

**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., pelos advogados
que esta subscrevem, apresentar aos autos documento fornecido pelo
Ministério da Saúde a respeito dos fatos narrados pela União nesta demanda e
que confirma a improcedência dos pedidos autorais (doc. 1), nos termos a seguir
expostos.

.I.**A resposta do Ministério da Saúde.**

Fato novo impeditivo do pretenso direito da União: não há como comprovar as despesas federais com as 27 doenças suscitadas na inicial, tampouco identificar os valores gastos pelo SUS com o tratamento de fumantes e ex-fumantes.

1. A pretensão da União funda-se, em síntese, na alegação de que o SUS despenderia recursos com o tratamento de 27 doenças relacionadas ao consumo de cigarros, de modo que seria supostamente de responsabilidade das Rés o pagamento de “indenização” à União em valor equivalente às mencionadas despesas.

2. Como não poderia deixar de ser, a pretensão – que apresenta falhas processuais intransponíveis¹ e contraria, mesmo em tese, o ordenamento jurídico brasileiro² – não veio acompanhada de quaisquer

¹ Quais sejam: (i) inadequação da via eleita pela AGU, sobretudo em razão (i.i) da inconstitucional judicialização de pretensão que versa sobre política tributária, em tentativa de usurpação da competência do Poder Legislativo; (i.ii) do não cabimento da ACP para tutela de pedido de natureza individual, formulado pela União em nome próprio; (i.iii) da ausência de interesse-adequação e interesse-utilidade que justifique o prosseguimento da ACP; (i.iv) ainda que se pudesse considerar pretensão coletiva no que tange ao pedido de danos morais, da natureza dos direitos suscitados pela União Federal, que são individuais e heterogêneos, incabíveis em sede de ACP; e (i.v) da impossibilidade de cumulação de pedidos de danos materiais à União e danos morais à coletividade (ausência de conexidade subjetiva, procedimentos incompatíveis e competências distintas). De mais a mais, (ii) a União não possui interesse processual, vez que os pressupostos para responsabilização civil da Souza Cruz devem ser demonstrados em fase de conhecimento e demandam análise casuística e heterogênea, o que é incabível em sede de ACP; (iii) a “sentença” genérica e a bifurcação pretendidas pela AGU não encontram qualquer respaldo no ordenamento brasileiro; (iv) há o óbice da coisa julgada em relação ao pedido de danos morais coletivos.

² Com efeito, no mérito, há diversas razões incontornáveis para o julgamento imediato de improcedência, que dispensam a produção de provas adicionais (art. 355, CPC), tais como (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, vez que as alegadas despesas

elementos concretos relacionados aos supostos atos antijurídicos que teriam sido praticados pela Souza Cruz, e, muito menos, de dados ou provas relacionados às afirmadas despesas (passo inicial, porém não suficiente, para a aferição de qualquer dano) ou ao indispensável nexo de causalidade.

3. Quanto às alegadas despesas, não há sequer o mínimo elemento comprobatório. Assim já havia asseverado o Parecer do Prof. Dr. Gesner Oliveira anexado à Tréplica apresentada pela Souza Cruz, após analisar integralmente todos os documentos apresentados pela União nestes autos:

“(...) 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. (...)

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”.³

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 nexo 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 nexo causal (inexistente, *in casu*) seria interrompido pelo livre arbítrio dos fumantes, como também pacificamente decidido pelo Eg. STJ.

³ Evento 105, PARECER6, página 7, grifou-se.

4. Diante de tal contexto, visando a resguardar seus direitos e viabilizar sua adequada defesa em juízo, foi solicitado ao Fundo Nacional de Saúde (“FNS”), órgão do Ministério da Saúde (e, portanto, da União) e gestor financeiro dos recursos do SUS na esfera federal, com base no regramento da Lei de Acesso à Informação (“LAI”),⁴ informações acerca do valor dos repasses de recursos federais efetuados pela União aos Fundos de Saúde dos Estados, Municípios e Distrito Federal, no período de 2014 a 2019, que tenham sido aplicados no tratamento de fumantes ou ex-fumantes relativamente às 27 doenças listadas pela União Federal na petição inicial.

5. Nos termos dos arts. 350 e 435, parágrafo único, do CPC, a Souza Cruz junta aos autos a resposta do Ministério da Saúde (doc. 1), a qual esclarece que o FNS simplesmente não tem conhecimento do valor de recursos federais destinados especificamente ao tratamento das 27 doenças enumeradas na inicial e tampouco rastreia a aplicação desses recursos pelos entes subnacionais. Confirmam-se as palavras da Diretoria-Executiva do FNS:

Por ser o órgão transferidor dos recursos, o FNS possui apenas as informações de quanto foi repassado aos estados e municípios, na modalidade fundo a fundo, nos blocos de manutenção e estruturação das ações e serviços públicos de saúde, dos anos solicitados, não tendo competência para elucidar minuciosamente para que tipo de atendimento o recurso se destinou.

No âmbito das responsabilidades dos entes federados, a Constituição Federal de 1988 elencou como um dos maiores princípios do SUS a descentralização das ações, conferindo aos gestores locais papel preponderante na execução das políticas de saúde. De posse dos valores transferidos pela esfera federal, os gestores tem liberdade para definir o destino dos gastos, de acordo com as necessidades e prioridades regionais/locais.

(doc. 1)

6. Não bastasse o confessado desconhecimento das despesas federais com o tratamento das 27 doenças suscitadas pela União Federal (e do destino final dos recursos), a Secretaria de Atenção Especializada

⁴ Art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal e Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informações).

à Saúde (SAES), órgão do Ministério da Saúde, acrescenta, na segunda parte da resposta à consulta, que tampouco podem ser aferíveis os valores empregados no tratamento de fumantes e ex-fumantes. É ver-se:

Informa-se que não há nos Sistemas de Informação Ambulatorial e Hospitalar (SIA e SIH) como extrair a informação solicitada, uma vez que não se tem como identificar os valores que tenham sido "comprovadamente empregados diretamente para o tratamento de fumantes e ex-fumantes".

Esclarece-se que os valores da produção informada nos sistemas SIA e SIH referem-se aos valores brutos de produção, de acordo com os valores de cada procedimento na Tabela do Sistema Único de Saúde - SUS multiplicados pela quantidade informada e aprovada pelo gestor local e eventuais incrementos, sendo que não representam os valores efetivamente repassados aos estabelecimentos de saúde para o custeio de tais atendimentos.

7. Além disso, a SAES assinalou, de forma expressa, que a informação solicitada com base na LAI é inexistente:

Tipo de resposta	Sinalizar a informação solicitada:
	<p><input type="radio"/> Acesso concedido</p> <p><input checked="" type="radio"/> Acesso negado, justificar a negativa:</p> <p><input type="checkbox"/> Dados pessoais;</p> <p><input type="checkbox"/> Informação sigilosa de acordo classificada conforme a Lei nº 12.527/2011;</p> <p><input type="checkbox"/> Informação sigilosa de acordo com a legislação específica;</p> <p><input type="checkbox"/> Pedido desproporcional ou desarrazoado;</p> <p><input type="checkbox"/> Pedido exige tratamento adicional de dados;</p> <p><input type="checkbox"/> Pedido genérico;</p> <p><input type="checkbox"/> Pedido incompreensível;</p> <p><input type="checkbox"/> Processo decisório em curso.</p> <p><input checked="" type="radio"/> Acesso parcialmente concedido, justificar:</p> <p><input type="checkbox"/> Parte da informação contém dados pessoais;</p> <p><input type="checkbox"/> Parte da informação demandará mais tempo para produção;</p> <p><input type="checkbox"/> Parte da informação é de competência de outro órgão/entidade;</p> <p><input type="checkbox"/> Parte da informação é sigilosa de acordo com legislação específica;</p> <p><input type="checkbox"/> Parte da informação é sigilosa e classificada conforme a Lei nº 12.527/2011;</p> <p><input type="checkbox"/> Parte da informação é inexistente;</p> <p><input type="checkbox"/> Parte do pedido é desproporcional ou desarrazoado;</p> <p><input type="checkbox"/> Parte do pedido é genérico;</p> <p><input type="checkbox"/> Parte do pedido é incompreensível;</p> <p><input type="checkbox"/> Processo decisório em curso.</p> <p><input checked="" type="radio"/> Informação inexistente.</p>

8. As respostas do Ministério da Saúde comprovam de forma cabal o que a Souza Cruz tem afirmado desde o início: a prova das despesas havidas pelo SUS com o tratamento das 27 doenças listadas na inicial é de **impossível** produção, assim como é de **impossível** produção a prova da despesa federal com o tratamento de fumantes e ex-fumantes dos produtos da Ré, uma vez **tais dados simplesmente não existem.**

9. Em outras palavras, ao contrário do que foi alardeado de má-fé pela AGU: (i) a União não conhece e não pode provar a despesa federal com o tratamento das 27 doenças em relação às quais busca ressarcimento (em todos os pacientes, fumantes, ex-fumantes ou não fumantes); e (ii) a União não pode provar a despesa federal com o tratamento de doenças em fumantes e ex-fumantes. Resta claro, pois, que a União não pode produzir prova de elemento essencial para esta demanda – a saber, o valor das despesas federais incorridas com o tratamento de doenças que tenham sido comprovadamente causadas pelo consumo dos cigarros fabricados pela Souza Cruz em decorrência dos ilícitos que lhe são imputados.

10. Consequentemente, a prova do dano suscitado pela União Federal (ou seja, de sua própria existência), bem como do nexo causal, é de **impossível produção**, já que dependeria, como um primeiro passo indispensável (mas não suficiente), da prova da despesa que o Ministério da Saúde, por meio do FNS e da SAES, esclareceu não existir.

11. Fica claro, portanto, com base na resposta do Ministério da Saúde (ou seja, da própria União), o motivo pelo qual a AGU não apresentou um só documento no sentido de comprovar tais despesas, elemento essencial para o prosseguimento desta demanda: **os dados simplesmente não existem.**

12. Relembre-se, nesse aspecto, que a União sequer revelou (e, muito menos, provou) na inicial ou na réplica quais foram as suas despesas com o tratamento das 27 doenças em relação às quais busca ressarcimento. Isso não obstante os mais de dois anos que levou para preparar a petição inicial e os três anos e meio passados desde a propositura da demanda. Essa omissão é inadmissível, pois a União formula, como pleito principal, pedido de indenização por “danos” materiais, pretendendo o ressarcimento das despesas federais com o tratamento das tais 27 doenças que enumerou na inicial. Por essa razão, era imperativo mínimo que tivesse informado e comprovado na petição inicial as despesas federais das quais pretende ressarcir-se.

13. Conforme foi explicado pela Souza Cruz em outras ocasiões,⁵ a prova da despesa não se confunde com a prova do dano. Eventual dano, dentre outras questões e caso se supere o fato de não haver dano juridicamente indenizável na hipótese, dependeria da comprovação de que a União incorre em maiores despesas com o SUS do que incorreria não fosse pelo consumo dos cigarros manufaturados pelas Rés brasileiras e os supostos ilícitos que lhes são imputados.

14. Todavia, sem a prova sequer da despesa efetivamente incorrida, que o Ministério da Saúde esclareceu não ser passível de aferição, o prosseguimento desta demanda é inútil, pois tal fato constitui óbice intransponível à prova, ainda que indiciária, da existência de dano, elemento indispensável à responsabilidade civil.

⁵ Confira-se Parecer elaborado pela Profa. Dra. Judith Martins-Costa relativamente à presente demanda, no qual se afirma que “o dano, em sua acepção técnica, não se confunde com ‘qualquer prejuízo’ ou, mesmo, com qualquer ‘despesa’” (Evento 105, PARECER2, página 11), tratando-se de diminuição ou subtração de um interesse alheio juridicamente protegido. No caso concreto, “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” (Evento 105, PARECER2, página 44), conforme art. 196 da CRFB.

15. Nesse particular, a resposta do Ministério da Saúde ora juntada aos autos (doc. 1) demonstra serem **claramente falsas** as “proposições” iniciais da União sobre a viabilidade de futura aferição das despesas e, posteriormente, da existência do dano e sua extensão – o que a própria União pretendia postergar de maneira descabida e inapropriada para futura fase de liquidação de sentença. Assim afirmou a União na página 228 da inicial:

“A aferição do quantum debeat, portanto, será realizada em uma fase própria futura, de liquidação de sentença, a ser processada nos termos do art. 509, II, do Código de Processo Civil.

*Para o momento, **tem-se necessário demonstrar a viabilidade dessa futura quantificação do dano a ser ressarcido, o que se vislumbra facilmente a partir das seguintes proposições:***

*a) do conhecimento das informações referentes **aos gastos anuais da União com saúde e, em específico, com o tratamento das doenças causadas pelo consumo de – ou contato com – cigarros;***

b) da fixação do percentual da ‘fração atribuível populacional’ ao consumo de cigarros produzidos pelas demandadas, em relação a cada doença aqui mencionada;

c) da existência de métodos científicos que quantificam os gastos com saúde por decorrência de doenças atribuíveis ao tabaco (e, dentre esses os relacionados a cigarros) e que poderão ser utilizados como modelo metodológico;

d) pela viabilidade de se fixar, de forma equitativa, a proporção com que cada demandada deverá arcar nos pagamentos relativos ao ressarcimento à União, a partir da teoria do market share, ou seja, de acordo

com a fatia de mercado que coube ou hoje cabe a cada uma ou, subsidiariamente, com base na responsabilidade solidária.

e) da existência de diferentes precedentes internacionais análogos, sobretudo nos Estados Unidos da América, nos quais os grupos econômicos ora demandados, inclusive, firmaram acordos para se submeter ao pagamento de quantias a entes políticos, estipuladas a partir de determinadas fórmulas de cálculo.

Assim, em liquidação de sentença, serão obtidos os custos que a União dispende para o tratamento das doenças elencadas”⁶.

16. O FNS e a SAES, órgãos da própria União, todavia, confessam **não ser verdade** que a União tem conhecimento dos seus gastos anuais com saúde, “*com o tratamento das doenças causadas pelo consumo de – ou contato com – cigarros*”. Se sequer o valor das despesas federais incorridas com o tratamento das 27 doenças (seja em fumantes, ex-fumantes ou não fumantes) é passível de ser conhecido, não há como se prosseguir com a presente demanda, aguardando-se futura liquidação de sentença que não poderá chegar validamente a qualquer montante.

17. Não está clara a razão pela qual a AGU quer postergar prova que sabe ou deveria saber que não poderá produzir, em evidente desperdício de tempo e recursos financeiros de todos os envolvidos, inclusive do Poder Judiciário.

18. Assim, considerando que a União Federal não comprovou e não poderá comprovar os valores efetivamente gastos com o

⁶ Evento 1, INIC1, página 228.

tratamento das 27 doenças por ela indicadas (despesas em todos os pacientes, fumantes, ex-fumantes ou não fumantes), muito menos extrair desses montantes a parcela da despesa atribuível ao consumo de cigarros por fumantes e ex-fumantes e, menos ainda, associada a cigarros produzidos pela Souza Cruz, a pretensão indenizatória da Autora deve ser afastada de plano, **impondo-se o imediato julgamento de improcedência da demanda**, como demonstram os pareceres complementares abaixo referidos, preparados à luz da resposta do Ministério da Saúde.

.II.

Parecer Técnico complementar dos Profs. Drs. Denizar Vianna e Gesner Oliveira.

Inexistente prova da despesa e a consequente impossibilidade de comprovação da existência, ainda que indiciária, do dano e do nexa causal.

19. Como se viu da resposta da Diretoria-Executiva do FNS, apenas há registro dos montantes federais globais transferidos aos entes subnacionais, mas a União não possui a informação a respeito da aplicação do dinheiro por cada ente. Isso ocorre porque o gestor tem liberdade para definir a sua aplicação. O próprio Ministério da Saúde afirma que “não [tem] competência para elucidar minuciosamente para que tipo de atendimento o recurso se destinou”, já que “**os gestores têm liberdade para definir o destino dos gastos**” (doc. 1).

20. Em linha com o reconhecido pelo Ministério da Saúde, os Profs. Drs. Denizar Vianna e Gesner Oliveira corroboram, em Parecer Técnico complementar (doc. 2),⁷ a impossibilidade de identificação da aplicação final do recurso federal no âmbito do SUS, razão pela qual a União não consegue demonstrar o quanto foi gasto com o tratamento das 27 doenças objeto da ACP.

⁷ Evento 105, PARECER6 e PARECER7.

21. Para além da discricionariedade dos gestores locais, os Professores destacam que tal fato é explicado pelo repasse automático de recursos do Fundo Nacional de Saúde aos diversos fundos subnacionais, desacompanhado de um sistema de rastreamento, controle e fiscalização sobre a sua alocação final. Não há fiscalização pelo ente federal quanto à aplicação do recurso pelo gestor final ou quanto à finalidade da aplicação, nem sequer garantia de que o recurso foi utilizado para custear serviços efetivamente prestados pelo SUS. É ver-se:

“A modalidade de transferência fundo a fundo conferiu maior agilidade na transferência dos recursos e maior discricionariedade aos gestores estaduais e municipais, como referido igualmente na reposta do FNS, pois estes passaram a ter autonomia financeira na gestão dos recursos financeiros recebidos da União.

Porém, para que o FNS ou a União pudesse apurar como os fundos transferidos são empregados ao final, para tratar os pacientes, tal modalidade de transferência automática de recursos demandaria um sistema complexo e efetivo de rastreamento, fiscalização e controle das aplicações dos recursos, o que lamentavelmente não se verifica.

Conforme referido em parecer elaborado para esta mesma ação, **os sistemas de controle do SUS são insuficientes para permitir o rastreamento dos valores federais repassados e a sua alocação, bem como para garantir a eficiência da aplicação e coibir os vários tipos de fraudes e desvios de recursos públicos.** (...)

Portanto, como se verifica da resposta do FNS, o sistema de transferência de recursos federais

diretamente do Fundo Nacional de Saúde (FNS) para diversos fundos estaduais e municipais de saúde **não permite o rastreamento da aplicação desses recursos pelo FNS, impossibilitando a identificação do gasto com o tratamento de doenças específicas, a exemplo das 27 doenças elencadas na inicial da Ação Civil Pública**".⁸

22. A situação se agrava quando se analisam as transferências dos fundos subnacionais aos prestadores de serviços de saúde (hospitais e clínicas), como também esclarecido no Parecer complementar, pois "essa transferência aos prestadores de serviços de saúde é realizada diretamente pelos fundos subnacionais, sendo digno de nota que os recursos federais recebidos do FNS se misturam com os recursos dos próprios entes subnacionais nos respectivos fundos (ou seja, recursos aportados pelos estados, municípios e Distrito Federal), o que novamente inviabiliza o rastreamento da fonte original do recurso aplicado ao final".⁹

23. **Dito de modo diverso, a inexistência da informação quanto à despesa federal decorre das falhas da própria União, decorrendo de sua culpa exclusiva.**

24. Relembre-se, nesse aspecto, que os valores registrados nos sistemas oficiais auxiliam a programação financeira do SUS, mas "**não representam os valores efetivamente repassados**" aos estabelecimentos de saúde, menos ainda ao tratamento de fumantes e ex-fumantes, **como reconhece a resposta da SAES** (doc. 1). Além disso, o sistema possui inúmeras

⁸ Doc. 2, pp. 5-6, grifou-se.

⁹ Doc. 2, p. 7, grifou-se.

falhas que impossibilitam o uso das informações ali constantes como prova de despesas.¹⁰

25. E nem se afirme que os entes subnacionais poderiam ter acesso aos dados relativos às despesas havidas pelo SUS diretamente no tratamento de fumantes e ex-fumantes. Como explicitam os Profs. Drs. Denizar Vianna e Gesner Oliveira: “(...) não apenas o FNS é incapaz de rastrear a aplicação do recurso federal e sua alocação para o tratamento de determinada(s) doença(s). **Tal rastreamento tampouco pode ser executado pelos gestores dos fundos subnacionais** em razão da forma como os valores são transferidos desses fundos aos prestadores de saúde do SUS (...)”.¹¹

26. O Parecer Técnico complementar dos Drs. Profs. Denizar Vianna e Gesner Oliveira esclarece que também nos entes subnacionais os recursos não são alocados para o tratamento de doenças específicas (por exemplo, as 27 doenças em questão), mas em grandes blocos, incluindo o “custeio da Média e Alta Complexidade (Teto MAC)” e o “Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC)”. Portanto, nem a União Federal, nem tampouco o Distrito Federal, Estados e Municípios rastreiam ou têm meios de

¹⁰ Como relatam os Profs. Drs. Denizar Vianna e Gesner Oliveira, “[e]ntre as limitações dos sistemas, encontram-se, dentre outras, a cobertura dos seus dados (que depende do grau de utilização e acesso da população, aos serviços da rede pública própria, contratada e conveniada do SUS), a ausência de críticas informatizadas, a existência de informações pouco confiáveis sobre o paciente, bem como distorções correntes de diagnósticos. Esses aspectos podem resultar em vieses, isto é, desvios tendenciosos nas estimativas” (doc. 2, p. 8).

¹¹ Doc. 2, p. 6. Para melhor compreensão das razões técnicas pelas quais Estados, Municípios e Distrito Federal não possuem tal informação, cf. pp. 6-7 do Parecer Técnico dos Profs. Drs. Denizar Vianna e Gesner Oliveira (doc. 2), os quais esclarecem que (i) “a transferência fundo a fundo **não guarda relação direta com o gasto efetivo dos prestadores de serviço de saúde** e, sim, com o limite financeiro da média e alta complexidade, o chamado Teto MAC, estabelecido para cada ente federado” (p. 7, grifou-se); (ii) no que se refere aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos de alta complexidade, o gestor estadual é o “responsável pela organização e alocação dos recursos no âmbito estadual de acordo com cada área de alta complexidade (**e não de acordo com cada tipo de doença/tratamento**)” (p. 7, grifou-se); e (iii) a transferência de recursos dos gestores estaduais e municipais aos hospitais e ambulatorios é “realizada diretamente pelos fundos subnacionais, sendo digno de nota que os recursos federais recebidos do FNS se misturam com os recursos dos próprios entes subnacionais nos respectivos fundos (ou seja, recursos aportados pelos estados, municípios e Distrito Federal), **o que novamente inviabiliza o rastreamento da fonte original do recurso aplicado ao final**” (p. 7, grifou-se).

rastrear os recursos federais gastos no tratamento das 27 doenças, muito menos se o tratamento foi realizado em pacientes fumantes e ex-fumantes.¹²

27. Não sendo possível extrair dos sistemas oficiais os valores efetivamente gastos no tratamento das 27 doenças suscitadas pela União, resta evidenciada a impossibilidade de sequer se iniciar a produção da prova das despesas e, menos ainda, do dano alegado pela Autora. Assim destacam os Profs. Drs. Denizar Vianna e Gesner Oliveira:

“(...) Ocorre que nem mesmo as despesas federais com o tratamento das 27 doenças foram apontadas pela AGU e, como reconhecido pelo próprio Governo Federal por meio do FNS, tais despesas não podem ser identificadas, o que ocorre em razão da ausência de rastreamento e controle técnico e contábil por parte do FNS, conforme explicado na primeira parte desta nota técnica. **Tal realidade inviabiliza a análise concreta das despesas, que é pré-condição necessária para qualquer cálculo do eventual dano econômico indenizável (ou de ausência do mesmo).** (...) Nesse sentido, o pleito da AGU carece de um elemento fundamental para a propositura da ação, que é o montante federal despendido pelo SUS para tratar as 27 doenças em questão. Conforme destacado anteriormente, a resposta do FNS é clara e incontestável: sabe-se tudo aquilo que foi transferido (repassado) aos fundos dos estados, Distrito Federal e

¹² Nesse particular, os Profs. Drs. Denizar Vianna e Gesner Oliveira acrescentam que: “os sistemas não têm a informação sobre a condição de fumante dos pacientes, tal qual também foi referido na resposta da SAES, razão pela qual a referida Secretaria esclareceu que não há como saber ‘os valores que tenham sido ‘comprovadamente empregados diretamente para o tratamento de fumantes e ex-fumantes’. E concluem: **“Tudo isso deixa claro que, repita-se, não há como saber os gastos do governo federal com o tratamento das 27 doenças listadas na inicial e na consulta, muito menos a discriminação de tais gastos com o tratamento de fumantes e não-fumantes”** (doc. 2, p. 11, grifou-se).

municípios, mas não se sabe para que tipo de atendimento o recurso se destinou, logo, não se sabe qual é a despesa alocada para o tratamento de cada uma das 27 doenças em questão (e, muito menos, o que teria sido destinado ao tratamento de fumantes e ex-fumantes), o que inviabiliza o cálculo do suposto dano (...).¹³

28. De mais a mais, no que tange à impossibilidade de aferição do nexo causal, o Parecer Técnico complementar acrescenta o seguinte sobre a resposta da SAES: “os sistemas não têm a informação sobre a condição de fumante dos pacientes, tal qual também foi referido na resposta da SAES, razão pela qual a referida Secretaria esclareceu que não há como saber ‘os valores que tenham sido ‘comprovadamente empregados diretamente para o tratamento de fumantes e ex-fumantes’”.¹⁴ E conclui: **“Tudo isso deixa claro que, repita-se, não há como saber os gastos do governo federal com o tratamento das 27 doenças listadas na inicial e na consulta, muito menos a discriminação de tais gastos com o tratamento de fumantes e não-fumantes”**.¹⁵

29. Ora, a ausência de dados que viabilizem a aferição do nexo causal gera, igualmente, a improcedência da demanda. Afinal, para que se possa falar em responsabilização civil no ordenamento jurídico brasileiro, o dano deve ser consequência **direta e imediata** do ato ilícito (art. 403, do CC).¹⁶

¹³ Doc. 2, p. 13, grifou-se.

¹⁴ Doc. 2, p. 8.

¹⁵ Doc. 2, p. 11.

¹⁶ Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da necessidade no art. 403 do Código Civil, segundo a qual apenas se pode imputar responsabilidade por dano que se considere produzido direta, imediata e necessariamente da conduta indicada. Mostra-se, pois, indispensável o liame de causalidade entre a atividade a que se pretende imputar o dever de indenizar e o efeito danoso dela necessariamente decorrente, evitando-se que se atribua responsabilidade àquele que não concorreu necessariamente para o dano. Por outras palavras, não se pode responsabilizar conduta que não tenha sido a causa necessária, em sentido jurídico, para a produção do evento danoso.

30. Ademais, como já demonstrado no curso da presente demanda, não seria possível contornar o óbice evidenciado pelo Ministério da Saúde com base no emprego de dados probabilísticos ou estatísticos, como a epidemiologia.¹⁷

31. Assim como a prova do dano, portanto, a comprovação do nexo causal direto e imediato é indispensável, a revelar, também por tal ângulo, a improcedência dos pleitos formulados pela União.

32. Conclui-se, pois, que o Parecer Técnico complementar esclarece que a impossibilidade de identificação e comprovação da despesa federal com o tratamento das 27 doenças objeto da ACP decorre da ineficiência e negligência da própria União em fiscalizar a alocação e aplicação final do recurso, ou seja, decorre de culpa exclusiva da própria União. Para além

¹⁷ Em todo caso, mesmo que se pudesse cogitar do uso da epidemiologia, sem a prova das despesas com o tratamento das 27 doenças (seja em fumantes ou ex-fumantes) – já confessada pelo Ministério da Saúde – sequer haveria custo total para a incidência de qualquer fração de atribuição ao tabagismo derivada das estatísticas epidemiológicas. Nesse contexto de total ausência de dados objetivos, é absolutamente descabida a tentativa de emprego de estimativas sobre estimativas, a evidenciar total especulação, como destaca o Parecer da Professora Doutora Gisela Sampaio ora juntado aos autos: “5º Quesito. Caso se pudesse estimar as despesas da União com o tratamento das 27 doenças enumeradas na inicial, seria possível, posteriormente, aplicar o risco relativo atribuído ao cigarro, derivado de estudos epidemiológicos, sobre essa estimativa de despesas para fins de aferição de dano e, posteriormente, estabelecimento do nexo causal? Ainda, seria possível, posteriormente, estimar o percentual de responsabilidades das rés brasileiras a partir da teoria do *market share liability*? RESPOSTA: Não. Ainda que fosse possível estimar as despesas da União com o tratamento das 27 doenças enumeradas na inicial, o que o ordenamento jurídico brasileiro não permite, definitivamente não seria possível aplicar o risco relativo atribuído ao cigarro, derivado de estudos epidemiológicos, sobre essa estimativa de despesas para fins de aferição do dano, tampouco para a definição do nexo causal, porque isso levaria a uma enorme especulação não admitida pela responsabilidade civil brasileira e violaria os artigos 403 e 944 do Código Civil. Na minha opinião, também não é possível estimar o percentual de responsabilidade das Rés brasileiras a partir da teoria do *market share liability*, pois essa teoria colide de com os pilares fundamentais da responsabilidade civil, fincados na análise da relação de causalidade em concreto e na certeza da autoria. Ademais, o significativo mercado clandestino de tabaco impede que se defina de forma minimamente precisa a fatia de mercado correspondente a cada empresa que atua no setor. Além disso, essa solução não corresponderia à realidade, tanto mais considerando que entre os usuários do SUS há muito mais consumidores do mercado clandestino do que dos cigarros da Consulente, eis que esses são fortemente tributados e, portanto, mais caros e muito menos acessíveis para a população de baixa renda, usuária do SUS” (doc. 4, pp. 41-42).

disso, o Parecer Técnico complementar esclarece que o desconhecimento da despesa, por definição, impede a aferição da existência de qualquer eventual dano ou nexo causal. A consequência de tais constatações para a presente demanda não é outra senão a **improcedência imediata**.

.III.

**Parecer complementar do Professor Doutor Luiz Rodrigues Wambier.
A impossibilidade da prova por culpa da União conduz à extinção ou à improcedência imediata da demanda, sendo totalmente descabida e inútil a liquidação de sentença pretendida.**

33. O Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier já havia elaborado Parecer juntado aos autos,¹⁸ no qual esclareceu ser descabida a pretensão da União de relegar para liquidação de sentença a prova que ela deveria produzir no processo de conhecimento.

34. Diante da resposta do Ministério da Saúde (doc. 1), obtida posteriormente ao Parecer, o Professor analisou as suas consequências concretas para este processo à luz do direito processual civil em Parecer complementar ora juntado aos autos (doc. 3). Concluiu que o documento do Ministério da Saúde fundamenta a imediata extinção ou a improcedência do pedido de ressarcimento da União, a impossibilitar, com ainda maior razão, a liquidação de sentença, sob pena de violação flagrante ao devido processo legal.

35. Conforme explicado pelo Professor, além de não se admitir a prova do próprio *an debeat* em liquidação de sentença, como pretende a União, o novo documento revela que a União não tem sequer como provar as despesas pelas quais busca ressarcimento e, conseqüentemente, não tem como provar a existência de dano ou de nexo causal.

¹⁸ Evento 105, PARECER 5.

36. É descabida e inútil, portanto, a pretendida bifurcação do procedimento para produção de prova (que já se sabe **impossível**) em liquidação de sentença, como requer a Autora, para além de todos os óbices à prolação de “sentença genérica” que já haviam sido destacados pela Souza Cruz.¹⁹

37. Como viu no parágrafo 15 acima, a União Federal alegou ser possível conhecer as informações referentes às despesas havidas com o tratamento de doenças relacionadas ao consumo de cigarros. Por outro lado, o Ministério da Saúde (ou seja, órgão da própria União) **confessa que tal premissa não é verdadeira**, o que evidentemente prejudica todos os “passos” posteriores pretendidos pela AGU, em especial a prolação de sentença genérica e a posterior liquidação de sentença.

38. Diante da confessada inexistência da informação sobre quanto a União Federal gasta com o tratamento das 27 doenças em debate, em razão da sua própria ineficiência e negligência em rastrear e auditar a aplicação final dos recursos no âmbito do SUS, a prova das despesas é metodologicamente impossível de ser produzida e a consequência necessária

¹⁹ Confirmam-se, a esse respeito, itens 98 e ss. da Tréplica da Souza Cruz (Evento 105, PET1), na qual se demonstrou que (i) o art. 491 do CPC aduz 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*, nunca dos demais requisitos necessários à configuração do dever de indenizar, sendo certo que cálculos contábeis não são suficientes para suprir a falha argumentativa e probatória da União; (ii) de igual modo, o art. 324 do CPC trata apenas da quantificação do pedido; e (iii) tampouco o art. 356, § 1º, CPC socorre à União Federal, pois, 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 a diretriz contida no art. 491 do CPC, que apenas trata da posterior apuração do “valor devido”. 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, o que não diz respeito à cisão da demonstração dos requisitos essenciais e cumulativos de um único pedido indenizatório, os quais devem ser comprovados na fase de conhecimento.

dessa constatação é uma só: a improcedência imediata da demanda. Confirma-se a conclusão do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier:

“(…) com os novos elementos trazidos pela Consulente, pode-se dizer mais: a prova em questão é *metodologicamente impossível*, já que a própria União reconheceu, oficialmente, não ser aferível qual foi, afinal de contas e concretamente, o valor efetivamente gasto pela União com as doenças listadas na petição inicial. E esse dado (a despesa incorrida com o tratamento de fumantes e ex-fumantes em relação às 27 doenças em questão) seria absolutamente fundamental para se aferir, ainda que de forma indiciária, a existência de algum dano e nexos causal que pudessem ensejar a procedência da ação civil pública”.²⁰

39. *Data venia*, se o autor formula alegações que não tem como provar – e, no caso, por sua culpa exclusiva –, o seu pedido só pode ser julgado improcedente, do contrário “*seria muito fácil ganhar a causa alegando fatos que não podem ser provados, além do que as pretensões mais insustentáveis seriam as mais seguras de se obter*”,²¹ como adverte Moacyr Amaral Santos, em sua obra clássica sobre a prova judiciária, invocada no parecer do Professor Doutor Luiz Rodrigues Wambier.

40. Some-se a isso que, como corolário do princípio do contraditório, a prova do nexos causal e da existência de dano (e, com maior

²⁰ Doc. 3, p. 6. Ainda segundo o Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, “[t]al prova dependeria de várias providências metodológicas imprescindíveis, principalmente as seguintes: a) identificar os valores exata e concretamente despendidos pela União para o tratamento das doenças em questão; e b) desse total de repasses, filtrar apenas e estritamente aqueles que se destinaram ao tratamento de pacientes que são ou foram fumantes em virtude de atos ilícitos praticados pelas Rés” (doc. 3, p. 5).

²¹ Doc. 3, p. 8.

razão, das despesas) deve necessariamente ser feita no processo de conhecimento, de modo a assegurar a manifestação das partes a respeito – o que, frise-se novamente, não foi observado pela União Federal.

41. Nesse sentido, o Parecer do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier destaca que nem mesmo em tese é possível postergar “à liquidação a produção de prova e a análise judicial dos pressupostos do *an debeatur* (dano e nexa causal)”,²² o que levaria, *per se*, à extinção do processo sem resolução de mérito quanto ao pedido ressarcitório. Isso porque, no caso concreto, a prova das “despesas incorrid[a]s pela União se trata de elemento anterior e necessário à aferição da própria *ocorrência* ou *existência* de dano, ao passo em que o conhecimento das despesas destinadas ao tratamento das 27 doenças especificadas em fumantes e ex-fumantes dos produtos das Rés fabricantes de cigarros diria respeito ao ‘nexa causal’, ambos pressupostos da responsabilidade civil”.²³

42. Nessa esteira, ainda segundo o Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, “por dizer respeito ao *an debeatur* e não apenas ao *quantum debeatur*, (...) **a prova haveria de ser forçosamente produzida na ação de conhecimento, não podendo ser postergada à ação de liquidação**, como tão explicitamente pretendeu a União em diversas passagens da petição inicial. Aliás, hoje se pode aquilatar melhor o motivo pelo qual a União tantas vezes pediu, em sua inicial, que isso fosse feito apenas na liquidação: **como ela mesma veio a reconhecer, por um de seus órgãos, extrajudicialmente e quando consultada, essa prova é material e metodologicamente impossível**”.²⁴

²² Doc. 3, p. 1.

²³ Doc. 3, p. 5.

²⁴ Doc. 3, p. 5, grifou-se. De igual modo, sob o ponto de vista do direito material, a Professora Doutora Gisela Sampaio assinala que, na medida em que o dano deve ser certo, “a certeza sobre a existência do dano – isto é, o *an debeatur* –, deve ser demonstrada de forma objetiva ainda no processo de conhecimento, não podendo ser postergada para a fase de liquidação” (doc. 4, p. 21). Afinal, “não há como se proferir sentença condenando a ressarcir prejuízos, se não se apurou que esses efetivamente hajam ocorrido” (doc. 4, p. 21).

43. À luz da resposta apresentada pelo FNS, portanto, fica ainda mais claro não haver que se falar em posterior liquidação da pretensão da União Federal quando a prova dos danos e do nexo causal é “*material e metodologicamente impossível*”,²⁵ não se podendo aferir, **nem mesmo de forma indiciária**, a existência de dano e nexo causal indispensáveis à pretensão indenizatória.

44. A improcedência imediata da demanda é medida que se impõe, vez que a União Federal não se desincumbiu de seu ônus probatório e nem poderá fazê-lo (art. 373, I, CPC), simplesmente porque os dados e informações necessários à comprovação do dano e do nexo causal não existem. Nas palavras do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier:

“E, do ponto de vista processual, essa circunstância tem a seguinte consequência: **sabe-se, já de antemão e por informação oficialmente prestada pela própria União, que ela não poderá desincumbir-se satisfatoriamente do ônus probatório que lhe é imposto pelo art. 373, I, do CPC: i) como a identificação dos valores por ela repassados para o custeio do tratamento das doenças listadas na inicial seria imprescindível à aferição de existência de eventuais dano e nexo causal e ii) como ela mesma reconhece que tal identificação é impossível, só se pode concluir que a improcedência da demanda, por desatendimento do ônus da prova previamente assumido como inevitável, será de rigor**”.²⁶

²⁵ Doc. 3, p. 5.

²⁶ Doc. 3, pp. 6-7, grifou-se.

45. Conforme assevera o Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, “se a ausência de prova do fato constitutivo do direito alegado pela União é inevitável e já inclusive anunciada por ela, então assim também é a improcedência da demanda: inevitável e anunciada desde já”.²⁷ Não fosse assim, bastaria que a Autora alegasse impossibilidade de produção da prova, para isentá-la do ônus que lhe incumbe, o que não se pode admitir.²⁸

46. Não por outra razão, é consolidado na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual deve sucumbir aquele a quem a prova aproveita e tem o ônus da produzi-la.²⁹ Tal entendimento é ainda mais relevante no caso concreto, **“em que a impossibilidade da prova não decorre da natureza do fato probandum (i.e., de sua indeterminação ou indefinição), mas de uma circunstância muito particular da União: a sua incapacidade de rastrear a aplicação dos recursos federais no âmbito do SUS em função da sua falha em estabelecer controles contábeis e documentais apropriados”**,³⁰ o que de maneira alguma pode ser imputado às Rés.

²⁷ Doc. 3, p. 7.

²⁸ Nesse sentido, é ver-se os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior: “Ao autor cabe, em princípio, fundamentar sua demanda. Se o fato invocado por ele é indefinido e não passível de prova, a consequência inevitável será a improcedência do pleito. Não há argumento algum que possa justificar a procedência da demanda sem a prova de sua base fática apenas porque se refere a evento de prova impossível. Se a prova daquilo que afirma o autor é impossível, deve ele sucumbir, pois, ao contrário, ‘seria muito fácil ganhar a causa alegando fatos que não podem ser provados, além do que as pretensões mais insustentáveis seriam as mais seguras de se obter’” (*Direitos do Consumidor*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 446).

²⁹ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. *et al.* afirmam que “existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes - é bilateralmente diabólica. (...) Assim, se o fato insusceptível de prova for constitutivo do direito do autor: a) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (‘inesclarecibilidade’), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência” (*Curso de Direito Processual Civil*, 11. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, pp. 114-119). Na jurisprudência: “Nas hipóteses em que identificada hipótese de prova diabólica para ambas as partes, não deve haver a utilização da dinamização probatória. Em tal situação, deve ser utilizada a regra da inescclarecibilidade, de fora a analisar qual das partes assumiu o risco da situação da dúvida insolúvel, devendo ser submetida à decisão desfavorável” (TJPR, AI 0035463-55.2018.8.16.0000, 7ª CC., Rel. Des. Joeci Machado Camargo, julg. 12.3.2019).

³⁰ Doc. 3, p. 9, grifou-se e Evento 105, PARECER7.

47. Conclui-se, pois, que a inevitável e confessada impossibilidade de produção da prova das despesas em que alega ter incorrido a União Federal – e, portanto, do dano e do nexo causal – apenas corrobora a necessária improcedência imediata dos pleitos da Autora.

48. Não fosse o suficiente, a impossibilidade da prova acarreta igualmente a ausência de interesse processual da Autora, “em decorrência da *ausência de utilidade* do processo em relação ao pedido ressarcitório, isto é, em decorrência da *impossibilidade de o processo lhe trazer qualquer vantagem prática*, já que a improcedência é certa e inevitável”.³¹ Desse modo, caso não se entenda pela improcedência, a hipótese é de extinção sem resolução de mérito.

49. Como se não bastasse, a rigor, em uma ação com o pedido ressarcitório veiculado na inicial, a União deveria provar a despesa incorrida com o tratamento das 27 doenças em cada fumante ou ex-fumante dos cigarros das Rés, cuja doença tenha sido comprovadamente causada por tal consumo de cigarros (e que tenha sido supostamente induzido por suas pretensas condutas ilícitas). Todavia, essa prova é incompatível com o rito da Ação Civil Pública, dado o “*seu caráter casuístico e ultraespecífico*”,³² como ensina o Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier.

50. Além disso, a prova casuística é também impossível de ser produzida, já que a SAES esclareceu que “*não há como identificar os valores que tenham sido comprovadamente empregados diretamente para o tratamento de fumantes e ex-fumantes*” (doc. 1) e que os valores da produção informados nos sistemas do SUS “*não representam os valores efetivamente repassados aos estabelecimentos de saúde para o custeio de atendimentos*” (doc. 1). Veja-se que a resposta da SAES, para além da

³¹ Doc. 3, p. 9.

³² Doc. 3, p. 16.

impossibilidade de comprovação da despesa e da existência de dano material, revela a impossibilidade de comprovação casuística do nexo de causalidade, pois não há como separar as despesas incorridas com fumantes/ex-fumantes – menos ainda as doenças tratadas pelo SUS que teriam sido causadas pelo consumo dos cigarros fabricados pelas Rés brasileiras e não por outros fatores.

51. Em definitivo, na impossibilidade de comprovação da despesa e, portanto, do dano e do nexo causal, não há sentido em relegar para liquidação de sentença a prova que já se sabe impossível por culpa exclusiva da própria União. Dano e nexo causal não podem ser estimados, presumidos ou arbitrados, pois no ordenamento jurídico brasileiro só se indenizam os prejuízos efetivos direta e imediatamente decorrentes do ato ilícito, sendo certo, ainda, que o dano se mede pela sua extensão, como dispõem claramente arts. 403 e 944 do Código Civil.

.IV.

**Parecer da Professora Doutora Gisela Sampaio da Cruz Guedes.
O ordenamento civil brasileiro não autoriza a *estimativa* de despesas
e de danos materiais.**

52. A Profa. Dra. Gisela Sampaio da Cruz Guedes analisou o dano na qualidade de elemento da responsabilidade civil e as consequências concretas da resposta do Ministério da Saúde para a presente demanda, à luz do ordenamento jurídico brasileiro (doc. 4).

53. A Professora ressalva primeiramente que despesas da União com o SUS não são indenizáveis por decorrerem de obrigação

constitucional (ausente o dano juridicamente indenizável),³³ na linha do que já havia sido comprovado pelo Parecer da Professora Doutora Judith Martins-Costa.

54. Apesar de estar claro, portanto, que **não há dano juridicamente indenizável**, ainda que fosse possível ignorar tal premissa (o que se admite a título argumentativo), não há dúvida que a prova concreta das despesas efetivamente havidas pela União Federal se afiguraria indispensável para eventual procedência da demanda, já que configuraria primeiro passo (necessário, mas não suficiente) para a aferição da existência do alegado dano em sentido econômico.

55. Nesse ponto, deve-se esclarecer novamente que a prova da despesa não se confunde com a prova do dano, mas seria condição necessária, ou ponto de partida imprescindível, para a aferição da existência de eventual dano.³⁴ O dano, dentre outras coisas, acaso fosse juridicamente sustentável – o que não é o caso, como já destacado –, dependeria da

³³ Nessa seara, a Profa. Dra. Gisela Sampaio destaca esclarece que as despesas que a União “alega ter incorrido não configuram dano, sendo antes, em uma palavra, o investimento que está obrigada a realizar em saúde para cumprir o dever legal a que está adstrita por força da Constituição Federal” (doc. 4, p. 12). Assim prossegue a Profa. Dra. Gisela Sampaio: “Assim, seja sob o viés jurídico, seja sob a ótica econômica, os gastos e investimentos que a União realiza para o custeio, por meio do SUS, de tratamento de doenças supostamente causadas ou agravadas pelo cigarro, não configuram, tecnicamente, danos ou prejuízos sofridos pelo erário público, mas, sim, despesas com o sistema público de saúde, que encontram sua razão de ser no cumprimento de um dever imposto pela própria Constituição Federal. Não há, portanto, que se falar em violação a interesses tutelados pelo ordenamento causada pela atividade da Consulente” (doc. 4, p. 15).

³⁴ Conforme ensina a Professora Doutora Gisela Sampaio: “(...) Conquanto a existência de despesas com tratamentos de saúde não seja suficiente à prova do dano, a demonstração do montante das despesas, incorrido pela União com o tratamento das 27 doenças listadas na inicial, seria um dos elementos imprescindíveis para demonstrar a eventual existência do ‘dano’. Segundo a teoria da diferença, o dano consiste exatamente na diferença entre a situação do lesado após o evento supostamente danoso e a situação em que o lesado estaria no cenário contrafactual em que o evento danoso não existisse. **Um primeiro passo para a aferição dessa diferença seria, portanto, a comprovação da despesa incorrida pela União com o tratamento das 27 doenças listadas na inicial (e em fumantes e ex-fumantes de cigarros da Consulente), ou seja, os valores de origem federal empregados no tratamento dessas 27 doenças (com fumantes e ex-fumantes de cigarros da Consulente), mas o FNS e a SAES já esclareceram que isso não é possível**” (doc. 4, p. 28, grifou-se).

comprovação de que a União incorre em maiores despesas com o SUS do que incorreria em um cenário de inexistência do consumo de cigarros decorrente dos alegados ilícitos imputados à Souza Cruz. Todavia, sem a prova sequer da despesa incorrida pela União, que o Ministério da Saúde esclareceu não ser passível de aferição, o prosseguimento desta demanda é inútil, pois tal fato constitui óbice intransponível à prova, ainda que indiciária, da existência do dano patrimonial perseguido.

56. Sendo impossível a prova da existência do dano material, *in casu* por culpa exclusiva da União Federal, o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza o recurso a estimativas e presunções como forma de suprir a sua efetiva comprovação.³⁵

57. No caso dos autos, a resposta do Ministério da Saúde, detidamente analisada pela Profa. Dra. Gisela Sampaio, informa que as despesas da União com o tratamento das 27 doenças objeto da ACP não são e não poderão ser conhecidas ou provadas, nem tampouco as despesas incorridas com o tratamento de fumantes e ex-fumantes e menos ainda em pacientes que fumaram os cigarros da Souza Cruz, o que inviabiliza a aferição e a comprovação do dano. Confira-se:

“73. A declaração do FNS torna incontestável o fato de que é impossível precisar para quais doenças, e respectivos tratamentos, se destinaram os valores despendidos pela União, assim como é

³⁵ Com efeito, a concretização de dano certo e atual sofrido pela União Federal é requisito indispensável para a sua pretensão indenizatória (CC, art. 403), medindo-se a indenização pela extensão do dano (CC, art. 944). Por dano certo e atual entende-se o dano concreto, que de fato foi experimentado pelo ofendido, afastando-se a possibilidade de aferição do dano com base em estimativas. Não por outra razão, do Parecer da Prof. Gisela Sampaio explicita que “[o] ordenamento brasileiro não admite estimativa, presunção ou arbitramento do dano material ou de seus elementos (como a própria despesa), pois o art. 403 do Código Civil dispõe que ‘as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos (...)’ (g.n.) e o art. 944 do Código Civil estabelece que ‘a indenização mede-se pela extensão do dano’” (doc. 4, p. 28).

impossível distinguir os valores despendidos pela União no tratamento de fumantes e ex-fumantes, se as doenças tratadas foram de fato causadas pelo cigarro e muito menos pelos cigarros produzidos pela Consulente. Torna-se, então, impossível estabelecer parâmetros mínimos para a identificação, e posterior liquidação do ‘dano’ alegadamente sofrido pela União (e igualmente do nexo de causalidade, como se verá adiante), o que, segundo a própria União, seria algo a ser demonstrado para fins de viabilidade da futura quantificação do dano³⁶.

58.

Veja-se, ainda, a resposta ao seguinte quesito:

“3º Quesito. Caso a prova das despesas federais com o tratamento das 27 doenças enumeradas na inicial não possa ser realizada, seria admissível, no direito brasileiro, estimar essas despesas para fins de aferição posterior da existência de dano?”

RESPOSTA: Não. Como ressaltado ao longo desse Parecer, o dano deve ser certo e apenas será indenizável quando sua ocorrência for efetivamente reconhecida e comprovada, não se admitindo indenização baseada em cálculos hipotéticos, nem em cálculos por presunção ou dissociados da realidade, baseados apenas em estimativas. No caso em análise, a União não conseguiu demonstrar a existência de dano, nem, muito menos, a certeza do

³⁶ “Para o momento, tem-se necessário demonstrar a viabilidade dessa futura quantificação do dano a ser ressarcido, o que se vislumbra facilmente a partir das seguintes proposições:

a) do conhecimento das informações referentes aos gastos anuais da União com saúde e, em específico, com o tratamento das doenças causadas pelo consumo de – ou contato com – cigarros; (...) [Evento 1, INIC1, página 228]” (doc. 4, p. 25, grifou-se).

dano, uma vez que ela pretende ser ressarcida por despesas incorridas com o tratamento de doenças supostamente causadas pelo cigarro, sem apresentar sequer a prova mínima acerca das despesas efetivamente incorridas. O FNS esclareceu não ser possível precisar tais despesas, o que ocorre em razão da ausência de controle por parte da União Federal da aplicação dos recursos federais no âmbito do SUS. A União pretende relegar a demonstração da própria despesa e a existência do alegado 'dano' (elementos do an debeatur) à fase de liquidação, tornando a procedência ou não do pedido condicionada à realização de prova que já se pode reputar inexistente e impossível, tendo em vista as informações prestadas pelo FNS. No Direito brasileiro, as despesas não podem ser estimadas: as despesas precisam ser provadas, para que seja possível aferir a eventual existência do dano e, posteriormente, a sua extensão (arts. 403 e 944 do Código Civil)".³⁷

59. No caso, portanto, a inexistência da prova da despesa leva à impossibilidade da prova indiciária do dano, não se podendo substituir a necessária comprovação desses elementos por meras estimativas para fins de responsabilidade civil.³⁸ A Prof. Dra. Gisela Sampaio condena, outrossim, a intenção da União de substituir a necessária prova das suas alegações por uma sucessão de estimativas incidentes sobre outras estimativas,

³⁷ Doc. 4, pp. 39-40, grifou-se.

³⁸ Essa é uma das razões pelas quais são inúteis, para este caso, quaisquer estudos como os que foram anexados pela União à inicial. Os estudos anexados pretenderam estimar a carga do tabagismo no Brasil, porém, em razão do desconhecimento dos valores efetivamente despendidos com o tratamento das doenças tabaco-relacionadas, tais estudos simplesmente estimaram essas despesas a partir da opinião de alguns especialistas (!). Assim, ainda que tenham alguma utilidade para fins de consecução de políticas públicas de saúde, esse tipo de estudo não substitui a necessária prova da despesa e do dano em uma ação judicial indenizatória.

o que transformaria eventual indenização em exercício de total especulação. Vale conferir, a respeito, a resposta ao quesito 5:

“5º Quesito. Caso se pudesse estimar as despesas da União com o tratamento das 27 doenças enumeradas na inicial, seria possível, posteriormente, aplicar o risco relativo atribuído ao cigarro, derivado de estudos epidemiológicos, sobre essa estimativa de despesas para fins de aferição de dano e, posteriormente, estabelecimento do nexo causal? Ainda, seria possível, posteriormente, estimar o percentual de responsabilidades das rés brasileiras a partir da teoria do market share liability?”

RESPOSTA: Não. Ainda que fosse possível estimar as despesas da União com o tratamento das 27 doenças enumeradas na inicial, o que o ordenamento jurídico brasileiro não permite, definitivamente não seria possível aplicar o risco relativo atribuído ao cigarro, derivado de estudos epidemiológicos, sobre essa estimativa de despesas para fins de aferição do dano, tampouco para a definição do nexo causal, porque **isso levaria a uma enorme especulação não admitida pela responsabilidade civil brasileira e violaria os artigos 403 e 944 do Código Civil.** Na minha opinião, também não é possível estimar o percentual de responsabilidade das Rés brasileiras a partir da teoria do *market share liability*, pois essa teoria colide de com os pilares fundamentais da responsabilidade civil, fincados na análise da relação de causalidade em concreto e na certeza da autoria. Ademais, o significativo mercado clandestino de tabaco impede que se defina de forma minimamente precisa a fatia de mercado correspondente a cada

empresa que atua no setor. Além disso, essa solução não corresponderia à realidade, tanto mais considerando que entre os usuários do SUS há muito mais consumidores do mercado clandestino do que dos cigarros da Consulente, eis que esses são fortemente tributados e, portanto, mais caros e muito menos acessíveis para a população de baixa renda, usuária do SUS”.³⁹

60. Em arremate, e nas palavras da Professora: *“Responsabilidade civil não se faz por estimativas; nem, muito menos, por estimativas em cima de estimativas. A responsabilidade civil deve ser sempre analisada à luz do caso considerado, à luz das circunstâncias concretas. Como diria Kant, talvez se possa perdoar a imaginação se às vezes ela divaga, mas não o Direito – este não pode pautar-se em especulações e conjecturas. A indenização que não repara o dano em toda a sua extensão, ficando aquém deste, fere tanto o princípio da reparação integral quanto aquela que vai além do dano, abarcando também os chamados danos hipotéticos, como esses que só encontram abrigo na tese da União. Afinal, como reiteradamente afirma a jurisprudência, indenização não pode ser fonte de enriquecimento [ilícito]”*.⁴⁰

61. O reconhecimento da impossibilidade de produção da prova pelo FNS inviabiliza, portanto, “a análise das despesas efetuadas com fumantes e qualquer cálculo de suposto dano, esvaziando o pleito da AGU do ponto de vista técnico e econômico”,⁴¹ como também reconhecem os Profs. Drs. Denizar Vianna e Gesner Oliveira.

³⁹ Doc. 4, pp. 41-42, grifou-se.

⁴⁰ Doc. 4, p. 36, grifou-se.

⁴¹ Doc. 2, p. 14.

.V.**A incongruente demanda da AGU.**

A União transfere bilhões de reais ao SUS, não fiscaliza sua aplicação e, em seguida, busca resolver alegado “déficit” perseguindo empresas que exercem atividade legítima e pesadamente regulada e tributada.

62. Como se viu, dentre as provas mínimas que a União Federal deveria produzir para fundamentar seu pleito está a prova das despesas incorridas com o tratamento das doenças que ela própria listou na inicial, pelas quais pretende ser ressarcida. Causa espanto a realidade confessada pelo Ministério da Saúde no sentido de que a União simplesmente transfere bilhões em recursos públicos anualmente aos fundos de saúde estaduais e municipais espalhados pelo Brasil, mas não consegue rastrear a aplicação final desses recursos.

63. Trata-se de inadmissível falha de gestão que já havia sido apontada pelo Parecer do Professor Doutor Denizar Vianna⁴² e foi agora escancarada pelo esclarecimento do Ministério da Saúde. Essa falha de gestão não apenas incentiva fraudes e desperdícios desenfreados no SUS, como tem o efeito prático neste litígio de revelar que a AGU não tem como provar qualquer eventual dano ou nexo causal.

64. Essa estarrecedora ineficiência na gestão do SUS pela União representa a verdadeira causa da escassez de recursos no SUS, como alega o MPF em parecer apresentado no Evento 116.⁴³

⁴² Evento 105, PARECER7.

⁴³ Sobre o tema, vale conferir também o parecer do delegado aposentado da Polícia Federal, Dr. Luiz Pontel de Souza (Evento 105, PARECER38), a respeito das diversas fraudes e corrupção verificadas do SUS e objeto de investigação policial (a ponta do iceberg), amplamente facilitadas pela ausência de controle dos repasses federais.

65. Diante disso, a presente demanda, intentada em face de fabricantes de cigarros lícitamente constituídas no Brasil e suas controladoras estrangeiras, revela-se mesmo *sui generis*: **de um lado**, a União persegue particulares que exercem atividade lícita, amplamente regulada e tributada, mas sintomaticamente deixa de fora o mercado ilegal de cigarros, altamente expressivo em razão de acintosas falhas da União em combatê-lo; **de outro**, a União busca reparação por recursos federais aportados no SUS que, além de constituírem seu dever constitucional, sequer podem ser comprovados pela União, vez que realizados sem a devida contabilização, rastreamento ou fiscalização quanto à sua aplicação final, o que implica todo o tipo de ineficiências, fraudes e desperdícios de recursos públicos, cotidianamente noticiados na mídia há décadas.

66. Decerto, não passarão despercebidos por esse MM. Juízo os seguintes fatos:

(i) A AGU alardeou na mídia ter preparado a petição inicial desta demanda por longos dois anos;

(ii) A União afirmou textualmente na inicial que teria “*conhecimento das informações referentes aos gastos anuais da União com saúde e, em específico, com o tratamento das doenças causadas pelo consumo de – ou contato com – cigarros*”.⁴⁴ No entanto, não anexou à petição inicial qualquer prova de tais despesas, fato apontado pelas Rés em suas respectivas defesas;

(iii) Não obstante, em réplica, a União mais uma vez deixou de anexar qualquer prova das alegadas despesas aos autos e, de forma inusitada, passou a defender que se trata de “prova diabólica e desnecessária”, tentando recorrer a regras próprias do direito ambiental que não guardam qualquer relação com a

⁴⁴ Evento 1, INIC1, página 228.

presente ACP – sendo certo que, ao revés, a União persegue receita adicional de atividade comercial legítima e altamente regulamentada;

(iv) Tal disparatada postura foi apontada nas trélicas das Rés, que apontaram o fato de que, passados mais de três anos de litígio – que somados aos dois anos de preparação da petição inicial, totalizam mais de cinco anos –, a União não apenas permanece sem juntar aos autos qualquer prova das despesas, como ainda tenta se esquivar do seu ônus legal (a essa altura precluso);

(v) Com a resposta do Ministério da Saúde, no entanto, a verdade foi revelada e vieram à tona os motivos por trás da postura da União: a Autora, na realidade, não tem conhecimento e não documentou as alegadas despesas, tendo atuado de má-fé nestes autos ao afirmar o contrário. Essa é a razão pela qual a Autora não juntou qualquer prova após tanto tempo, passou a sustentar que se trata de prova “desnecessária e diabólica” e, apesar disso, segue insistindo em descabida liquidação de sentença para produzir a tal prova “desnecessária e diabólica” em fase subsequente (?!);

(vi) Como resta evidente, o que a União sempre pretendeu, de forma solerte, é obter ilegal “sentença de responsabilidade”, verdadeiro “cheque em branco”, talvez para tentar pressionar as Rés à celebração de algum tipo de acordo e, assim, evitar a produção de provas sobre as despesas, a existência do dano e a sua extensão, bem como sobre o nexo de causalidade (ou seja, sobre o *an debeatur*), o que, como é cediço, não é possível; e

(vii) Mais: a partir da resposta do Ministério da Saúde, restam patentes os motivos pelos quais a AGU decidiu cumular indevidamente pedidos para o ajuizamento de uma inadequada Ação Civil Pública: não queria, como já alertado, correr os altíssimos riscos da sucumbência.

67. Diante do exposto, a Souza Cruz espera que esse MM. Juízo adote as providências necessárias para coibir o comportamento leviano da União de prosseguir com esta infundada demanda, pois tolerá-lo significaria compactuar com o desperdício de dinheiro público, que deveria estar sendo empregado adequadamente – como, por exemplo, na boa gestão do SUS e no combate ao mercado ilegal de cigarros, que causa significativos danos ao país.

.VI.

Conclusão e pedidos. Arts. 350 e 437, § 1º, do CPC.

68. A Souza Cruz demonstrou que a resposta do Ministério da Saúde é documento novo e de extrema relevância para esta demanda, pois suficiente a justificar a sua imediata extinção ou improcedência, conforme concluído nos Pareceres ora juntados que analisaram as consequências concretas do documento para o presente caso.

69. Resta claro que a União não se desincumbiu e não irá se desincumbir de ônus necessário à propositura da ação, referente à aferição de elemento essencial à prova indiciária do dano material: a demonstração da despesa incorrida pelo SUS com o tratamento das 27 doenças enumeradas na inicial, para que, posteriormente, fosse verificada a sua extensão e se tal despesa seria maior do que a despesa de todo modo incorrida em um cenário contrafactual sem os cigarros produzidos pelas empresas brasileiras e os supostos ilícitos alegados na inicial.

70. Como já ressaltado, a SAES acresce que tampouco é possível identificar as despesas incorridas com o tratamento de fumantes e ex-fumantes, de modo que a União não tem como produzir prova do nexo causal – de resto, preclusa.

71. Em síntese, os esclarecimentos do Ministério da Saúde demonstram o seguinte:

(i) A União, ao contrário do que foi alegado pela AGU, *não tem conhecimento e não tem como provar* as despesas federais com o tratamento das 27 doenças indicadas na petição inicial, o que seria o mínimo exigido em uma demanda como a presente – caso se supere (*ad argumentandum tantum*) o fato de não haver dano juridicamente indenizável *in casu*. Trata-se de prova que é impossível de ser produzida em razão da ineficiência da própria União em rastrear e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos federais no âmbito do SUS. A consequência só pode ser a extinção ou imediata improcedência do pedido de ressarcimento, sendo inútil o adiamento desta constatação para eventual liquidação de sentença (descabida *in casu*);

(ii) A prova da despesa incorrida com cada paciente do SUS, tratado para cada uma das 27 doenças listadas na inicial, e que fosse fumante ou ex-fumante dos cigarros das Rés, além de incompatível com o rito da Ação Civil Pública, tampouco pode ser produzida pela União, conforme esclarecido pela SAES;

(iii) Inexistente a prova da despesa federal com o tratamento das 27 doenças, resta inviabilizada a prova, mesmo que indiciária, da existência do dano material, que dependeria, dentre outras questões, da prova de que a União gastou mais do que gastaria em cenário contrafactual no qual não existissem os cigarros fabricados pelas Rés e as suas alegadas condutas ilícitas;

(iv) As estatísticas epidemiológicas não se prestam ao estabelecimento do dano e do nexo causal para fins de responsabilidade civil, especialmente diante da exigência legal de que o dano deve ser consequência direta e imediata do ato apontado como danoso (art. 403 do Código Civil). Ainda que assim não fosse, sem a prova das despesas com o tratamento das 27 doenças (em fumantes, ex-fumantes ou não fumantes), que a própria União reconhece ser necessária na inicial, sequer existe valor total sobre o qual se poderia em tese incidir qualquer fração de atribuição ao tabagismo derivada das estatísticas epidemiológicas, impossibilitando-se a aferição do dano e do nexo causal, mesmo que se adotassem as ilegais premissas iniciais da União a esse respeito;

(v) A prova da despesa e do dano material deveria ser realizada pela União durante o processo de conhecimento, mas resta preclusa diante das alegações não comprovadas formuladas em réplica. De todo modo, a inexistência da prova das despesas e, por conseguinte, a impossibilidade de provar a existência de dano, por culpa exclusiva da União, não autoriza que tais elementos sejam *estimados*, *presumidos* ou *arbitrados*. A prova do dano material (e da antecedente despesa material), ainda mais em se tratando de um “dano” emergente, deve ser cabalmente produzida, uma vez que somente prejuízos efetivos são indenizáveis e a indenização se mede pela extensão do dano (arts. 403 e 944 do Código Civil); e

(vi) Definitivamente, o ordenamento jurídico não respalda a aparente (e absurda) pretensão da União de que as despesas sejam *estimadas*, para que, posteriormente, (vi.i) o dano e o nexo causal sejam novamente *estimados*, a partir da incidência de estatísticas epidemiológicas estrangeiras; e (vi.ii) a responsabilidade de cada Ré seja novamente *estimada*, a partir da sua participação do mercado (*market share liability*). Forçoso reconhecer que

qualquer conclusão que se chegasse após essa *superposição de estimativas* seria totalmente especulativa e jamais poderia fundamentar eventual dever de indenizar das Rés.

72. Por todo o exposto, a Souza Cruz requer seja a União intimada para se manifestar sobre o documento novo anexado aos autos no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos dos arts. 350 e 437, § 1º, do CPC, sem prejuízo do direito de manifestação da Souza Cruz a respeito de eventual resposta da União.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Porto Alegre, 3 de março de 2023



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 Temer
OAB/RJ 204.625




Renan Soares Cortazio
OAB/RJ 220.226



Camila Helena Melchior
Camila Melchior
OAB/RJ 211.089



Rodrigo da Guia Silva
OAB/RJ 204.953



Carlos Alberto R. Ávila
OAB/DF 55.905