinção do feito é, portanto, inevitável.

* * *

115. Todos os argumentos genéricos da União sobre as previsões legais de quantificação de danos em liquidação e sobre a possibilidade de emprego de liquidação por arbitramento ou pelo procedimento comum, bem como as citações doutrinárias e julgados que os acompanham, são irrelevantes para solucionar o real problema da presente ACP.

116. Afinal, o que a União busca postergar para liquidação não é a quantificação dos danos (essa sim permitida por tais referências legais e doutrinárias), e sim a aferição dos elementos mais básicos do dever de indenizar: a existência do dano e o nexo causal.

117. Desnecessário dizer, diante de tudo que foi exposto acima, que não há autorização legal para bifurcar o procedimento em casos como o

⁶⁸ Como reconheceu o Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, “o resultado prático disso conduziria a uma liquidação tão ou mais complexa dos que as ações individuais que lhe seriam correspondentes e do que a própria fase de conhecimento da ‘ação coletiva’” (doc. 4, página 31). V., sobre o ponto, a doutrina e jurisprudência citadas pela Souza Cruz no item II.C da Contestação.

presente, a qual não é autorizada por razões de “eficiência” e “economia de recursos públicos”, como o “tempo que demanda da AGU”.⁶⁹

118. A tentativa da União desconsidera todo o regramento brasileiro, violando as garantias – inclusive constitucionais (CRFB, art. 5º, LIV e LV) – da Souza Cruz. A ilegal tentativa **acarreta gritantes prejuízos às Rés**, que, se acolhida a pretensão da AGU, podem se ver diante de uma sentença condenatória “genérica” sem qualquer embasamento nos elementos indispensáveis para a própria condenação.

119. Não há autorização no ordenamento jurídico brasileiro para a pretendida prolação da sentença genérica e bifurcação do procedimento, a impor a extinção do feito.

.IV. Danos morais coletivos: coisa julgada.

120. Como demonstrado em Contestação e corroborado por Parecer do Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco,⁷⁰ a pretensão da União de indenização por danos morais é obstada pela coisa julgada, em decorrência do trânsito em julgado, em 25 de fevereiro de 2019, da sentença de mérito de improcedência proferida na Ação Civil Pública nº. 0206840-92.2007.8.26.0100,⁷¹ ajuizada pelo MPSP também em face da Souza Cruz.

121. Na referida demanda, o MPSP postulou, com fundamento na mesmíssima causa de pedir da presente ação, idêntico pedido de “condenação à obrigação de indenizar os danos materiais e morais sofridos por

⁶⁹ Evento 98, RÉPLICA1, página 183

⁷⁰ Evento 54, OUT13, página 33.

⁷¹ Evento 54, OUT15 e OUT21.

fumantes ativos e passivos em decorrência dos prejuízos à saúde provocados pelo consumo de cigarro”. A pretensão se referia a toda a coletividade em âmbito nacional, incluindo fumantes *ativos e passivos, ex-fumantes, seus familiares e dependentes*, tendo destacado a parte autora precisamente que, “tratando-se de danos de âmbito nacional, a condenação deverá valer para todo o território brasileiro”.⁷²

122. Os pedidos foram julgados improcedentes, em sentença⁷³ mantida pelo TJSP⁷⁴ e pelo Eg. STJ.⁷⁵

123. Para tentar afastar a coisa julgada, a AGU, em réplica, afirma que “não se está diante das mesmas partes, mesmo pedido ou mesma causa de pedir”, o que não procede.

124. Em relação às partes, embora reconheça que, em ACPs, a identidade entre as partes é avaliada a partir da coletividade substituída, afirma que não seriam os mesmos titulares do direito alegado, já que a ação ajuizada pelo MPSP teria por referência os fumantes ativos e passivos, ex-fumantes, seus familiares e dependentes, enquanto a presente demanda se referiria “a toda a população brasileira”.

125. Falha a AGU em demonstrar, no entanto, em que medida os *fumantes ativos, ex-fumantes*, seus familiares, dependentes e, ainda, os *fumantes passivos*, seus familiares e dependentes diferem de “toda a população brasileira”. Trata-se de mera retórica, que não tem o condão de afastar a conclusão de que, ao fim e ao cabo, o MPSP e a União buscam a mesma pretensão: a reparação aos danos morais alegadamente causados *à coletividade*.

⁷² Evento 54, OUT15, página 122.

⁷³ Evento 54, OUT16, páginas 1-14.

⁷⁴ Evento 54, OUT17, páginas 1-10.

⁷⁵ Evento 54, OUT20, páginas 1-12.

126. A própria AGU reconhece que “fumantes ativos e passivos [são] parte das pessoas afetadas por esse dano”, e que a ACP “se propõe a defender os interesses de um grupo muito mais abrangente do que a promovida pelo MPSP”.⁷⁶ Ou seja, segundo a lógica da AGU, haveria coisa julgada parcial? Quem seria “toda a população”, que não aquela compreendida na amplíssima indicação do MPSP?

127. Em suma, não havendo real distinção entre a coletividade substituída, é patente a identidade entre as partes e a inviabilidade de prosseguimento do pleito de reparação por danos morais coletivos.

128. Também não prospera a alegação de que a causa de pedir seria distinta, o que se comprova pela simples análise da petição inicial da demanda ajuizada pelo MPSP, e, em especial, pela decisão do STJ que analisou referidos pleitos:

Narrativa constante da inicial do MPSP (Evento 54, OUT15)	Decisão proferida pelo STJ (Evento 54, OUT20)
<p>“Causas de pedir (fatos): No Brasil, estima-se que cerca de 200 mil mortes ao ano sejam decorrentes do tabagismo. Fumar é ingerir mais de 4.700 substâncias tóxicas, incluindo nicotina (responsável pela dependência química), monóxido de carbono e alcatrão. Aproximadamente 48 substâncias são pré-cancerígenas, como agrotóxicos e substâncias radioativas. O tabagismo é diretamente responsável por 30% das mortes por câncer, 90% das mortes por câncer de pulmão, 25% das mortes por doença coronariana, 85% das mortes por doença pulmonar</p>	<p>Confirma-se especificamente o que entendeu o Eg. STJ, sobre os pleitos veiculados: “A discussão sobre a responsabilidade da indústria tabagista pelos danos causados pelo cigarro não é inédita nesta Corte Superior. Alguns julgados analisaram a controvérsia e <u>afastaram o ressarcimento (...). Tanto a licitude da atividade, regulamentada e fiscalizada pelo Poder Público, quanto o livre arbítrio do consumidor são pontos que afastam a responsabilidade civil segundo os julgados citados, rompendo o nexo de causalidade. (...). O acórdão afastou a responsabilidade civil porque</u></p>

⁷⁶ Evento 98, RÉPLICA1, página 85.

obstrutiva crônica e 25% das mortes por doença cerebrovascular. Outras doenças que também estão relacionadas ao uso de cigarro são: (...). A exposição à fumaça do cigarro causa doença e morte prematura mesmo em crianças e adultos que não fumam. Os agravos à saúde decorrentes do consumo de cigarros provocam prejuízos materiais e morais a fumantes e a não fumantes expostos à sua fumaça.

(i) a atividade da recorrida seria lícita e fiscalizada pelo Poder Público, (ii) as informações sobre os perigos do consumo revelaram-se suficientes e (iii) não há defeito nem vício de vontade por induzimento ao consumo, pois presente o livre arbítrio da pessoa ao iniciar ou manter o consumo. (...) Tratando-se, portanto, de produto com periculosidade inerente, inexistente vício ou defeito que pudesse acarretar acidente passível de afetar terceiros, devendo ser refutada a tese do consumidor por equiparação e afastada a responsabilidade civil. Sobre o ressarcimento dos Estados e Municípios relativos aos gastos para prevenir e tratar os doentes, o recurso também não prospera. A recomposição material somente ocorreria nos casos de prejuízo efetivo, direto e imediatamente ligado à conduta ilícita do causador do dano. Na espécie, considerando inexistir ilicitude na conduta imputada à recorrida em virtude da regulação e da fiscalização do mercado pelo Poder Público, da informação adequada e da inexistência de vício da vontade pelo exercício do livre arbítrio, não há o que ser ressarcido. (...). Conforme antes mencionado, a jurisprudência desta Corte considera o cigarro um produto que possui periculosidade inerente, portanto, não defeituoso. (...). Sobre a deficiência de informações, o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que, partindo da perspectiva histórica e cultural da boa-fé objetiva, concluiu que

	<p>a indústria do cigarro não violou o dever de <u>informação</u> (...) Por fim, o dever de informar foi realizado, satisfatoriamente, no contexto histórico cultural da nossa sociedade, razão pela qual julgados deste Tribunal Superior tem rechaçado a responsabilidade da recorrida por esse aspecto” (STJ, REsp 1.573.794, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 12.11.2018, grifou-se).</p>
--	---

129. A narrativa é idêntica à da presente ação, não sendo suficiente, para fins de distinção de causas de pedir, a mera invocação de dispositivos legais não suscitados anteriormente, como pretende a AGU.⁷⁷ Afinal, é próprio do ordenamento jurídico brasileiro que a análise da causa de pedir tenha como base os fatos narrados pelo postulante, não já sua qualificação jurídica – que, aliás, pode ser revista pelo próprio magistrado.⁷⁸ Como se vê, a narrativa fática que embasa a demanda é de inegável similitude.

⁷⁷ Evento 98, RÉPLICA1, página 89.

⁷⁸ “Nessa direção, colhe-se da doutrina especializada: “Constitui-se a causa petendi do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado. (...) Não integram a causa petendi: a) a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apoia sua pretensão (...); b) a norma jurídica aplicável à espécie. (...) Não há alteração da causa petendi, nem portanto necessidade de observar essas restrições, quando o autor, sem modificar a substância do fato ou conjunto de fatos narrado, naquilo que bastaria para produzir o efeito jurídico pretendido: a) se limita a reformular a narração de circunstâncias acidentais, suprimindo, acrescentando ou modificando alguma – (...); b) passa a atribuir ao fato ou conjunto de fatos qualificação jurídica diferente da originariamente atribuída – v.g., chamando ‘dolo’ ao que antes denominara ‘erro’ (haveria, ao contrário, alteração da causa petendi se o autor passasse a narrar outro fato, quer continuasse, quer não, a atribuir-lhe a mesma qualificação jurídica); c) invoca em seu favor norma jurídica diversa da primitivamente invocada (...)” (José Carlos Barbosa Moreira, *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*, rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2012, 29. ed., pp. 17-18, grifou-se). V. tb., no mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso Avançado de Processo Civil: Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória)*, vol. II, rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 17. ed., e-book, grifou-se: “(...) rejeitado o pedido fundado numa dada causa de pedir, não será tal mudança de enquadramento que permitirá a repositura da demanda: tal intento esbarrará na coisa julgada’. Assim, o sistema processual civil brasileiro adotou a teoria da substanciação, pela qual a definição da causa de pedir é emergente de fatos (...). Para a verificação de litispendência, coisa julgada ou perempção, o que importa é a análise dos elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir, em nada interessando qual o nome que tenha sido atribuído”.

130. Por fim, também não assiste razão à AGU quando afirma que os pedidos seriam distintos. Afinal, a pretensão é a mesma e está bastante clara: indenização por danos morais. O malabarismo intentado na réplica, no sentido de que a distinção decorreria do fato de que na ação do MPSP a execução do julgado ficaria a cargo dos supostamente lesados, não tem o condão de afastar tal conclusão.

131. Afinal, a *forma* de liquidação e execução do julgado nada diz respeito ao *conteúdo* do julgado. Em ambos os casos, busca-se que a coletividade seja reparada por alegados danos morais. O pedido da União é o mesmo, a evidenciar que seu pleito está prejudicado pela ocorrência da coisa julgada.

.V.

Incorreto valor da causa. Documentos reconhecidamente imprestáveis.

132. Para além dos óbices processuais identificados acima, que levam à extinção do feito, a réplica da AGU tampouco se presta a contornar os argumentos da Souza Cruz a respeito da errônea indicação do valor da causa e da imprestabilidade de seus documentos,⁷⁹ os quais são integralmente reiterados.

133. No que diz respeito à impugnação ao valor da causa, a União se limitou a afirmar que os danos serão apurados em liquidação, o que seria suficiente para adoção de valor genérico. No entanto, há diversos elementos acostados pela própria União que demonstram, ainda que de forma estimada, os valores em discussão. Desse modo, a Souza Cruz remete ao quanto já afirmado sobre

⁷⁹ V. Evento 54, CONTES1, itens II.D e II.E.

o tema,⁸⁰ requerendo a retificação do valor da causa por esse MM. Juízo (art. 292, §3º, do CPC).

134. Em relação à ilegibilidade de seus documentos, muitos desacompanhados de tradução juramentada (total ou parcial), a União reconhece que há “documentos de leitura difícil” e que “nem sempre se está diante de uma prova para a qual a leitura completa do documento é necessária”, **o que atesta a imprestabilidade dos documentos**. A Souza Cruz reitera sua manifestação,⁸¹ no sentido de que sejam desentranhados dos autos, ou, ao menos, desconsiderados para fins de convencimento e decisão desse MM. Juízo.

NO MÉRITO: PRETENSÕES INFUNDADAS

.VI.

Pretensões há muito prescritas.

“(…) as diversas pretensões deduzidas em juízo com a inicial estão atingidas pela prescrição do fundo de direito, pois não foram exercitadas dentro do prazo fixado em lei para que a sua titular o fizesse valer. (...) não é recente o conhecimento dos efeitos perniciosos do tabagismo pela população em geral e pela autora, em particular, nem é de hoje que o SUS arca com os custos dos cuidados oferecidos à população. (...) A inicial chega atrasada de várias décadas e o reconhecimento da prescrição das pretensões que veicula é medida que se impõe” (Parecer da Min. aposentada do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie).⁸²

⁸⁰ V. Evento 54, CONTES1, item II.E.

⁸¹ V. Evento 54, CONTES1, item II.D.

⁸² Evento 55, PARECER77, páginas 25-26.

135. Todas as pretensões da União se encontram inteiramente prescritas. Afinal, segundo a própria Autora, os danos alegados teriam origem em supostos atos comissivos e omissivos atribuídos às Rés, relativos à periculosidade, aos riscos, à manipulação de informações e à publicidade enganosa, todos supostamente ocorridos pela primeira vez anteriormente à Constituição de 1988. Como visto,⁸³ eventual pretensão ressarcitória teria surgido no momento da verificação desses fatos, e teria se encerrado no máximo em 1993, 5 (cinco) anos depois de 1988, marco temporal que se assume como a data de formação dos atos contestados (embora tais atos sejam mesmo anteriores), tendo em vista que a partir daí a atividade restou plenamente regulamentada.

136. Com efeito, é indubitoso que os fatos que teriam supostamente dado origem aos danos pleiteados à União – que observam que o tabagismo é associado a doenças que necessitam de assistência médica – eram de seu pleno conhecimento ao menos desde 1988, considerando que a própria Constituição da República já fazia referência expressa ao assunto (art. 220, § 4º, CRFB).⁸⁴

137. Em resumo, os danos alegados, ainda que supostamente continuados, teriam origem em fatos ocorridos há muitas décadas, de sorte que a prescrição os atinge diretamente e, conseqüentemente, aniquila o próprio fundo de direito, fulminando a totalidade dos pedidos.⁸⁵ Como já mencionado, a

⁸³ V. Evento 54, CONTES1, item III.A.

⁸⁴ Tal constatação se comprova também diante da regulamentação específica sobre a obrigatoriedade da veiculação de mensagens alusivas aos malefícios do tabagismo em maços e propagandas de cigarros, além de outros programas de controle do tabaco promovidos pela União. Além disso, mesmo ignorando que são inteiramente irrelevantes ao pleito baseado em violação da lei brasileira, os supostos “documentos de indústria” de entidades estrangeiras estão disponíveis ao público e amplamente divulgados há mais de 20 (vinte) anos, inclusive na *internet*. O *Master Settlement Agreement* – que não se trata de precedente judicial, mas de acordo privado que, por seus próprios termos, não produz qualquer efeito vinculante perante qualquer tribunal –, foi finalizado em 1998. Assim, a União não pode alegar que lhe faltava informação para protelar indefinidamente a ação, pois todos os aspectos suscitados são de conhecimento público há mais de 20 (vinte) anos.

⁸⁵ É o que ressalta a Min. aposentada do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, em exauriente parecer do qual se extraiu a passagem que serve de epígrafe ao presente item (v. Evento 55,

prescrição do fundo de direito relaciona-se à lesão de direito subjetivo na formação de determinada relação jurídica, ou seja, em seu ato constitutivo, do qual decorrem efeitos que se projetam no tempo. Por isso, a pretensão deflagra-se no momento da formação do ato.⁸⁶

138. Ao contrário do que a alega a União, portanto, não se trata de danos autônomos e desvinculados entre si, mas de pretensão cujo ato constitutivo diz respeito a condutas que teriam supostamente ocorrido no século passado. Os alegados danos, ainda que supostamente continuados, teriam origem naqueles fatos narrados e determinados pela própria União.

139. Aliás, a própria União reconhece em réplica que “é justamente a continuidade dos danos advindos dos fatos antijurídicos que está sendo endereçada”⁸⁷ e afirma, ainda, que os danos futuros são “decorrentes dos mesmos elementos de conduta e causa”.⁸⁸

140. Não afasta a prescrição, portanto, o argumento da União de que se estaria diante de um dano “em constante renovação e transformação”.⁸⁹ Afinal, não há, aqui, relação de trato sucessivo (que importaria em causas autônomas), mas sim de supostos danos que teriam origem nas mesmas alegadas condutas antijurídicas. Sobre o tema, colhe-se do Parecer da Min. aposentada do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie:

PARECER77, páginas 27-28). Na jurisprudência, reconhecendo a prescrição do fundo de direito: STJ, Resp 1.709.453, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 7.12.2017.

⁸⁶ STJ, Ag. Int. no AREsp 1.352.765, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 27.5.2019; STJ, Resp 1.730.407, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 4.2.2019; STJ, Ag. Int. no Resp 1.683.131, 2ª T., Rel. Min. Og Fernandes, julg. 20.2.2018; STJ, Ag. Int. no AREsp 232.977, 1ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 21.3.2017; STJ, AgRg no AREsp. 750.819, Rel. Min. Sérgio Kukina, julg. 25.9.2015; STJ, AgRg no AREsp. 470.175, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 14.4.2014; STJ, AgRg no Resp 1.398.30, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 5.2.2014.

⁸⁷ Evento 98, RÉPLICA1, página 69, grifou-se.

⁸⁸ Evento 98, RÉPLICA1, página 69, grifou-se.

⁸⁹ Evento 98, RÉPLICA1, página 98

“Inexiste qualquer relação jurídica que obrigue as rés a contribuir diretamente para o custeio do SUS. Como tal, **não se pode falar em relação de trato sucessivo entre a autora e as rés.** Esta distinção foi exaustivamente reiterada pela jurisprudência como sendo o fator determinante para que se considere prescrito o fundo de direito. (...) **Inviável a aplicação da teoria dos danos continuados.** As diversas pretensões aviadas estão irremediavelmente inaptas a prosperar, face ao decurso do tempo (...).

No que tange à prescrição [da pretensão relativa ao dano moral coletivo], inegavelmente, se há de adotar os mesmos critérios que nos levaram a concluir pelo perecimento do fundo de direito das pretensões ressarcitória e indenizatória. **A admitir que tenha ocorrido dano moral coletivo, ele poderia ter se materializado em pretensão deduzida em juízo, desde, pelo menos, a edição da CF/88**”.⁹⁰

141. Para tentar contornar a prescrição do fundo de direito, a União chega a afirmar que o conhecimento dos supostos danos associados ao consumo de cigarros e a criação do SUS seriam irrelevantes para fins de contagem do prazo prescricional, já que a jurisprudência não consideraria relevante o “**mero conhecimento de uma potencialidade danosa**”,⁹¹ citando, para tanto, decisão do Eg. STJ que não guarda qualquer relação com o tema em discussão.

142. O discurso da União sobre o ponto é totalmente contraditório, porque a própria União afirma repetidamente que os riscos associados

⁹⁰ Evento 55, PARECER77, página 28, grifou-se. Os danos futuros também seriam alcançados pela prescrição, como destaca o Parecer da Min. Aposentada do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie: “prescrito o fundo de direito, não há possibilidade de reavivá-lo em nova demanda. (...) O direito, ainda que existisse no passado, resta inerte e **não irradia mais os efeitos de sustentar pretensão e ação**”.

⁹¹ Evento 98, RÉPLICA1, página 104, grifos no original.

ao consumo de cigarros são notórios. Como demonstrado em Contestação, há décadas está amplamente disseminado o conhecimento – público e privado – sobre os riscos associados ao fumo – o que é, aliás, o fundamento adotado pelo Eg. STJ para afirmar que não há defeito de produto.⁹²

143. Desde a época colonial a sociedade brasileira é exposta ao conceito de que o uso de tabaco implica riscos e pode ser prejudicial à saúde,⁹³ e desde o século XIX a imprensa veicula tais riscos. O Poder Público, ao menos desde 1950, divulga advertências e regulamenta o consumo de cigarros. Basta ver a linha do tempo apresentada pela Souza Cruz em Contestação,⁹⁴ sobre a qual a União não teceu sequer um comentário.

144. É inviável, portanto, acolher a tese de que não haveria decurso do prazo prescricional em razão do “mero conhecimento de uma potencialidade danosa”. Os atos que constituem a pretensão da União teriam ocorrido, segundo sua própria narrativa, há muitas décadas, sendo de seu conhecimento ao menos desde 1988.

145. A União ainda tenta sustentar que “a pretensão ressarcitória somente surge com a constatação do dano e a aferição de sua extensão”.⁹⁵ No entanto, para fins de identificação do termo *a quo* do prazo prescricional, o que importa é a data em que o autor sofre a lesão a interesse legitimamente protegido.

146. Assim, independentemente da quantificação ou da mensuração do dano, deflagra-se o prazo prescricional para o exercício da pretensão

⁹² V. Evento 54, CONTES1, item III.C, ii.2, e tópico XI.C abaixo.

⁹³ Parecer do Prof. Dr. Simon Schwartzman (Evento 55, PARECER38).

⁹⁴ V. Evento 54, CONTES1, item III.C, iv.1.

⁹⁵ Evento 98, RÉPLICA1, página 95.

no momento da violação ao direito – leia-se, do fato –, conforme previsão expressa do art. 189 do Código Civil.⁹⁶

147. A União confunde conceitos básicos: a se adotar sua tese, praticamente toda pretensão seria imprescritível. Afinal, apenas após a liquidação dos danos em processo judicial é que o prazo prescricional começaria a transcorrer, o que não tem a menor lógica.

148. Aliás, como já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, “a prescrição é contada do conhecimento do dano, nada importando a renovação da lesão no tempo, pois, ainda que a lesão seja contínua, a fluência da prescrição já se iniciou com o conhecimento do dano e da autoria”.⁹⁷ Mesmo na seara ambiental, tantas vezes invocada pela União de forma atécnica, entende-se que “tendo havido ciência inequívoca do fato, **não** importa que os danos sejam continuados para que a prescrição seja declarada”.⁹⁸

149. Tampouco prosperam os argumentos da AGU acerca da natureza indisponível dos direitos e a miscelânea envolvendo direito ambiental e imprescritibilidade da pretensão. Como já evidenciou a Min. aposentada do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, “(...) os casos de imprescritibilidade de direitos e ações são raros e, por se tratar de exceções, são todos fixados em lei. A interpretação destas normas há de se fazer de forma restritiva, não ampliativa”.⁹⁹

150. A regra no direito brasileiro é a prescritibilidade. Impera em nosso ordenamento – voltado à pacificação dos conflitos de interesse – o princípio da segurança jurídica. A prescrição, ao capturar o impacto do tempo sobre

⁹⁶ “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

⁹⁷ STJ, REsp 304724/RJ, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 24.5.2005.

⁹⁸ Catharine Black Lipp João, A (Im)prescritibilidade das Pretensões de Reparação pelos Danos Difusos ao Macrobem e Individuais ao Microbem Ambiental, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 101, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, pp. 191-210).

⁹⁹ Parecer Ellen Gracie, Evento 55, PARECER77, página 11.

as relações sociais, faz com que a aparência de normalidade decorrente da inação do (*in casu*, suposto) titular do direito violado se consolide na ordem jurídica, vedando-se a perpetuação de relações indefinidas.

151. O nítido caráter patrimonial e individual da indenização pretendida pela AGU afasta, ademais, qualquer alegação de imprescritibilidade. Por se destinarem à restituição patrimonial, em pecúnia, da Autora, não se equiparam – a despeito do seu forçado esforço argumentativo – às pretensões voltadas à restauração ou à recomposição do ecossistema, decorrentes de danos ambientais propriamente ditos.

152. A menção à imprescritibilidade é no todo desarrazoada, ademais, porque a própria União reconhece que incide a prescrição (de cinco anos),¹⁰⁰ embora adote incorreta interpretação quanto ao seu termo inicial.

153. Por fim, tampouco há que se cogitar da ausência de prescrição para a pretensão com fundamento na responsabilidade objetiva, já que, em relação a esta, o termo inicial para ajuizamento da ação seria o advento do Código Civil de 2002, como demonstrado pela Souza Cruz¹⁰¹ e confirmado por Parecer exarado pela Min. aposentada do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie.¹⁰²

154. Resta configurada, então, a prescrição do fundo de direito, tanto para o pedido de ressarcimento dos danos materiais, quanto para o pedido de dano moral coletivo, e, em particular, para o escabroso pedido de condenação *pro futuro*.

¹⁰⁰ Evento 1, INIC1, página 244.

¹⁰¹ V. Evento 54, CONTES1, item III.A.

¹⁰² Evento 55, PARECER77.

.VII.

A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (“CQCT”) não constitui fundamento adequado para o pleito indenizatório da Autora.

O art. 19 da CQCT não justifica o pleito indenizatório.

“As *convenções-quadro* estão frequentemente na vanguarda da expansão do direito internacional em questões desafiadoras. E por isso mesmo, justamente para viabilizar algum avanço, **elas não ambicionam impor condutas específicas aos Estados-Partes ou a seus nacionais**, mas pretendem estabelecer em que direção se deve avançar o debate e a atuação interna dos Estados-Partes e, assim, conseguir avanços reais a médio e longo prazo” (Parecer da Profa. Dra. Carmen Tiburcio, doc. 2, página 22).

“A CQCT não é um tratado autoaplicável, pois não fixa qualquer direito ou obrigação que possa ser imediatamente aplicado nos Estados Partes, isto é, independentemente de regulamentação interna. (...). Em outras palavras, **a CQCT não consiste em um comando direto e aplicável de pronto pelos Estados**, e sim consubstancia um acordo que deve orientar as suas diretrizes internas para fins de promoção e garantia do direito à saúde, inclusive conferindo novas dimensões à cooperação internacional nessa área” (Parecer da Profa. Dra. Nadia de Araújo).¹⁰³

155. A União insiste na alegação, com base na Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (“CQCT”), que teria obrigação legal de ajuizar a presente ação. Em réplica, reitera suas razões, afirmando que a CQCT teria força de direito cogente, o que seria corroborado por seu preâmbulo, e que, por meio da

¹⁰³ Evento 54, OUT27, página 3, grifou-se.

presente ACP, “daria cumprimento” ao art. 19 da Convenção, que imporia a responsabilização civil das Rés.

156. A posição da União, no entanto, distorce por completo o efeito jurídico da CQCT, e, em especial, o teor do art. 19 da Convenção. Por isso, a propósito, a pretensão contraria a massiva jurisprudência brasileira que, com base em nosso ordenamento jurídico, rejeita pretensões indenizatórias tais como a presente.

157. Como demonstrado pela Souza Cruz, a Convenção tem natureza programática, destinada a orientar os Estados Membros na adoção de políticas públicas para reduzir o tabagismo, propondo diretrizes para políticas públicas de controle do tabaco, a serem implementadas pelo Poder Legislativo. As disposições da CQCT não impõem obrigações imediatamente aplicáveis, devendo ser empregadas apenas para fins de orientação, desde que, no entanto, estejam de acordo com as leis e com a Constituição do país.

158. Além do Parecer apresentado pela Profa. Dra. Nadia de Araujo, que acompanhou a Contestação da Souza Cruz, o Parecer da Profa. Dra. Carmen Tiburcio,¹⁰⁴ ora apresentado, deixa claro que a CQCT “não criou, no direito brasileiro, um novo regime de responsabilidade civil para empresas fabricantes de tabaco” (doc. 2, página 3), sendo inviável adotar a Convenção como fundamento ao pleito da AGU.

A) Função orientadora das convenções-quadro

159. Como elucidada a Profa. Dra. Carmen Tiburcio, as convenções-quadro têm natureza programática, destinando-se a orientar os Estados

¹⁰⁴ Doutora na University of Virginia School of Law; Professora Titular de Direito Internacional Privado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Professora convidada da Academia de Direito Internacional da Haia e da Faculdade de Direito de Toulouse.

Membros na adoção de políticas públicas visando a determinado objetivo de repercussão global. É ver-se:

“A convenção-quadro – gênero no qual se inclui a CQCT – é uma espécie de tratado que tipicamente veicula normas de textura aberta, elaboradas visando à fixação de metas políticas e objetivos amplos sobre determinado tema, bem como ao assentamento de princípios gerais que deverão orientar as iniciativas de cada Estado-Parte no tratamento do assunto. Não é comum que as convenções-quadro sugiram regras concretas ou específicas para a implementação de suas disposições e, mesmo quando o fazem, em caráter excepcional, elas procuram explicitar que **cabará a cada Estado-Parte, no exercício de sua soberania, decidir como implementar as providências.** Este é um ponto particularmente importante e talvez a principal característica das convenções-quadro. **Na realidade, as convenções-quadro situam-se em uma interessante e nova fronteira entre o direito internacional e a política internacional, prestando-se ao papel de constituir um vocabulário comum, um ponto de partida para discussões sobre determinados temas**” (doc. 2, páginas 14-15, grifou-se).

160. Desse modo, contrariamente ao que alega a União, as convenções-quadro não impõem obrigações aos Estados-Partes, precisamente porque um dos seus intuitos é fazer avançar debates sobre determinado tema sobre o qual “há pouco ou nenhum consenso acerca das medidas concretas a serem adotadas para sua disciplina específica no plano interno” (doc. 2, página 16). Nesse sentido, destaca a Profa. Dra. Carmen Tiburcio:

“A convenção-quadro apresenta-se como uma solução intermediária já que, ao invés de impor obrigações específicas aos Estados-Partes e a seus nacionais, ela fixa objetivos e princípios comuns para a atuação futura desses Estados-Partes, construindo os alicerces para avanços mundiais em determinado tema que se reputa de interesse global e prioritário. (...)

Com efeito, ao mesmo tempo em que o texto convencional destaca a importância do tema, das metas a serem alcançadas e das possíveis providências a serem implementadas, registra igualmente de forma expressa – e muitas vezes reiterada – que não se pretende impor regras específicas aos Estados-Partes. (...)

Uma vez que não se trata de espécie de tratado ou acordo internacional, tais orientações sequer estão sujeitas à adesão e posterior processo de internalização no Brasil, **não havendo a possibilidade de que venham a inovar na ordem jurídica interna**” (doc. 2, páginas 17-20, grifos no original).

161. As convenções-quadro possuem características que, por si só, fazem cair por terra a alegação da União de que a CQCT a obrigaria a ajuizar a presente demanda. Sua função é a de convocar a atuação dos Estados-Parte à reflexão e ao debate sobre o tema, jamais impor condutas específicas aos Estados-Parte ou aos particulares, como conclui a Profa. Dra. Carmen Tiburcio.¹⁰⁵

¹⁰⁵ “Como referido, a convenção-quadro pretende veicular uma norma convocatória à atuação dos Poderes Públicos do Estado-Parte e fomentar o debate sobre o tema de que se ocupa. Esses são, portanto, os efeitos que ela produzirá internamente; a convenção-quadro é juridicamente vinculante apenas na medida em que conclama os Estados-Parte à atuação. **Não obstante inexistirem medidas legislativas direcionadas à responsabilização civil ou criminal das fabricantes de cigarro mencionadas no art. 19 da CQCT, ninguém poderá dizer que o Brasil – um dos países pioneiros na regulação do tabaco – não cumpriu as diretrizes estabelecidas na CQCT.** (...)

É possível que alguém considere a eficácia jurídica associada às convenções-quadro excessivamente débil no plano interno, tendo em conta toda a discussão contemporânea sobre a eficácia jurídica dos princípios, sobretudo dos princípios constitucionais. Essa, porém, não parece ser uma apreciação

B) CQCT e o ordenamento jurídico brasileiro; inaplicabilidade do art. 19 do CQCT para fundamentar a presente ACP

162. A CQCT não tem o *status* que lhe atribui a União, tampouco o art. 19 da CQCT a obriga a ajuizar a presente demanda. Especificamente sobre o *status* da CQCT no direito brasileiro, a Profa. Dra. Carmen Tiburcio explica:

“Uma vez demonstrada a natureza de convenção-quadro da CQCT, cumpre tecer um comentário acerca de seu *status* no direito brasileiro. (...) Salvo em hipóteses excepcionais, os tratados internacionais internalizados no Brasil são equiparados às *leis ordinárias*. Esse é justamente o caso da CQCT, uma vez que (i) não foi aprovada pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º da Constituição de 1988; (ii) não é um *tratado-contrato*; (iii) não se enquadra na hipótese abrangida pelo art. 178 da Constituição; e (iv) não é um tratado de direitos humanos, nos termos da jurisprudência do STF, que apenas reconheceu como tais, após amplo debate entre os ministros, o Pacto de San José da Costa Rica (Decreto no 678/92) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto no 592/92)” (doc. 2, página 28).

adequada da questão. O debate acerca das convenções-quadro deve ser compreendido em seu contexto próprio: essa é a ***segunda observação*** a ser feita. (...)

As *convenções-quadro* estão frequentemente na vanguarda da expansão do direito internacional em questões desafiadoras. E por isso mesmo, justamente para viabilizar algum avanço, **elas não ambicionam impor condutas específicas aos Estados-Partes ou a seus nacionais, mas pretendem estabelecer em que direção se deve avançar o debate e a atuação interna dos Estados-Partes e, assim, conseguir avanços reais a médio e longo prazo.** (...)

A convenção-quadro não pretende (nem o pretenderam os Estados-Partes ao celebrá-la ou as autoridades nacionais ao internalizá-la) impor condutas específicas e exigíveis aos Estados-Partes, e menos ainda a particulares, e é justamente por isso que tais convenções se tornam politicamente viáveis, fomentando a continuidade e o aprofundamento do consenso acerca da matéria” (doc. 2, páginas 20-24, grifou-se).

163. Em particular sobre o art. 19 da CQCT, a Profa. Dra. Carmen Tiburcio tece as seguintes considerações, confirmando, uma vez mais, a insubsistência da tese aventada pela União na petição inicial:

“Interessa à consulente saber se o dispositivo [art. 19 do CQCT] pode ser usado como fundamento para a responsabilização civil de empresas produtoras de cigarro ou mesmo empresas a elas relacionadas, pelos custos incorridos pelo Sistema Único de saúde (SUS) com doenças alegadamente associadas ao tabaco. **Como antecipado, a resposta para a questão é negativa, conclusão que decorre de um conjunto expressivo de considerações.**

É isso o que se extrai, *em primeiro lugar*, da leitura atenta do tratado. No trecho do art. 19 da CQCT relevante para a presente consulta lê-se o seguinte: ‘*Para fins de controle do tabaco, as Partes considerarão a adoção de medidas legislativas ou a promoção de suas leis vigentes, para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação*’. À luz do que se viu quanto à natureza das convenções-quadro, o texto não deve causar qualquer estranheza: trata-se de dispositivo típico de uma convenção-quadro que, muito longe de criar obrigações específicas para Estados ou particulares, representa uma exortação dos Estados a criarem leis ou aplicarem a legislação já em vigor. (...)

Aqui há de se ressaltar, *em segundo lugar*, que a convenção não pode ou deve ser interpretada de maneira assistemática e sem a necessária consideração ao contexto em que celebrado o tratado e sua finalidade, sob pena de violação aos já mencionados arts. 31 e 32 da CVDT. Também sob essa perspectiva, a solução para a indagação da consulente é clara: tratando-se de dispositivo incluído

em convenção-quadro e tendo em vista também o art. 4º do mesmo tratado, **não é correto que o art. 19(1) da COCT tenha criado nova hipótese de responsabilidade civil não prevista no direito brasileiro – e nem mesmo que o Estado esteja obrigado a ajuizar ação indenizatória ou editar legislação que proceda à responsabilização pretendida pela União Federal na ação que é objeto da presente consulta.**

Nesse cenário, a eficácia da CQCT, inclusive como vetor interpretativo, está limitada às normas que atualmente disciplinam o tema da responsabilidade civil no direito brasileiro. Se a conduta descrita na petição inicial não revela, à luz do direito brasileiro, a existência de ato ilícito, denexo de causalidade e de dano indenizável, não há que se falar na responsabilização da consulente. **Afinal, como se vem de dizer, o art. 19 da COCT não criou nova hipótese de responsabilidade civil.**

Além disso, e *em terceiro lugar*, é de se notar que tanto o governo brasileiro quanto a própria Conferência das Partes – órgão instituído pelo art. 23 da CQCT para promover a eficaz aplicação da convenção – já reconheceram as evidentes limitações do art. 19 da CQCT. (...) **É seguro afirmar que o art. 19 da COCT não cria nova hipótese de responsabilidade civil não prevista no direito brasileiro.** (...)” (doc. 2, páginas 28-34, grifou-se).

164. O art. 19 da CQCT é claro ao dispor sobre a adoção de medidas legislativas ou a promoção de suas leis vigentes, sempre “no limite da legislação, das políticas e das práticas jurídicas nacionais”. **Tal constatação não passa despercebida sequer à União, que reconhece, em réplica, que o art. 19 da**

CQCT apenas permite acionar as leis vigentes para a responsabilização da indústria “caso o arcabouço legal torne viável tal ação”,¹⁰⁶ o que não é o caso.

165. Outrossim, é no mínimo curioso que a União, ao citar o art. 19 da Constituição da OMS,¹⁰⁷ propositalmente omita trecho do dispositivo que confirma o fato de que a internalização das normas da CQCT não é automática e depende do ordenamento jurídico nacional. Afinal, como prescreve aludido dispositivo, as convenções ou acordos “entrarão em vigor para cada Estado membro quando aceites por ele em conformidade com as suas normas constitucionais” (grifou-se).¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

166. Por fim, é evidente que o preâmbulo da CQCT, destacado pela União em suas manifestações, não se sobrepõe ao conteúdo ou à natureza da convenção-quadro, como também destaca a Profa. Dra. Carmen Tiburcio,¹¹⁰ e igualmente não se presta a justificar o prosseguimento da ACP.

¹⁰⁶ Evento 98, RÉPLICA1, página 133, grifou-se.

¹⁰⁷ Evento 98, RÉPLICA1, página 125

¹⁰⁸ Confira-se: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>. Acesso em 16.8.2022.

¹⁰⁹ Da mesma forma, não socorrem à União os citados arts. 2º, alínea ‘k’, e 20 da Constituição da OMS, que preveem: (i) ser um dos objetivos da OMS “propor convenções, acordos e regulamentos e fazer recomendações respeitantes a assuntos internacionais de saúde e desempenhar as funções que neles sejam atribuídas à Organização, quando compatíveis com os seus fins” (art. 2º, alínea ‘k’); e (ii) compromisso genérico dos Estados Membros de adotarem medidas para aceitação das convenções, o que não traduz automática aceitação das previsões nos ordenamentos nacionais, uma vez que estabelece a possibilidade de “não aceitar a convenção ou acordo no prazo prescrito” (art. 20). É ver-se: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>. Acesso em 16.8.2022.

¹¹⁰ “Como se sabe, a premissa geralmente aceita no direito internacional é a de que preâmbulos de tratados internacionais refletem as circunstâncias e motivos que levaram à conclusão de determinado instrumento internacional. Justamente por refletir as circunstâncias específicas no momento da celebração de um tratado, a interpretação das disposições convencionais deve levar em consideração o preâmbulo do tratado em questão, regra que consta expressamente no art. 31 da Convenção de Viena de Direito dos Tratados. *Trata-se, portanto, de elemento acessório que auxilia na interpretação do texto convencional propriamente dito, mas a ele não se sobrepõe.* (...) Sendo assim, as declarações ali constantes [no preâmbulo] são importantes vetores interpretativos, **mas não se sobrepõem ao conteúdo do próprio tratado. Se, como já se viu, o art. 19 da CQCT não estabelece parâmetros objetivos para instituição da responsabilidade de fabricantes de cigarro, não se pode pretender extrair do preâmbulo da convenção tal conclusão**” (doc. 2, páginas 40-42).

C) A CQCT não cria obrigações para a União com relação à responsabilização de fabricantes de cigarro; ao contrário, quando da ratificação da CQCT, reconheceu-se expressamente a importância econômica da indústria tabagista para o país

167. Como visto, a CQCT não obriga, ou sequer autoriza, que o Poder Judiciário crie novas hipóteses de responsabilidade civil (especialmente hipóteses diametralmente opostas ao entendimento jurisprudencial consolidado nos tribunais brasileiros) ou altere as normas internas de direito processual.

168. Ao abordar a dinâmica da CQCT e a sua importância, a Profa. Dra. Carmen Tiburcio explica que “haveria usurpação das competências do Executivo e, sobretudo, do Legislativo caso o intérprete pretendesse extrair diretamente da CQCT obrigações específicas exigíveis do Estado ou dos particulares, sem que o Legislativo brasileiro houvesse editado norma específica na matéria prevendo tal obrigação ou aprovado algum protocolo firmado” (doc. 2, página 36). Sobre o ponto, prossegue a Profa. Dra. Carmen Tiburcio:

“Ao aprovar os termos da CQCT, o Legislativo aprovou os termos da Convenção – e não outros quaisquer –, sendo certo que, como se viu, a Convenção reiteradamente submete a implementação das medidas a serem adotadas por cada Estado-parte à deliberação posterior e específica de seus órgãos próprios. No contexto específico da CQCT, apenas um protocolo foi concluído, a saber, o Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, promulgado, no Brasil, pelo Decreto no 9.516, de 01 de outubro de 2018. Como antecipado pelo título do acordo, o protocolo especifica uma série de medidas a serem adotadas pelos Estados com o objetivo de combater o comércio ilícito de cigarros” (doc. 2, páginas 36-37).¹¹¹

¹¹¹ Aliás, sobre o mercado ilícito e o Protocolo promulgado pelo Brasil, destaca a Profa. Dra. Carmen Tiburcio: “Aqui, é preciso ter em conta a circunstância informada pela consulente – e que, a rigor, é pública – de que há um expressivo mercado ilegal (leia-se: contrabando) de cigarros no Brasil cujo

169. De mais a mais, como observado pela Profa. Dra. Carmen Tiburcio, “a República Federativa do Brasil expressou, quando de sua ratificação à CQCT – antes mesmo da elaboração do protocolo ora analisado, portanto – seu compromisso com a proteção da produção agrícola associada à indústria do tabaco. A declaração representa evidente preocupação com a relevância econômica da indústria do tabaco e a importância do desenvolvimento de alternativas para pessoas, famílias e empresas que hoje dependem da renda auferida com esta atividade” (doc. 2, página 39).

D) A alusão a tribunais estrangeiros a respeito da CQCT não sustenta a pretensão da União. Recente decisão da Coréia do Sul que evidencia o real panorama internacional

170. A Souza Cruz demonstrou que, uma vez que a presente demanda não possui qualquer fundamento jurídico à luz do direito pátrio, a União busca suporte para suas alegações em decisões estrangeiras, fundadas em fatos ocorridos em outros países e solucionadas de acordo com sistemas jurídicos diversos do brasileiro. Em Contestação, ficou claro que, além da maliciosa distorção dos precedentes estrangeiros, casos ocorridos em outros países não são determinantes para a compreensão e resolução da presente ACP.¹¹²

vigor tem sido apenas mitigado pelas medidas das autoridades brasileiras, permanecendo, contudo, em patamares muito elevados. Essa é uma circunstância que não se pode ignorar. Sob a perspectiva do direito internacional, não faria qualquer sentido violar as obrigações assumidas no protocolo, esse sim concreto, a pretexto de dar efeito à obrigação não assumida pelo país ao ratificar a CQCT. O dever de não frustrar o objeto do protocolo em vigor no Brasil é uma decorrência do direito internacional, como se vem de ver, mas também do art. 20 da Lei de Introdução, que impõe a consideração das consequências práticas de decisões judiciais ou administrativas que apliquem valores jurídicos abstratos, como é o caso daqueles consagrados na CQCT” (doc. 2, página 39).

¹¹² V. Evento 54, CONTES1, item III.D.

171. Novamente, em réplica, a AGU busca emplacar a normatividade da CQCT a partir do argumento de que diversos tribunais estrangeiros reconheceriam seu caráter vinculante. Novamente, contudo, não tem razão a União.

172. A bem da verdade, a própria União reconhece a impossibilidade de a CQCT constituir causa de pedir suficiente para os seus pleitos na presente ACP ao afirmar que “a CQCT tem desempenhado um papel importante nos tribunais de outros países com a finalidade de auxiliar na interpretação do direito interno e no apoio à constitucionalidade e legalidade das medidas de controle do tabaco”.¹¹³ Afinal, “auxiliar na interpretação do direito interno” e fornecer “apoio” à juridicidade “das medidas de controle do tabaco” certamente não se confunde com a possibilidade de a CQCT legitimar (e muito menos impor) a adoção de medidas tendentes à responsabilização civil das empresas fabricantes de cigarro no Brasil.

173. Não surpreende, então, que os “exemplos” estrangeiros invocados pela União em sua réplica tenham em comum (para além da sua impertinência para a apreciação da presente demanda à luz do direito brasileiro) justamente a seguinte peculiaridade: nenhum dos “exemplos” estrangeiros versa sobre a imposição de responsabilidade civil a fabricantes de cigarro por despesas alegadamente decorrentes do tratamento público de doenças supostamente relacionadas ao tabaco.

174. De fato, ao que se pode depreender dos documentos apresentados pela União em língua estrangeira (em lamentável reiteração da prática de violação à exigência legal de apresentação de tradução juramentada, cfe. art. 192, p.º, do CPC), todos os “exemplos” – relativos a decisões judiciais proferidas na África do Sul, no Reino Unido e no Peru –¹¹⁴ versam sobre aspectos regulatórios da

¹¹³ Evento 98, RÉPLICA1, página 128, grifou-se.

¹¹⁴ Cfe. *links* constantes no Evento 98, RÉPLICA1, página 129.

CQCT, tais como restrições legais à publicidade do cigarro e proibição de seu consumo em certos locais. No que diz respeito especificamente ao Reino Unido, vale rememorar que, conforme demonstrado pela Souza Cruz em sua Contestação,¹¹⁵ o governo britânico rejeitou propostas de fundos de saúde para perseguir judicialmente as fabricantes de cigarro, alertando que qualquer demanda nesse sentido seria ilegal – o que jamais foi refutado pela União.

175. A propósito, considerando que a AGU invocou e maliciosamente distorceu precedentes estrangeiros, a Souza Cruz vem destacar – em linha com a afirmação de que nenhuma demanda visando ao reembolso de despesas incorridas com assistência médica, ajuizada por governos ou terceiros, resultou em julgamento contrário às fabricantes de cigarros em qualquer lugar do mundo – a recente decisão proferida pela primeira instância do Poder Judiciário da Coreia do Sul no caso nº. 2014GaHap525054 (docs. 12 (original) e 12-A (tradução juramentada)), proferida em caso invocado pela AGU na inicial como um “exemplo” de ação indenizatória.¹¹⁶

176. Ao apreciar a mencionada demanda, o Tribunal sul-coreano concluiu pela improcedência integral dos pedidos formulados pelo NHIS,¹¹⁷ o que reforça a insubsistência da fantasiosa narrativa autoral acerca da realidade internacional em matéria de demandas indenizatórias como a presente.

¹¹⁵ Evento 54, CONTES1, página 255.

¹¹⁶ Tal decisão foi proferida em demanda ajuizada pelo Serviço Nacional de Seguro de Saúde sul-coreano (NHIS, na sigla em inglês), tendo sido invocada pela AGU, em sua petição inicial, como exemplo de “uma ação indenizatória contra as empresas de cigarros, buscando indenização pelos danos à saúde causados entre 2003 e 2012”. A União afirma que uma suposta “onda de responsabilização levou províncias do Canadá, estados da Nigéria e a Coreia do Sul a processarem as empresas de cigarros” (Evento 1, INIC1, página 216).

¹¹⁷ “Dispositivo de sentença. 1. Todos os pedidos da Autora são improcedentes” (doc. 12-A, página 2); “Conclusão final. Sendo assim, estando desprovidos de razão os pedidos da Autora em face das Rés, decido pela improcedência de todos e decido conforme descrito no Dispositivo da Sentença acima” (doc. 12-A, página 21).

177. Mais do que isso, resguardadas as considerações a respeito das distinções entre os sistemas jurídicos e a inviabilidade, como pretende a AGU, de “importar” soluções alienígenas, a recente decisão sul-coreana corrobora os argumentos aduzidos pela Souza Cruz. O Poder Judiciário da Coréia do Sul se posicionou sobre diversos dos aspectos apresentados pelas Rés na presente ACP, destacando, por exemplo, que:

- (i) O custeio de despesas pela entidade legalmente responsável por prestar assistência à saúde não representa violação a interesse jurídico legítimo e, portanto, não tem o condão de deflagrar o dever de indenizar;¹¹⁸
- (ii) A fabricação e venda de cigarros têm sempre sido reconhecidas e altamente regulamentadas como atividades lícitas, e os riscos inerentes e esperados usualmente associados ao consumo do produto não autorizam a conclusão de que os cigarros não possuem a segurança esperada;¹¹⁹

¹¹⁸ “Sendo a Autora a seguradora do seguro de saúde liderado pelo Ministro do bem estar e da saúde (Lei do seguro de saúde do povo, artigo 13), ela deve assumir a obrigação legal de pagar os valores dos gastos dos benefícios do seguro em caso de ocorrência de caso de seguro que implica o fornecimento de serviço médico ou serviço de recuperação, tais como doença, lesão, parto etc. de segurado ou dependente (Lei do Seguro de Saúde do Povo, artigo 14, parágrafo 1º, inciso 5). (...) Assim, ao refletir as normas gerais da Lei do Seguro de Saúde do Povo, o ato de Autora realizar o pagamento dos gastos dos benefícios de seguro para os órgãos de recuperação é o ato de cumprimento das obrigações na qualidade de seguradora conforme prescrito na Lei do Seguro de Saúde do Povo e é apenas mero ato de execução dos fundos oriundos de cobrança ou de apoio, de acordo com a Lei do Seguro de Saúde do Povo. Assim, mesmo que a Autora tenha sofrido a redução de patrimônio ou desvantagem patrimonial em função do pagamento dos gastos dos benefícios do seguro, isso é o assunto previsto pela Lei do Seguro de Saúde do Povo desde a constituição da Autora e deve ser visto como desvantagem a ser arcada pela Autora e não se pode concluir que a Autora tenha sofrido alguma violação ao interesse legal da Autora” (doc. 12-A, página 6-7).

¹¹⁹ “(i) Sendo considerado no nosso país o cigarro como um artigo de preferência pessoal e não tendo sido definido qualquer restrição em relação a sua qualidade ou seu nível, vinha sendo permitida sua fabricação, venda e o ato de fumar, no âmbito legal e social e não há situação em que possa admitir que tenha havido a alteração em sistema legal ou conceito consuetudinário, de sorte que não se pode concluir que haja falta de segurança esperada usualmente com base apenas em situações de fatos de: existência de materiais cancerígenos no cigarro ou na sua fumaça, possibilidade de eventual ocorrência de dano à saúde dos fumantes e de dependência; (ii) fato de que há os materiais cancerígenos em alimentos não processados e em caso de seu aquecimento aumenta-se sua variedade; (...) (vi) o fato de que a fabricação de cigarro vem sendo autorizada pela legislação” (doc. 12-A, páginas 14-15).

- (iii) Os riscos de fumar são amplamente conhecidos, divulgados e discutidos há séculos, não sendo possível afirmar que os consumidores teriam sido enganados;¹²⁰
- (iv) A decisão por começar, continuar ou parar de fumar é uma questão de livre-arbítrio individual;¹²¹
- (v) O amplo conhecimento dos riscos associados ao fumo também se refere aos cigarros “light” e outras espécies;¹²²
- (vi) Não há defeito do produto pela mera existência de substâncias tóxicas no cigarro ou pela utilização de aditivos ou filtros;¹²³

¹²⁰ “(i) O cigarro foi introduzido ao nosso país no início dos anos 1600, e, desde então, vem sendo consumido por método de aspiração de fumaça de queima de folhas secas de tabaco e este tipo de método de consumo de cigarros é algo que vinha sendo praticado desde o momento anterior ao da época da fabricação de cigarros pelas Rés; (...) (iii) Houve várias publicações de pesquisa epidemiológica em termo da relação entre o fumar e o câncer de pulmão, desde 1950, e, em 1962, The Royal Society of Medicine publicou no âmbito do governo o relatório oficial de pesquisa em relação ao risco de fumar e, em 1964, o relatório de pesquisa da US Surgeon General, dos Estados Unidos da América, relatou que o fumar é a causa principal de câncer de pulmão; (...) (v) E ainda mais, as Rés colocaram no maço de cigarro a indicação com conteúdo de advertência de que o fumar é prejudicial à saúde e de que é proibida a venda para jovens com idade menor de 19 anos, nos termos da legislações correlatas de ‘Lei de Melhoria de Saúde do Povo’ e ‘Lei de Proteção de Crianças e Adolescentes’; (vi) Através de publicações nas mídias e restrições legais etc., alcançou uma conscientização ampla e geral por meio da ampla divulgação para a sociedade em geral, inclusive os fumantes de cigarros, que o ato de fumar pode ser a causa de câncer de órgão respiratório, inclusive o pulmão, e das demais doenças” (doc. 12-A, páginas 13-14).

¹²¹ “(v) Considerando que a dependência da nicotina não parece ocorrer em todos os fumantes e, ao analisar, mesmo em caso de sua ocorrência, seu grau de dependência e sintoma de distúrbio e sua intensidade, a escolha não somente do início de fumar como também de manter fumando podem ser considerados como uma questão de opção por livre arbítrio” (doc. 12-A, página 15).

¹²² “Mesmo que as Rés tenham utilizados os textos com o objetivo de promover a venda de cigarros, tais como: ‘natural’, ‘puro’, ‘well being’, ‘1 mg’, ‘mild(suave)’, ‘light(leve)’, ‘suvemente’, ‘refrescante’, ‘capacidade de filtrar os componentes nocivos’, etc., os consumidores de cigarro, sob o ponto de vista destes, estavam na posição de decidir livremente sobre se vai começar a fumar ou manter o ato de fumar com base em avaliação abrangente dos textos de advertência e outros acima mencionados. E não se pode concluir que os textos de publicidade acima possam influir em livre arbítrio de fumante, de forma fundamental, para decidir a iniciar ou manter o ato de fumar” (doc. 12-A, página 14).

¹²³ “(c) Analisando se o uso de aditivo na fabricação de cigarro seja caracterizado como defeito de projeto, destacam-se as situações abaixo, (...) ou seja, (i) fato de que nas folhas de cigarro também estão presentes vários elementos componentes, tais como: amônia, piridina, metalamina, dimetalamina, hidrazina, ácido fórmico, ácido acético etc.; (ii) fato de que não se pode garantir a maior perigo de cigarro com aditivos, incluída fragrância, em relação ao cigarro sem aditivo, nem ocorrência de diferença de forma de fumar, quantidade de fumar e de aspirar a fumaça de cigarro, e o

- (vii) Dados epidemiológicos sozinhos são insuficientes e inaplicáveis para a demonstração do nexo de causalidade;¹²⁴
- (viii) Não se pode presumir a causalidade entre o consumo de cigarros e o desenvolvimento de determinadas doenças, em especial ao considerar a manifesta multifatorialidade das doenças geralmente associadas ao tabaco.¹²⁵

fato de não aumento da toxicidade da fumaça de cigarro mesmo diante da análise de uso e funcionamento a partir da mistura de aditivo de uso comum ao cigarro; (...) (iv) Fato de existência do resultado de pesquisa que relata a ausência de prejuízo e de observação de efeito reverso como resultado de teste nos animais com a maioria dos aditivos adicionados ao cigarro” (doc. 12-A, página 11).

¹²⁴“(…) mesmo que admita a correlação epidemiológica entre algum elemento de risco e determinada doença, não significa que seja esclarecida a causa de doença acometida por indivíduo pertencente à tal coletividade e, sim, apenas realiza-se a dedução de grau de possibilidade de ocorrência de doença causada por exposição ao tal elemento de risco em relação à doença que acometeu um indivíduo pertencente à uma coletividade, de acordo com o grau de proporção, em caso de índice de ocorrência de doença da coletividade exposta ao determinado elemento perigoso ser mais alto que o índice de ocorrência de doença de outra coletividade não-exposta ao elemento de risco. Por outro lado, diferentemente da ‘doença específica’ na qual a causa e efeito se contrapõe de forma clara, causada por pessoa doente específica, a ‘doença não específica’ cuja causa de ocorrência e seu mecanismo é complicado e diversificado, com atuação complexa dos elementos adquiridos, tais como causas inatas, como hereditariedade, constituição corporal etc., e das causas adquiridas, como bebida alcoólica, fumar, idade, hábito alimentar, elementos profissionais e ambientais etc. Em caso de doenças não específicas, mesmo que que seja admitida a correlação epidemiológica entre os agentes de risco específico e doença não específica, há sempre a possibilidade de exposição de indivíduo ou de coletividade a outros agentes de risco, de sorte que esta correlação epidemiológica se limita ao significado de risco de doença ou de aumento de doença, quando da exposição à agente de risco, e, não se pode extrair deste fato a conclusão de que a causa da tal doença seja aquele agente do risco. Consequentemente, mesmo que seja admitida a correlação epidemiológica, em caso de doença não específica, entre o agente de risco específico e a doença não específica, não se pode concluir que tenha sido provada a probabilidade capaz de admitir a correlação entre o fato de exposição de algum indivíduo para aquele agente de risco e o fato de acometimento àquela doença não específica.” (doc. 12-A, página 18).

¹²⁵“(a) De acordo com o princípio de lei acima, para que se corresponda a ‘doença específica’, é preciso que a tal doença seja originada a partir do patogênico específico e deve haver clara correspondência entre a causa e o resultado, de sorte que é de se entender que não havendo a exposição ao patogênico específico não deve quase ocorrer a doença específica. (b) Entretanto, as situações admissíveis com base em provas supra e os apontamentos (...), acrescido de propósito da totalidade de contestações, isto é: (i) fato de que não se pode excluir a possibilidade de ocorrência de doenças (Câncer de pulmão de células escamosas e câncer de pulmão de pequenas células, tipos de câncer de pulmão), causada por agentes diversos, os quais não seja o de fumar, tais como: hábito de vida e hereditariedade de cada indivíduo, meio ambiente, característica profissional etc.; (ii) fato de existência de resultado de pesquisa que afirma que, além de fumar, muitos outros agentes podem causar o câncer (inclusive a doença do presente caso), tais como: poluição do ar, histórico familiar, histórico de doença no passado, bebida alcoólica, stress, histórico profissional etc.” (doc. 12-A, página 19).

178. Como se percebe, a recente decisão sul-coreana contextualiza a realidade fática no cenário internacional, corroborando a impropriedade das afirmações da União também sobre o ponto. Como já dito, casos estrangeiros envolvendo diferentes fatos, leis e sistemas jurídicos não têm influência na resolução deste caso, mas, se a AGU pretende citar precedentes estrangeiros, não deve omitir intencionalmente aqueles que sejam contrários à sua posição.

* * *

179. Diante das conclusões acima expostas, resta claro que não prosperam os argumentos trazidos no parecer dos Professores Oscar Vilhena e André Corrêa sobre a CQCT,¹²⁶ apresentado pela ACT.

180. A uma, a CQCT não foi incorporada à ordem jurídica como tratado de direitos humanos de ordem *supralegal*. Conforme demonstrado pela Profa. Dra. Carmen Tiburcio, a CQCT não é tratado de direitos humanos e se enquadra na regra geral segundo a qual tratados internalizados têm a mesma estatura de lei ordinária.

181. A duas, também não é verdade que a CQCT prevê obrigações de aplicabilidade imediata, muito menos que poderia reformular o instituto da responsabilidade civil ou mesmo a normativa processual. Como visto, as disposições da CQCT, na qualidade de convenção-quadro, não são autoaplicáveis, dependendo da edição de lei formal, emanada do Legislativo, para que possam ensejar direitos e deveres para as autoridades públicas e os particulares.

182. Por tal razão, o art. 19 da CQCT não criou qualquer nova hipótese de responsabilidade civil, muito menos a obrigação ou autoridade,

¹²⁶ Evento 71, ANEXO9.

para a União, de ajuizar ações indenizatórias em face das fabricantes de cigarro com base na criação de novas teorias jurídicas de direito material e processual civil. Em consequência, não há que se falar em inadimplemento da CQCT que possa ensejar a aplicação do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados,¹²⁷ ao contrário do que sustentam os Professores Oscar Vilhena e André Corrêa.

183. Em resumo, nas palavras da Profa. Dra. Carmen Tiburcio: **“as disposições da CQCT não são autoaplicáveis, não servindo como fonte normativa direta e imediata de direitos e obrigações**. Sua internalização não gera direitos e obrigações concretos para os particulares ou autoridades, nem altera a distribuição constitucional de competências, mas apenas representa o compromisso do Brasil de permanecer engajado na discussão do tema e de deliberar, internamente e por seus órgãos competentes, sobre a implementação de políticas públicas e objetivos estabelecidos no tratado internacional” (doc. 2, páginas 37-40, grifou-se).

.VIII. Inaceitável confisco.

A) A União busca criar novo tributo, sem previsão legal

“Em que pese a União não denomine a obrigação pecuniária que pretende impor como tributária, mas sim como indenizatória, o seu pedido solicita o reconhecimento de uma obrigação que seja também para o futuro e que sirva de forma de financiamento contínuo do serviço público de saúde. **Na prática, portanto, o que a União pretende é estabelecer um tributo indireto,**

¹²⁷ “Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

novo e sem autorização constitucional (...)” (Parecer do Prof. Dr. Humberto Ávila).¹²⁸

184. Como demonstrado pela Souza Cruz,¹²⁹ a pretensão da União – apesar da dissimulada alegação de “responsabilização civil” – sequer pode ser veiculada em sede judicial, além de ser, no mérito, claramente inconstitucional. Trata-se de manobra que visa a burlar o processo legislativo, para instituir (ou majorar), indiretamente, a alíquota tributária incidente sobre a atividade de fabricação e comercialização de cigarros.

185. A petição inicial fundamenta-se precisamente em suposto descompasso entre as receitas tributárias decorrentes da fabricação e comercialização de cigarros e os custos do SUS com o tratamento de doenças associadas ao fumo.¹³⁰ A alegação é causa de pedir elementar da ACP, sustentando, de forma principal, os pleitos “indenizatórios” da União e, ao mesmo tempo, evidenciando a real natureza da discussão por ela empreendida. Ou seja, a ACP tem puro conteúdo de política legislativa, embora veiculada em ação judicial.

186. Como visto, a veiculação da disfarçada pretensão tributária da União pela via judicial – e apenas contra as Rés e não contra outros fabricantes – gera evidente desequilíbrio, violando também a isonomia (preâmbulo e art. 5º, CRFB), a livre iniciativa e a concorrência (art. 170, IV, CRFB), na medida em que o resultado não se aplicaria a todas as empresas do ramo – muito menos ao mercado ilegal –, mas tão somente às Rés “eleitas” pela União (art. 150, II, CRFB).

¹²⁸ Evento 54, OUT12, página 41, grifou-se.

¹²⁹ V. Evento 54, CONTES1, item III.B.

¹³⁰ O próprio estudo mencionado diversas vezes na petição inicial pela Autora para “corroborar” os pedidos ora formulados (Evento 1, INIC1, página 59) avalia justamente os impactos, em relação ao fumo e às doenças, “do aumento do preço através dos impostos”. Veja-se: “Na Tabela 4 se pode observar o impacto na saúde e econômico produzido por incrementos de 25%, 50% e 75% no preço dos cigarros. Os três cenários de aumento de preço mostrados foram definidos levando-se em conta o contexto nacional”.

187. Não fosse suficiente, o pleito certamente não encontra amparo na cláusula de inafastabilidade da jurisdição, na medida em que tal mandamento assegura a apreciação, pelo Judiciário, de “lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), o que não existe no caso *sub judice*, uma vez que a necessária etapa para instituir ou majorar tributos (legislativa) foi desconsiderada pela União. Não se tem aqui, sob qualquer ótica, um “direito” da União.

188. Em réplica, a União é silente sobre os principais argumentos da Souza Cruz, em especial sobre os princípios e regras tributários aplicáveis à espécie – e muito bem destacados no Parecer do Prof. Dr. Humberto Ávila –,¹³¹ se limitando a afirmar que sua pretensão seria viável, já que pretende, pela via indenizatória, que as Rés internalizem as externalidades negativas próprias de sua atividade econômica.

189. Afirma, ainda, que o Eg. STF já teria decidido, na ADI nº. 1.931 e no RE nº. 597.064, que a obrigação de reparar o erário público não teria relação com o regramento tributário, o que justificaria seu pleito. Seus argumentos não procedem.

B) As externalidades são internalizadas pela elevada tributação: a pretensão da União se refere, em suma, ao financiamento da seguridade social

190. Como já demonstrado,¹³² os agentes regulares do mercado formal de cigarros, como é o caso da Souza Cruz, são obrigados a arcar com pesada carga tributária sobre seus produtos, **cuja finalidade extrafiscal são voltadas especificamente à internalização das supostas externalidades negativas**

¹³¹ V. Evento 54, CONTES1, item III.B, iv.

¹³² V. Evento 54, CONTES1, item III.B.iv, páginas 90-95.

decorrentes de sua atividade, bem como à redução do consumo do produto por elas comercializado.¹³³

191. É o que se extrai do Parecer do Prof. Dr. Humberto Ávila, que acompanhou a Contestação da Souza Cruz:

“A tributação destina-se a atingir tanto finalidades fiscais (ou seja, tributos instituídos com o fim preponderante de obter receitas dos particulares) como finalidades extrafiscais (isto é, tributos instituídos com o fim prevalente de atingir fins econômicos ou sociais).

Dentre as finalidades extrafiscais que podem ser promovidas por meio da tributação está exatamente a internalização de externalidades negativas decorrentes do uso de determinados produtos.

No caso dos cigarros, esta tributação extrafiscal ocorre por meio da incidência do tributo cuja competência é da própria União: o Imposto sobre Produtos Industrializados (artigo 153, inciso IV, da Constituição). Referido tributo funciona como um instrumento extrafiscal por meio da diferenciação entre as suas alíquotas, que são diminuídas para os produtos industrializados considerados essenciais e aumentadas para aqueles considerados como supérfluos ou, de algum modo, nocivos. Nesse sentido, é a própria Constituição que determina que o Imposto sobre Produtos Industrializados ‘será seletivo, em função da essencialidade do produto’ (art. 153, § 3º, inciso I).

Pois bem, a tributação extrafiscal dos produtos é a forma constitucionalmente autorizada de o Estado intervir no preço de uma mercadoria para internalizar externalidade, inexistindo autorização constitucional para que se busque,

¹³³ Esse cenário, vale mencionar, é reconhecido pela Profa. Dra. Tathiane Piscitelli em parecer apresentado pela ACT e citado pela União em réplica, que afirma expressamente que “o Brasil tem adotado políticas públicas variadas, que envolvem desde restrições regulatórias, até aumento dos tributos incidentes sobre o consumo do cigarro” (Evento 71, ANEXO6, página 11).

por meios transversos, o aumento da alíquota tributária incidente sobre um determinado produto”.¹³⁴

192. A pretensão da União – de que as Rés internalizem as alegadas externalidades negativas de sua atividade – já está compreendida pela pesada carga tributária incidente sobre os produtos por elas comercializados, como extensamente demonstrado pela Souza Cruz.

193. Pouco importa, então, que a União denomine sua pretensão como “indenizatória”, já que seu conteúdo perfaz nítida tentativa de aumentar ainda mais a carga tributária, em franca afronta à Constituição da República. Mais uma vez, o Parecer do Prof. Dr. Humberto Ávila foi preciso ao abordar essa questão:

“O problema é que é exatamente este o pedido formulado na petição inicial apresentada pela União na presente Ação Civil Pública. **Com efeito, o que a União pretende é estabelecer a hipótese E de custeio da saúde pública: por meio de um pagamento anual realizado pelas fabricantes de cigarros em função das externalidades negativas decorrentes do uso do tabaco e da suposta relação de causalidade direta entre o consumo destes produtos e o tratamento pelo SUS de determinadas doenças.** Veja-se que referida interpretação impõe um novo tipo de financiamento para a seguridade social, não compreendido dentre as hipóteses autorizadas pela específica regra constitucional. A União cria a hipótese E: por meio de uma contribuição periódica *sui generis*, de natureza supostamente indenizatória, que serviria como

¹³⁴ Evento 54, OUT12, página 25, grifou-se.

forma de custeio dos gastos públicos tendo como fundamento suposta responsabilidade civil”.¹³⁵

194. Sem razão a União ao afirmar, portanto, que “o dever de indenizar nunca se confunde com o pagamento de tributos”, argumento que supostamente se sustentaria no parecer da Profa. Tathiane Piscitelli.¹³⁶ Em suma, o parecer tenta sustentar que o ressarcimento pleiteado pela União não integraria o conceito de tributo e supostamente seria válido, sob as alegações de que: (i) a existência de tributos não impede que o Estado busque reparação privada por danos que tenha sofrido; (ii) a pretensão da União de reparação civil não se prestaria ao financiamento da seguridade social; (iii) a alta tributação sobre as atividades da indústria do tabaco traduzem função extrafiscal, mas não “imped[iria] a adoção de outras medidas capazes de mitigar o [alegado] dano que a indústria tabagista causa ao Erário”.¹³⁷

195. No entanto, em primeiro lugar, o parecer minimiza (sem razão) o fato de que a União também pretende a instituição de prestação pecuniária às Rés *pro futuro*, a escancarar a real pretensão da Autora, que não possui caráter reparatório. Como reconhecido pela própria União, o pedido abarca a “indenização” de despesas futuras no âmbito do SUS, “enquanto se verificarem os danos causados por tais produtos”¹³⁸ e não apenas de “danos que já impactaram negativamente o SUS”.¹³⁹ Trata-se precisamente de pretensão de **financiamento contínuo da seguridade social**.

¹³⁵ Evento 54, OUT12, páginas 16-17, grifou-se.

¹³⁶ Evento 71, ANEXO6, páginas 11-30.

¹³⁷ Evento 71, ANEXO6, página 38.

¹³⁸ Evento 98, RÉPLICA1, página 68.

¹³⁹ Evento 98, RÉPLICA1, página 70

196. Nesse sentido, o próprio parecer da Profa. Dra. Tathiane Piscitelli, juntado pela ACT, reconhece que o pedido de reparação para eventuais danos futuros configura tributo. É ver-se:

“O objetivo primeiro da tributação é assegurar a existência de receitas para o financiamento da estrutura estatal com vistas à realização de gastos futuros. (...) A obtenção de recursos para financiar a Seguridade Social se dá via tributos específicos e sempre considerando despesas futuras, uma vez que tributo não se presta a reparar uma situação de fato já estabelecida. A arrecadação tributária sempre mira gastos futuros, nos termos da lei orçamentária”.¹⁴⁰

197. Tampouco é veraz a afirmação da Profa. Tathiane Piscitelli de que, “no caso específico da tributação do cigarro, o instrumento [da extrafiscalidade] é utilizado como forma de desincentivo ao consumo”,¹⁴¹ sem mencionar o financiamento da seguridade social. Como já destacado, a função extrafiscal dos tributos não está, in casu, dissociada dos mecanismos de financiamento da seguridade social, em especial do SUS. O Poder Público pode, simultaneamente, querer desencorajar o consumo de cigarros e buscar obter receitas substanciais em razão de tal consumo, como ocorre, *in casu*, com a União.

198. Não se pode olvidar, no ponto, que a própria AGU reconhece – embora em outra demanda, a revelar sua postura contraditória em relação ao tema (v. item IX abaixo) – que “através de impostos sobre produtos comercializados pela indústria do tabaco, o Governo cobra desse segmento os custos que toda a sociedade vem arcando com o tratamento de doenças tabaco-

¹⁴⁰ Evento 71, ANEXO6, páginas 34-35, grifou-se.

¹⁴¹ Evento 71, ANEXO6, página 39, grifou-se.

relacionadas, com o tratamento da dependência da nicotina, com as aposentadorias precoces e com outros custos”.¹⁴²

199. A tributação, portanto, é o meio adequado para a função que a “indenização” pretendida pela União busca alcançar.

200. Não sustenta o pleito da União, ademais, a associação que pretende fazer entre a presente ACP e os dois casos julgados pelo Eg. STF (ADI nº. 1.931 e RE nº. 597.064), destacados também nos pareceres apresentados pela ACT.¹⁴³

201. Em primeiro lugar, em relação ao RE nº. 597.064, há um aspecto basilar que faz cair por terra toda a argumentação da União: aquela hipótese (relativa aos planos de saúde) encontra previsão expressa em lei;¹⁴⁴ **o caso destes autos, por sua vez, não encontra qualquer amparo legal.**

202. Tal distinção não é de menor importância. O que a Souza Cruz afirma é justamente que o pleito da União não possui qualquer sustentação legal, já que viola, ao mesmo tempo, o regramento tributário sobre o tema, que exige lei anterior (v. o Parecer do Prof. Dr. Humberto Ávila), e o regramento do Código Civil, já que não demonstrados os requisitos exigidos pela própria lei para a responsabilização civil.

¹⁴² Trecho extraído da Contestação apresentada pela União na ACP nº. 2003.61.00.024997-1, de 2 de março de 2004, páginas. 138-143 (Evento 54, OUT49, página 7-12, grifou-se).

¹⁴³ A Profa. Tathiane Piscitelli menciona o julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário nº. 597.064, o qual, segundo o parecer, “definiu a natureza jurídica do ressarcimento devido ao Erário pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde nos casos de atendimento em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde” (Evento 71, ANEXO6, página 36). O mesmo paralelo é indevidamente feito no parecer dos Professores Oscar Vilhena e André Corrêa (Evento 71, ANEXO 9), também juntado pela ACT, que buscou explorar o princípio do poluidor-pagador e o conteúdo da ADI 1.931/DF.

¹⁴⁴ Art. 32 da Lei nº. 9.656/1998: “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS”.

203. Nesse sentido, ao julgar o RE nº. 597.064, o STF afastou a aplicabilidade das disposições relativas à limitação do poder de tributar precisamente diante da circunstância de que “a cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 [ressarcimento pelos planos de saúde] ostenta natureza jurídica indenizatória *ex lege* (receita originária)”,¹⁴⁵ aqui inexistente, uma vez que, no caso vertente, a legislação brasileira não contempla obrigação de indenizar, diferentemente da hipótese do precedente citado.

204. O parecer do Min. aposentado Carlos Mário da Silva Velloso, elaborado para o caso do RE nº. 597.064 e juntado aos presentes autos pela União,¹⁴⁶ que também afirma suposto caráter indenizatório do ressarcimento pago pelas operadoras de plano de saúde, aliás, não se afasta das aludidas circunstâncias, uma vez que as suas conclusões têm por pressuposto a existência de previsão legal de ressarcimento – *in casu*, o “ressarcimento referido no art. 32 da Lei n. 9.656/98”,¹⁴⁷ o que, repita-se, não traduz a hipótese destes autos.

205. Mais importante: a analogia pretendida pela União é absolutamente insubsistente, já que a premissa para autorizar o reembolso ao SUS pelas seguradoras privadas era precisamente o fato de que as seguradoras recebem valores para prestar o serviço assistencial, que ficaria sem a adequada contraprestação nas hipóteses em que o segurado se socorre do SUS, acarretando seu enriquecimento sem causa. Ou seja, as seguradoras “já estavam obrigadas a arcar com os procedimentos pela via do contrato firmado com o beneficiário”, de modo que “somente os procedimentos previstos em contrato serão objeto de restituição aos cofres públicos”.¹⁴⁸ Precisamente por isso é que o Eg. STF considerou possível a

¹⁴⁵ STF, RE 597.064, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 7.2.2018, grifou-se.

¹⁴⁶ Evento 98, PARECER17.

¹⁴⁷ Evento 98, PARECER17, página 19.

¹⁴⁸ Colhe-se do acórdão: “Nessa situação, parece-me que se encaixa perfeitamente a aplicação da máxima de que é vedado o locupletamento ilícito do empreendedor privado que auferir receita para prestar o serviço assistencial e acaba onerando o Estado por algo pelo qual recebeu a correspondente

cobrança dos valores das seguradoras, que se fundamenta em lei específica, inexistente em relação à pretensão da AGU.

206. Nesse ponto, a analogia intentada pela AGU demonstra bem a falha de sua própria pretensão: no caso do ressarcimento de gastos do SUS perante seguradoras privadas de planos de saúde, as seguradoras se obrigaram perante os consumidores a custear os seus gastos médicos, de modo que, se esses consumidores recorrem ao SUS, o SUS foi autorizado (por expressa previsão legal) a buscar ressarcimento perante as seguradoras. **A Souza Cruz jamais assumiu a obrigação de arcar com gastos médicos dos usuários de seus produtos – relembre-se ainda que os milhares de precedentes no Brasil sobre o tema reconhecem que não há dever de indenizar ou de arcar com custos de saúde por parte da Souza Cruz –, mas a União busca, ainda assim, imputar a ela (Souza Cruz) os gastos do SUS com esses usuários.**

207. A situação, em definitivo, em **nada** se assemelha à presente hipótese. A Souza Cruz não firmou contrato de prestação de assistência à saúde, não recebe nenhuma contraprestação para prestar serviços de tal natureza e, por isso, não está obrigada a qualquer ressarcimento ao SUS, simplesmente porque não há qualquer enriquecimento sem causa, ao contrário do que repetidamente afirma a União.

208. De mais a mais: certamente quando o SUS busca ressarcimento das seguradoras privadas, deve fazer prova individual das despesas incorridas com o tratamento do consumidor do plano de saúde. **Não se cogita que uma seguradora de saúde seja condenada a ressarcir o SUS sem que seja comprovado, individualmente, que determinado consumidor da aludida seguradora efetivamente gerou despesas para o SUS – e que tais despesas eram**

contraprestação, ainda que precipuamente seja sua obrigação” (Evento 98, DECSTJSTF16, página 36).

cobertas pelo plano contratado. Mais uma vez, além de ignorar que no presente caso não há lei que respalde sua pretensão, a União tenta escapar da análise individual dos danos que alega sofrer.

209. Isso sem contar que, caso seja necessário judicializar a pretensão de ressarcimento em face das seguradoras (fundada na lei, diga-se, o que não ocorre *in casu*), apenas serão contemplados em eventual decisão condenatória os valores comprovadamente gastos pelo SUS. **Não se cogita, em hipótese alguma, de permitir que as seguradoras privadas sejam condenadas a responder por despesas não comprovadas ou a serem eventualmente incorridas no futuro pelo SUS.** A União, no entanto, busca justamente isso: uma decisão imediata que vincule as Rés ao ressarcimento de despesas ainda não incorridas pelo SUS, e, ainda, sem fazer prova de **danos** passados, presentes e muito menos futuros.

210. No que se refere ao julgamento da medida cautelar na ADI nº. 1.931, a própria União reconhece que o acórdão “nem adentrou muito no ponto”,¹⁴⁹ embora tente argumentar, *per saltum*, que o julgado teria “rechaç[ado] [...] o argumento de que a instituição da obrigação de ressarcimento deveria ter se dado com a obediência aos preceitos atinentes à legislação tributária”. Novamente, a ADI, ao tratar do art. 32 da Lei nº. 9.656/1998, parte da premissa acima identificada, que não guarda qualquer relação com a hipótese discutida nos autos.

211. A propósito, ciente de que a analogia não possui qualquer sustentação, a União confessa que “os casos têm diferenças”, e que há “diferentes contornos fáticos e legais na origem”.¹⁵⁰ Há, em realidade, **abismal** diferença entre os casos, a impor a rejeição de seus argumentos.

¹⁴⁹ Evento 98, RÉPLICA1, página 72, grifou-se.

¹⁵⁰ Evento 98, RÉPLICA1, página 72.

C) O princípio da solidariedade não basta para fundamentar o pleito da União, subvertendo o regime constitucional

212. A União apela ainda para o princípio da solidariedade para embasar seus pleitos, ciente de que sua pretensão afronta o sistema constitucional e não encontra guarida na legislação brasileira.

213. Para além do já exposto em Contestação sobre as genéricas e infundadas alegações de abuso de direito e violação aos princípios da boa-fé objetiva, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana,¹⁵¹ afigura-se inadmissível, a pretexto de aplicação do princípio da solidariedade, impor à Souza Cruz a responsabilidade compartilhada pelo custeio do SUS atribuído ao Estado, em ilegal acréscimo aos valores já pagos por meio de elevada carga tributária que lhe é atribuída, especialmente por meio de alíquotas incidentes unicamente sobre produtos derivados do tabaco, o que acarretaria verdadeiro *bis in idem*.

214. Sobre o ponto, merece destaque o Parecer do Prof. Dr. Humberto Ávila, que confirma a insubsistência do pleito autoral:

“(…) a tributação não pode ser baseada diretamente no princípio da solidariedade social porque, conforme já me manifestei, o poder de tributar, na Constituição brasileira, foi delimitado, de um lado, por meio de regras que descrevem os aspectos materiais das hipóteses de incidência e, de outro, por meio da técnica da divisão de competências em ordinárias e residuais.

(…) Assim, tendo a Constituição brasileira estabelecido, no artigo 195, regras de competência e escolhido determinados fatos (e nenhum outro) e determinada forma (e nenhuma outra) para a instituição de contribuições sociais, não há espaço para a União escolher meios alternativos para a promoção deste fim. Dito de outro

¹⁵¹ V. Evento 54, CONTES1, item III.C, iv.2.

modo: tivesse a Constituição apenas estabelecido o princípio da solidariedade social (como o fizeram outras constituições), sem prescrever o meio adequado para instituir tributos para financiar a seguridade social, então os Poderes Legislativo e Executivo poderiam escolher dentre os meios disponíveis aqueles que lhe parecessem mais apropriados para tanto. Contudo, tendo a Constituição escolhido atribuir poder por meio de regras de competência, os Poderes Legislativo e Executivo estão jungidos ao meio preestabelecido, sem poder para escolher qualquer outro”.¹⁵²

“(...) o pedido formulado pela União na presente Ação Civil Pública, relacionada à tentativa de estabelecer uma nova forma de financiamento dos gastos públicos com saúde, sem autorização constitucional, ainda **viola regras específicas do sistema tributário constitucional**, porque ignora, de um lado, que as referidas externalidades negativas vinculadas ao consumo do próprio cigarro só podem ser internalizadas ao produto por meio da própria tributação (como de fato é realizado por meio dos impostos sobre o consumo); e, de outro lado, que **não há autorização constitucional para a incidência de qualquer tipo de tributo (ou complementação indireta a este) com base nos princípios da solidariedade e da boa-fé.** (...)”.¹⁵³

215. Tampouco se sustentam as igualmente genéricas ilações da União sobre a limitação da livre iniciativa e sobre a função social das atividades da Souza Cruz, que não se prestam a subverter o regime legal brasileiro. Não é possível, ademais, afirmar que o sistema jurídico brasileiro não possui

¹⁵² Evento 54, OUT12, itens 2.5.4 e 2.5.5, grifou-se.

¹⁵³ Evento 54, OUT12, item 2.3.23 e 2.4.7, grifou-se.

políticas públicas (regulatórias, tributárias, etc.) que enfrentem possíveis externalidades da atividade das Rés brasileiras.

216. É ingênua, ademais, a alegação de que eventual condenação da Souza Cruz na presente ACP ensejaria externalidade positiva à sua atividade, “com eventual queda do consumo de tabaco”, como alegam os Professores Oscar Vilhena e André Corrêa no parecer acostado pela ACT, raciocínio que aparentemente contemplaria o aumento do preço de cigarros pelas Rés, de modo a responder pela “indenização” pretendida pela AGU, e levaria à redução de consumo.

217. O argumento é meramente especulativo, além de desconsiderar a posição consolidada do mercado ilegal no país, que decorre da negligência da União. Desconsidera, ainda, que existem outros vendedores lícitos de cigarros no Brasil, não sujeitos à demanda da AGU, que gozariam de vantagens competitivas em relação às Rés, praticando preços mais baixos e mais acessíveis à população, e, ainda, que novas empresas certamente entrariam no mercado sem sofrer o impacto financeiro de qualquer decisão eventualmente prolatada na presente demanda.

218. O argumento desconsidera, ademais, que é a tributação – já elevadíssima – que busca influenciar a redução de consumo de cigarros, o que é declarado pelo próprio governo brasileiro, amparando-se precisamente em preocupações similares às aquelas mencionadas na CQCT.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Nesse sentido, cita-se a Exposição de Motivos da MP 540/2011, que alterou o regime de tributação de IPI aplicado aos cigarros: “Com relação à proposta de alteração do regime de tributação do Imposto sobre Produtos Industrializados -IPI aplicado ao produto cigarro, esta justifica-se não somente pelo princípio da seletividade que informa o IPI, consagrado no § 3º do art. 153 da Constituição Federal, mas também pela relevância do aspecto tributário no qual está inserida a atividade econômica de fabricação e importação de cigarros no Brasil e seu impacto sobre a saúde pública. 31. A possibilidade de influenciar o comportamento do consumidor em função do aumento de preços e consequente redução de consumo, além de amparada constitucionalmente, encontra fundamento na Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003, e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003, com sua promulgação e vigência no território nacional a partir de 1º de fevereiro de 2006, conforme dispõe o

219. De mais a mais, os pedidos veiculados pela Autora não têm como objetivo a redução do consumo de cigarros (o que tem sido endereçado há muitas décadas pelas políticas públicas governamentais e plenamente atendidas pela Souza Cruz), mas consistem essencialmente em apropriação de valor ainda maior do que do os mais de 70% (setenta por cento) das receitas da venda de cigarros de que se beneficia atualmente, mas, desta vez, contornando o necessário processo legislativo para instituição ou majoração da carga tributária.

220. Por fim, ainda sobre livre iniciativa e sua função social, não se pode olvidar que é a própria atividade da Souza Cruz, lícita e regulada, que gera o recolhimento de tributos em valores bilionários, que são vertidos ao governo e à toda a coletividade.¹⁵⁵

D) Eventual descompasso entre receitas e despesas do SUS só pode ser imputado à União, que falha em fiscalizar e taxar o mercado ilegal

221. Além de todo o exposto acima, é sintomático que a AGU, apesar de repetir que pretende “equilibrar os pratos da balança”¹⁵⁶ entre despesas e receitas do SUS, não tenha se manifestado sobre os contundentes fatos apresentados pela Souza Cruz a respeito da franca ascensão do mercado ilegal de venda de cigarros e seu inevitável impacto para o pretendido “equilíbrio”.

222. Sobre o ponto, convém recordar que a Souza Cruz apresentou os seguintes fatos e provas em sua Contestação, sobre os quais a AGU não teceu sequer um comentário:

Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006.³² Nos termos da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco a política tributária deve funcionar como instrumento que favoreça a redução do consumo de produtos derivados do tabaco. Vale salientar que o art. 1º do Decreto nº 5.658, de 2006, dispõe que a Convenção-Quadro será executada e cumprida tão inteiramente quanto nela se contém” (doc. 13).

¹⁵⁵ V. Evento 54, CONTEST1, item III.B.iii, página 89.

¹⁵⁶ Evento 98, RÉPLICA1, página 143

Incontrovertida ascensão do mercado ilegal e seu impacto tributário e para o sistema de saúde
Os prejuízos decorrentes da omissão em fiscalizar o mercado ilegal alcançaram, em 2019, R\$ 12.000.200.000,00 (doze bilhões e duzentos mil reais). ¹⁵⁷
Ao menos 54% (cinquenta e quatro por cento) dos cigarros comercializados no Brasil em 2018 foram oriundos do mercado ilegal, com preços de 70% (setenta por cento) a 90% (noventa por cento) mais baixos do que cigarros regulares. ¹⁵⁸
2 (duas) das 3 (três) principais marcas de cigarros consumidas no Brasil são ilegais – incluindo a marca mais consumida. Das 10 (dez) marcas mais vendidas, 5 (cinco) são contrabandeadas, e a soma de suas participações no mercado já supera a soma de participação das marcas formais, representando cerca de 57% (cinquenta e sete por cento) da comercialização de cigarros no Brasil. ¹⁵⁹
4 (quatro) das 5 (cinco) principais marcas de cigarros contrabandeados comercializados no Brasil não atendem aos limites máximos de teores de alcatrão e monóxido de carbono estabelecidos nas regulamentações da ANVISA ¹⁶⁰

223. O silêncio da AGU é emblemático. Afinal, os alegados gastos do SUS, que ultrapassariam a arrecadação tributária do Estado no setor, decorreriam de culpa exclusiva da União, que não fiscaliza o setor e, por consequência, não arrecada os tributos devidos.

224. Todos perdem com a postura assumida pela União: a indústria tabagista formal sofre enormes prejuízos, ao perder mais de 50% (cinquenta por cento) do mercado para o comércio ilegal.¹⁶¹ A União arrecada muito menos tributos (que poderiam ser direcionados à seguridade social), uma vez que os

¹⁵⁷ Evento 54, OUT28, páginas 1-6.

¹⁵⁸ Evento 54, OUT30 e OUT31.

¹⁵⁹ Evento 54, OUT29, páginas 1-23.

¹⁶⁰ Evento 54, OUT42, páginas 1-124.

¹⁶¹ V. Evento 54, OUT22, página 4, e Evento 54, OUT29, página 11.

responsáveis pelo desenvolvimento de atividades ilícitas não arcam com os tributos devidos.¹⁶²

225. Pior: o contrabando prejudica os próprios consumidores, que consomem produtos que não são regulados e que não possuem controle de qualidade.¹⁶³ E são justamente esses cigarros ilegais que são prevalentemente consumidos pelos usuários do SUS, que, em regra, integram classes menos favorecidas e costumam fumar cigarros mais baratos e sem *standards* mínimos, produzidos pelas empresas clandestinas.¹⁶⁴

226. Tais conclusões são corroboradas pelo Parecer do Prof. Dr. Luiz Pontel de Souza,¹⁶⁵ que acompanha a presente manifestação, e que demonstra que o comércio ilegal de cigarros consiste em problema crônico, se arrastando há décadas sem o adequado enfrentamento pelo governo. O Parecer evidencia, por exemplo, que dados do TCU aludem a um prejuízo anual projetado em R\$ 100 bilhões decorrentes das ações de contrabando (doc. 7).

227. Os dados demonstram o franco crescimento do mercado ilegal de cigarros no Brasil nas últimas duas décadas, com relação aos números que já eram substanciais no início do século XXI. A título de exemplo, a CPI da Pirataria apurou, em 2004, que já naquela época o mercado ilegal atingia 35% do mercado total, comercializando anualmente 46 bilhões de cigarros, o equivalente a R\$ 1,9 bilhão (com perda de arrecadação de cerca de R\$ 1,4 bilhão de reais por

¹⁶² V. Evento 54, OUT7, e Evento 54, OUT22, página 4

¹⁶³ V. Evento 54, OUT8.

¹⁶⁴ V. Evento 54, OUT76.

¹⁶⁵ Advogado, Delegado de Polícia Federal (aposentado), com MBA em Gestão de Segurança Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Foi Chefe da Delegacia de Prevenção e Repressão a Crimes Fazendários da Superintendência da Polícia Federal em Campo Grande/MS, Diretor-Executivo e Diretor de Gestão de Pessoal da Polícia Federal, Adido Policial na Embaixada do Brasil em Lisboa/Portugal, Assessor de Segurança Pública no Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Secretário Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Secretário-Executivo do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Também exerceu a Presidência da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro-ENCCLA, do Comitê Nacional para os Refugiados-CONARE e do Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – CONATRAP.

ano).¹⁶⁶ Mais recentemente, em 2020, a União, por meio do INCA, reportou à OMS que estima que o percentual de cigarros ilegais no Brasil alcance 42,8%, o que é, por si só, o reconhecimento governamental de um número elevadíssimo.

228. Os números atuais, no entanto, são ainda maiores do que os reconhecidos pelo governo, já que estudos técnicos de ampla abrangência apontam que o mercado ilegal correspondia ao percentual de 57% do mercado total de cigarros em 2019, o último ano antes do fechamento das fronteiras por causa da COVID-19.¹⁶⁷ Por consequência, a arrecadação tributária decorrente da atividade (realizada quase que exclusivamente pelas Rés) já foi superada pela evasão fiscal (decorrente do contrabando e falsificação). Em 2015, a evasão fiscal era estimada em R\$ 4,5 bilhões de reais;¹⁶⁸ em 2017, em R\$ 9,7 bilhões de reais;¹⁶⁹ e, em 2019, em R\$ 12,9 bilhões de reais.¹⁷⁰

229. As políticas governamentais no Brasil, longe de combaterem o mercado ilegal, acabam por estimulá-lo. Afinal, como demonstra o Parecer do Prof. Dr. Luiz Pontel de Souza, a tributação elevadíssima que incide sobre os cigarros brasileiros, aliada à falta de fiscalização das fronteiras, faz com que seja

¹⁶⁶ Consta do Relatório da CPI a preocupação com o crescimento do mercado ilegal e com a qualidade dos produtos falsificados e contrabandeados: “Como as empresas falsificadoras não pagam tributo nem seguem as normas, fabricam produtos sem preocupação de qualidade ou segurança, mas com preços extremamente atrativos, crescem em um mercado que a cada ano está sendo mais e mais controlado pela ilegalidade. Em audiência pública nesta CPI, o representante da ABCF (Associação Brasileira de Combate à Falsificação) informou que essa mesma entidade mandou realizar uma perícia nos cigarros pirateados, ocasião em que foi descoberto que neles há besouros, além de teores de nicotina e alcatrão muito superiores aos permitidos no Brasil, e mais a cumarina (substância proibida em vários países do mundo, inclusive no Brasil) e inseticidas que são proibidos há mais de 18 anos” (doc. 16).

¹⁶⁷ V. Evento 54, CONTES1, item III.B, ii.

¹⁶⁸ Colhe-se do artigo “O custo do contrabando”, do IDESF: “o cigarro representa hoje 67,44% de todo o contrabando que entra pelas fronteiras, ou o equivalente a R\$ 6.4 bilhões, entre perdas da indústria e não tributação. Destes, R\$ 4.5 bilhões correspondem aos tributos que o governo deixa de arrecadar (IDESF, Janeiro 2015)” (doc. 15).

¹⁶⁹ V. estudo “Mercado Ilegal no Brasil: diagnósticos e soluções”, do CEDES, disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/06/7dfb794d9d7665250b6a481be89e2e48.pdf?x79938>, acesso em 25.8.2022.

¹⁷⁰ V. artigo “Ação contra o mercado ilegal”, publicado pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) - doc. 17.

muito vantajoso ao mercado clandestino importar cigarros do Paraguai, cuja alíquota de impostos sobre cigarros é de apenas 22% (doc. 7).¹⁷¹ Não surpreende que o mercado ilegal de cigarros correspondesse, já em 2015, a 67% de todo o contrabando do país (doc. 11). O mercado ilegal de cigarros é tão vantajoso – e mal fiscalizado pela União – que há notícias recentes de fábricas no Brasil que falsificam cigarros paraguaios para majorar seus lucros.¹⁷²

230. O Parecer elaborado pela FTI, que acompanha a presente manifestação (doc. 9), evidencia que: (i) o aumento da fiscalização teria reduzido os incentivos econômicos para o mercado ilegal de cigarros, beneficiando a União por meio de maiores arrecadações de impostos, menores taxas de consumo de cigarros, ou mesmo uma combinação de ambos; (ii) a União não arrecada tributos sobre vendas ilícitas, mas ainda assim é obrigada, por seu dever constitucional, a financiar o tratamento de doenças que porventura possam ser associadas ao consumo de cigarros ilegais e sem mínimos padrões de qualidade.¹⁷³

¹⁷¹ Consta do Parecer: “De 2009 a 2019 o Paraguai apresentou um aumento de 600% na oferta de tabaco. Considerando que houve queda no consumo interno paraguaio, a estimativa é que nesse período a oferta foi de sete vezes superior ao consumo. A título de exemplo, a oferta líquida de cigarro (maços) em 2019 foi de 2,5 bilhões de unidades, contra um volume de vendas inferiores a 371 milhões (pag. 37 – CADEP, 2021)” (doc. 7, página 25).

¹⁷² É o que se extrai das notícias “Fábricas no Brasil falsificam cigarro paraguaio para lucrar mais e até exportam”, veiculado pela Folha de São Paulo e “Polícia Federal e Receita Federal deflagram operação de combate ao contrabando, falsificação de cigarros e trabalho escravo no Rio Grande do Sul”, veiculada na página do Ministério da Justiça (doc. 18).

¹⁷³ Colhe-se do Parecer as seguintes conclusões: “O Brasil tem um grande e duradouro mercado ilícito de cigarros, que a União falhou em coibir e reduzir usando o seu poder de polícia. Um controle policial maior e mais eficaz teria o efeito de reduzir os incentivos econômicos aos contrabandistas de cigarros; elevar a arrecadação tributária (por meio de maiores vendas lícitas) e/ou reduzir a prevalência do tabagismo (devido ao aumento do preço médio dos cigarros); No Brasil, o consumo de cigarros ilícitos (que não geram receitas fiscais) está concentrado nas classes de renda mais baixas, que são também aquelas que tendem a usar mais o SUS do que as classes mais altas. Isso leva a uma situação em que a União não tem arrecadação fiscal proveniente de cigarros ilícitos, mas ainda assim precisa financiar os tratamentos de saúde no SUS relacionados ao uso de cigarros ilícitos; Por fim, os altos impostos sobre cigarros lícitos no Brasil, combinados com a abundância de cigarros ilícitos substitutos, provavelmente contribuiriam para a queda da arrecadação tributária e para um crescente mercado ilegal ao longo dos períodos relevantes para o presente processo” (doc. 9, página 11).

231. Por isso, é estarrecedor que a AGU adote um raciocínio simplista para explicitar que não está buscando indenização que compreenda o mercado ilegal, enquanto desconsidera seus gravosos impactos, intrinsecamente relacionados ao tema em discussão.

232. Em suma, a ausência de fiscalização adequada do mercado ilegal, além de prejudicar o mercado legal e os consumidores em geral (que têm acesso a produtos baratos não regulados), faz com que sejam perdidos injustificadamente bilhões de reais em tributos, que poderiam destinar-se ao financiamento do SUS.

* * *

233. Seja qual for o malabarismo retórico adotado pela União, é fato que o pleito encerrado na inicial constitui verdadeira tentativa de evadir-se do cumprimento das leis, de sua responsabilidade fiscalizatória e arrecadatória, enquanto eleva, ainda mais, a carga tributária incidente sobre apenas alguns dos fabricantes do mercado legal de produtos fumígenos, ao arrepio das regras que regulam a instituição e o aumento de alíquota de tributos.

234. A legalidade e a anterioridade tributárias, bem como o respeito ao devido processo legislativo, são garantias materiais do contribuinte, de modo que o Poder Legislativo é o único que possui competência para, em conjunto com o Poder Executivo, instituir novos tributos.

235. A pretensão de que o Poder Judiciário subverta o ordenamento jurídico pátrio para, na prática, instituir sobre empresas selecionadas a dedo pela União um novo tributo por decisão judicial (enquanto outros atores, bem como novas empresas do mercado de cigarros, permanecem excluídos da

penalidade) implica frontal vulneração às normas de regência da instituição de tributos em Estado Democrático de Direito.

.IX.

Conduta contraditória: Evidente *venire contra factum proprium* da União.

“Através de impostos sobre produtos comercializados pela indústria do tabaco, o Governo cobra desse segmento os custos que toda a sociedade vem arcando com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, com o tratamento da dependência da nicotina, com as aposentadorias precoces e com outros custos. (...) Uma interrupção da produção de tabaco neste momento, provocaria uma queda da arrecadação, causando um enorme desequilíbrio no caixa e nas contas públicas, repercutindo seriamente nos compromissos assumidos. Entre as consequências estão a perda de alguns milhões na produção de bens e encerramento de postos de trabalho, agravando ainda mais a crise do desemprego instaurada no país. Isso sem levar em conta as fazendas produtoras de fumo que dependem da comercialização de tal produto, para sua sobrevivência e de seus empregados” **(Advocacia Geral da União).¹⁷⁴**

236. Conforme amplamente exposto pela Souza Cruz em sua Contestação,¹⁷⁵ a despeito de os riscos associados ao consumo de cigarros serem conhecidos pela ciência médica, pelos funcionários altamente qualificados do Poder

¹⁷⁴ Trecho extraído da Contestação apresentada pela União na ACP nº. 2003.61.00.024997-1, de 2 de março de 2004, páginas. 138-143 (Evento 54, OUT49, página 7-12, grifou-se).

¹⁷⁵ Evento 54, CONTES1, páginas 107-114.

Público e por toda a população há muitas décadas, tendo a Administração Pública optado expressamente por manter a fabricação e comercialização de cigarros como atividades lícitas (e obter delas enormes receitas contínuas), pretende a Autora agora sustentar, em flagrante contradição, que eventuais reflexos no SUS relacionados aos produtos das Rês brasileiras configurariam danos a serem por elas indenizados.

237. Além disso, apenas às empresas formalizadas, regidas por rigoroso sistema de *compliance* e compromisso social, a União pretende imputar “responsabilidade” por seus gastos com o SUS, mas nenhuma medida é adotada contra as empresas do mercado ilegal, em franca e constante ascensão, ou contra outros tantos fabricantes de cigarro que operam licitamente no país.

238. A União busca que a Souza Cruz seja penalizada duplamente, apesar de exercer atividade lícita e regulada: além de já perder receitas devido ao crescente mercado ilegal que o Governo falhou em controlar, a Souza Cruz seria chamada a pagar a conta das empresas ilegais ao Governo Federal, uma vez que tais produtores ilícitos sequer pagam tributos.

239. Cuida-se de verdadeiro comportamento desleal incorrido pela AGU, em afronta à confiança legítima depositada pela Souza Cruz no Poder Público. Veja-se novamente o inusitado cenário: a União, que conhece há décadas os notórios riscos associados ao consumo do tabaco, optou por reconhecer como lícita a atividade da indústria tabagista e regular os seus mais variados aspectos, auferindo enorme proveito econômico e criando a legítima expectativa na Souza Cruz de que a sua atividade poderia ser livremente exercida. Em seguida, ao mesmo tempo em que ignora o crescimento do mercado ilegal, ajuíza demanda sem qualquer fundamento para cobrar da Souza Cruz ressarcimento por supostos danos decorrentes dessa mesma atividade. Nada poderia ser mais contraditório e incoerente, para não dizer manifestamente abusivo.

240. **Por isso, não surpreende que a União sequer tenha mencionado o tema – detidamente abordado pela Contestação da Souza Cruz – em sua réplica.**

241. O seu silêncio é, uma vez mais, eloquente. Para além dos aspectos éticos que envolvem sua conduta, há consequências jurídicas de alta relevância: a pretensão indenizatória da União configura exercício ilegítimo de direito, em manifesta afronta ao art. 187 do Código Civil,¹⁷⁶ o que é causa suficiente para a improcedência da presente demanda.¹⁷⁷

242. É o que se extrai do Parecer do Prof. Dr. Anderson Schreiber:¹⁷⁸

“(…) a formulação pela União Federal de pretensão indenizatória, calcada em danos supostamente derivados das referidas atividades, configura comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) da Administração Pública Federal que, por um lado, aprova

¹⁷⁶ Art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁷⁷ Nesse sentido: “Existe uma contradição essencial entre as duas atitudes que a administração federal mantém no que se refere à exploração do fumo, de um lado incentivando-a no plano agrícola e industrial, e, de outro, criando-lhe todas as espécies de tropeço. Isto nos põe perante uma questão de ordem *jurídica e não apenas ética*, portanto, de conformidade com o já afirmado, tem o *status* de *princípio geral do direito* o qual impede que quem se beneficie com dada situação jurídica ou econômica, aceita e apoiada, possa, concomitantemente ou ao depois, contra ela investir, contestando-lhe a legitimidade ou causando-lhe agravos. Como já ensinavam os mestres medievais, *venire contra factum proprium non conceditur*. (...) Esta pretensão traduz exercício inadmissível do direito de agir, que não pode, e nem deve ser tolerado. Nada mais contraditório, com efeito, do que autorizar a instalação das empresas, beneficiar-se dos seus impostos e depois pretender indenização em face da autorização e do incentivo que concedeu (...)” (Parecer do Prof. Dr. Miguel Reale, Evento 54, OUT47, páginas 14-20).

¹⁷⁸ Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Membro da Academia Internacional de Direito Comparado. Doutor em Direito Privado Comparado pela *Università degli studi del Molise* (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Pesquisador Visitante do *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Alemanha). Membro do Comitê Brasileiro da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

e regulamenta a fabricação e comercialização de cigarros, renovando anualmente o registro de marcas que podem ser comercializadas no mercado, enquanto, de outro lado, pretende obter reparação por supostos danos causados pelas mesmas atividades que autoriza, regulamenta e aprova de modo específico. A contradição entre essas duas posições jurídicas, inconciliáveis em seu sentido objetivo, lesa legítima expectativa da fabricante de cigarros Souza Cruz Ltda. na coerência da Administração Pública, rompendo a esperada conservação do significado da conduta inicial consubstanciada na autorização, regulamentação e aprovação específica à fabricação e comercialização do produto. **A pretensão indenizatória configura, em outras palavras, ilegítimo exercício de um direito, a afrontar o artigo 187 do Código Civil**”.¹⁷⁹

243. Tendo em conta especialmente as particularidades que envolvem a relação jurídica havida entre Administração Pública e administrados – marcada por evidente assimetria de poder –, bem como a presunção de legitimidade e legalidade da qual se revestem os atos administrativos, é evidente que a Administração Pública possui o dever objetivo de preservar e atender às legítimas expectativas suscitadas em seus administrados, em consonância com os princípios da boa-fé objetiva e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB).¹⁸⁰

244. É dizer: a Administração Pública há de observar a confiança despertada por seus próprios atos.¹⁸¹ Na espécie, como explicado pelo

¹⁷⁹ Doc. 3, páginas 23-24, grifou-se.

¹⁸⁰ Art. 37 da CRFB: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

¹⁸¹ “Também à Administração Pública, portanto, aplica-se a proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*). Desta forma, veda-se à Administração agir de maneira contraditória, adotando um comportamento posterior contraditório à sua conduta inicial, de modo a frustrar a confiança na continuidade do comportamento da Administração Pública

Prof. Dr. Anderson Schreiber, a União sempre considerou a fabricação e a comercialização de cigarros no país como atividades lícitas, sujeitas a forte regulamentação e altíssima carga tributária. E mais: como destaca o Professor, tais atividades são “permanentemente controladas pela Administração Pública Federal, por meio de suas entidades e órgãos que, periodicamente, as fiscalizam e aprovam de maneira específica as diferentes variações do produto” (doc. 3, página 14).

245. De outro lado, merece destaque a inexistência de qualquer notícia de pretensa interrupção, por parte da Administração Pública, com relação à expressa autorização concedida às atividades praticadas pela Souza Cruz, a reforçar sua postura desleal.¹⁸²

246. A conclusão pela improcedência dos pleitos em razão da postura contraditória da União é também expressamente corroborada pelo Parecer da Profa. Dra. Judith Martins-Costa:¹⁸³

“A União não pode – ao mesmo tempo em que permite a produção e a comercialização de cigarros, auferindo com essa atividade volumosa receita oriunda de tributos – pretender penalizar a Consulente por via de pedidos indenizatórios sem a prova dos pressupostos que fazem nascer a obrigação de indenizar. Se o fizer, incorrerá em **vedada conduta contraditória, atingindo o princípio da moralidade administrativa.** (...) Para além da

despertada legitimamente nos administrados” (Parecer do Prof. Dr. Anderson Schreiber, doc. 3, página 9).

¹⁸² Pelo contrário, como esclarece o Prof. Dr. Anderson Schreiber: “a sistemática renovação do registro para comercialização de produtos fumígenos, cuja validade é anual, demonstra que a União Federal incute nas fabricantes de cigarros a expectativa de que há – como tem havido ano a ano – continuidade na autorização para comercialização e produção de produtos derivados do tabaco no Brasil” (doc. 3, página 14).

¹⁸³ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1980), Doutora (1997) e Livre Docente (2003) em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1992 - 2010). Professora colaboradora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

ausência, no caso, da configuração dos pressupostos da responsabilidade civil aptos a deflagrar o dever de indenizar, o Estado brasileiro violaria o princípio da moralidade administrativa, ao qual está jungido por força da Constituição da República, se lhe fosse consentido imputar os custos próprios incorridos com o SUS à indústria tabagista ao mesmo tempo em que permitiu a essa indústria o fabrico e a comercialização de seus produtos, os quais taxa pesadamente. É de se lembrar que a indústria tabageira contribui, também, especificamente com o custeio da seguridade social” (doc. 1, página 59, grifou-se).

247. Isto é, a violação à moralidade administrativa consiste, precisamente, no comportamento contraditório da União, que “atingiria frontalmente a justa expectativa da fabricante – autorizada pela União a produzir fumo e a comercializar cigarros – de não vir a ser penalizada, ao final, pelo fato de exercer a atividade autorizada” (doc. 1, página 59).¹⁸⁴ A Profa. Dra. Judith Martins-Costa conclui:

¹⁸⁴ Nesse sentido, prossegue a Profa. Dra. Judith Martins-Costa: “Em memorável decisão, o **STJ decidiu que o princípio da moralidade administrativa impedia o Estado de voltar-se contra seus próprios atos, devendo respeitar a legítima expectativa que inspirou, por sua conduta**, nos administrados, assim sendo imposto pela boa-fé e a lealdade. E assentou: ‘o que vale para a autonomia privada, vale ainda mais para a administração pública e para a direção de empresas cujo capital é predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos’. Comentando este aresto, tive a oportunidade de acentuar ser **a confiança dos cidadãos nas palavras e nos atos estatais verdadeiramente constituinte do Estado de Direito que é, fundamentalmente, estado de confiança**. Como também tive já ocasião de escrever, seria inconcebível cogitar de uma ordem jurídica na qual não se devesse confiar ou que não viabilizasse, por seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A doutrina e a jurisprudência administrativista acentuam que a moralidade, enquanto princípio jurídico que é, veicula a boa-fé objetiva no campo do Direito Público-Administrativo, exigindo um comportamento positivo da administração e impondo a ela deveres de conduta transparente e leal, o que, de resto, está positivado na Lei Federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo), ao exigir da Administração ‘atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé’” (doc. 1, página 60).

“Se fosse lícito à Administração Pública adotar um comportamento tão marcadamente contraditório – de um lado, auferir impostos com a produção e a comercialização de cigarros, e pretender, de outro, criar, à margem da lei, uma responsabilidade por risco integral, tendo permitido o risco e dele se beneficiado –, **estaria afrontada a própria segurança jurídica, bem maior do Estado de Direito.**

Ora, ao ‘buscar que as demandadas incluam dentro dos custos de seu negócio transnacional os danos que seu produto vem causando a terceiros’ como forma de ‘promover desincentivos ao consumo’ de cigarros, utilizando, para tanto, o instituto da responsabilidade civil, age deslealmente a União: com a mão direita, permite o fabrico e a comercialização de cigarros e regula, por lei, sua publicidade e comercialização; com a esquerda, esquece a necessidade de lei e pune com pena mal travestida como ‘indenização’ quem os fabrica e comercializa” (doc. 1, página 61, grifou-se).

* * *

248. Como exhaustivamente exposto pela Souza Cruz em sua Contestação,¹⁸⁵ e corroborado pelos Profs. Drs. Anderson Schreiber e Judith Martins-Costa, a circunstância de a União, ao mesmo tempo, de um lado, autorizar, incentivar e tributar a atividade de fabricação e comercialização de cigarros – recebendo, na realidade, mais de 70% (setenta por cento) do preço de compra no varejo dos cigarros lícitos vendidos no Brasil – e, de outro, buscar, por meio da presente ação judicial, indenização em decorrência dessa mesma atividade, além de impor ao administrado completa incerteza jurídica, viola frontalmente a boa-fé, o princípio ***nemo potest venire contra factum proprium*** e a legítima expectativa da

¹⁸⁵ V. Evento 54, CONTES1, item III.B.viii, páginas 107-114.

Souza Cruz, após anos de regular exercício da sua atividade econômica, **o que leva à improcedência da demanda.**

249. Além de configurar comportamento contraditório, a pretensão da União cria cenário de grave **insegurança jurídica**, com efeitos negativos diretos e indiretos sobre a economia brasileira.

250. Nesse sentido, o Parecer do Prof. Dr. Gesner Oliveira¹⁸⁶ destaca que a ACP “gera insegurança jurídica no ambiente de negócios brasileiro, pois envolve risco *ex post facto* de litígio civil e de pagamento de indenização imposto a empresas que conduzem negócios lícitos e tradicionais”.¹⁸⁷ Segundo indica, “as consequências negativas dessa insegurança podem levar tanto à fuga de investimento estrangeiro direto e ao desestímulo ao investimento local quanto a outros efeitos indiretos sobre o Brasil, como uma fraca inserção internacional e pouco acesso a novas tecnologias e infraestrutura”,¹⁸⁸ contribuindo para a deterioração do já frágil cenário econômico brasileiro.

.X.

Ausência de dano.

251. Para sustentar os seus pleitos indenizatórios, a União parte da premissa de que os cofres públicos estariam sofrendo *dano* com o tratamento, via SUS, de pacientes com doenças supostamente associadas ao tabaco. Tal *dano* seria alegadamente derivado da atividade de fabricação e comercialização de cigarros das empresas Rés brasileiras, a ensejar o dever de reparação.

¹⁸⁶ PhD em Economia pela Universidade da Califórnia/Berkeley; Professor da Fundação Getúlio Vargas-SP desde 1990. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE (1996-2000); Presidente da Sabesp (2007-10); Professor Visitante da Universidade de Columbia nos EUA (2006).

¹⁸⁷ Doc. 5, página 29.

¹⁸⁸ Doc. 5, página 33.

252. Todavia, conforme já demonstrado, não há que se falar *in casu* em qualquer *dano* em sentido técnico, passível portanto de ressarcimento.

253. De um lado, a Autora confunde *dano* com seu *dever* constitucionalmente estabelecido de prover saúde de forma universal.

254. De outro, a Autora confunde *dano* com *despesas* incorridas para desempenhar o seu dever de prestar o serviço de saúde.

255. De todo modo, a União não foi capaz sequer de comprovar que há de fato qualquer *prejuízo* ao SUS (no sentido econômico) em decorrência das atividades desempenhadas pelas Rés brasileiras, isto é, não houve qualquer evidência (muito menos prova) de que a União incorreu em custos maiores em relação ao que teria incorrido em um mundo onde a Souza Cruz nunca houvesse fabricado ou vendido cigarros. Ainda que houvesse tal demonstração, não poderiam ser simplesmente desconsiderados, no caso concreto, todos os tributos que a União recolhe com a atividade da Souza Cruz, as ineficiências e fraudes do SUS e a perda de arrecadação tributária decorrente do mercado ilegal de cigarros.

256. A pretensão da União se afigura insustentável, portanto, simplesmente porque os “prejuízos” que ela alega sofrer não configuram danos passíveis de ressarcimento na acepção legal do termo – pressuposto para a responsabilidade civil.

A) Ausência de dano em sentido jurídico (dano indenizável)

257. A Souza Cruz demonstrou que, sendo atribuição do Estado, por expressa disposição constitucional, suportar “ações e serviços de saúde”

(art. 197 da CRFB),¹⁸⁹ para o que evidentemente é necessário o emprego de verbas, não pode o simples cumprimento desse mesmo dever legal – e constitucional – da União ser interpretado como suposto dano indenizável.

258. Nesta linha, como evidenciado pela Profa. Dra. Judith Martins-Costa, o cumprimento de dever legal não pode ser confundido, sob aspecto algum, com a lesão injusta a interesse jurídico merecedor de tutela, apta a configurar *dano indenizável* no sentido jurídico. Em suma, as despesas incorridas pela União com o financiamento do SUS – decorrentes dos mandamentos constitucionais e das escolhas legislativas subsequentes – não se traduzem em dano passível de ressarcimento, como explica seu Parecer:

“À toda evidência, ao atender quem vai em busca de assistência à saúde, os entes federados, por meio do SUS estão cumprindo dever jurídico, constitucionalmente fixado. Trata-se da prestação de serviço público que justifica a criação e a existência de tal conjunto de ações e serviços, aliás, aos quais direcionados os recursos patrimoniais que curam. (...) A alegação de o SUS ter despesas ‘majoradas’ em razão dos dispêndios de recursos para o tratamento de doenças associadas ao tabaco, com o que o dinheiro público deixa de ser alocado para outros setores ou para o tratamento de doenças não associadas ao consumo de cigarros, é meramente retórica, não afastando a questão dogmática de relevo sob a ótica do Direito: sendo a obrigação de indenizar efeito do dano indenizável (e não de ‘qualquer prejuízo’), as despesas

¹⁸⁹ Art. 197 da CRFB: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. É ver-se também o que dispõe o art. 196 da CRFB: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

suportadas por ente estatal de saúde no cumprimento de seu dever constitucional e em atenção à finalidade que justifica a sua existência, não podem ser qualificadas como ‘danos indenizáveis’” (doc. 1, páginas 33-36, grifou-se).¹⁹⁰

259. A União, em réplica, não aborda o conceito jurídico de dano indenizável, limitando-se a alegar, de forma atécnica, que os fabricantes de cigarro supostamente causam dano “injusto” e desfrutam de “privilégio” em detrimento dos contribuintes do SUS, porque alegadamente não se preocupam com suas externalidades negativas. O argumento é inteiramente falso, já que, como visto no item IX acima, quaisquer eventuais externalidades negativas das atividades de fabricação e comercialização de cigarros sempre foram reconhecidas, consideradas e endereçadas pela alta tributação imposta pelo Governo.

260. A União também afirma, em maliciosa distorção, que as Rés reconhecem a existência de dano e “advogam seu direito de causá-los”. A alegação, descolada das peças de defesa, esconde a falha da União em adequadamente compreender – e, principalmente, aplicar – o conceito jurídico de dano indenizável.

261. Consoante explicita a Profa. Dra. Judith Martins-Costa, a União confunde maliciosamente conceitos e relações jurídicas diversos,

¹⁹⁰ Na mesma linha de entendimento, segundo o Prof. Dr. Anderson Schreiber: “O dano, consoante a melhor orientação doutrinária, **consiste na lesão a um interesse merecedor de tutela jurídica, não se podendo vislumbrar dano em despesas cujo custeio a própria legislação atribui ao Poder Público com verbas advindas de seu próprio orçamento e de contribuições sociais.** O SUS representa sistema de seguridade social cuja manutenção compete ao Estado brasileiro, com base em diferentes fontes de custeio previstas no ordenamento jurídico, de tal forma que, salvo naqueles casos em que a própria legislação de regência prevê o ressarcimento a tal sistema, o custeio é de exclusiva responsabilidade do Poder Público, não podendo tal responsabilidade ser transferida no todo ou em parte aos próprios particulares que já financiam este sistema, notadamente com base em um agravamento das despesas em virtude de atividades que a própria Administração Pública Federal considera lícitas” (doc. 3, página 19).

como forma de tentar sustentar sua infundada alegação de que as Rés teriam causado “dano” à Autora. É ver-se:

“Em suma: a pretensão estatal embaralha conceitos e relações. Mistura a relação entre as fabricantes de cigarros e seus consumidores e aquela existente entre as instituições do SUS e os usuários dos seus serviços; confunde despesas próprias com danos e dever com direito; mescla os alegados danos sofridos pelos consumidores de cigarros em virtude de um ato próprio (o consumo) realizado no âmbito de uma relação privada (fabricante-distribuidor/consumidor) com as despesas com saúde dos utentes de serviços públicos, havidas por força de comandos constitucionais, no âmbito de uma relação de direito público.

Essas razões me convencem da erronia em tratar ‘despesa’ como sinônimo de ‘dano indenizável’. Não se configura o dano sequer na modalidade do *dano moral coletivo*, como também quer a União Federal, (...)” (doc. 1, páginas 37).

262. Os argumentos acima expostos, bem como aqueles já indicados na contestação da Souza Cruz,¹⁹¹ são suficientes para afastar as conclusões do parecer dos Professores Oscar Vilhena e André Corrêa¹⁹² no sentido de que haveria dano a ser ressarcido, pelas Rés, à União.

263. Afinal, também os Professores Oscar Vilhena e André Corrêa incorrem em *contradictio in terminis* ao, de um lado, reconhecerem que é dever do Estado promover o acesso universal e igualitário à saúde, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, mas, de outro lado, sustentarem que o mesmo

¹⁹¹ V. Evento 54, CONTES1, item III.C.i.1, páginas 115-127.

¹⁹² Evento 71, ANEXO9.

dispositivo exigiria que a União cobrasse da indústria do tabaco os supostos custos havidos pelo SUS com as doenças tabaco-relacionadas, compensando “potenciais prejuízos à coletividade”.¹⁹³

264. Novamente, como ressaltado no Parecer da Profa. Dra. Judith Martins-Costa (doc. 1, item 71 e ss.), não se pode equiparar eventual *despesa* ou qualquer *prejuízo* da União (muito menos potencial) com o conceito de *dano indenizável*, que, nos termos da lei, exige a demonstração de lesão injusta a interesse merecedor de tutela, inócurre na hipótese.¹⁹⁴

B) Não há dano, mesmo no sentido econômico: a União não comprovou a existência qualquer prejuízo ao SUS

265. Para além da inexistência de dano *indenizável*, na concepção jurídica do termo, não há “danos” sob a perspectiva econômica, o que soterra a pretensão da União.

266. Sob o prisma econômico, conforme demonstrado no Parecer do Prof. Dr. Gesner Oliveira, “para pleitear indenização por danos, [a] AGU deveria demonstrar que, em um cenário em que não existissem os cigarros de fabricação das rés (ou o alegado consumo desses cigarros induzido de maneira supostamente ilícita), o SUS gastaria menos com o tratamento de saúde pública do que no mundo real”.¹⁹⁵ Ou seja, até mesmo na perspectiva econômica, “o dano só seria caracterizado se a AGU demonstrasse que o SUS teria efetivamente gastado menos recursos em um mundo contrafactual sem o consumo de cigarros” vendidos pelas Rés,¹⁹⁶ sem prejuízo de outros fatores, como os valores recolhidos a título de

¹⁹³ Evento 71, ANEXO9, página 20, grifou-se.

¹⁹⁴ Também em razão da ausência de dano indenizável à União, não se pode afirmar que a União sofre dano por ricochete ao proceder à reparação *in natura* do dano à saúde sofrido pelos fumantes via SUS, como alegam os Professores Oscar Vilhena e André Corrêa, afastando-se a incidência dos arts. 931, 934 e 949 do Código Civil.

¹⁹⁵ Doc. 5, página 32.

¹⁹⁶ Doc. 5, página 33.

tributos e os valores perdidos pela União com fraudes e ineficiências do SUS e em razão do mercado ilegal de cigarros.

267. Assim, caso houvesse dano, o que se admite *ad argumentandum tantum*, competiria à União comprovar, ao menos, (i) quais seriam os custos do SUS com pacientes fumantes e não fumantes, de modo a segregá-los, identificando necessariamente, ainda, qual parcela dos custos que teria decorrido do tratamento de fumantes que começaram e continuaram a fumar cigarros da Souza Cruz em razão de atos ilícitos praticados pela Souza Cruz;¹⁹⁷ (ii) que os custos do SUS com tais pacientes fumantes extrapolariam o montante que a União deve destinar ao financiamento da saúde por força de previsão constitucional; (iii) que o SUS tem gastos maiores em função de pacientes que fumaram cigarros fabricados pelas Rés durante a vida em comparação com outros pacientes com características similares que não o fizeram; e (iv) que quaisquer despesas comprovadamente decorrentes de doenças contraídas pelo consumo de cigarros produzidos pelas Rés excedem a receita tributária auferida com a sua atividade; (v) que os gastos do SUS que se enquadrariam no pedido da União foram efetivamente incorridos pela Autora, não por Estados e Municípios, sem que houvesse ressarcimento pelo sistema privado de saúde.¹⁹⁸

268. Na presente demanda, a União nem sequer tentou trazer aos autos prova relativa ao SUS que demonstrasse quaisquer custos incorridos com o tratamento de qualquer das 27 (vinte e sete) doenças em discussão, e muito menos provou que teve mais despesas do que teria em um mundo em que não existissem as alegadas condutas ilícitas das Rés. Afinal, como explicita o Prof. Dr. Gesner Oliveira, “o mero fato de o SUS despender verbas com o tratamento de

¹⁹⁷ Sobre o ponto, frise-se que os estudos indicados pelos Professores Oscar Vilhena e André Corrêa não se prestam a comprovar os efetivos custos dos tratamentos de doenças supostamente associadas ao tabaco, como já esclarecido na contestação da Souza Cruz (Evento 54, CONTES1, item III.C.i.2, páginas 126-127).

¹⁹⁸ Evento 54, CONTES1, item III.C.i.2, páginas 126-127.

doenças não transforma tais despesas em ‘danos’”, já que “‘**gastos’ e ‘danos’ são conceitos econômicos diversos**”.¹⁹⁹

269. Igualmente, a União não foi capaz de demonstrar qualquer indício de que haveria redução nos atendimentos médicos fornecidos pelo SUS, caso ninguém nunca tivesse consumido cigarros da Souza Cruz no Brasil, já que todos os brasileiros necessitarão de cuidados médicos em algum momento de suas vidas, sejam fumantes ou não, estando expostos a diversos outros fatores de risco para doenças crônicas.²⁰⁰

270. É o que explicita o Parecer do Prof. Dr. Gesner Oliveira, após analisar integralmente os autos do presente processo, ou seja, todos os documentos apresentados pela União:

“A AGU não demonstrou que o SUS incorreu em despesas mais elevadas no mundo real em virtude do consumo dos cigarros fabricados pelas rés ou do consumo de cigarros supostamente induzido pelas rés de forma ilícita, se comparadas aos gastos que o SUS teria incorrido em mundos contrafactuais em que ausentes tais elementos. Assim, **sob a perspectiva econômica, não houve demonstração de que o SUS teria incorrido em qualquer dano.** Note-se que, na verdade, **a AGU sequer se deu ao trabalho de demonstrar as despesas incorridas pelo governo federal com o tratamento das 27 doenças,** ao seu ver, associadas ao consumo de cigarros, **muito menos o suposto dano.** (...)”

¹⁹⁹ Doc. 5, páginas 14-15.

²⁰⁰ Colhe-se do Parecer do Prof. Dr. Gesner Oliveira: “Ademais, em um mundo contrafactual sem o consumo de cigarros, é óbvio que os brasileiros continuariam a envelhecer, a contrair doenças e falecer, e que o SUS continuaria a ser obrigado a arcar com os custos de saúde da população durante toda a extensão da vida das pessoas. Deixando de lado a questão sobre se, do ponto de vista jurídico, a obrigação constitucional do SUS poderia ser considerada um dano, sob o ponto de vista econômico, este só estaria caracterizado caso a AGU demonstrasse que o SUS teria gastado menos recursos no cenário contrafactual” (doc. 5, página 18).

Não houve, por parte da AGU, nenhuma prova de despesa, muito menos qualquer análise contrafactual sobre a existência de ‘dano’. Portanto, não foi produzida qualquer prova, ou mesmo alegação específica, de dano no sentido econômico que a União teria incorrido em decorrência do consumo de cigarros fabricados pelas rés brasileiras” (doc. 5, página 6, grifou-se).

271. A propósito, a perspectiva econômica de “dano” acima exposta encontra fundamento na legislação brasileira relativa à responsabilidade civil, de acordo com a qual qualquer pleito indenizatório, ainda que juridicamente embasado (o que não ocorre na hipótese), requer a comprovação, por parte do Autor, de que houve decréscimo em sua posição econômica em decorrência direta e imediata do alegado ato antijurídico, em comparação à posição que ocuparia caso tal ilícito (extracontratual ou contratual) não houvesse existido, como também demonstra a Profa. Dra. Judith Martins-Costa.²⁰¹

272. A União não demonstrou tal decréscimo em sua posição econômica, como visto.

²⁰¹ Colhe-se de seu Parecer: “Certo é, pois, não haver dano (isto é: lesão a interesse alheio) nos gastos havidos pelo SUS. Não se pode, a pretexto de indenizar a União, partir-se de uma noção puramente naturalística, equiparando dano (indenizável) a qualquer dispêndio, inclusive despesas feitas por força de lei. Esse caminho seria de todo equivocado, pois, na vida cotidiana, causamos prejuízos a outrem (por exemplo, ao exercer um direito de preferência, impedindo um concorrente comercial de adquirir as ações de companhia que desejava; ao vencer um colega na competição por uma bolsa de estudos; ao oferecermos ao vendedor do bem que desejamos adquirir valor maior que nosso concorrente), sem, por isso, causarmos dano (no sentido jurídico) e incorreremos no dever de indenizar. A incorreção de se entender por equivalentes as noções de gastos do SUS com dano se dá também na perspectiva econômica. Segundo estudo desenvolvido nessa perspectiva pelo Professor Gesner Oliveira, caberia à União Federal demonstrar que, em um mundo no qual Souza Cruz não existisse, os custos globais com o tratamento de saúde seriam menores. [...] Seja pela distinção conceitual entre dano e despesa, seja pelos aportes da Economia, seja, enfim, pela qualificação legal das despesas incorridas pelo SUS, essas não podem ser qualificadas como danos, isto é, como ‘lesões a interesses juridicamente protegidos’. Ligam-se à implementação de políticas públicas, não à responsabilidade civil” (doc. 1, páginas 35-36).

273. Não fosse o bastante, como já antecipado acima, ainda que a União pudesse provar que seus gastos no âmbito do SUS são mais elevados em razão do consumo de cigarros, apenas seria possível começar a falar em suposta existência de **dano** (do ponto de vista econômico, não jurídico) caso houvesse déficit financeiro após a dedução dos valores que a União recebe a título de tributos pela atividade exercida pela Souza Cruz, já que tal recolhimento tributário importa em acréscimo em sua posição econômica. É dizer: a “indenização” pretendida pela União apenas poderia colocá-la exatamente na mesma posição em que estaria em um mundo em que não houvesse consumo de cigarros, nem mais, nem menos. Isso sem contar os valores desviados por fraudes no SUS e não angariados pela União pela ausência de adequada fiscalização do mercado ilegal, dentre outras questões.

274. Tal conclusão também se extrai do Parecer do Prof. Dr. Gesner Oliveira:

“A AGU tampouco tentou demonstrar na sua inicial que, mesmo que tivesse havido um aumento nos gastos do SUS em razão do consumo de cigarros induzido indevidamente pelas rés, **esse aumento nos gastos não seria suficientemente coberto pelos tributos arrecadados das rés brasileiras.**

Por conseguinte, do ponto de vista econômico, não há qualquer evidência de ‘danos’ apresentada pela AGU” (doc. 5, página 24, grifou-se).

275. As mesmas conclusões são extraídas do Parecer elaborado pela FTI Consulting (doc. 10), que explicita que: “A AGU não comprovou os gastos incorridos pelo SUS para o tratamento das 27 DRTs, nem qual a parcela desses gastos seria supostamente atribuível aos cigarros produzidos pelas Rés, e muito menos que houve dano à União pelo consumo desses cigarros e/ou pela suposta conduta indevida das Rés”.

276. O Parecer da FTI Consulting (doc. 10) vai além, demonstrando, a partir de dados e informações técnicas, que é improvável que a União incorra em menos gastos com o SUS em um cenário contrafactual, inclusive em razão dos custos fixos com a manutenção do sistema de saúde, que correspondem a cerca de 60% a 90% dos custos hospitalares totais, e, “que, por definição, não flutuam com base em mudanças na demanda” (doc. 10).

277. Feitas tais ponderações, é necessário destacar que, ao contrário do que alega a União, a prova dos danos não é “prova diabólica” e, perdoe-se a obviedade, diz sim respeito à causa de pedir e ao pedido,²⁰² compondo o objeto litigioso e sendo, portanto, indispensável. O que a União não quer é empreender esforços, com seriedade, para produzir a prova, se limitando a lançar mão de artifícios que não consideram a complexidade do tema e que não possuem embasamento jurídico, como epidemiologia e *market share liability*.

278. Em síntese, portanto, mesmo do ponto de vista estritamente econômico – e ignorando-se todo o arcabouço normativo aplicável, que afasta qualquer possibilidade de responsabilidade civil das Rés –, a União não comprova os “danos” supostamente sofridos, e sequer evidencia qualquer aumento em suas despesas em razão de qualquer das atividades praticadas pela Souza Cruz, partindo da absurda presunção de prejuízos, o que não merece prosperar.

C) Não há dano “certo e imediato”: a União busca reparação de danos hipotéticos, mediante sentença condicional

279. Como já demonstrado pela Souza Cruz, o dano ressarcível deve ser certo e atual (art. 403 do Código Civil),²⁰³ não bastando, para a procedência dos pleitos da União, afirmações genéricas relativas a doenças

²⁰² Evento 98, RÉPLICA1, página 148.

²⁰³ Em cumprimento ao art. 403 do Código Civil, também não se pode afirmar que a União tem direito ao ressarcimento de danos que ainda serão produzidos no futuro, como alegam os Professores Oscar Vilhena e André Corrêa, pois o dano deve ser certo e atual.

associadas ao consumo de cigarros ou a despesas (jamais comprovadas) destinadas ao custeio de tais doenças.²⁰⁴

280. Como não foi minimamente comprovado pela União, o dano é meramente hipotético, jamais “certo e imediato”. A sentença pretendida seria condicional, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 492, p. único, do CPC), sobretudo quando observado o pedido da União de condenação *pro futuro* – o qual veicula pretensão de nítido caráter tributário, de financiamento do SUS.²⁰⁵

281. Buscando contornar o insuperável óbice à sua pretensão, a União afirma que as Rés incorrem em confusão conceitual entre a existência do dano e sua quantificação, novamente buscando tratar o problema como uma questão de mera quantificação e equiparando “danos” com “custos” e “despesas”. Afirma, ainda, que as Rés confessam que suas atividades causam danos, o que se sustentaria no reconhecimento, pela Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda., de que “fumar causa doenças graves e dependência”.

282. Em realidade, a confusão é inteiramente (e, quiçá, proposital) da União. Ao contrário do que alega, as Rés jamais confessaram a existência de **danos** – seja em seu aspecto jurídico, seja em seu aspecto econômico –, já que, para além da ausência de comprovação do decréscimo na posição econômica da União, **“alocadas lá ou cá, as despesas peculiares ao SUS não são danos indenizáveis, pois o seu dispêndio ilustra o cumprimento de um dever constitucional, e não a violação a interesse jurídico”**.²⁰⁶

²⁰⁴ A propósito, como reconhecem os Professores Oscar Vilhena e André Corrêa, os supostos prejuízos pleiteados pela União **são meramente “potenciais”**. É retórica a alegação de que o SUS tem suas despesas majoradas com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, o que não foi demonstrado pela Autora, que sequer alegou (e muito menos provou) que fumantes geram custos superiores com relação aos custos gerados por não-fumantes.

²⁰⁵ V. item VIII acima e Parecer do Prof. Dr. Humberto Ávila (Evento 54, OUT12).

²⁰⁶ Parecer da Profa. Dra. Judith Martins-Costa (doc. 1, página 36).

283. Diante da inexistência de qualquer demonstração de dano incorrido pela União e tendo em vista o dever da Autora de demonstrar, nesta etapa processual, todos os elementos da responsabilização civil, é inevitável o julgamento antecipado de improcedência de seus pleitos.

D) As “limitações” do SUS decorrem, além do mercado ilegal, das sucessivas irregularidades, fraudes e ineficiências, e não podem ser imputadas à Souza Cruz

284. A escolha da União por não produzir prova da existência dos danos revela tentativa de mascarar o real problema: as “limitações” do SUS e seus impactos para a assistência à saúde decorrem da ausência de recolhimento dos tributos que seriam devidos pelo mercado ilegal, da leniência da União em fiscalizar a comercialização e o consumo de produtos sem qualquer controle de qualidade (v. item VIII.D acima), dos custos fixos e das ineficiências do SUS, e, ainda, dos incontáveis escândalos e falhas na adequada contabilização dos valores que deveriam ser empregados ao SUS.

285. A verdade é que a União exerce precariamente a fiscalização sobre a real destinação dos valores que seriam alocados ao SUS, palco de constante de **irregularidades, fraudes e corrupção**,²⁰⁷ e agora, busca, de modo reprovável, imputar seu financiamento à iniciativa privada, que já arca com tributos elevadíssimos e que seriam destinados justamente a internalizar as potenciais externalidades negativas de suas atividades, de modo a financiar a seguridade social.

286. O “contexto de recursos limitados” do SUS a que alude a AGU²⁰⁸ apenas pode ser imputável à própria União, já que, nem mesmo em uma

²⁰⁷ Além dos episódios citados em Contestação (Evento 54, CONTES1, item III.C.v.3, página 222) e sobre os quais silenciou a AGU, recentes notícias demonstram a existência do **orçamento secreto da saúde**, com falsificação dos dados relativos aos atendimentos do SUS, desvio de verbas e propina a parlamentares. V. <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/farra-ilimitada/>. Acesso em 25.8.2022 (doc. 14).

²⁰⁸ Evento 98, RÉPLICA1, página 2.

pandemia como a da COVID-19, pôde dar a correta destinação aos valores recolhidos, com muito esforço, por particulares e pela iniciativa privada. As “limitações” do SUS evidenciadas na pandemia²⁰⁹ apenas podem ser imputadas à própria União, que permitiu que os bilionários recursos destinados à saúde fossem desviados e mal-empregados.²¹⁰

287. As fraudes e ineficiência do SUS, há muito noticiadas na imprensa, foram também destacadas nos Pareceres dos Profs. Dr. Denizar Vianna²¹¹ e Dr. Luiz Pontel de Souza, os quais acompanham a presente peça.

288. O Prof. Dr. Denizar Vianna evidencia que “o Ministério da Saúde é ineficiente na gestão, fiscalização e aplicação dos recursos públicos no âmbito do SUS”, com inúmeras fraudes envolvendo quantias milionárias, como “o pagamento por serviços não prestados ou por procedimentos mais caros do que aqueles efetivamente realizados” (doc. 6, página 3). Não à toa, a CGU apontou que 65% das operações de combate à corrupção deflagradas em 2020 envolveram a área da saúde (doc. 6).²¹²

²⁰⁹ Evento 98, RÉPLICA1, página 61

²¹⁰ V. matérias veiculadas na imprensa acerca dos escândalos de corrupção na área da saúde durante a pandemia da COVID-19: Julyanne Jucá e Giovanna Bronze, Quase R\$ 2 bilhões: relembre operações da PF contra desvios na pandemia, *CNN Brasil*; Fantástico, Entenda a suspeita de corrupção em negociação de vacina pelo Ministério da Saúde, *Portal G1* (doc. 14).

²¹¹ Professor Titular da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Ex Pró-Reitor de Saúde da UERJ (2021-2022); Secretário de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde (2019-2020). Pesquisador do Comitê Gestor do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Avaliação de Tecnologias em Saúde (IATS) CNPq/Brasil. Consultor do Banco Interamericano de Desenvolvimento (2013-2017). Coordenador de Centro de Excelência da Organização Pan Americana de Saúde (2010-2012).

²¹² Consta do Parecer: “Desde 2003, a CGU realizou 515 operações especiais, que identificaram um prejuízo potencial estimado de cerca de 5,65 bilhões de reais. A maior parte das ações conjuntas buscou avaliar a gestão de recursos federais repassados a estados e municípios, e teve como objetivo, dentre outros, desarticular organizações criminosas especializadas em desviar recursos públicos mediante corrupção passiva e ativa, advocacia administrativa e lavagem de dinheiro. Em 2020, foram realizadas 97 operações especiais, que identificaram um prejuízo potencial estimado de R\$ 361 milhões de reais, em diversas áreas e programas de governo, como, por exemplo, os gastos emergenciais para enfrentamento da Covid-19; políticas do SUS (Sistema Único de Saúde); [...] Das 97 operações especiais deflagradas, 65% delas envolveram fraudes na área de saúde, [...] A prevalência das operações na área de saúde, no ano de 2020, é explicada em grande parte pelo combate às fraudes nos gastos emergenciais para enfrentamento à Covid-19” (doc. 8, páginas 21-22).

289. No que diz respeito à ineficiência do SUS, o Prof. Dr. Denizar Vianna indica, com base em estudo do Banco Mundial, que o SUS apresenta **71% de ineficiência nos atendimentos de média e alta complexidade** (doc. 6).

290. Indo além, o Prof. Dr. Denizar Vianna analisou em seu Parecer os Relatórios Anuais de Gestão do Ministério da Saúde (RAGs) de 2014 a 2020 – sistematicamente reprovados pelo Conselho Nacional de Saúde – e concluiu que, em todos os anos analisados, a União não executou todo o orçamento disponível para as Ações e Serviços Públicos de Saúde.

291. Ou seja, apesar da narrativa da Autora sobre as limitações do SUS e a tentativa ilegal de imputar (uma vez mais) seu financiamento às Rés, o que se observa é que há expressivos saldos de recursos já alocados ao sistema de saúde e que não são efetivamente empregados em prol da população, “como consequência de um alto nível de práticas não conformes, indicativas de fraudes e ineficiências do próprio sistema”. Apenas em 2020, por exemplo, houve saldo não executado de 12,2% do orçamento, equivalente a 22 bilhões de reais (doc. 6).

292. O Parecer também analisou as auditorias do Departamento Nacional de Auditoria do SUS (“DENASUS”), que fiscaliza a adequada aplicação de recursos públicos na área de saúde, comprovando que as auditorias realizadas entre 2014 e 2020 apuraram um número muito superior de não conformidades em comparação às conformidades (doc. 6).

293. Na mesma linha, o Parecer do Prof. Dr. Luiz Pontel de Souza, que avaliou investigações e operações da Polícia Federal, apurações de Comissões Parlamentares de Inquérito e a atuação da CGU e do TCU, aponta que as

ações de controle governamentais não são suficientes para proteger adequadamente os recursos vertidos ao SUS.²¹³

294. Os valores desviados de forma criminosa alcançam a cifra de bilhões de reais apenas nos últimos anos.²¹⁴ O Parecer aponta, por exemplo: (a) a CPMI das Ambulâncias (2006), que apurou movimentação de cerca de R\$ 110 milhões, que hoje equivaleria a cerca de R\$ 670 milhões; (b) a Operação Maus Caminhos (2015), com fraudes e desvios de aproximadamente R\$ 112 milhões; (c) as Operações Cash Back I (2016) e Cash Back II (2016), envolvendo mais de R\$ 140 milhões; (d) a Operação Sermão aos Peixes (2012), com prejuízo potencial de R\$ 114 milhões; (e) a Operação Copérnico – Candeias (2012), com valores suspeitos de R\$ 7 milhões mensais; dentre outras.

295. Além disso, como consta do Parecer, o Instituto Ética Saúde – IES calcula que anualmente em torno de R\$ 14,5 bilhões são desviados da área da saúde no Brasil (doc. 8).²¹⁵

²¹³ As fraudes e deficiências apuradas se referem, dentre outras, às seguintes práticas: “[1] - Favorecimentos a empresas vinculadas a familiares de políticos municipais; [2] - Falsificação de documentos; [3] - Saques irregulares de recursos conveniados com a União Federal; [4] - Desvios de medicamentos e descontrole dos estoques das farmácias nos municípios; [5] - Distribuição direcionada de medicamentos e uso político de farmácia municipal; [6] - Prática de nepotismo com o uso de dinheiro para a saúde; [7] - Má aplicação de recursos para a construção de unidades de saúde; [8] - Irregularidades na aplicação de recursos para administração e operacionalização de serviços de saúde (desvios de finalidade); [9] - Irregularidades nas compras de equipamentos utilizados em procedimentos de média e alta complexidade, no âmbito ambulatorial e hospitalar; [10] - Contratação direta e irregular de entidades prestadoras de serviços de saúde; [11] - Pagamentos indevidos e superfaturamento, tanto em serviços médicos especializados quanto nos auxiliares; [12] - Movimentação de recursos fora das contas específicas vinculadas aos repasses da União; [13] - Contratação de bens e serviços com sobrepreço; [14] - Contratação sem licitação, montagem de processos e pagamentos por serviços médicos não realizados; [15] - Pagamentos por exames e procedimentos desnecessários e por medicamentos entregues fora das condições pactuadas; [16] - Ausência de justificativa para os quantitativos contratados; [17] - Prorrogações irregulares de contratos; [18] - Ausência de controle de estoques de medicamentos e insumos” (doc. 8)

²¹⁴ Colhe-se do Parecer: “Dados oficiais fornecidos pela CGU, baseados em operações de fiscalização que ocorreram entre 2010 e 2021, assinalam a significativa cifra de **R\$ 1.786.934.602,53** (um bilhão, setecentos e oitenta e seis milhões, novecentos e trinta e quatro mil, seiscentos e dois reais e cinquenta e três centavos), em valor histórico, de potenciais prejuízos à União, conforme sinalizado no gráfico 1 deste relatório” (doc. 8). **Os prejuízos atualizados seriam de R\$ 3.108.134.171,68, como consta do Parecer.**

²¹⁵ Tal número é meramente estimativo, já que não é possível apurar com segurança todos os valores desviados do SUS, considerando a natureza criminosa das atividades.

296. Em suma, como corroborado pelos detalhados Pareceres técnicos, os valores que o sistema público de saúde perde em razão de ineficiências, fraudes e ações criminosas superam os bilhões de reais. Caso a União cumprisse seu dever de adequada fiscalização dos recursos públicos, tais valores perdidos seriam empregados para o atendimento à saúde, sua destinação correta. Diante dessa realidade, é estarrecedor que a União tenha dedicado recursos públicos para ajuizar a presente demanda contra empresas que exercem atividades lícitas e geram enormes receitas para o governo, em vez de empenhar os seus esforços para resolver a má gestão crônica do SUS.

297. Não pode a União, falhando em suas obrigações, buscar “atalho” para suprir as alegadas dificuldades de orçamento no sistema de saúde, direcionando às Rés absurdo pleito de indenização, sem qualquer amparo no ordenamento brasileiro, sobretudo quando as Rés já cumprem seu papel: arcam com pesados tributos que são destinados, em larga medida, ao financiamento da seguridade social e cumprem à risca as normas relativas a seus produtos.

E) Não há dano moral coletivo

298. A Souza Cruz demonstrou, igualmente, a inexistência de danos morais coletivos, já que não se evidenciou a existência de valor fundamental da sociedade infringido pela Souza Cruz que, *ultrapassando a esfera individual*, supostamente violasse injusta e intoleravelmente valores, direitos, bens ou interesses fundamentais de que é titular a coletividade.²¹⁶

299. O Parecer da Profa. Dra. Judith Martins-Costa confirma tal conclusão, assinalando que, para além da ausência de demonstração de

²¹⁶ V. Evento 54, CONTES1, item III.C.i.2, páginas 123-125.

antijuridicidade (v. item XI.A abaixo), a União não define “o ato, ou os atos, que configurariam a pretendida ‘agressão intolerável à sociedade’” (doc. 1, página 38).

Conclui o Parecer:

“Segundo a União Federal, o dano moral coletivo estaria concretizado pela conduta das fabricantes, a qual alegadamente ‘agrider, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva’. (...)

Feita a leitura da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é correto afirmar que **só é reconhecido o dever de indenizar por dano moral coletivo quando o prejuízo à coletividade é gerado por ato ilícito** – o que em nada surpreende, uma vez que a responsabilidade por ato lícito, como se viu *supra*, é de todo excepcional no sistema. (...)

No caso, **para ter-se o dano moral coletivo seria preciso comprovar, pelo mínimo, que o ato de fabricar e comercializar cigarros é um ato antijurídico**, ultrapassando-se a aporia consistente em considerar contrário ao direito um ato permitido e regulado pela lei. **Porém, no caso, sequer o requisito oferecido por essa vaga definição se pode comprovar**” (doc. 1, páginas 38-41, grifou-se).

300. Não sustenta o pleito da União, ademais, sua afirmação de que busca a compensação dos danos morais “com intuito tanto compensatório quanto pedagógico”,²¹⁷ o que inequivocamente refugiria ao escopo do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro.

²¹⁷ Evento 98, RÉPLICA 1, página 1.

301. De fato, como evidencia o Parecer da Profa. Dra. Judith Martins-Costa, “não compete a este instituto [a responsabilidade civil] desempenhar *função assecuratória* (exercida pelos contratos de seguro e as demais obrigações de garantia); nem *distributiva* (desempenhada, por exemplo, por institutos fiscais); nem mesmo *punitiva*” (doc. 1, página 6). Nas palavras da Profa. Dra. Judith Martins-Costa, “transformar a responsabilidade civil – o instituto voltado fundamentalmente à reparação de danos injustamente causados a alguém – em uma técnica de imputação de garantia contra riscos, ou emprestar-lhe feição distributivista ou punitiva ‘é algo que a desnaturaria e a deixaria irreconhecível como um instituto do Direito Civil’” (doc. 1, páginas 6-7).

* * *

302. Não há, pois, qualquer dano indenizável na hipótese, seja no que tange aos alegados danos individuais da União ou morais coletivos, a evidenciar a total insubsistência da demanda.

.XI.

Descabida tentativa de responsabilização objetiva.

A) Premissa fundamental “esquecida” pela União: responsabilidade objetiva, embora não exija comprovação de culpa, pressupõe a existência de antijuridicidade, não verificada in casu

303. Os arts. 931 e 927, parágrafo único, do Código Civil, não têm o condão de respaldar a responsabilização civil da Souza Cruz, como pretende a União.

304. Tais dispositivos, ao estabelecerem hipóteses de responsabilidade objetiva, excluem a necessidade de configuração de culpa, mas não de antijuridicidade, para o surgimento do dever de indenizar.

305. Como explica a Profa. Dra. Judith Martins-Costa, a antijuridicidade é requisito inerente a qualquer espécie de responsabilidade civil,²¹⁸ e não se confunde com culpa:

“Sendo o ilícito a contrariedade a direito, é incorreta a confusão entre *ilicitude e culpa*, pois mistura dois conceitos diversos e toma, como se sinônimos fossem um pressuposto (ilicitude ou antijuridicidade) e um fator de imputação de responsabilidade civil (culpa). Ademais, essa indevida conjugação conceitual tem por consequência levar a considerar que, na responsabilidade objetiva (a qual prescinde da culpa, sendo informada por diverso fator de imputação, isto é, pelo risco) seriam indenizáveis os danos decorrentes de uma *conduta lícita*, o que não é também acertado, nem guarda relação lógica e axiológica com o sistema. (...).

O esforço analítico resultou em compreender, portanto, essas duas relevantes cisões: não apenas ilicitude e dano são fenômenos diversos, como também há distinção entre culpa e ilicitude, de modo que a responsabilidade objetiva prescinde da culpa, mas não da antijuridicidade, é dizer: do contraste entre a conduta e o determinado, previsto ou permitido pelo Ordenamento jurídico. E resultou, por lógica consequência, na constatação de que, se inexistente a contrariedade a direito (ilicitude,

²¹⁸ Como anota a Profa. Dra. Judith Martins-Costa, há, na pretensão da União de cindir ilicitude de antijuridicidade, “*contradictio in terminis*, pois a ilicitude, ou antijuridicidade, é a contrariedade a direito, seja pela conduta contra o direito (*contra ius*), seja pela conduta sem direito (*sine iure*). Seria paradoxal pensar em ato contrário ao direito (ilícito, antijurídico) que fosse, ao mesmo tempo, conforme ao direito (lícito). Além do mais, o ilícito é antijurídico, e não ajurídico: pertence ao mundo do Direito, tanto assim que produz efeitos jurídicos” (doc. 1, página 9).

antijuricidade), não há, em linha de princípio, o nascimento do dever de indenizar, ainda que haja dano, porque, então, não se configurará um dano indenizável” (doc. 1, páginas 10-12, grifou-se).

306. Desse modo, diferentemente do que alega a União, ainda que se trate de responsabilidade civil objetiva, não se pode confundir a prescindibilidade da culpa – entendida como o juízo de reprovabilidade sobre determinada conduta (negligência, imprudência, imperícia ou dolo) – com a imprescindibilidade da antijuricidade da conduta causadora do dano (contrariedade ao direito) para configuração do dever de indenizar.²¹⁹

307. Mais uma vez, portanto, a União confunde o conceito de culpa, que, segundo afirma, levaria a uma “visão subjetivista” da responsabilidade civil, com o conceito de antijuricidade, inerente também à responsabilidade objetiva e, como visto, ausente no caso em tela, **já que as atividades desenvolvidas pela Souza Cruz são lícitas e altamente regulamentadas, como reconhece a Autora.**

B) O art. 927, parágrafo único, do Código Civil não incide na hipótese. Atividade desenvolvida pela Souza Cruz (fabricação e comercialização de cigarros) não é de risco

308. Ainda que se superasse o exposto acima, afigura-se evidentemente inaplicável à presente demanda o art. 927, parágrafo único, do Código Civil.²²⁰

²¹⁹ Sobre o tema, é mais uma vez precisa a lição da Profa. Dra. Judith Martins-Costa ao afirmar que “a regra é a da indenizabilidade apenas dos danos causados em virtude de um ato ilícito (antijurídico) mesmo na responsabilidade objetiva, isto é, aquela que tem o risco, e não a culpa, como fator de imputação” (doc. 1, página 12).

²²⁰ Art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

309. Tal dispositivo apenas incide quando a atividade exercida com habitualidade pelo autor do dano implica, por sua natureza, riscos de elevada monta. Ocorre que a atividade da Souza Cruz (fabricar e vender cigarros) não é de risco. É o produto por ela produzido (mas não a atividade, repita-se), cuja utilização depende de ato volitivo do consumidor, que apresenta periculosidade intrínseca.

310. A União confunde o conceito de atividade de risco com a periculosidade inerente ao cigarro, que não gera o dever de indenizar com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil,²²¹ como explica a Profa. Dra. Judith Martins-Costa.²²²

311. É sintomático que, no item da réplica destinado a supostamente abordar os “danos sob a ótica dos Artigos 927 e 931 do Código Civil”,²²³ a AGU seja completamente silente sobre a aplicabilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil à hipótese, a demonstrar que ela própria não acredita na incidência do dispositivo legal.

²²¹ Como recorda o Prof. Dr. Sergio Cavaliere Filho: “Os danos decorrentes da periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, só respondendo o fornecedor de produtos e serviços pelos danos causados pela periculosidade adquiridas. (...) Em se tratando de atividade de risco permitido, disciplinada por lei, não há que se falar, portanto, em violação de dever jurídico pelo seu exercício em si. Se assim não fosse a permissão legal seria um logro, um verdadeiro contra senso. A lei, como já registrado, permite o exercício de inúmeras atividades de risco inerente – fabricação e comércio de armamentos, de bebidas alcoólicas, de medicamentos, de agrotóxicos etc. A atividade de risco permitido configura uma das hipóteses de exercício de direito, que só poderá ser juridicamente reprovada se, ao exercê-la, o agente não observar os limites de sua regulação legal e violar dever jurídico daí decorrente. (...) Por serem normais e previsíveis, os riscos do cigarro não surpreendem a nenhum fumante. Não há ruptura entre a expectativa do consumidor – que adquire o produto sabendo o potencialmente causador de danos à saúde – e a segurança que o produto oferece. O fumante pode até se enganar, imaginando que não acontecerá com ele o que acontece com os outros, mas isso não faz parte da legítima expectativa” (Evento 54, OUT51, páginas 13-18).

²²² Consta de seu parecer: “[A atividade desenvolvida pela Souza Cruz] trata-se de atividade que, a teor do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, não implica ‘por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem’. Trata-se, também, de atividade lícita, inclusive regulada por lei.” (doc. 1, páginas 62, grifou-se).

²²³ V. Evento 98, RÉPLICA 1, item X.E.

C) O art. 931 do Código Civil, a seu turno, pressupõe defeito do produto, ausente no presente caso. Cigarro é produto de periculosidade inerente, não defeituoso

312. Não subsiste, ademais, a tese que a União busca emplacar de que haveria um “novo padrão de responsabilidade civil”, fundado na “responsabilidade pressuposta”, defendida pela Profa. Giselda Hironaka. A tese, segundo a própria União, seria uma “exploração” sobre a “potencialidade normativa do art. 931”.²²⁴ Como destacado pela própria Profa. Giselda Hironaka, que desenvolveu a teoria, a proposta se destinaria a buscar a criação de “um novo critério que seja capaz de fundamentar e de justificar a organização de um novo sistema de responsabilidade civil, ao qual se denomina, pioneiramente de responsabilidade pressuposta”.²²⁵

313. A nova teoria da “responsabilidade pressuposta”, defendida pela Profa. Gisela Hironaka, contudo, não se compatibiliza com a sistemática da responsabilidade civil em vigor, e tampouco com a função a que se destina o instituto no ordenamento jurídico brasileiro – que não tem, nem pretende ter, qualquer viés punitivo.

314. Além das críticas dogmáticas que merece a teoria, é de se notar, como ressalta a própria União, que tal construção teórica sequer poderia ter como foco a atividade praticada pela Souza Cruz, já que se volta a “atividades especificamente perigosas, em razão da probabilidade do risco e elevado índice de ocorrências danosas”²²⁶. **Como já demonstrado, a fabricação e a comercialização de cigarros não constituem atividades de risco.**

²²⁴ Evento 98, RÉPLICA 1, páginas 148-149.

²²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lira Pereira*. Org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin; Renovar, 2008, p. 824.

²²⁶ Evento 98, RÉPLICA1, página 149, grifou-se.

315. A inovação teórica e interpretativa proposta pela AGU se depreende também do trecho da réplica em que alega que o Enunciado n.º 42 da I Jornada de Direito Civil do CJF – segundo o qual “[o] art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos” – supostamente conduziria à automática conclusão no sentido de que “[n]os casos em que está presente o dano, apesar de não se caracterizar o defeito do produto, haveria o dever de indenizar com base no art. 931 pelo fato da colocação no produto no mercado”.

316. Não importa quantas vezes se passe em revista o Enunciado: jamais se poderia depreender que o texto pretende excluir a necessidade de defeito do produto para a responsabilização de empresas ou empresários individuais, **o que é, como se percebe, premissa do próprio Enunciado destacado pela AGU – de acordo com o qual, repita-se, “[o] art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor”.**

317. Dito de modo diverso, o Enunciado n.º 42 da I Jornada de Direito Civil do CJF corretamente atesta que o art. 931, do Código Civil, ampliou o conceito de fato do produto para relações não consumeristas. **A AGU, por sua vez, defende que (i) os consumidores, para obterem responsabilização por fato do produto, precisariam demonstrar defeito (art. 12 do CDC); (ii) os não consumidores, por força do art. 931 do Código Civil, estariam dispensados de tal prova. Trata-se de construção sem a mínima lógica.**

318. Sobre o ponto, é ver-se o ensinamento da Profa. Dra. Judith Martins-Costa:

“No art. 931, novamente o texto legal faz expressa referência à exclusão da culpa, e não da antijuridicidade. Trata-se, portanto, de uma hipótese de responsabilidade

objetiva. E a exclusão da culpa como fator de imputação não importa – já se viu – em exclusão da ilicitude (antijuridicidade) como pressuposto necessário à emergência do dever de indenizar, pois do fato de desempenhar-se normalmente atividade capaz de produzir riscos aos direitos de outrem não decorre, *ipso facto*, o dever de indenizar por todo e qualquer dano porventura decorrente da atividade. Do contrário, ter-se-ia que admitir, por atenção à lógica, serem geradoras desse dever a produção, comercialização, distribuição e compra de automóveis, talvez o produto de massas que mais gera riscos, sendo usado até mesmo – tal qual noticiários internacionais infelizmente reportam – como veículo para assassinatos movidos por terroristas. (...)” (doc. 1, páginas 18-19, grifou-se).

319. Ainda sobre o art. 931 do Código Civil, merece destaque o Enunciado nº. 661, aprovado na IX Jornada de Direito Civil do CJF, que explicita justamente que “a aplicação do art. 931 do Código Civil para a responsabilização dos empresários individuais e das empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação não prescinde da verificação da antijuridicidade do ato”.

320. Como demonstrado na Contestação da Souza Cruz,²²⁷ a incidência do art. 931 do Código Civil²²⁸ ao caso vertente demandaria, para o correto cumprimento de seus requisitos, a existência de defeito do produto posto em circulação pela Souza Cruz, isto é, a ruptura da expectativa de segurança gerada no usuário, analogamente à previsão do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, a antijuridicidade se traduziria na circulação de produtos defeituosos, a acarretar riscos

²²⁷ V. Evento 54, CONTES1, item III.C, ii.2.

²²⁸ Art. 931 do Código Civil: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

além daqueles aceitos pelo ordenamento jurídico, ou seja, distintos dos legitimamente esperados com relação a determinado produto.

321. Portanto, equivocou-se a União ao afirmar que o art. 931 do Código Civil “não exige o defeito do produto como causa do dano”, e que “basta o dano”.²²⁹ Como visto acima, o art. 931 do Código Civil tem aplicação precisamente para produtos defeituosos, o que não é o caso dos cigarros da Souza Cruz.

322. O cigarro apresenta riscos amplamente conhecidos há muitas décadas pelo consumidor. Trata-se de produto cuja periculosidade é inerente e que atende às legítimas expectativas de segurança que dele razoavelmente se espera.

323. Em suma, resta afastada a aplicação, ao caso em análise, do art. 931 do Código Civil.

D) Inadequação das teses de “defeito de concepção”, “risco-controle” e de regras do CDC, constantes dos pareceres da ACT

324. Em razão do exposto acima, sobretudo das lições colhidas do Parecer da Profa. Dra. Judith Martins-Costa, revela-se a inadequação das teses veiculadas pelos Profs. Oscar Vilhena Vieira e André Corrêa no parecer acostado aos autos pela ACT, no sentido de que: (i) a responsabilidade da Souza Cruz decorreria de dano surgido no “âmbito de risco” imputado à atividade empresarial; ou (ii) o cigarro apresentaria defeito de concepção.²³⁰

²²⁹ Evento 98, RÉPLICA1, página 148.

²³⁰ V. Evento 71, ANEXO9, páginas 42 e ss.

325. Não há “âmbito de risco” na atividade da Souza Cruz, e tampouco o cigarro apresenta defeito de concepção, senão periculosidade inerente.

326. Tampouco se pode cogitar, como suscitam os Profs. Oscar Vilhena e André Corrêa, de incidência, *in casu*, do “art. 9º, CDC que prevê que para produtos ‘potencialmente nocivos ou perigosos’ a apresentação, pelo fornecedor, de informações a respeito da nocividade e periculosidade não impede ‘a adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto’ e do disposto no art. 10º que prevê que para produtos com ‘alto grau de nocividade/periculosidade’ a apresentação de informações é insuficiente para permitir a circulação do produto no mercado”.²³¹

327. De início, conforme destaca o Prof. Dr. Anderson Schreiber, a responsabilidade civil prevista no Código de Defesa do Consumidor apenas pode ser invocada pelo destinatário final de produtos e serviços (consumidor), ou por indivíduos ou coletividades que se equiparam ao consumidor (consumidor por equiparação). Nessa direção, “não se trata, portanto, de diploma que possa ser invocado em favor da Administração Pública Federal neste caso, em que não se configura relação de consumo, nem sequer por equiparação” (doc. 3, página 18). **Para evitar repetições, pede-se vênua para fazer remissão ao item C, ii. 3 (Inaplicabilidade do CDC à relação invocada pela União) da Contestação da Souza Cruz.**²³²

328. E mais: é absolutamente descabida a invocação dos arts. 9º e 10, CDC à espécie. Com relação ao art. 9º, a inaplicabilidade decorre do simples fato de que a Souza Cruz cumpre, de forma absolutamente satisfatória, a exigência legal de informar a respeito da nocividade do produto e dos riscos inerentes ao respectivo consumo, em conformidade com a rígida regulamentação sobre o tema.

²³¹ Evento 71, ANEXO9, páginas 48 e ss.

²³² V. Evento 54, CONTES1, item III.C.ii.3, páginas 140-144).

No que se refere ao art. 10, considerando que o dispositivo legal tem como objetivo vedar a circulação de determinados produtos e serviços dotados de alto grau de nocividade ou periculosidade, a sua aplicação à espécie destoa até mesmo do que pretende a Autora, que, como visto, além de autorizar, se beneficia diretamente da produção e circulação do produto.

329. Não socorre à pretensão da União, ademais, a inovadora tese do “risco controle” constante do Parecer dos Professores Drs. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem.²³³ Afinal, como explicita a Profa. Dra. Judith Martins-Costa, trata-se de conceito que não guarda coerência com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que apenas se aplicaria às fabricantes de cigarros, desconsiderando, ainda, que o Estado autoriza e também tem controle sobre toda a atividade relativa à distribuição e comercialização de cigarros. É ver-se:

“Além dessas espécies de responsabilidade pelo risco (todas elas de progressiva introdução no sistema, pois amparadas em longa e testada tradição doutrinária), avulta a Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos (‘ACT’) uma inédita noção – a de ‘risco-controle’ – como fundamento para sustentar a responsabilidade das fabricantes de cigarros. (...)

Se se pudesse apelar à ideia de ‘risco-controle’, por consequência lógica a mesma ideia deveria ser endereçada à posição do Estado. Se é verdade que as fornecedoras de cigarro têm controle sobre a sua atividade produtiva, também é verdade que o Estado como um todo, por suas várias instâncias, também tem controle a respeito das atividades econômicas; sobre as alíquotas fiscais cobradas para o exercício de tal ou qual atividade; sobre imposições, monitoramentos, fiscalizações e gravames a

²³³ V. Evento 71, ANEXO7, páginas 39-50.

recaírem sobre as atividades de distribuição e comercialização de cigarros.

Da ideia de ‘risco-controle’, que fundamentaria a pretensão da União Federal, tampouco parecem derivar com clareza as peculiaridades pelas quais as fornecedoras de cigarro seriam *as únicas* adstritas a arcar com despesas havidas pelo Sistema Único de Saúde com a saúde de fumantes e ex-fumantes. Se é a acepção de *risco-proveito* a que prevalece na interpretação e aplicação das normas de responsabilização civil de fabricantes, por que se haveria de criar termo idiossincrático a um determinado tipo de atividade lícita? Se a noção de risco-proveito basta, qual a utilidade de se adotar um critério exclusivo às fabricantes de cigarros – e não às fabricantes de automóveis, de bebidas alcóolicas, de combustíveis fósseis e de alimentos gordurosos – todas atividades lícitas e potencialmente perigosas à saúde? (...)

Aliás, cogitações como essa seriam intermináveis, estendendo-se à exploração econômica de qualquer bem ou serviço cujo consumo pode gerar doenças que afetam a população. Ao invés de percorrer esse caminho, recorde-se os significados habitualmente conferidos ao termo ‘controle’, em busca de tentar precisar o significado da inédita expressão que se quer vem como fundamento do suposto dever de as fornecedoras de cigarros indenizarem o SUS. (...)” (doc. 1, páginas 19-23, grifou-se).

E) O Superior Tribunal de Justiça reconhece pacificamente que os arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil não se aplicam à Souza Cruz

330. A despeito do conveniente silêncio da União, é necessário rememorar que o entendimento jurisprudencial – sobretudo do Eg. STJ – é unânime a respeito da inaplicabilidade dos arts. 927, parágrafo único, e 931 do

Código Civil às atividades exercidas e produtos comercializados pela Souza Cruz,²³⁴ o que soterra a pretensão autoral.

331. Com efeito, há centenas de decisões sobre a matéria, valendo destacar que, na ACP movida pelo MPSP e fundada nos mesmos fatos alegados pela AGU (v. item IV acima), o Eg. STJ manteve o entendimento pela **não incidência do regime de responsabilização objetiva à Souza Cruz**. Colhe-se do v. acórdão:

“O Ministério Público sustenta que, além do microsistema do consumidor, a responsabilidade civil deve ser apreciada à luz do art. 927, parágrafo único, e 931 do CC/2002. (...) O acórdão afastou a responsabilidade civil porque (i) a atividade da recorrida seria lícita e fiscalizada pelo Poder Público, (ii) as informações sobre os perigos do consumo revelaram-se suficientes e (iii) não há defeito nem vício de vontade por induzimento ao consumo, pois presente o livre arbítrio da pessoa ao iniciar ou manter o consumo. A teoria da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade não é capaz de alterar o entendimento do acórdão. Isso porque sua aplicação torna irrelevante a análise do aspecto subjetivo da conduta, mas não afasta as excludentes do nexa causal reconhecidas pelo acórdão, as quais justificaram a conclusão pela inexistência de responsabilidade. (...) Sobre o ressarcimento dos Estados e Municípios relativos aos gastos para prevenir e tratar os

²³⁴ V. compêndio de decisões contido no *link* apresentado no Evento 75, PET1. Veja-se, exemplificativamente: “adotando-se a conceituação da legislação consumerista (art. 12 do CDC), o cigarro não é um produto defeituoso, mas de periculosidade inerente, haja vista que a nocividade lhe é intrínseca e os males à saúde associados ao seu uso não ultrapassam a segurança e os riscos ordinariamente esperados pelo consumidor” (STJ, REsp 1.322.964, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 22.5.2018); “Com efeito, este Sodalício possui entendimento pacífico quanto à ausência de responsabilidade civil das fabricantes de tabacos, em especial porque os cigarros são dotados de periculosidade inerente” (STJ, REsp. 1.577.283, Decisão Monocrática, Rel. Min. Lázaro Guimarães, julg. 1.8.2018).

doentes, o recurso também não prospera. A recomposição material somente ocorreria nos casos de prejuízo efetivo, direto e imediatamente ligado à conduta ilícita do causador do dano. **Na espécie, considerando inexistir ilicitude na conduta imputada à recorrida em virtude da regulação e da fiscalização do mercado pelo Poder Público, da informação adequada e da inexistência de vício da vontade pelo exercício do livre arbítrio, não há o que ser ressarcido. (...) Por fim, o dever de informar foi realizado, satisfatoriamente, no contexto histórico cultural da nossa sociedade, razão pela qual julgados deste Tribunal Superior tem rechaçado a responsabilidade da recorrida por esse aspecto”**.²³⁵

332. É absolutamente firme e **atual**, portanto, o entendimento jurisprudencial no sentido de que é “impossível a responsabilização pelo desenvolvimento de atividade lícita e regulamentada pelo Poder Público relativo a produto que possui periculosidade inerente, em vez de defeituoso”.²³⁶

* * *

333. Não há que se cogitar, portanto, de responsabilidade objetiva da Souza Cruz, afastando-se a incidência dos arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil.

²³⁵ STJ, REsp 1.573.794, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 12.11.2018, grifou-se.

²³⁶ V., nessa direção: “(...) Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Fabricante de cigarro. Morte de fumante. Livre arbítrio do consumidor. Atividade lícita. Produto de periculosidade inerente. Ausência do dever de indenizar. Agravo interno desprovido. 1. No que se refere à responsabilidade civil dos fabricantes de cigarro por danos associados ao tabagismo, esta Corte Superior possui entendimento firmado no sentido de ser impossível a responsabilização pelo desenvolvimento de atividade lícita e regulamentada pelo Poder Público relativa a produto que possui periculosidade inerente, em vez de defeituoso, nem pelo hábito de fumar durante certo período de tempo. Precedentes. 2. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado. 3. Agravo interno desprovido” (STJ, AgInt no REsp n.º 1.843.850, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, julg. 10.8.2020).

.XII.**Responsabilidade subjetiva não configurada:
Silêncio absoluto da União sobre os fatos e provas que demonstram
a licitude da conduta da Souza Cruz, agora incontroversa.**

334. A Souza Cruz evidenciou que, além do não preenchimento dos requisitos legais para a responsabilidade objetiva, tampouco é possível falar em responsabilidade subjetiva, amplamente rejeitada por todos os tribunais brasileiros,²³⁷ a concluir pela rejeição do pleito indenizatório da União.

335. Após o “capítulo fático” da petição inicial da AGU, narrando condutas supostamente ilícitas jamais praticadas pela Souza Cruz, houve precisa e fundamentada abordagem sobre os pontos em Contestação,²³⁸ refutando a Souza Cruz, com provas, uma a uma as alegadas condutas que supostamente conduziriam à responsabilização subjetiva. Demonstrou-se, em suma, que **não** houve violação do dever de informar os riscos associados ao consumo de cigarros, omissão de informações, manipulação de dados sobre ingredientes, ativos, filtros, publicidade abusiva, ou seja, **nada que pudesse configurar ato ilícito, abuso de direito ou violação de boa-fé objetiva.**

336. Em Contestação, a Souza Cruz também demonstrou que, dos quase 200 (duzentos) documentos referidos no item 5.6 da petição inicial – que supostamente demonstrariam a existência de responsabilidade subjetiva da Souza Cruz –, a vasta maioria deles, ou seja, 164 (cento e sessenta e quatro), referia-se a estudos, notícias e decisões prolatadas no exterior, sem qualquer relação com a Souza Cruz. Demonstrou-se também que desses 164 (cento e sessenta e quatro) documentos, 128 (cento e vinte e oito) sequer foram objeto de tradução juramentada integral. Todos os demais foram adequadamente refutados em Contestação, evidenciando que não houve qualquer conduta indevida praticada pela Souza Cruz.

²³⁷ V. compêndio de decisões contido no *link* apresentado no Evento 75, PET1.

²³⁸ V. Contestação (Evento 54, CONTES1, item III.C.d, e OUT81 a OUT 119).

337. E mais: além de os documentos apresentados com a inicial serem completamente imprestáveis como prova dos fatos alegados pela União, a Souza Cruz trouxe aos autos com a Contestação mais de 90 (noventa) documentos que comprovam que as alegações da União são inverídicas e não lhe dizem respeito.

338. Além disso, a Souza Cruz trouxe à tona centenas de precedentes judiciais rejeitando todos os fundamentos para a sua eventual responsabilização civil, inclusive em demandas coletivas, com alegações fáticas e pleitos essencialmente idênticos aos apresentados na presente demanda.

339. Surpreendentemente, contudo, **a União silenciou em réplica sobre todos os argumentos e provas apresentados pela Souza Cruz**. Nada foi falado, por exemplo, sobre os seguintes fatos:

**Ausência de manipulação ou omissão de informações pela Souza Cruz:
amplo conhecimento dos riscos associados ao consumo de cigarros**

A Souza Cruz comprovou que não houve violação ao dever de informar ou ocultação de informações. Afinal, desde ao menos **1885** a imprensa noticia os riscos associados ao consumo de cigarros,²³⁹ com notícias datadas de **1928, 1948, 1955**, e inúmeras outras a partir das décadas de 1950 e 1960.²⁴⁰

O amplo conhecimento dos riscos associados ao cigarro se estende ao governo brasileiro, como demonstrado pela Souza Cruz.

Nesse sentido, as discussões sobre tributação do fumo e riscos inerentes ao produto no âmbito do Poder Legislativo remontam ao menos a **1894**,²⁴¹ com cerca de 80

²³⁹ Evento 54, OUT55, páginas 1-2, Evento 54, OUT56, páginas 1-3 e Evento 54, OUT57, páginas 1-5.

²⁴⁰ Evento 54, OUT61, páginas 1-3, Evento 54, OUT62, páginas 1-4 e Evento 54, OUT63, páginas 1-6; Evento 54, OUT64, páginas 1-6; Evento 54, OUT65, páginas 1-4; Evento 54, OUT66, páginas 1-2, Evento 54, OUT67, páginas 1-3 e Evento 54, OUT68, páginas 1-5;

²⁴¹ Evento 54, OUT58, páginas 1-5, Evento 54, OUT59, páginas 1-9 e Evento 54, OUT60, páginas 1-13.

projetos de lei no âmbito do Congresso Nacional para controle do tabaco na década de 1970.²⁴²

De forma ainda mais contundente, o Ministério da Saúde publicou folheto em 1966 com diversas advertências sobre o fumo,²⁴³ criando a Comissão para Estudo das Consequências do Fumo já em 1981.

Em 1999, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), com a missão de promover a proteção da saúde da população por meio do controle sanitário de produtos e serviços, dentre eles aqueles derivados do tabaco (Lei n.º 9.782/1999).

Também no âmbito da população o conhecimento dos riscos associados ao cigarro é inquestionável, o que afasta as alegações de publicidade enganosa ou abusiva.²⁴⁴ O Parecer do Prof. Dr. Simon Schwartzman atestou que a sociedade é exposta “**desde a época colonial**, ao conceito de que o uso do tabaco é um vício prejudicial à saúde”.²⁴⁵

Já em 2008, 96,1% (noventa e seis inteiros e um décimo por cento) dos brasileiros com 15 (quinze) anos ou mais de idade acreditavam que fumar poderia causar doenças.²⁴⁶

Sem prejuízo, a Souza Cruz comprovou que cumpre estritamente a rígida regulamentação do governo sobre veiculação de informações sobre seus produtos, *marketing* e publicidade. Não há qualquer indício de descumprimento das normas instituídas pelas Portarias do Ministério da Saúde ou pela legislação (Leis n. 9.294/1996; 10.167/2000, 12.546/2011, dentre outras).

Indo além, a Souza Cruz, antes de editada a Lei n.º 10.702/2003, que proibiu a venda de produtos fumígenos para crianças e adolescentes, já fazia constar das embalagens, por iniciativa própria, que seus produtos só deveriam ser vendidos para maiores de idade.²⁴⁷

A Souza Cruz também realiza constante engajamento em programas para prevenção e eliminação do ato de fumar entre crianças e adolescentes, como o “Responsabilidade Social, aqui tem!” e o “Youth Access Prevention (YAP)”.²⁴⁸

²⁴² Evento 54, CONTES1, página 154.

²⁴³ Evento 54, OUT75, páginas 1-16.

²⁴⁴ Como se viu do Parecer do Prof. Ivan S. Pinto (Evento 54, OUT80).

²⁴⁵ Evento 55, PARECER38, grifou-se.

²⁴⁶ Evento 54, OUT77, páginas 1-2.

²⁴⁷ Evento 54, OUT111, páginas 1-5.

²⁴⁸ Evento 54, OUT5.

Absoluta conformidade dos produtos da Souza Cruz à rígida regulamentação sobre características, aditivos e ingredientes dos cigarros

A Souza Cruz demonstrou que, como reconhece a AGU, o projeto “Projeto Tabaco Y-1” foi cancelado, e o Ministério da Saúde reconheceu não haver qualquer comprovação quanto à utilização de tal tipo de tabaco na produção de cigarros no Brasil.²⁴⁹

Não fosse suficiente, a Souza Cruz demonstrou que o uso do tabaco Y-1 foi investigado pelo MPRS, que concluiu que o desenvolvimento das variedades de tabaco, tal como a sua introdução e produção no território brasileiro, era perfeitamente regular e lícita.²⁵⁰

A Souza Cruz também comprovou que, em relação aos ingredientes dos cigarros, o Comitê Científico dos Riscos para a Saúde Emergentes e Recentemente Identificados da União Europeia (“CCRSERI”) realizou vários estudos que concluíram: “Até agora, não foram identificados aditivos de tabaco que gerem dependência por si mesmos”, demonstrando que as autoridades de saúde pública geralmente reconhecem que os cigarros com ingredientes tradicionais adicionados não são mais tóxicos nem mais viciantes do que os cigarros sem ingredientes.²⁵¹

Além disso, os Aditivos não aumentam a toxicidade inerente à fumaça do cigarro, tampouco facilitam a absorção de nicotina pelos fumantes, conforme estudos realizados à solicitação do CCRSERI.²⁵²

A Souza Cruz evidenciou ser igualmente falsa a alegação sobre adição de amônia aos cigarros para facilitar absorção de nicotina. Nesse sentido, o Conselho Superior do MPRS arquivou investigação precisamente sobre tal ponto, afastando-se suspeitas de manipulação de teor de nicotina e adição de amônia aos cigarros brasileiros.²⁵³

O laboratório *Labstat Incorporated* emitiu relatório de análise dos diferentes cigarros fabricados pela Souza Cruz, concluindo que o conteúdo de amônia estava em níveis absolutamente normais.²⁵⁴

²⁴⁹ Evento 54, CONTES1, item C.III.d.1.

²⁵⁰ Evento 54, OUT 83, páginas 3-4.

²⁵¹ Evento 54, OUT88, páginas 1-120 e Evento 54, OUT89, páginas 1-168.

²⁵² Evento 54, OUT105, páginas 1-4 e Evento 54, OUT106, páginas 1-8; Evento 54, OUT90, páginas 1-15 e Evento 54, OUT91, páginas 1-89.

²⁵³ Evento 54, OUT92, páginas 1-8.

²⁵⁴ Evento 54, OUT92, páginas 1-8.

A Souza Cruz cumpre estritamente as especificidades da ANVISA sobre os filtros de seus produtos, conforme RDC n.º 320/1999.²⁵⁵

A Souza Cruz jamais comercializou fraudulentamente cigarros “light”, que eram recomendados na comunidade científica.²⁵⁶ O próprio governo historicamente incentivou a produção de cigarros “light”, inclusive a preços mais baixos, para estimular seu consumo.²⁵⁷

340. Os fatos e provas não impugnados não são de menor importância: trata-se justamente da causa de pedir fática, ou, como a própria União denomina, “capítulo fático” de sua pretensão. Por isso, era seu o ônus probatório (art. 373, I, do CPC), em relação ao qual não se desincumbiu. E mais: a ausência de manifestação sobre os contundentes elementos apresentados pela Souza Cruz torna-os **incontroversos**, a soterrar sua pretensão (v. item XIV.C *infra*).

341. A União perdeu a oportunidade de produzir prova dos fatos que constituiriam sua pretensão (v. item XIV.C abaixo), e, por isso, sequer pode continuar sustentando a aplicabilidade do regime de responsabilização subjetiva. **É incontroverso, atualmente, que não houve qualquer conduta indevida por parte da Souza Cruz.**

342. A Souza Cruz reitera, portanto, tudo que foi dito em sua Contestação sobre a inexistência de condutas aptas a deflagrar eventual responsabilidade subjetiva, bem como todas as provas por si acostadas aos autos, que, repita-se, comprovam a insubsistência das afirmações da União a respeito das condutas imputadas à Souza Cruz.

²⁵⁵ Evento 54, OUT109, páginas 1-8.

²⁵⁶ Evento 54, OUT113.

²⁵⁷ Evento 54, OUT117, páginas 1-4; Evento 54, OUT118, páginas 1-3.

.XIII.**Nexo causal inexistente.**

343. Seja qual for a natureza da responsabilidade que a União pretende imputar às Rés – objetiva ou subjetiva –, caberia à União comprovar nexo de causalidade direto e imediato entre atos da Souza Cruz e danos supostamente incorridos pela Autora.

344. Como visto exaustivamente em sede de Contestação,²⁵⁸ além de não provar o necessário liame entre a alegada conduta antijurídica da Souza Cruz (que, como se viu, não existe) e as decisões dos fumantes de iniciar e manter o consumo de cigarros, a AGU falhou em demonstrar o nexo causal direto e imediato entre (i) qualquer conduta alegadamente antijurídica praticada pela Souza Cruz e as doenças para cujo tratamento se pede reembolso; ou (ii) o consumo de produtos da Souza Cruz e as despesas efetuadas pelo SUS, estas decorrentes direta e imediatamente do dever constitucional e legal atribuído à União.

A) Ausência de nexo causal direto e imediato entre a atividade da Souza Cruz e as alegadas despesas do SUS

345. Como visto, eventual responsabilização da Souza Cruz exigiria, de acordo com a teoria da causalidade necessária, adotada pelo Código Civil (art. 403),²⁵⁹ a impreterível e cumulativa demonstração que:

- (i) a suposta conduta antijurídica da Souza Cruz (*in casu*, inexistente) levou o conjunto de consumidores de cigarros a iniciarem e prosseguirem no consumo de seus produtos;

²⁵⁸ Evento 54, CONTES1, item III.C.v., páginas 200-209.

²⁵⁹ Art. 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

- (ii) em razão do consumo apenas de cigarros da Souza Cruz (e não em decorrência de outros fatores de risco, incluindo-se o consumo de cigarros ilegais), tais pessoas foram diretamente acometidas por ao menos uma das 27 (vinte e sete) doenças supostamente relacionadas ao consumo dos cigarros da Souza Cruz;
- (iii) tais consumidores acometidos pelas doenças se utilizaram do SUS para o tratamento daquela doença específica;
- (iv) as despesas efetuadas pela União foram efetivamente dirigidas ao custeio de tais tratamentos; e ainda
- (v) essas despesas devem constituir danos juridicamente indenizáveis (por exemplo, deve-se provar lesão a interesse jurídico tutelável da União – inexistente – e, ainda, que os gastos da União foram maiores do que teriam sido se esses usuários do SUS fossem tratados pelas mesmas ou outras doenças, sem que tais indivíduos tenham consumido os cigarros da Souza Cruz).

346. Tais fatos não foram demonstrados – ou sequer afirmados – pela União, o que evidencia a ausência de nexos causal, requisito indispensável para a pretendida indenização.

347. A União não fez prova de tais fatos, até porque, como evidenciado nas centenas de decisões judiciais sobre o tema²⁶⁰ e já reconhecido pela própria União em outra sede,²⁶¹ **o nexos causal não existe** (seja na perspectiva “coletiva”, seja na individual). Afinal, para além do fato de o cigarro não ser, sob a perspectiva epidemiológica, condição necessária nem suficiente para o surgimento das doenças elencadas pela União em indivíduos – mas um fator de risco associado

²⁶⁰ Citadas ilustrativamente na Contestação da Souza Cruz (Evento 54, CONTEST1, páginas 29-30) e, na íntegra, no compêndio de decisões contido no *link* apresentado no Evento 75, PET1.

²⁶¹ Confira-se: “**Eventuais males decorrentes do uso crônico do cigarro decorrem de culpa exclusiva do próprio usuário**, que sempre teve pleno conhecimento dos males advindos do cigarro, que são notórios, de modo que não podem ser imputados a qualquer outra pessoa ou ente público” (Advocacia Geral da União, Contestação de 5 de abril de 2010, apresentada nos autos do processo n.º 2010.61.04.000095-9, Evento 54, OUT4, página 13).

a sua ocorrência, dentre outros –,²⁶² o ato de fumar depende de deliberação do próprio usuário.²⁶³

348. Em réplica, a União volta a afirmar, sem razão, que a presente ACP seria “fundamentalmente” diferente das ações individuais em que se busca a reparação por danos decorrentes do tabagismo. Afirma que os danos aqui são “coletivos”, porque afetam toda a sociedade brasileira, e “**se originam**, mas não se confundem, com danos individuais”.²⁶⁴ Por isso, seria necessária “reconfiguração do nexo causal”,²⁶⁵ o que, em outras palavras, representaria verdadeira subversão dos pressupostos legais da responsabilidade civil.

349. Ora, para além de tudo que foi exposto no item II.A, não é preciso muito esforço para concluir que, embora a União busque dar roupagem coletiva à sua pretensão, cobrando de forma global o valor que aporta ao SUS para fazer frente às alegadas despesas com o custeio de doenças associadas aos cigarros vendidos especificamente pelas Rés, o valor buscado “**se origina**”, nas palavras da própria AGU, nas alegadas lesões individuais.

²⁶² Sobre o caráter multifatorial das doenças listadas pela União em sua petição inicial, permita-se remeter à Contestação apresentada pela Souza Cruz (Evento 54, CONTES1, páginas 217-223).

²⁶³ V. sobre o ponto, a Contestação apresentada pela Souza Cruz (Evento 54, CONTES1, páginas 200-237). Também na lição do Prof. Dr. Miguel Reale: “(...) na espécie examinada neste Parecer, ter-se-ia que averiguar e comprovar, em cada caso, se houve ou não a intercorrência de outra cadeia causal, para tanto considerando todas as particularidades pessoais das alegadas vítimas, isto é, as particularidades de cada organismo, e de cada existência concretamente considerada. Só então, averiguadas e comprovadas todas as possíveis concausas, poder-se-ia estabelecer a que ponto seria o hábito de fumar a causa necessária da doença, e não outras peculiaridades orgânicas, como, exemplificativamente, a hipertensão ou certas características genéricas, ou ainda, outros hábitos de cada uma das pretensas vítimas, como a ingestão de álcool, de drogas ou de certos medicamentos. A rigor, caberia até mesmo estabelecer a ligação entre o dano alegadamente produzido em cada fumante e a marca de cigarros que habitualmente fumara” (Evento 54, OUT47, página 30). No mesmo sentido, sustenta o Prof. Dr. Sergio Cavalieri: “De acordo com a liberdade que lhe é garantida pela Constituição, o consumidor é livre para escolher até os produtos e serviços de risco inerente, desde que devidamente informado, o que leva à inafastável conclusão: fumar é uma escolha pessoal, sendo de exclusiva responsabilidade do fumante as eventuais consequências prejudiciais decorrentes dessa escolha” (Evento 54, OUT51, página 28).

²⁶⁴ Evento 98, RÉPLICA1, página 145, grifou-se.

²⁶⁵ Evento 98, RÉPLICA1, página 155.

350. Não há, apesar da retórica empregada, “nexos de causalidade distintos”,²⁶⁶ já que a origem das pretensões é a mesma: alega-se que os indivíduos fumam cigarros produzidos pela Souza Cruz > tais indivíduos sofrem lesões > tais lesões são tratadas pelo SUS > a União financia o SUS > logo, a União sofre “dano” > a Souza Cruz deveria reparar esse “dano”.

351. Apesar das diversas falhas, a narrativa da própria União deixa clara tal sucessão de eventos, que deveriam estar interligados:

“A mera leitura da petição inicial mostra que a reparação pretendida não advém de uma lógica complexa. Os produtos das demandadas causam danos diversos e constantes (como já mesmo admitido por elas); os danos demandam (também diversos e constantes) tratamentos médico-hospitalares arcados pelo Sistema Único de Saúde; a sociedade brasileira financia o SUS; e a União, na presente ação, busca, em nome dessa coletividade, o ressarcimento dos gastos feitos pelo SUS relacionados aos danos dos produtos das demandadas”.²⁶⁷

352. Por isso, a “roupagem” dada pela União não é suficiente para afastar a conclusão de que deveria ter sido comprovado, **no mínimo**, o nexo causal entre a atividade desenvolvida pela Souza Cruz e as despesas médicas havidas pelo SUS no tratamento de doenças comumente relacionadas ao tabaco. Não há “reconfiguração do nexo causal”²⁶⁸ capaz de sustentar sua pretensão.

²⁶⁶ É totalmente desconexa, aliás, a analogia com “danos ambientais” (onde, como alega a União, um pescador pode ser prejudicado de uma forma e a coletividade de outra – página 146). No presente caso, como visto, a União busca ser ressarcida globalmente pelos “danos” causados aos indivíduos que se utilizam do SUS. As pretensões individuais e da União têm o mesmo conteúdo e certamente o mesmo nexo causal.

²⁶⁷ Evento 98, RÉPLICA1, página 99

²⁶⁸ Evento 98, RÉPLICA1, página 155

353. Já está há muito sedimentado que não há relação direta e imediata entre as alegadas condutas imputadas à Souza Cruz e os valores que a União busca reaver. Veja-se o Parecer de lavra da Profa. Dra. Judith Martins-Costa:

“No caso em exame, é de se perguntar: qual foi o fato que pode ser ligado, de modo direto e imediato, ao alegado dano, consistente no pagamento de despesas com saúde por parte do SUS?

Incontrovertidamente, o fato de a Souza Cruz fabricar e vender cigarros, tal como a lei a autoriza, não tem relação direta e imediata com o pagamento de despesas médicas e hospitalares, não se confundindo, outrossim, com o dano passível de reparação. E a razão está em que, entre a comercialização do produto e o gasto do SUS para tratar a doença do fumante que venha a acorrer aos serviços do SUS, se interpõe evento da maior relevância, qual seja, o fato do consumo de cigarros pelo consumidor, bem como os fatos a essa conduta associados, como, exemplificativamente, a quantidade de cigarros fumados; o tempo que perdurou o ato de fumar; as condições etiológicas pessoais, etc. Esses fatos têm relevo para a avaliação concreta, dependendo da decisão de fumar (ato lícito) e da existência de inúmeros formas de relação entre a pessoa e o fumo, o que, inclusive, importa para a sua qualificação como um fumante ou não (uma pessoa que ao longo de sua vida tenha fumado quatro ou cinco cigarros razoavelmente não poderá ser apodada como ‘fumante’). (...)

Com efeito, como não se verifica, no caso, a responsabilidade pelo *risco integral* (não aceita nem pelo Código Civil nem pelo Código de Defesa do Consumidor, como já anotei *supra*), o ato do fumante configuraria verdadeiramente, em relação ao SUS, ‘ato de terceiro’ e, como tal, excludente da responsabilidade acaso imputada

à fabricante, pois cortaria o alegado nexos causal entre o fabrico e a comercialização de cigarros e o suporte de despesas pelo sistema estatal. Novamente por esta razão não haveria o nexos ‘direto e imediato’ requerido pelo art. 403 do Código Civil. (...)

Se eliminado o segundo fato (o consumo de cigarros, o fumo) o primeiro fato (produção e comercialização de cigarros pela fabricante) não conduziria, *necessariamente*, ao suposto dano (a ‘despesa’ havida pelos entes públicos, no caso de o fumante ser atendido pelo SUS). O ato de fumar é causa independente. (...) Há situações, aliás, nas quais nem mesmo o SUS incorre em despesas, pois determinado fumante concretamente considerado – ainda que por alto consumo de cigarros tenha desenvolvido moléstias associadas ao fumo – recorreu aos serviços custeados por planos de saúde privados.

Em suma: não há imediata e direta relação entre a produção e a comercialização de cigarros e o pagamento de despesas médicas havidas pelo SUS no tratamento de fumantes. O evento configurado pelo fumo (e formado por uma série de atos reiterados, contínuos no tempo) é que, potencialmente, *poderá* ser a causa das despesas médicas com o tratamento de doenças associadas ao consumo de cigarros, não a produção e comercialização dos cigarros” (doc. 1, páginas 43-46, grifou-se).

354. Como o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da necessariedade da causa (art. 403 do Código Civil), apenas se pode impor o dever de indenizar por dano decorrente necessariamente da conduta indicada, evitando-se,

assim, que se atribua responsabilidade àquele que não concorreu necessariamente para o dano.²⁶⁹

B) Epidemiologia não comprova nexos de causalidade para fins de responsabilização civil

355. Como a União não pode demonstrar o nexo causal conforme exigido pelo direito brasileiro, porque tal nexo simplesmente inexistente, busca emplacar a tese de que “não se cogita perquirir o nexo de causalidade vinculado à situação individual do paciente”, mas por meio de “conjunto de dados”, “através de um meio comprovadamente eficaz”.²⁷⁰ É possível depreender de suas alegações que tal “conjunto de dados” seria a epidemiologia, a levar à aplicação do “nexo causal epidemiológico”, embora, em realidade, a AGU não tenha especificado o que seria o chamado “meio comprovadamente eficaz”, muito menos apresentado provas adequadas a tal respeito.

356. Para além das fundadas críticas da Souza Cruz aos dados “técnicos” trazidos pela União,²⁷¹ e sobre as quais a AGU também silenciou em réplica, não há a mínima sustentação jurídica para a proposta de que seja adotado o denominado “nexo causal epidemiológico” para condenação da Souza Cruz, porque tal instituto não encontra fundamento no direito brasileiro. É ver-se, a tal respeito, o Parecer da Profa. Dra. Judith Martins-Costa:

“Além de carecer de amparo no Direito brasileiro, mais aparentando atuar em vista de finalidades de política do direito que escapam à autoridade da *jurisdictio*, essa

²⁶⁹ Por isso, constituiu verdadeiro salto argumentativo, não referendado pelo ordenamento jurídico brasileiro e sem amparo de qualquer prova apresentada pela AGU, a alegação contida no Parecer dos Profs. Drs. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, juntado pela ACT, de que haveria “danos a toda a coletividade por intermédio da utilização de parcela expressiva de recursos públicos destinados a ações e serviços de saúde para o tratamento de vítimas do tabagismo”.

²⁷⁰ Evento 98, RÉPLICA1, página 146

²⁷¹ V. Evento 54, CONTE1, item III.C.v2. Especificamente quanto ao Relatório *Surgeon General 2014*, a Souza Cruz demonstrou que foi apenas parcialmente traduzido e que não denota sequer certeza científica, uma vez que se baseou em amostra populacional estrangeira.

concepção [de nexos epidemiológicos] deriva de algumas confusões entre culpa e causa; entre ‘probabilidade’ como figura da linguagem comum, como fenômeno apanhado pelo léxico jurídico e pela linguagem científica; e, mesmo, de incorreta equiparação entre ‘probabilidade’ e ‘verossimilhança’; e, ainda, entre causalidade geral e causalidade específica. (...)

Considerado o procedimento devido ao exame do nexo causal, a análise da probabilidade inerente ao nexo causal epidemiológico limita-se a atuar como um primeiro passo, como exame da ‘idoneidade’ do evento para situar-se como possível causa (...).

Só depois de sopesada a probabilidade (tanto *in abstracto* quanto *in concreto*), é que se examina se a causa assim recortada foi o *evento necessário* à produção do dano, contrastando-se todo o conjunto probatório. Deixa-se, então, o terreno da probabilidade para se ingressar, propriamente, no da causalidade.

Não se confundem, portanto, causalidade e probabilidade, consistindo uma contradição em termos a própria expressão ‘causalidade probabilística’ (...).

O mais relevante é ter em mente o que prova a probabilidade estatística: esta nada diz sobre os fatos, apenas diz respeito a frequências. No caso específico, estudos epidemiológicos comprovadamente confiáveis e relevantes para uma população determinada, que levem em consideração todas as características demográficas da população considerada, podem servir para *estimar o risco* e auxiliar na valoração das condições que, potencialmente, poderão se revelar como causas, **mas não a relação de causalidade particular**. Isto porque, sendo objeto da prova o enunciado fático específico relativo ao nexo causal, ‘qualquer prova que tenha a finalidade de aferir a probabilidade *ex ante*, isto é, em termos estatísticos de que a hipótese venha a ocorrer, não serve

para demonstrar o nexo de causalidade concreto'. **Como a relação entre o suposto prejuízo e o dano deve ser 'direta e imediata' – o que só pode ser afirmado segundo um juízo concreto – a epidemiologia não é elemento apto a servir como prova da relação de causalidade, juridicamente considerada.**" (doc. 1, páginas 49-55, grifou-se).

357. Como se vê do Parecer da Profa. Dra. Judith Martins-Costa, a responsabilização civil com base em probabilidades **não** possui respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

358. Por isso, não é possível afirmar, como pretendem os Profs. Oscar Vilhena e André Corrêa, que “se a forma como [a] atividade do réu é organizada *amplia a probabilidade* dessa intervenção lesiva, haverá responsabilidade”; ou que o nexo causal deveria ser compreendido a partir de juízo de probabilidade, e não de juízo de certeza, sob pena de “chancelar a impunidade”.²⁷² Tampouco é possível acolher as conclusões dos Profs. Bruno Miragem e Claudia Lima Marques, citadas pela União em réplica,²⁷³ no sentido de que seria possível “presumir” a causalidade.

359. No Brasil, como se sabe, o instituto da responsabilidade civil requer muito mais do que a possibilidade (ou mesmo probabilidade) de associação entre dois eventos, sendo indispensável, para a imposição do dever de indenizar, a demonstração inequívoca da relação de necessidade que vincule, no caso concreto, uma causa a determinado efeito. Trata-se de causalidade direta e imediata, que não se confunde com os conceitos de correlação provável ou de risco gerado por determinada atividade.²⁷⁴

²⁷² Evento 71, ANEXO9, páginas 58-63, grifou-se.

²⁷³ Evento 98, RÉPLICA1, páginas 156-157

²⁷⁴ Evento 54, CONTES1, item III. C.v.1, páginas 200-209.

360. A epidemiologia, como vertente da estatística, tem por finalidade a identificação de fatores que estariam associados, em termos de *probabilidade*, a uma certa enfermidade, isto é, à indicação em abstrato de fatores de risco que poderiam aumentar a chance – mas que não necessariamente indicam a causa específica – de ocorrência de determinada doença. Dados epidemiológicos configuram-se, portanto, em estimativas probabilísticas.

361. Daí decorre a flagrante inadequação de modelos epidemiológicos como instrumentos determinantes de relações *causais* para fins de responsabilização civil de acordo com os parâmetros do direito brasileiro, o que se confirma a partir dos inúmeros precedentes²⁷⁵ que julgaram improcedentes pleitos indenizatórios movidos por fumantes.

362. Vale notar que todas as 27 (vinte sete) doenças para as quais a Autora busca ressarcimento pelas despesas com o tratamento são dotadas de caráter **multifatorial**, isto é, são enfermidades associadas a diversos fatores de risco de natureza heterogênea, conhecidos e desconhecidos, sendo o consumo de cigarros apenas um dos vários em potencial. Em consequência, o fator de risco apontado em determinado estudo epidemiológico representa apenas uma dentre uma miríade de

²⁷⁵ Cf. compêndio de decisões contido no *link* apresentado no Evento 75, PET1. A título meramente exemplificativo, veja-se a jurisprudência do Eg. STJ: “Além do mais, somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento. **Nesse passo, vigora do direito civil brasileiro (art. 403 do CC/02 e art. 1.060 do CC/16), sob a vertente da necessidade, a ‘teoria do dano direto e imediato’, também conhecida como ‘teoria do nexo causal direto e imediato’ ou ‘teoria da interrupção do nexo causal’.** 9. Reconhecendo-se a possibilidade de vários fatores contribuírem para o resultado, elege-se apenas aquele que se filia ao dano mediante uma relação de necessidade, vale dizer, dentre os vários antecedentes causais, apenas aquele elevado à categoria de causa necessária do dano dará ensejo ao dever de indenizar. 10. A arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, álcool, carga genética e o modo de vida. Assim, somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexo causal juridicamente satisfatório. 11. **As estatísticas - muito embora de reconhecida robustez - não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de mortes associadas ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais. 12. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido**” (STJ, REsp n.º 1.113.804, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.4.2010, grifou-se).

hipóteses a serem investigadas no caso concreto, não tendo, portanto, qualquer utilidade para a demonstração da causalidade jurídica indispensável à imposição do dever de indenizar.

363. Além disso, o raciocínio simplista da União desconsidera diversas outras questões – apresentadas pela Souza Cruz²⁷⁶ e ignoradas em réplica – que interferem diretamente na suposta comprovação do nexos causal que seria, em tese, realizada pelos dados epidemiológicos.

364. A própria existência do significativo mercado ilegal de cigarros no país, por exemplo, soterra a tentativa de uso da epidemiologia para demonstração do nexos causal.²⁷⁷

C) Inaplicabilidade da teoria do market share liability

365. Igualmente, a teoria do *Market Share Liability*, na mesma linha do nexos causal epidemiológico, traduz teoria probabilística, que ignora a causalidade jurídica. Por isso, como esclarece a Profa. Dra. Judith Martins-Costa, é também inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro. Confira-se:

“É de considerar-se que mesmo os sistemas que admitem a utilização da *market share liability* reconhecem ser ‘uma das mais controversas teorias, cujo escopo de aplicação é limitado’, estando reservada a casos verdadeiramente excepcionais. Não serve para suprir a ausência de requisitos probatórios e, mesmo nos Estados Unidos, não foi utilizada para solucionar casos envolvendo a produção de cigarros. Fato é, contudo, que a sua compatibilidade com o Direito brasileiro parece

²⁷⁶ V. Evento 54, CONSTES1, item III.C.v.5.

²⁷⁷ V. Evento 54, CONSTES1, item III.C.v.5.

encontrar barreiras nos arts. 403, 942 e 944 do Código Civil. (...)

A necessidade do requisito 'fungibilidade' esbarraria na miríade de tipos de cigarros, cada qual com teores distintos de nicotina, alcatrão, etc., o que os torna distinguíveis em diferentes classes, diferentemente do DES, produto que levou à elaboração da teoria, nos Estados Unidos. Ademais, a multiplicidade de causas e fatores interruptivos do nexo de causalidade é problema que se liga à *determinação concreta do nexo causal*, como exige o art. 403.

No caso concreto, ainda que essas outras barreiras fossem superadas e a teoria fosse considerada compatível com o sistema brasileiro de causalidade, a pretensão da União Federal encontraria óbice intransponível na definição do mercado relevante, o que se verificaria não apenas sob os vieses geográfico e temporal” (doc. 1, páginas 57-58, grifou-se).

366. De mais a mais, não fosse suficiente a imprestabilidade do método em termos jurídicos, a Souza Cruz já esclareceu em sua Contestação que o critério do *market share* não é adequado para atribuição de responsabilidades a cada uma das Rés na forma pretendida pela União.²⁷⁸

367. Afinal, ainda que se pudesse definir a parcela histórica e flutuante da Souza Cruz no mercado brasileiro, o fato de a Souza Cruz deter X% da fatia do mercado não implica dizer que X% dos fumantes que buscam tratamento do SUS fumaram cigarros da Souza Cruz ao longo de toda ou em qualquer momento de suas vidas, sobretudo diante da incontroversa existência do substancial mercado ilegal de cigarros, bem como dos diversos outros fabricantes e vendedores de cigarros que operam licitamente no país.

²⁷⁸ V. Evento 54, CONTES1, item III.C.v.4.

368. Como já demonstrado,²⁷⁹ o mercado ilegal comercializa cigarros sem qualquer controle de qualidade e muito mais baratos, os quais são consumidos predominantemente pelas classes menos favorecidas, que usualmente buscam tratamento no SUS. Desse modo, mesmo a estarecedora opção da AGU de oficialmente proteger, dessa ação judicial, as organizações criminosas que comercializam cigarros ilegais, não justifica a aplicação da teoria do *market share liability*.

369. Em suma, não é possível empregar o *market share* como critério de “quantificação” de danos porque, além da imprestabilidade da metodologia em termos jurídicos, a informação que se extrairia de tal método – a fatia de mercado da Souza Cruz – não é equivalente à “fatia de usuários” do SUS que consomem exclusivamente cigarros da Souza Cruz.

370. Não se trata, então, de calcular “proporção” e “quantificação” de danos utilizando-se o *market share*, porque não é possível extrair, na largada, qualquer correlação válida entre os sujeitos que consomem cigarros da Souza Cruz e os sujeitos que tratam doenças perante o SUS. O problema é, repita-se, inteiramente relacionado ao nexo causal.

371. Como se vê do Enunciado n. 659 da IX Jornada de Direito Civil, “o reconhecimento da dificuldade em identificar o nexo de causalidade **não pode levar à prescindibilidade da sua análise**”.

372. Não é possível adotar os “atalhos” pretendidos pela União e, não havendo prova da causalidade, não pode haver responsabilização civil.

²⁷⁹ V. Evento 54, CONTES1, item III.B, ii.

D) Livre arbítrio do consumidor: ruptura de eventual nexu de causalidade. Silêncio absoluto da réplica da União sobre a interrupção do nexu causal

373. Como demonstrado pela Souza Cruz, ainda que, por hipótese, se admitisse a existência do nexu causal, seria indubidosa a sua interrupção, em virtude de fato exclusivo do consumidor. Dito de outro modo, o livre-arbítrio do consumidor rompe qualquer liame causal entre a alegada conduta ilícita e o dano, excluindo-se, assim, o dever de indenizar.²⁸⁰

374. Além de unânime na jurisprudência,²⁸¹ tal entendimento restou corroborado pela Professora Dra. Judith Martins-Costa:

“Se o consumidor não tivesse fumado (uma decisão tomada com base no seu livre-arbítrio), a ação da fabricante, ao produzir e comercializar o produto, não teria causado o suposto dano. Fumar, ato de autorresponsabilidade do fumante, é que gera a necessidade dele mesmo vir a exercer seu direito, assegurado na Constituição Federal, de buscar o SUS para convalescer em face de sua própria conduta, gerando gastos ao Estado” (doc. 1, página 45).

375. Verifica-se, portanto, a insubsistência dos argumentos aduzidos pelos Profs. Oscar Vilhena e André Corrêa, no sentido de que seria inaplicável, *in casu*, a excludente relativa à culpa exclusiva do consumidor. Nas palavras dos Professores: “não é possível falar em culpa da vítima porque não há aqui um uso negligente ou inadequado, ou seja, culposo do produto pela vítima”, sendo esta a premissa que embasa a equivocada conclusão de que não há como existir “assunção consciente e esclarecida do risco”.²⁸²

²⁸⁰ Evento 54, CONTES1, item III.C.v.4, páginas 223-237.

²⁸¹ V. compêndio de decisões contido no *link* apresentado no Evento 75, PET1.

²⁸² V. Evento 54, CONTES1, item III.C.v.4, página 233.

376. A ausência do dever de indenizar decorre da verificação de qualquer das causas excludentes de responsabilidade, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o fortuito. Com relação ao fato exclusivo da vítima, embora aluda-se comumente à culpa (“culpa exclusiva da vítima”), esse fator de imputação relaciona-se ao nexó de causalidade,²⁸³ o qual possui a dupla função de estabelecer a quem se deve imputar o dever de reparar e de aferir a extensão dos danos sofridos pela vítima.

377. De outro lado, como já se viu na Contestação, com fundamento no Parecer elaborado pelo Prof. Dr. Talvane de Moraes,²⁸⁴ ao contrário do que afirmam os Profs. Oscar Vilhena e André Corrêa, **a nicotina não priva os fumantes de seu livre-arbítrio, tampouco faz com que fumem involuntariamente ou impede que parem de fumar**. O ato de fumar é escolha única e exclusivamente pessoal, o qual parte de uma decisão complexa, que depende de vários fatores e elementos, e varia de pessoa para pessoa, inserindo-se no campo do livre-arbítrio de cada indivíduo, que deve assumir os ônus de sua deliberação, afastando-se, assim, qualquer possibilidade de responsabilização civil da Souza Cruz.

378. Além disso, a consolidada jurisprudência dos Tribunais reflete explicitamente a visão especializada exposta pelo Prof. Dr. Talvane de Moraes, no sentido de que o livre-arbítrio não é comprometido por quaisquer efeitos do fumo ou da nicotina, afastando-se a responsabilidade das empresas Réis em ações indenizatórias. É ver-se:

“Responsabilidade civil. Tabagismo. Ação reparatoria ajuizada por familiares de fumante falecido. (...) Produto

²⁸³ V. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, página 105.

²⁸⁴ Evento 54, CONTES1, item III.C.v.4, página 227.

de periculosidade inerente. Inexistência de violação a dever jurídico relativo à informação. Nexo causal indemonstrado. Teoria do dano direto e imediato (interrupção do nexo causal). Improcedência do pedido inicial. (...) **Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta ‘contaminação propagandista’ arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre”**.²⁸⁵

379. É emblemático que a União tenha sido totalmente **omissa** sobre esse ponto em sua réplica, a confirmar, de uma vez por todas, a improcedência de seus pleitos.

* * *

380. Diante de todo o exposto, resta claro que, ainda que se superem as preliminares processuais, os pedidos formulados pela União estão fadados à improcedência, em julgamento antecipado de mérito, nos termos do art.

²⁸⁵ STJ, REsp n.º 1.113.804/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.4.2013. Mais recentemente, confira-se os seguintes julgados no mesmo sentido: “(...) Aquele que, por livre e espontânea vontade, inicia-se no consumo de cigarros, propagando tal hábito durante certo período de tempo, não pode, doravante, pretender atribuir a responsabilidade de sua conduta a um dos fabricantes do produto, que exerce atividade lícita e regulamentada pelo Poder Público. Tese análoga à firmada por esta Corte Superior acerca da responsabilidade civil das empresas fabricantes de bebidas alcóolicas” (STJ, REsp n.º 1.322.964, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva Julg. 22.5.2018); V. tb. STJ, AgInt no REsp n. 1.843.850, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Julg. 10.8.2020.

355, I, do CPC.²⁸⁶ Afinal, a Autora veicula pretensão manifestamente prescrita, além de apresentar narrativa inverídica e desprovida de embasamento jurídico.

381. A improcedência do pleito é corroborada, ademais, não apenas pelas milhares de decisões judiciais que já enfrentaram, em ações individuais, as alegações ora empreendidas pela AGU,²⁸⁷ mas pelo recente trânsito em julgado da decisão proferida em outra ACP, ajuizada pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante (“ADESF”) em face da Philip Morris Brasil S.A. e da Souza Cruz.²⁸⁸

382. Naquela ação, pleiteava a ADESF a condenação das rés à indenização dos danos patrimoniais e morais alegadamente causados aos consumidores de cigarro, alegando-se a ocorrência de condutas similares às principais acusações ora aventadas pela AGU, sobretudo sobre publicidade enganosa e da ausência de conhecimento dos riscos associados ao consumo de cigarros.

383. Após anos de litígio, o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a improcedência da totalidade dos pedidos formulados pela ADESF, **inclusive do pleito de indenização por danos morais**, em acórdão que transitou em julgado em 22.9.2020.²⁸⁹

²⁸⁶ Art. 355, I, do CPC: “O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; (...)”.

²⁸⁷ Cf. compêndio de decisões contido no link apresentado no Evento 75, PET1.

²⁸⁸ A ACP foi autuada como Ação Civil Pública nº. 583.00.1995.523167-5 e tramitou perante a 19ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

²⁸⁹ V. Evento 54, OUT79, página 1, e doc. 11. A propósito, as decisões do caso ADESF reiteram as conclusões pacíficas da jurisprudência brasileira, que afasta pretensões indenizatórias como a presente. O Eg. TJSP decidiu, no processo movido pela ADESF, que: “(...) **não é possível atribuir às rés a responsabilidade por doenças eventualmente relacionadas ao fumo, tendo em conta todas as variáveis que devem ser sopesadas quando do diagnóstico de determinada enfermidade, tais como hereditariedade, alimentação, uso de álcool e drogas, prática de atividade física (estilo de vida como um todo).** Ademais, **é inegável o conhecimento, generalizado e profundamente difundido na sociedade, dos danos que o cigarro gera à saúde**, incluindo-se a dependência sugerida pela nicotina, não sendo crível o argumento das rés de ignorância do usuário sobre este fato público e notório. Daí se extrai que a decisão de aderir ao fumo é individual e voluntária por parte de seu consumidor, relacionada, pois, ao livre-arbítrio inerente a todos os indivíduos. Dessa forma, **a assunção livre e espontânea dos riscos à saúde afasta a responsabilidade das rés quanto à indenização vindicada.** (...) Chega a ser risível imputar às propagandas o início de um consumo

384. A AGU, naturalmente, tem conhecimento do teor das decisões proferidas no caso ADESF, já que chegou a citar o caso, embora para pinçar um trecho do laudo pericial que seria favorável às suas teses.²⁹⁰ Surpreende que a AGU tenha escolhido citar trecho descontextualizado do laudo, sem informar que, no referido processo, os pedidos foram julgados improcedentes, desfecho que, sem dúvida, deve igualmente ocorrer na presente ACP.

PRÓXIMOS PASSOS PROCESSUAIS: NECESSÁRIA EXTINÇÃO

.XIV.

A demanda proposta pela União deve ser extinta.

A) Há incontáveis razões que, por si só, conduzem à pronta extinção do processo

385. A presente ACP não reúne mínimas condições para prosseguimento. Como demonstrado, (i) a ACP é via processual inadequada, uma vez que veicula pedido de natureza individual, formulado pela União em nome próprio; (ii) o pedido de ressarcimento, porque individual, não pode ser cumulado com o pleito de indenização por danos morais coletivos; (iii) a União não possui interesse processual, eis que os pressupostos para responsabilização civil da Souza Cruz devem ser demonstrados em fase de conhecimento e demandam análise

que se tem enraizado na sociedade como nocivo à saúde, subestimando-se, via de consequência, a capacidade intelectual da pessoa humana. **A responsabilidade pela tomada de decisão é exclusiva do indivíduo, que se discerne dos demais animais justamente por ostentar um profundo desenvolvimento racional (ressalvados os casos específicos de deficiência mental), podendo optar por aquilo que julga lhe fazer bem ou mal.** (...) Considerando a licitude da produção e distribuição de cigarros; a hodierna legislação, que determina as proibições relativas ao fumo e a informação pelas fabricantes de advertência sobre os riscos associados ao tabaco; a adesão espontânea ao vício, sendo que cada pessoa tem suas peculiaridades e modo de vida distinto; a inexistência de propaganda abusiva ou enganosa, seja por ação ou omissão; as informações ostensivas nas embalagens do produto, notadamente quanto ao alerta de que a nicotina causa dependência, **não há que se cogitar em indenização por danos morais ou materiais**” (Evento 54, OUT79, páginas 14-25).

²⁹⁰ Evento 1, INIC1, página 72.

casuística e heterogênea, o que é incabível em sede de ACP; (iv) a “sentença” genérica e a bifurcação pretendidas pela AGU não possuem qualquer respaldo no ordenamento brasileiro; (v) o pedido relativo aos danos está prejudicado pela coisa julgada.

B) É necessário o julgamento antecipado de improcedência do mérito (art. 355, I, do CPC)

386. No mérito, há diversas razões incontornáveis para o julgamento imediato de improcedência. Afinal, já foi demonstrado que (i) as pretensões estão inteiramente prescritas; (ii) a CQCT não criou e não pode criar nova espécie de responsabilização civil e não pode ser fundamento para a pretendida indenização, que contraria a consolidada jurisprudência brasileira; (iii) a União age em conduta manifestamente contraditória, o que por si só, configura exercício ilegítimo de direito (*venire contra factum proprium*); (iv) a pretensão da União não pode ser perseguida no Judiciário e viola o sistema constitucional, porque visa a instituir e majorar tributos às Rés, cujo intuito seria pagar por “externalidades negativas” do fumo, o que já é coberto pelos bilhões de reais por ano pagos a título de tributos; (v) não há, juridicamente, dano indenizável, eis que as alegadas despesas incorridas pelo SUS decorrem de dever constitucional atribuído à União; (vi) é insustentável a pretensão de responsabilização objetiva, uma vez que a Souza Cruz não exerce atividade de risco e tampouco comercializa produtos defeituosos, o que afasta a incidência dos arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil, como definido em precedentes do Eg. STJ; (vii) a epidemiologia e a teoria do *market share liability* traduzem teorias probabilísticas, que não são aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro para fins de demonstração de nexos causal, por não estabelecerem relação de causalidade direta e imediata entre a alegada conduta antijurídica da Souza Cruz e os supostos danos; e (viii) eventual nexos causal (inexistente, *in casu*) seria interrompido pelo livre arbítrio dos fumantes, como também pacificamente decidido pelo Eg. STJ.

387. Todas estas razões, que levam, cada uma delas, à improcedência dos pleitos, dispensam a produção de quaisquer provas adicionais (art. 355 do CPC). São questões eminentemente jurídicas ou já suficientemente provadas e sedimentadas nos autos. Não à toa, **nenhuma** das provas apresentadas pela União infirma as conclusões apresentadas pela Souza Cruz, que em nada são alteradas pela genérica especificação de provas realizada em réplica (v. item XIV.C abaixo), que sequer tangencia tais temas.

388. A hipótese é de improcedência imediata dos feitos, o que requer a Souza Cruz.

C) O ônus probatório da União, seu silêncio sobre os fatos essenciais da causa e a inviável especificação genérica de provas: preclusão e improcedência

389. Caso, por eventualidade, não haja imediata extinção do feito ou improcedência antecipada dos pedidos autorais, como exposto acima – o que se aventa *ad argumentandum tantum* –, não há dúvida de que incumbiria à União demonstrar, nos termos do art. 373, I, do CPC, os fatos constitutivos de seu alegado direito.²⁹¹ Tais fatos abrangem, como visto, os pressupostos autorizadores da responsabilidade civil (antijuridicidade da conduta ou, no caso da responsabilidade subjetiva, culpa, dano e nexo de causalidade), que, como se sabe, são cumulativos.

390. Nesses termos, com relação à Souza Cruz, deveria a União já ter provado, cumulativamente: (i) a existência de conduta antijurídica ou culposa praticada pela Ré, e não por terceiros; (ii) que alegada conduta antijurídica ou culposa ensejou o consumo ou o aumento do consumo de cigarros fabricados pela Souza Cruz, e a exata proporção desse aumento causado pela conduta antijurídica ou culposa; (iii) que tal consumo ou aumento do consumo dos cigarros produzidos pela Souza Cruz, em razão da sua alegada conduta antijurídica ou culposa, tenha sido a causa direta e imediata do adoecimento dos seus consumidores com relação às 27

²⁹¹ A União confessa o seu ônus probatório na réplica: Evento 98, RÉPLICA1, página 184.

(vinte e sete) doenças elencadas na inicial (eliminando o livre arbítrio dos fumantes, o consumo de cigarros ilícitos e os outros diversos fatores de risco associados às 27 (vinte e sete) doenças); (iv) que tais consumidores da Souza Cruz recorreram ao SUS para o tratamento de tais doenças; (v) na eventualidade de se superar a premissa legal de que despesas do SUS não podem configurar lesão a interesse juridicamente tutelável, a quantia e os documentos que demonstrem as despesas incorridas pela União Federal nos cinco anos anteriores à propositura da ação com o tratamento das 27 doenças listadas na inicial, que tenham comprovadamente decorrido do consumo de cigarros da Souza Cruz; (vi) que, como direta consequência de tais fatos, a União incorreu em maiores gastos com o SUS, afastando-se, assim, outros fatores que possam influir no custos fixos de manutenção do SUS, como aqueles decorrentes de fraudes, perdas e abusos; (vii) que tais alegados gastos seriam menores em um mundo hipotético em que a Souza Cruz nunca tivesse praticado qualquer das alegadas condutas indevidas; e (viii) que tais alegados danos, se existentes, seriam superiores aos tributos incidentes sobre toda a atividade das Rés e vertidos para o Poder Público.

391. No entanto, como demonstrado ao longo da presente peça, a União não produziu as provas dos fatos que embasariam sua pretensão. Não há **nada** nos autos que possa sustentar os pedidos formulados, nenhuma prova relevante foi acostada à inicial ou à réplica, como incumbia à AGU, em violação aos comandos do Código de Processo Civil:

“Art. 434. **Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações**”.

“Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, **quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos**”.

392. A prova documental deve ser produzida na fase postulatória (acompanhando inicial, contestação, réplica e tréplica), notadamente quando destinada a fazer prova dos fatos alegados e/ou refutar fatos e provas apresentados pela parte adversa, o que decorre de expressa previsão legal (arts. 434 e 435 do CPC). A ausência de juntada dos documentos no tempo oportuno implica **preclusão e perda da prova**,²⁹² o que deve ser aplicado à União.

393. Não fosse suficiente a ausência de provas sobre os fatos por si narrados, a União não impugnou as contundentes provas apresentadas pela Souza Cruz sobre os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito alegado na inicial (art. 373, II, do CPC) – como se vê, por exemplo, dos fatos e provas listados nas tabelas dos itens VIII.D e XII acima –, **tornando-os incontrovertidos**.

394. Evidentemente, a oportunidade para a União refutar os fatos e provas apresentados em Contestação era a réplica, sobretudo porque instada a se manifestar precisamente “sobre juntada de novos documentos (art. 437 do CPC)

²⁹² Sobre o tema, afirma a doutrina especializada: “Permitindo-se às partes, eternamente, juntar documentos preexistentes para a comprovação de fatos afirmados, cria-se situação de instabilidade no processo, na medida em que jamais poderão elas orientar-se pelas regras comuns do ônus da prova. Sempre, mesmo depois da sentença, seria possível apresentar documento qualquer, alterando-se completamente o andamento do feito. Em regra, a produção da prova documental tem momento próprio, concomitante com a apresentação, pelas partes, da petição inicial e da resposta (art. 434)” (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (Coord.), *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*, vol. 2, rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 2. ed., e-book). No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência: “(...) Nos termos do art. art. 434 do CPC/2015 (art. 396 do CPC/73), cabe à parte instruir a inicial ou a contestação com os documentos que forem necessários para provar o direito alegado. Na hipótese, foi consignado pelas instâncias ordinárias que os documentos apresentados são antigos e, não tendo sido apresentados no momento oportuno, operou-se a preclusão. (...) Sobre a questão, a jurisprudência do STJ entende que a regra prevista no art. 434 do CPC/2015, segundo a qual incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações, somente pode ser excepcionada na hipótese do surgimento de documentos novos, isto é, decorrentes de fatos supervenientes ou dos quais a parte somente tenha conhecido posteriormente, nos termos do art. 435 do CPC/2015, sob pena de preclusão” (STJ, AgInt no AREsp 1.683.306/SP, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 7.12.2020).

e alegações de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado na inicial (art. 350 do CPC)”, conforme r. decisão de Evento 85.

395. Nem precisaria ser dito, mas os arts. 437 e 350 do CPC, expressamente citados por esse MM. Juízo na r. decisão de Evento 85, determinam:

“Art. 350. Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, **permitindo-lhe o juiz a produção de prova**”.

“Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e **o autor manifestar-se-á na réplica** sobre os documentos anexados à contestação”.

396. Como se sabe, a União submete-se ao ônus de impugnação especificada,²⁹³ sobretudo em demandas de alta relevância, como a presente ACP, que versa sobre direito patrimonial da própria União. Seria no mínimo desleal que a AGU pudesse, ao longo de mais de dois anos e contando com o trabalho de experientes e qualificados procuradores, preparar sua inicial de mais de 250 páginas, narrando os mais fantasiosos fatos em relação às Rés, e, após a defesa, simplesmente silenciar a respeito de tudo que foi adequadamente refutado, sem qualquer consequência para a procedência de seus pleitos.

²⁹³ “A Fazenda Pública submete-se ao ônus da impugnação especificada. Não há razão para dispensar os advogados públicos desse ônus, até mesmo por uma questão ética: ao advogado particular cabe a tarefa de manifestar-se precisamente sobre o que afirma a parte adversária; o advogado público, qualificado após a aprovação em concursos públicos concorridíssimos, poderia, simplesmente, não manifestar-se sobre as afirmações da parte adversária, sem qualquer consequência. O papel do advogado na construção da decisão judicial justa não pode ser desprezado; a incidência da regra aos advogados dos entes públicos seria verdadeira *capitis deminutio* desses profissionais” (Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 22. ed., Salvador: Editora JusPodvim, 2020, pp. 796-798, grifou-se). Afinal, a dispensa da impugnação especificada (art. 341, parágrafo único, do CPC) apenas abrange o defensor público, o dativo e o curador, considerando que usualmente não possuem acesso à parte que representam, o que em nada se assemelha à situação da AGU.

397. Sequer seria possível, ao caso em tela, afastar o ônus da impugnação especificada em relação à AGU, já que tal dispensa apenas é admitida quando os fatos discutidos em juízo dizem respeito a atos da própria Administração, quando esta figura como ré, em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos.²⁹⁴ O contexto aqui é inteiramente diverso: os fatos e argumentos sobre os quais silenciou a União são todos relacionados à conduta da Souza Cruz e, por isso, não há qualquer dispensa legal do dever da AGU de se manifestar de forma específica e fundamentada.

398. De mais a mais, a deficiente manifestação da União sobre os argumentos e provas apresentados pela Souza Cruz é reforçada pela “especificação” genérica de provas realizada na réplica.²⁹⁵

399. Não surpreende, diante da reprovável conduta da Autora, a sua “especificação” genérica de prova documental, que consistiria na “produção e juntada de documentos novos para reforço dos já juntados na inicial e aptos a contrapor os argumentos demandadas de negativa de autoria ou inexistência dos fatos mencionados na inicial; inexistência de dano e nexos de causalidade, incluindo a impossibilidade de utilização da epidemiologia ou outras técnicas estatísticas para a demonstração dos mesmos sob um viés difuso e coletivo; e

²⁹⁴ Leonardo Carneiro da Cunha, *A Fazenda Pública em Juízo*, rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018, 15. ed., pp. 99-100.

²⁹⁵ Os documentos que foram efetivamente acostados pela União em réplica, a propósito, não se referem aos fatos trazidos pela Souza Cruz e são, em sua maioria, imprestáveis como prova e impertinentes ao litígio. Ficam, portanto, todos impugnados. Os documentos (DECSTJSTF15, DECSTJSTF16 e DECSTJSTF21 e PARECER17) são apenas decisões judiciais ou pareceres proferidos em outros casos que não envolvem a Souza Cruz, já impugnadas nos tópicos correspondentes da presente peça. Os documentos OUT2, OUT3, OUT4, OUT5, OUT6, OUT7, OUT8, OUT9, OUT11 e OUT12, OUT13 e OUT14 são imprestáveis, porque em língua estrangeira e sem tradução completa, e se referem a trechos de decisões estrangeiras envolvendo diferentes fatos, leis e sistemas jurídicos, que não levam à procedência do pedido, como abordado na Contestação e nos tópicos acima, ou a informações públicas das empresas Rés, que em nada se relacionam com os fatos narrados pela AGU. Os documentos OUT10, OUT18, OUT19 e OUT20 igualmente não se referem à Souza Cruz.

impossibilidade de utilização da fatia de mercado (*market share*) para delimitação de responsabilidades”²⁹⁶.

400. Tais provas, se existentes, **deveriam já ter acompanhado a réplica**, por expressa determinação legal (arts. 434, 435, 437 e 350 do CPC). Os “fatos” que a União lista em seu pedido totalmente genérico são precisamente os fatos que constituiriam seu direito e que já deveriam estar nos autos, seja com a inicial, seja com a réplica, de modo que não lhe deve ser concedida nova oportunidade para produzir provas, **haja vista a preclusão de seu direito para tanto**.

401. Do mesmo modo, **incabível** o pleito de produção de prova testemunhal como formulado pela União, porque destinado a fazer prova não de fatos, mas de argumentos **técnicos** e **jurídicos** defendidos pela União, o que é o incompatível com o art. 156 do CPC.²⁹⁷ Em especial, o pedido é inócuo, uma vez que já evidenciado – por robustos argumentos jurídicos – que a epidemiologia é inadequada para o exame de nexos causais, e que a CQCT não constitui fundamento adequado para legitimar a presente demanda.

402. Tampouco poderia a União especificar novas provas “após o juízo de admissibilidade dessas”²⁹⁸ em pedido **condicional** de produção probatória que não encontra guarida na legislação brasileira.

²⁹⁶ Evento 98, RÉPLICA1, página 185.

²⁹⁷ Na doutrina, cfr.: “A prova testemunhal não constitui meio hábil para levar ao processo dados técnicos ou análises técnico-científicas; isto se faz por meio da prova pericial, motivo pelo qual, se for essa a intenção, a prova testemunhal deve ser indeferida” (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (Coord.), *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*, vol. 2, rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 2. ed., e-book). Também inaplicável o art. 464, §§2º a 4º, do CPC, cabível apenas “quando o ponto controvertido **for de menor complexidade**”, o que não é o caso, como já reconhecido na r. decisão Evento 85.

²⁹⁸ Evento 98, RÉPLICA1, página 186.

403. O pleito não se sustenta sequer a partir da construção que busca fazer a AGU a respeito de prévia necessidade de indicação dos pontos controvertidos por esse MM. Juízo para, só após, proceder à especificação de outras provas. A União sabe precisamente quais são os fatos que constituiriam seu alegado direito, sobre os quais possui o ônus da prova, e também sabe precisamente que todos estes fatos foram inequivocamente controvertidos e adequadamente refutados pela minuciosa Contestação da Souza Cruz. E não se pode esquecer que a União foi instada exatamente para especificar as provas que pretendia produzir antes de eventual decisão de saneamento, nos exatos termos da r. decisão de Evento 85.

404. Seu **silêncio** – tanto em relação à impugnação dos documentos e alegações trazidos pela Souza Cruz, quanto em relação à produção das provas que lhe incumbiam – atesta a fragilidade de seus pleitos, devendo ser rejeitados os pedidos genéricos de produção de prova, bem como a possibilidade de futura especificação, **operando-se a preclusão.**

405. Em resumo, portanto, **mesmo que se superem os argumentos indicados acima – o que se admite para argumentar –**, não tendo sido comprovados os fatos constitutivos do alegado direito, e sendo a pretensão da AGU descolada do ordenamento jurídico brasileiro, a conclusão apenas pode ser pela improcedência dos pedidos da União, em sede de julgamento antecipado do mérito, na forma do art. 355, I, do CPC.²⁹⁹

²⁹⁹ Nesse sentido, conclui o Parecer da Profa. Dra. Judith Martins-Costa “A tese da União Federal não encontra respaldo no Direito brasileiro. Os pressupostos da responsabilidade civil são cumulativos, de modo que somente se verificada a ocorrência de todos deflagra-se o dever de indenizar. São necessários: (i) a ilicitude ou antijuridicidade, salvo na hipótese de a lei expressamente impor o dever de indenizar por ato lícito, o que é hipótese excepcional e sempre topicamente prevista na lei; (ii) o dano e (iii) o nexo de causalidade entre o ato ou conduta antijurídica e o prejuízo. **No caso, nenhum pressuposto se verifica, tampouco há fator de imputação de responsabilidade atribuível a Souza Cruz, de modo que não há dever de indenizar**” (Parecer da Prof. Dra. Judith Martins-Costa, doc. 1, página 1, grifou-se).

D) Subsidiariamente: saneamento do processo e especificação de provas pela Souza Cruz

406. Apesar de entender que a hipótese é de extinção do processo ou de improcedência imediata dos pedidos, na eventualidade de esse MM. Juízo decidir pelo prosseguimento do feito – *ad argumentandum tantum* –, a Souza Cruz requer, subsidiariamente, a designação de audiência para que o saneamento seja realizado em cooperação com as partes, na forma do art. 357, § 3º, do CPC.³⁰⁰ Referido dispositivo legal determina que deverá o juiz designar a audiência para saneamento do processo em causas complexas, o que ocorre no presente caso, como já reconhecido por todos os envolvidos, inclusive na r. decisão de Evento 85.

407. Ademais, a Souza Cruz requer seja declarada a preclusão do direito da União de produzir novas provas, considerando o que foi exposto acima.

408. Por fim, embora o ônus da prova seja da União, de modo a corroborar os argumentos e provas já acostadas aos autos e a completa improcedência dos pleitos, a Souza Cruz postula, em caráter subsidiário, a produção das seguintes provas suplementares, que evidenciarão uma vez mais que a União falhou em comprovar a existência de danos indenizáveis decorrentes das atividades da Souza Cruz.

a) Prova documental suplementar

409. Subsidiariamente à imediata extinção do processo ou à improcedência dos pleitos da União, a Souza Cruz requer a expedição dos seguintes

³⁰⁰ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

ofícios a órgãos públicos, para que forneçam os documentos abaixo listados, os quais **não** são disponibilizados diretamente à população:

- A) Expedição de ofício ao DENASUS (Departamento Nacional de Auditoria do SUS)**, órgão integrante do Ministério da Saúde, para que remeta aos autos os Relatórios de auditorias do SIA-SUS (Sistema de Informações Ambulatoriais), do SIH-SUS (Sistema de Informações Hospitalares), das AIH (Autorizações de Internação Hospitalar) e do Programa Farmácia Popular do Brasil (PFPB) realizados pelo DENASUS desde o ano de 2014 até a data presente.

Endereço: DENASUS, Ministério da Saúde SAF/Sul, Trecho 02, Lote 05/06, Bloco F, Ed. Premium, Torre I, 2º andar, Brasília/DF, CEP 70070-600.

Justificativa: O ofício tem o objetivo de obter, perante o DENASUS (órgão de auditoria do Ministério da Saúde responsável por fiscalizar as irregularidades na rede assistencial do SUS e seus fornecedores), documentos comprobatórios adicionais a respeito da existência de fraudes, ineficiências e má-gestão dos recursos do SUS, além de evidenciar a ausência de adequado controle e fiscalização sobre a destinação final e alocação dos recursos federais no âmbito do SUS. Tal prova corroborará, mais uma vez, a ausência de nexos causal em razão da culpa exclusiva da União no que diz respeito às falhas na gestão financeira do SUS.

- B) Expedição de ofício ao Secretário Especial da Receita Federal** para que remeta aos autos informações, documentos e dados estatísticos atualizados sobre as apreensões de cigarros ilegais, contrabandeados e falsificados, por ano, desde 2010 até a data presente, bem como as estatísticas do Sistema de Controle de Mercadorias Apreendidas referentes à destruição de cigarros no mesmo período.

Endereço: Esplanada dos Ministérios, Ministério da Economia, Bloco P, 7º andar, Brasília/DF, CEP 70048-900.

Justificativa: O ofício tem o objetivo de obter documentos adicionais para comprovar o estado atual do mercado ilegal de cigarros no Brasil e seu impacto financeiro à Autora em razão de perda de arrecadação tributária. Tal prova corroborará, mais uma vez, a ausência de nexos causal em razão da culpa exclusiva da União no que diz respeito às falhas no combate ao mercado ilícito.

- C) **Expedição de ofício ao Secretário Especial da Receita Federal** para que remeta aos autos informações e documentos que comprovem o valor de todos os tributos arrecadados pela União Federal com a atividade da Souza Cruz, da PMB S.A. e da PMB Ltda., desde 2014 até a data presente.

Endereço: Esplanada dos Ministérios, Ministério da Economia, Bloco P, 7º andar, Brasília/DF, CEP 70048-900.

Justificativa: O ofício tem o objetivo de comprovar o valor total de tributos recolhidos em razão da atividade de fabricação e comercialização de cigarros, considerando toda a cadeia produtiva, os quais são vertidos ao erário público e empregados, dentre outros, para financiamento da seguridade social. Tal prova corroborará, mais uma vez, a inexistência de dano do ponto de vista econômico (valendo lembrar que não há dano do ponto de vista jurídico).

410. A Souza Cruz requer, ainda em caráter subsidiário, a expedição de ofícios a outros órgãos públicos e privados para obtenção de documentos e informações que não possam ser obtidos diretamente e que sejam relevantes para a presente ação, inclusive para se contrapor ou complementar informações e documentos que venham a ser acostados aos autos, bem como dados que venham aos autos em resposta às solicitações acima ou no curso da instrução.

b) Prova pericial

411. A Souza Cruz requer, subsidiariamente à imediata extinção do processo ou à improcedência dos pleitos da União, a realização das seguintes provas periciais:

A) Perícia técnica a respeito do mercado ilegal de cigarros, a ser realizada por profissional especializado em economia/econometria e análise mercadológica, com os objetivos de: **(i)** demonstrar que o governo federal tomou ao longo dos anos medidas que, em vez de combater, causaram e fomentaram o mercado ilegal no país, seja por meio de políticas de tributação irracionais, seja por meio de medidas altamente ineficientes de combate ao mercado ilegal ou por inação; **(ii)** quantificar o percentual de mercado ilegal de cigarros desde 2010; **(iii)** calcular os prejuízos causados ao próprio governo federal (por perda de arrecadação tributária) e às empresas que operam na legalidade (por vendas perdidas).

Para a perícia, deverão ser analisados, além dos documentos constantes dos autos, os relatórios de auditoria indicados no item XIV.D.a acima.

Justificativa: A perícia terá como objetivo demonstrar a ascensão do mercado ilegal, evidenciando que o governo federal adotou medidas que fomentaram o mercado ilegal no país, causando-lhe bilionários prejuízos em razão do não recolhimento dos tributos. A prova requerida corroborará a ausência denexo causal em razão da culpa exclusiva da União.

B) Perícia técnica em gestão pública da saúde, a ser realizada por profissional especializado em tal área, com o objetivo de demonstrar, dentre outras questões: **(i)** o montante do Produto Interno Bruto (PIB) alocado para o SUS para o compromisso constitucional de fornecer acesso universal à saúde; **(ii)** o funcionamento das transferências dos recursos federais destinados à saúde para o Distrito Federal, os Estados e os Municípios; **(iii)** a ineficiência na gestão e aplicação dos recursos federais, bem as falhas na fiscalização da aplicação dos recursos federais

pelos órgãos de controle do SUS, possibilitando a ocorrência de fraudes e desperdícios; **(iv)** os custos fixos e direcionadores da elevação de custos do SUS; **(v)** a limitação das informações constantes dos documentos financeiros do SUS para atestar o uso adequado dos recursos.

Para a perícia, deverão ser analisados, além dos documentos constantes dos autos, os relatórios de auditoria indicados no item XIV.D.a acima e outros documentos que venham a ser indicados pela Souza Cruz quando da elaboração de quesitos.

Justificativa: A perícia terá como objetivo demonstrar, como asseverado pela Souza Cruz, a ineficiência da União na gestão do SUS e na fiscalização da aplicação dos recursos federais, permitindo a ocorrência de fraudes e volumoso desperdício de recursos públicos. Tal prova corroborará a ausência de nexo causal em razão da culpa exclusiva da União.

C) Perícia técnica relacionada ao perfil dos usuários do SUS, a ser realizada por profissional especializado em economia/econometria, de modo a verificar quais são as marcas de cigarros predominantemente consumidas pelos usuários do SUS diagnosticados com uma ou mais das 27 (vinte e sete) doenças indicadas na petição inicial e que receberam tratamento do SUS relativamente a essas doenças a partir de recursos federais.

Para a perícia, deverão ser analisados, além dos documentos constantes dos autos, os documentos que venham a ser indicados pela Souza Cruz quando da elaboração de quesitos.

Justificativa: A perícia terá como objetivo demonstrar, como asseverado pela Souza Cruz, que os consumidores de cigarros da Souza Cruz não são os usuários do SUS, os quais coincidem em sua maioria com os consumidores de mercados ilegais, de modo que a teoria do *market share liability* não permite, sequer em tese, correlação adequada para aferir o percentual de usuários do SUS que teriam sido ou seriam consumidores

dos cigarros da Souza Cruz. A prova requerida corroborará a inexistência de nexo de causalidade.

c) Prova testemunhal

412. Como mencionado no item XIV.C acima, as “testemunhas” que a AGU pretende ouvir não se enquadram, tecnicamente, como prova testemunhal, razão pela qual a Souza Cruz se opõe à designação da prova.

413. No entanto, caso esse MM. Juízo entenda por deferir a produção de tal à AGU, a Souza Cruz requer que também ela possa indicar especialistas sobre os temas em debate para prestarem depoimentos em audiência, os quais serão arrolados no prazo legal (art. 357, §4º, do CPC).

* * *

414. Sem prejuízo do acima exposto, a Souza Cruz se reserva o direito de requerer novas provas após o saneamento – caso, por eventualidade, tal pleito da AGU seja acolhido.

**.IV.
Conclusão.**

415. A presente ACP não pode prosseguir em razão dos óbices processuais constatados e, no mérito, porque são improcedentes os pedidos formulados pela União. Por todo o exposto, requer a Souza Cruz:

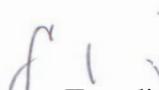
I. Preliminarmente:

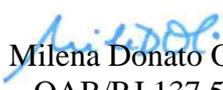
- a. O reconhecimento **de coisa julgada em relação ao pedido de indenização por dano moral coletivo**, com a extinção parcial do processo sem resolução do mérito quanto a esse pedido, na forma do art. 485, V, do CPC;
 - b. O reconhecimento **da inadequação da via eleita pela União e de ausência de interesse processual**, com a extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 485, I, IV e VI, do CPC;
 - c. O desentranhamento ou desconsideração dos documentos ilegíveis e sem tradução juramentada;
 - d. A adequação do valor da causa, na forma do art. 292, § 3º, do CPC;
 - e. O reconhecimento da prescrição da pretensão da União, com a extinção do processo com resolução do mérito, na forma do art. 487, II, do CPC;
- II.** No mérito, mediante julgamento antecipado do mérito, com fulcro no art. 355, I, do CPC, a **improcedência** de todos os pedidos formulados pela União, por todas as razões expostas nas manifestações apresentadas nestes autos;
- III.** **Subsidiariamente aos itens I e II acima**, a produção das provas especificadas no item XIV.D *supra* para que, ao final, sejam julgados improcedentes todos os pedidos formulados pela União, por todas as razões expostas;
- IV.** Em qualquer caso, a condenação da União ao pagamento dos ônus de sucumbência.

416. Por fim, a Souza Cruz requer a concessão de prazo não inferior a 30 (trinta) dias para juntada da tradução juramentada dos documentos que acompanham os pareceres técnicos acostados à presente manifestação.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Porto Alegre, 26 de agosto de 2022

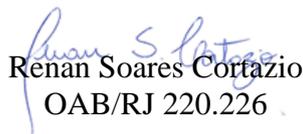

Gustavo Tepedino
OAB/RJ 41.245


Milena Donato Oliva
OAB/RJ 137.546


Paula Greco Bandeira
OAB/RJ 145.377


Henrique Fleury da Rocha
OAB/RJ 204.677

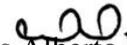

Sofia Orberg Temer
OAB/RJ 204.625


Renan Soares Cortazio
OAB/RJ 220.226


Laura Osório Bradley
OAB/RJ 187.114


Camila Melchior Baptista
OAB/RJ 211.089


Rodrigo da Guia Silva
OAB/RJ 204.953


Carlos Alberto R. Ávila
OAB/DF 55.905

LISTA DE DOCUMENTOS

- Doc. 1** – Parecer da Professora Dra. Judith Martins-Costa;
- Doc. 2** – Parecer da Professora Dra. Carmen Tiburcio;
- Doc. 3** – Parecer do Professor Dr. Anderson Schreiber;
- Doc. 4** – Parecer do Professor Dr. Luiz Rodrigues Wambier;
- Doc. 5** – Parecer do Professor Dr. Gesner Oliveira;
- Doc. 6** – Parecer do Professor Dr. Denizar Vianna e seus respectivos anexos;
- Doc. 7** – Parecer do Professor Dr. Luiz Pontel de Souza (Mercado Ilegal) e seus respectivos anexos;
- Doc. 8** – Parecer do Professor Dr. Luiz Pontel de Souza (SUS) e seus respectivos anexos;
- Doc. 9** – Parecer da FTI (Mercado Ilegal) e seus respectivos anexos;
- Doc. 10** – Parecer da FTI (SUS) e seus respectivos anexos;
- Doc. 11** – Decisões e certidão de trânsito em julgado referentes ao caso ADESF;
- Doc. 12** – Decisão proferida pelo Poder Judiciário da Coreia do Sul;
- Doc. 13** – Exposição de Motivos da MP 540/2011;
- Doc. 14** – Notícias relativas a fraudes e ineficiências do SUS;
- Doc. 15** – Artigo “O custo do contrabando” (IDESF);
- Doc. 16** – Relatório da CPI da Pirataria (Cigarros);
- Doc. 17** – Artigo “Ação contra o mercado ilegal”, publicado pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO);
- Doc. 18** – Notícias relativas a fábricas ilegais de cigarros no Brasil.