

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

Proc. nº 5030568-38.2019.4.04.7100

BRITISH AMERICAN TOBACCO PLC. (“**BAT plc**”) sociedade estrangeira regida pelas Leis da Inglaterra e País de Gales, com número de registro 3407696 e endereço na Globe House, 4 Temple Place, Londres WC2R 2PG, Inglaterra, por seus advogados (**doc. 01**), que, para os efeitos do artigo 77, V, do CPC, informam ter escritório na Rua Dom Gerardo nº 35, 5º andar, Rio de Janeiro/RJ, nos autos da Ação Civil Pública que lhe move a **UNIÃO**, representada pela Advocacia-Geral da União (AGU) vem, nos termos do art. 336, do Código de Processo Civil, oferecer sua **CONTESTAÇÃO**, com fundamento nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Para facilitar a localização dos temas em debate, a contestante pede vênias para apresentar o seguinte sumário:

Sumário:

I – INTRODUÇÃO	3
PRELIMINARES AO MÉRITO	19
II – NULIDADE DE CITAÇÃO	19
III – AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO BRASILEIRA	20
IV – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA BAT PLC	28
V – AUSÊNCIA DE INTERESSE-ADEQUAÇÃO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	41
PREJUDICIAL DE MÉRITO	46
VI – PRESCRIÇÃO	46
MÉRITO	48
VII – O CUSTEIO DA SAÚDE É DEVER DO ESTADO	48
A inconstitucionalidade e a ilegalidade do pedido	48
VIII – AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	56
IX – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO E CULPA	57
(IX.I) Não configuração de responsabilidade objetiva:	57
Os arts. 927, parágrafo único e 931 do Código Civil	57
(IX.II) Ausência de responsabilidade subjetiva: os 186 e 188 do Código Civil	66
(IX.III) Ausência de abuso de direito: o art. 187 do Código Civil	70
<i>Venire contra factum proprium</i> da União	70
(IX.IV) Descabida invocação da Lei nº 8.080/90 e do art. 884, do Código Civil	72
(IX.V) O art. 19 da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT)	73
X – AUSÊNCIA DE DANO	76
(X.I) Ausência de prova do dano como óbice ao acolhimento da pretensão	77
XI – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE	82
(XI.I) O rompimento do nexo causal em razão do livre-arbítrio do fumante	82
(XI.II) Ausência de nexo causal entre os ilícitos alegados na inicial e o aumento de gastos do SUS	94
(XI.III) A epidemiologia não pode ser usada para estabelecer nexo causal direto e imediato	94
(XI.IV) A impossibilidade de importação de dados epidemiológicos estrangeiros e outras impropriedades dos estudos que fundamentam a inicial	100
XII – O MERCADO ILEGAL DE CIGARROS E A RESPONSABILIDADE DA UNIÃO	103
(Ainda a ausência de nexo causal)	103
XIII – A APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NAS AÇÕES INDIVIDUAIS	107
XIV – SOBRE O <i>MASTER SETTLEMENT AGREEMENT</i> (MSA)	117
XV – SOBRE A SENTENÇA PROFERIDA PELA JUÍZA GLADYS KESSLER	121
XVI – AS DECISÕES DO STJ E DO TJSE EM AÇÕES SIMILARES	124
E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	124
XVII – SOBRE O DANO MORAL COLETIVO	129
XVIII – IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS PEDIDOS	131
XIX – CONCLUSÃO E PEDIDOS	134

I – INTRODUÇÃO

1. Por meio da presente Ação Civil Pública, a Advocacia Geral da União (AGU) pretende eminentemente que as rés, apenas duas das fabricantes de cigarros existentes no Brasil, juntamente com as empresas estrangeiras dos grupos aos quais pertencem, indenizem a União pelos gastos do Sistema Único de Saúde (SUS) que o Governo Federal está constitucionalmente obrigado a pagar. Com fundamento em teorias inéditas e inusitadas de responsabilidade civil absoluta, a União Federal requer o ressarcimento dos gastos que teriam sido incorridos pelo SUS nos últimos cinco anos, bem como os gastos que especula que serão incorridos no futuro, em caráter perpétuo, alegadamente decorrentes do tratamento de vinte e sete doenças supostamente atribuíveis ao tabagismo.

1.1. Em sua longa petição inicial, a União Federal ignora o massivo e consistente conjunto de decisões judiciais brasileiras rejeitando ações individuais, coletivas e de ressarcimento intentadas contra as fabricantes de cigarros, sob o fundamento de que há muito existe um amplo conhecimento sobre os sérios riscos à saúde associados ao consumo de cigarros pelos consumidores e agentes reguladores brasileiros, de modo que os fumantes – sejam ou não considerados dependentes – tem o livre arbítrio e a capacidade legal de tomar uma decisão voluntária e informada sobre se irão ou não fumar.

1.2. De acordo com essas numerosas e bem julgadas decisões brasileiras, as fabricantes de cigarros não são responsáveis pelos danos sofridos pelos fumantes, muito menos legalmente responsáveis pelos danos alegados por terceiro que custeia o tratamento de saúde do fumante. A União Federal não apresentou fundamento legal ou bases fáticas, sob a lei brasileira ou estrangeira, do porquê seu pleito deveria prevalecer, quando virtualmente todos os pleitos anteriores intentados no Brasil contra as fabricantes de cigarro falharam.

1.3. Com efeito, a AGU não refuta seriamente o enorme volume de precedentes brasileiros. Ao invés disso, tenta escapar deles sob o argumento de que teria uma causa de pedir direta com fundamento nos arts. 927 e 931, do Código Civil, que a AGU alega lhe conferirem o direito de reaver os custos despendidos com o tratamento de saúde dos fumantes pelas doenças tabaco relacionadas, apesar: (i) de as fabricantes de cigarro rés não terem incidido em qualquer violação à Lei; e (2) de que os fumantes sabiam dos riscos associados ao consumo de cigarros e

tiveram livre arbítrio e a capacidade legal de decidir por si próprios se deveriam ou não fumar. Conforme será explicado, o argumento da União não tem amparo legal.

1.4. Em complemento, a União equivocadamente fundamenta a responsabilidade civil das rés em diversos precedentes legais estrangeiros, incluindo: (1) a Convenção-Quadro para Controle do Tabaco (CQTC), que incorretamente alega amparar seu pleito de acordo com a legislação brasileira; (2) um acordo, sem admissão de responsabilidade, celebrado nos Estados Unidos da América em 1998, envolvendo empresas norte-americanas de tabaco estranhas à presente ação, portanto inadmissível como evidência de responsabilidade em ação judicial (sob a lei brasileira e os termos expressos do próprio acordo); e (3) uma sentença judicial proferida no ano de 2006 naquele mesmo País, em processo no qual falharam as tentativas do Governo Federal dos Estados Unidos de se ressarcir pelos custos relacionados a tratamentos médicos e obter indenização por parte de diversos réus, no qual a BAT plc foi voluntariamente excluída pelo Governo americano desde o início do litígio.

1.5. Com base em tais irrelevantes precedentes estrangeiros, a União afirma que se pode essencialmente presumir nesta ação que as rés brasileiras e estrangeiras (incluindo a contestante, constituída e sediada no Reino Unido) adotaram estratégias para enganar o público brasileiro a respeito dos riscos associados ao consumo de cigarros.

1.6. No que concerne às empresas estrangeiras – caso da BAT plc, ora contestante – a União sustenta a sua suposta responsabilidade em razão do alegado poder de direção e controle exercido sobre as subsidiárias brasileiras e, conforme argumenta a União, pelo simples fato de que tais empresas estrangeiras obtêm indiretamente dividendos de suas subsidiárias brasileiras indiretas.

1.7. De fato, apesar do esforço argumentativo da União, a demanda intentada não resiste a uma análise, mesmo que superficial, da pretensão, diante dos variados e sérios óbices processuais e meritórios que impedem o seu prosseguimento e procedência. Passa-se a descrever a seguir, nesta introdução, diversas das principais razões pelas quais não há competência ou legitimidade passiva da BAT plc, e não há fundamento para qualquer responsabilidade com relação à BAT plc, à Souza Cruz ou a qualquer outra ré na presente ação.

Além disso, ao longo da contestação, serão demonstrados estes e outros motivos (como a prescrição) pelos quais as pretensões iniciais devem ser rejeitas.

A BAT plc não tem legitimidade passiva e qualquer decisão em contrário violaria os princípios legais brasileiros da separação entre empresas e princípios de direito internacional e de reciprocidade

1.8. É evidente que a BAT plc não tem legitimidade passiva para responder esta ação. Como discutido nesta introdução e mais adiante, a ação da União contra a BAT plc é movida contra uma *holding* investidora estrangeira que: (i) sequer existia até 1997 e, portanto, não estava constituída durante grande parte do tempo a que se referem as alegações da petição inicial; (ii) nunca esteve fisicamente presente no Brasil; (iii) nunca fabricou, vendeu, divulgou ou promoveu qualquer produto derivado do tabaco no Brasil ou em qualquer outro lugar do mundo; (iv) nunca fez negócios de qualquer tipo no Brasil ou teve empregados, representantes ou patrimônio no Brasil; e (v) não se submeteu voluntariamente à jurisdição brasileira.

1.9. Por conseguinte, diante de todas estas razões, não há Jurisdição da Justiça brasileira e nem tampouco legitimidade passiva da BAT plc, que, nem mesmo em tese, poderia ser responsabilizada pelas condutas alegadas na inicial.

1.10. A União tenta, de forma irrazoável, arrastar as empresas estrangeiras, como a BAT plc, para esta ação, sob a teoria de que estão no topo de seus respectivos grupos societários e, como resultado, obtêm dividendos das operações de suas subsidiárias indiretas brasileiras. O argumento da União parece ser o de que a BAT plc é a *holding* da Souza Cruz e indiretamente obtém dividendos das suas operações, de modo que a separação societária entre as duas empresas deveria ser ignorada e a BAT plc condenada por controlar os negócios da Souza Cruz sendo, portanto, legalmente responsável pela sua suposta má conduta no Brasil.

1.11. Entretanto, como as provas apresentadas pela BAT plc deixam claro, as alegações da União de coordenação e controle, assim como os motivos fornecidos pela União pelos quais as regras gerais de autonomia e separação entre as empresas deveriam ser tão descaradamente ignoradas, a ponto de se atribuir à BAT plc os atos da Souza Cruz para fins de

fixação de Jurisdição e de reconhecimento de responsabilidade civil, não encontram fundamentos nos fatos ou na lei.

1.12. Como ponto de partida fático, esclareça-se que a BAT plc é uma empresa de investimentos constituída em julho de 1997 sob as leis da Inglaterra e País de Gales, com domicílio em Londres. A BAT plc não é a controladora direta da Souza Cruz e jamais praticou qualquer ato no Brasil, tampouco tem obrigações a serem cumpridas no Brasil. A Souza Cruz não é filial, agência ou sucursal da BAT plc, mas sociedade dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprios, com autonomia na condução dos seus negócios, relações e posicionamentos.

1.13. Conforme explicado em maiores detalhes abaixo e na declaração juramentada da BAT plc, elaborada pelo Secretário da Sociedade, Paul McCrory, em 05 de março de 2020 (“*affidavit*”, docs. 02 e 03), a União descaracterizou completamente a função, estrutura e relacionamento da BAT plc com a Souza Cruz. Como dito acima, a BAT plc é uma empresa *holding* investidora e a mera circunstância de ocupar o topo da estrutura societária também integrada pela Souza Cruz – e por diversas subsidiárias do redor do mundo – não a submete à legislação brasileira, não lhe confere legitimidade passiva para responder esta demanda e tampouco atrai para si qualquer tipo de responsabilidade por atos eventualmente praticados pela Souza Cruz no Brasil.

1.14. As alegações da União de que a BAT plc controlava as atividades da Souza Cruz no Brasil não refletem corretamente o papel e a função da BAT plc como empresa investidora ocupante do topo do grupo British American Tobacco, e tampouco refletem de forma precisa o relacionamento da BAT plc com a Souza Cruz, sociedade que sempre administrou suas próprias operações no Brasil e que se tornou subsidiária indireta integral da BAT plc somente a partir de fevereiro de 2016.

1.15. Notadamente, a grande maioria dos atos alegados pela União e os documentos por ela citados e genericamente atribuídos à “BAT” ocorreram ou foram produzidos antes que a BAT plc fosse constituída como sociedade, em julho de 1997, e antes que assumisse sua função de *holding* em setembro de 1998. Assim, estes documentos não podem ligar à BAT plc a presente ação.

1.16. Diante da ausência de ligação da BAT plc com o Brasil e das alegações contidas na inicial, a intenção da União de trazer para o litígio as *holdings* estrangeiras, incluindo a BAT plc, não tem qualquer base jurídica ou fática. Na verdade, a intenção da União no que se refere à BAT plc gera uma nociva insegurança jurídica no ambiente negocial, com potencialidade de afastar investimentos estrangeiros, já que nenhuma empresa transnacional ou multinacional se arriscaria a ter que responder por atos de suas subsidiárias brasileiras, principalmente quando, como ocorre aqui, a União parece estar adotando como principal base legal para tal responsabilidade indireta o mero fato de que a *holding* obtém lucros por meio da distribuição de dividendos de sua subsidiária indireta brasileira.

1.17. Em outras palavras, a União está estimulando os Tribunais a ignorar princípio fundamental de direito no Brasil (e internacionalmente, inclusive no Reino Unido, onde a BAT plc é sediada) de que a controladora não é responsável pelos atos de sua subsidiária na ausência de algum fato que demonstre que a subsidiária é representante ou o *alter ego* da controladora, de modo que as personalidades jurídicas das duas empresas deveriam ser desconsideradas. Ter uma subsidiária que indiretamente pague dividendos e outros lucros a um sócio ou acionista não é suficiente para justificar a desconsideração das normas de separação societária e impor responsabilidade ao sócio/acionista pelas ações da subsidiária na qual ele detém participação, motivo pelo qual, *data venia*, roga-se que esse i. Juízo rejeite o perigoso “convite” da União a ignorar de maneira tão açodada tais princípios fundamentais de direito societário no Brasil e no mundo.

1.18. Além disso, a AGU procura responsabilizar a BAT plc indiretamente com base em uma teoria inédita de responsabilidade objetiva absoluta, segundo a qual a Souza Cruz seria responsável de forma automática, em caráter perpétuo, essencialmente como se fosse seguradora, por indenizar a União pelas supostas externalidades de prestar atendimento médico para fumantes, independentemente da ampla jurisprudência que evidencia a ausência de comprovação de qualquer conduta passível de culpa ou violação de normas legais nas práticas históricas da Souza Cruz de fabricação e comercialização de cigarros.

1.20. Seria um precedente especialmente destrutivo sujeitar empresas estrangeiras a um afastamento tão dramático do direito já estabelecido de responsabilidade pelo produto que,

mais uma vez, prejudicaria os investimentos e comprometeria as expectativas consolidadas com relação à separação entre empresas e à jurisprudência sobre responsabilidade civil no Brasil.

1.21. Se a teoria da União de que todas as empresas que indiretamente obtêm dividendos e outros lucros de suas subsidiárias brasileiras são responsáveis pelos atos destas últimas for acolhida, haverá um retrocesso nefasto e considerável para a economia brasileira, já que as multinacionais estão presentes nos mais variados setores do mercado, como o financeiro, alimentício, de bebidas, químico, farmacêutico, automobilístico, têxtil, de óleo e gás, de mineração, dentre outros tantos. Utilizar a teoria, criada pela União, de responsabilidade indireta contra empresas estrangeiras, como é o caso da BAT plc na presente hipótese, trará prejuízos insuportáveis à economia, ao desenvolvimento e ao País, particularmente neste caso, em que a subsidiária brasileira está sendo acusada com fundamento em uma nova e infundada teoria de responsabilidade absoluta.

1.22. Com efeito, por que em grupo estrangeiro investiria em um país que não respeita o clássico princípio da separação de patrimônio das pessoas jurídicas daquele de seus sócios ou acionistas? Por que haverá de investir em um país que não respeita o princípio de que o acionista controlador responde pelos seus atos somente nos exatos termos consagrados na Lei nº 6.404/76, fazendo letra morta a própria lei por ele editada? Em suma, por que investir em um país que não respeita as próprias leis e tem uma abordagem de responsabilidade societária e responsabilidade pelo produto fundamentalmente contrária àquela adotada em outras jurisdições no resto do mundo, incluindo o Reino Unido, onde a BAT plc tem sua sede?

1.23. A este respeito, o pleito de indenização de valores gastos pela União Federal nos programas públicos e mandatórios de saúde, que o Governo brasileiro é constitucionalmente obrigado a oferecer, por parte de empresas estrangeiras, como a BAT plc, só porque esta tem subsidiárias brasileiras das quais recebe indiretamente dividendos, viola não apenas as próprias leis brasileiras de separação societária, mas também os princípios de reciprocidade e do direito internacional.

1.24. Obter lucros provenientes de seus investimentos é justamente o objetivo do acionista. A tentativa da União de ampliação da Jurisdição brasileira equivale a dizer que o Brasil aplicará suas leis de forma extraterritorial para punir atos de empresas estrangeiras como

a BAT plc, que não fazem negócios no Brasil e não têm nenhuma ligação com o Brasil, afora ter uma subsidiária indireta brasileira da qual em última instância retiram dividendos e outros lucros. Se a conduta da BAT plc é ilícita, ela pode e deve ser punida por governos e tribunais estrangeiros, dos países onde sua conduta ocorrer. Constitui violação aos princípios de reciprocidade e ao respeito à autoridade soberana de nações estrangeiras a tentativa da União de tornar-se uma polícia global da indústria do tabaco, que nem a Convenção-Quadro para controle do Tabaco (CQCT), nem a decisão norte-americana que a AGU tanto citou e nem qualquer outra fonte internacional ou estrangeira do direito admitem ou adotam.

1.25. Além das razões acima, pelas quais a ação contra a BAT plc não tem fundamento fático ou jurídico, o pleito também não pode prosperar, seja em razão da **manifesta prescrição** que será formalmente suscitada abaixo (sobretudo em razão do antigo conhecimento da União a respeito dos riscos associados ao consumo de cigarros e dos gastos com tratamento de saúde serem incorridos pelo SUS desde a sua criação), seja pelas inúmeras razões meratórias que serão a seguir enunciadas e mais adiante desenvolvidas.

A inicial viola o princípio da legalidade e é uma tentativa ilegal de obter uma tributação adicional das rés

1.26. No que diz respeito à “indenização” pleiteada pela AGU e embora ela tente negá-lo a qualquer custo, fato é que tem nítida natureza tributária, pelo que não pode ser concedida pelo Poder Judiciário, já que os tributos só podem ser criados por lei. Nesse particular, o setor fumageiro já é o mais onerado em termos de tributação, justamente em razão da periculosidade inerente e notória do produto.

1.27. Historicamente, a União pode ser considerada como sócia de longa data da indústria do tabaco no Brasil, com base nas altíssimas receitas provenientes de impostos que recebe há muitos anos – receita muito superior a qualquer lucro da Souza Cruz. Há muito os produtos derivados do tabaco estão entre os bens de consumo mais pesadamente regulados do Brasil, em razão dos seus conhecidos riscos para a saúde, o que torna irônico o fato de que, entre todas as indústrias cujos produtos ou atividades podem causar “externalidades” ou problemas de saúde pública, a AGU tenha escolhido o setor do tabaco para pleitear a imposição judicial de um novo esquema de responsabilidade objetiva absoluta e em caráter perpétuo.

1.28. De forma simplificada, a União já arrecada receitas tributárias significativas da indústria do tabaco para pagar diversos programas de governo, incluindo assistência médica, e agora pleiteia ainda mais valores com base em uma nova e inédita teoria da responsabilidade absoluta da Souza Cruz e responsabilidade indireta da BAT plc por conta de investimentos indiretos e lucros que indiretamente recebe da Souza Cruz. A hipocrisia desta ação é manifesta.

1.29. Decisão judicial que impusesse às fabricantes de cigarros uma obrigação de “indenizar” ente público pelos gastos do SUS atentaria contra o **Princípio da Legalidade**, consagrado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal e integrante do ordenamento constitucional brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824. Isso porque não existe fonte de direito brasileiro que dê origem a qualquer obrigação por parte da BAT plc ou qualquer outra ré de ressarcir a União por sua obrigação constitucional de custear a assistência médica para o povo brasileiro – tanto fumantes quanto não fumantes. Como será explicado mais adiante, nem o artigo 927 nem o 931 do Código Civil, tampouco qualquer outra fonte de direito brasileiro (ou estrangeiro) permite à União pleitear o ressarcimento dos seus custos com tratamentos de saúde.

1.30. Diante do Princípio da Legalidade, a alegada – porém incomprovada – insuficiência da arrecadação tributária para fazer frente aos gastos do SUS com o tratamento das doenças tabaco-relacionadas não pode ser apreciada em uma ação judicial, na medida em que a tributação apropriada do cigarro é matéria reservada ao Poder Legislativo. De todo modo, o tema passa necessariamente pelo enfretamento da questão referente ao mercado ilegal de cigarros, atualmente responsável por uma assombrosa fatia de **57%** de todos os cigarros que são vendidos no Brasil, o que demonstra além de qualquer dúvida razoável que os impostos já estão muito altos e/ou que o governo não está fazendo o suficiente para garantir sua receita fiscal por meio do combate ao comércio ilícito de cigarros no país.

1.31. Novamente, tratam-se de questões de política e regulamentação tributária, que não podem ser resolvidas sob o disfarce de um processo judicial. A AGU, de fato, reconheceu especificamente em sua inicial que a Souza Cruz não pode ser responsabilizada pela proporção de supostos custos com tratamentos de saúde que seriam decorrentes do consumo de cigarros ilícitos.

1.32. O mercado ilegal é composto principalmente pelos cigarros contrabandeados do Paraguai, que chegam ao País a preços muito inferiores aos dos cigarros legalmente vendidos, em razão do insuficiente combate ao tráfico pela União. Tais cigarros não pagam impostos no Brasil, não se submetem à severa legislação sanitária nacional e o seu comércio aumenta a violência e a criminalidade, devendo ser objeto de uma política pública mais eficiente por parte da União, que inclusive lhe garanta melhor arrecadação tributária. A União deixou de arrecadar, somente em 2018, 11,5 bilhões de reais de tributos por causa do contrabando de cigarros, tendo sido a evasão maior do que a arrecadação (11,4 bilhões para o mesmo ano), conforme estudo da ETCO Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial e da FGV Projetos.

1.33. Dispensassem as autoridades brasileiras mais recursos e esforços para coibir o mercado ilegal e diminuir essa expressiva fatia do mercado de produtos fumígenos ocupada pelos cigarros contrabandeados, certamente que as empresas nacionais voltariam a ocupá-la e o Governo Federal mais tributos arrecadaria, o que poderia pagar por uma variedade de programas, incluindo os custos do SUS com tratamento de saúde.

Inexistência de ato ilícito cometido pela BAT plc ou por qualquer das rés

1.34. O cigarro é um produto inquestionavelmente **lícito** no Brasil. Encontra previsão na própria Constituição Federal (**art. 220, §4º, CF**), está regulado em algumas Leis Federais (destacando-se a **Lei nº 9.294/96**), além de ser exaustivamente regulamentado por inúmeras Resoluções da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Dentre todos os setores que envolvem produtos e indústrias de risco no Brasil, com relação ao cigarro, há anos existe ampla jurisprudência que examinou detalhadamente as práticas históricas das fabricantes brasileiras, tendo constatado em várias ocasiões a completa ausência de conduta culposa, seja em relação aos consumidores, seja em relação aos que arcam com os custos de saúde desses consumidores. A fabricação e comercialização de cigarros não geram dever de indenizar, como deixa claro o enorme volume de precedentes judiciais brasileiros.

1.35. A periculosidade inerente do cigarro é conhecida há muito por toda a sociedade, pelo público consumidor em geral e, particularmente, pelo Estado, que, a par disso,

sempre foi um dos maiores estimuladores da produção, como forma de incrementar a economia e arrecadar tributos. Por isso, a pretensão da União de receber indenização decorrente do exercício desta atividade, além de estar irremediavelmente prescrita, configura *venire contra factum proprio*, uma das modalidades de abuso de direito. A ciência de longa data do consumidor e do governo quanto aos sérios riscos para a saúde associados ao tabagismo, incluindo o fato de ser difícil de abandonar, é o principal fundamento utilizado pelos tribunais brasileiros em ações anteriores, individuais, coletivas e de ressarcimento, para rejeitar, de forma unânime, as demandas dos autores destes processos. Não há nada de especial na presente ação que justifique um resultado diferente.

1.36. Diante dos precedentes brasileiros existentes, que rejeitam diretamente as mesmas alegações formuladas nesta ação, a União alega que, neste caso, seria aplicável alguma forma de responsabilidade absoluta, o que faz com fundamento nos artigos 927 e 931 do Código Civil e no artigo 19 da Convenção-Quadro para controle do Tabaco (CQCT), os quais, definitivamente, não a socorrem. Tais argumentos carecem de mérito jurídico, mas a União força a sua criatividade, ciente de que, a menos que invente algum fundamento para uma ação nova e ainda não descoberta, baseada em princípios de responsabilidade absoluta, seu pleito jamais prevalecerá caso observada a jurisprudência tradicional sobre responsabilidade civil no Brasil.

1.37. Uma vez exigida, no presente caso, a configuração dos necessários elementos da responsabilidade civil – a começar pelo ato ilícito –, a ação da União terá o mesmo destino das ações de ressarcimento e das ações individuais e coletivas já propostas no Brasil, todas rejeitadas.

Inexistência de dano e nexa causal

1.38. Ausente o ato ilícito, é evidente, de outra parte, que, ao fazer os aportes no SUS exigidos pela Constituição Federal e nas leis específicas, a União não sofre qualquer espécie de dano indenizável, mas apenas cumpre dever constitucional inserto no **art. 196**, da **Constituição Federal**, dever este intransferível ao particular. Em outras palavras, a União tem a obrigação constitucional de pagar pelos serviços de saúde aos fumantes e aos não fumantes, não podendo recharacterizar essa obrigação como “dano” para transferir sua obrigação

constitucional para terceiros, no caso as fabricantes de cigarros, com base na teoria de que tais fabricantes seriam “seguradoras absolutos” de quaisquer “externalidades” de saúde associadas ao uso de seus produtos.

1.39. A mesma tese defendida na inicial, se vingasse, justificaria aportes ao SUS (via cobrança judicial da União) pelos mais variados setores econômicos, especialmente aqueles atrelados a produtos que apresentam risco à saúde, como certos alimentos (ricos em açúcar, gorduras e sódio), bebidas alcoólicas, automóveis, entre outros, incluindo indústrias, empresas químicas, de mineração e de energia, já que, de acordo com a teoria da AGU, qualquer atividade – mesmo legal e legítima – que resulte em supostas “externalidades” que afetam a saúde pública ensejaria ação de ressarcimento regresso por parte da União.

1.40. Uma parte substancial das despesas do SUS provavelmente resultará de tais “externalidades” associadas ao uso e exposição, da população brasileira, a vários produtos e atividades legais e tributadas que apresentam potenciais riscos à saúde, não havendo razão alguma para que fabricantes e indústrias sejam responsáveis de forma automática, como se fossem seguradoras dos custos com tratamento de saúde alegadamente associados com esses produtos. A opção constitucional foi pela seguridade universal garantida pelo Estado, não pelos particulares, pessoas físicas e jurídicas, que já financiam os programas do Governo, incluindo os serviços de saúde, por meio dos tributos, cuja arrecadação será tanto maior, quanto melhor sucedida e livre for a atividade econômica desenvolvida.

1.41. Ainda que a União não estivesse constitucionalmente proibida de pleitear a transferência de seus custos com serviços de saúde a terceiros, na presente ação, a AGU não conseguiu e não tem como demonstrar ter sofrido qualquer dano (isto é, prejuízo econômico) devido ao tabagismo, apesar de gabar-se do fato de ter preparado o caso por mais de dois anos. A União não argumenta e muito menos tenta provar, a partir de qualquer tipo de modelo de custo confiável, que gastou mais com tratamentos de saúde por conta do consumo de cigarros, do que gastaria em um mundo sem cigarros. Em vez disso, ela selecionou 27 doenças que podem estar associadas ao tabagismo (mas que também estão associadas a outros fatores de risco) e usou estudos epidemiológicos de outros países, e não do Brasil, para afirmar que uma certa parcela de seus custos com o tratamento destas doenças deve-se ao tabagismo.

1.42. Essa abordagem não prova que a União incorreu em mais custos com saúde do que teria incorrido em um mundo sem cigarros. Assim, a União nem mesmo alegou ter sofrido dano ou prejuízo devido ao consumo de cigarros com base nos princípios tradicionais da responsabilidade civil, segundo os quais deveria demonstrar que está pior financeiramente em consequência da atividade supostamente ilícita (mas, nesse caso, inquestionavelmente lícita) do que estaria se inexistisse tal atividade. Isso demonstra o que esta ação realmente é, repita-se: uma tentativa indevida da União de impor mais tributos a determinadas empresas brasileiras líderes no comércio de cigarros e suas *holdings* internacionais, para custear as suas próprias obrigações constitucionais.

1.43. E, de todo modo, **não existe nexo de causalidade** entre a fabricação/comercialização de cigarros e os gastos do SUS com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, pois entre essas duas pontas, encontra-se o fumante e o seu livre arbítrio de consumir um produto que, como tantos outros, é sabidamente nocivo à saúde. A liberdade de escolha do fumante de plano rompe o nexo causal invocado na inicial e tem sido largamente utilizada como fundamento para o afastamento de pretensões indenizatórias similares a esta ao redor do mundo.

1.44. De fato, apesar de sua preferência por citar casos estrangeiros como base para a presente ação, a AGU não reconhece o simples fato de que nenhum processo desse tipo resultou em decisão final contrária às fabricantes de produtos do tabaco em qualquer parte do mundo, ao longo de mais de vinte anos em que diversas seguradoras de saúde e outros governos soberanos moveram ações semelhantes. E, vale reiterar, a inicial praticamente ignora a avaliação do livre arbítrio feita pelos próprios tribunais brasileiros como uma quebra de cadeia causal entre a alegada (porém inexistente) conduta ilícita das fabricantes de cigarros e a decisão voluntária dos fumantes de consumir (ou não) o produto.

1.45. O livre arbítrio do fumante é também um dos vários fundamentos pelos quais a jurisprudência no Brasil pacificou-se pela improcedência das ações individuais movidas pelos próprios fumantes, ex-fumantes ou seus familiares buscando das fabricantes de cigarros indenização por doenças atribuídas ao consumo do produto. Se ao fumante é negada tal indenização, com maior razão esta deve ser negada à União dada a sua posição ainda mais remota em relação às fabricantes.

1.46. Além disso, e ao contrário do que a União tenta convencer de forma simplista na inicial, não há como estabelecer um nexo de causalidade cientificamente fidedigno entre o consumo de cigarros e os gastos do SUS com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas somente a partir de estudos estatístico-epidemiológicos, principalmente no caso em tela, a partir de estudos de populações fora do Brasil.

1.47. Enquanto a epidemiologia pode avaliar os padrões de uma doença e as suas potenciais causas e fatores de risco **em uma população**, ela não é hábil a demonstrar porque um indivíduo apresentou uma doença em particular e, por extensão, quando o tratamento do SUS para qualquer doença em um indivíduo deveu-se a um fator de risco em particular (no caso, o consumo de cigarros) ou não.

1.48. Com efeito, uma vez que a lei brasileira exige que a alegada exposição seja a causa direta e imediata da doença para fins de responsabilidade civil (art. 403, do CC), outros fatores de risco devem ser considerados e descartados, de modo que, neste caso, a União deveria demonstrar que o SUS tratou fumantes por doenças causadas pelo consumo de cigarros (e não por outros fatores de risco) e, para tanto, ela precisa de mais do que a epidemiologia e, certamente, mais do que a epidemiologia dos Estados Unidos, que avaliou uma população diferente, com padrões de doença e fatores de risco muito diferentes do Brasil.

1.49. Finalmente, apesar de toda a pesquisa que parece ter sido empreendida pela AGU para a propositura desta ação, ela simplesmente não informa em uma linha sequer da inicial quais seriam as despesas da União com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas. Apesar de alardear na imprensa ter passado dois anos elaborando a inicial, não há sequer uma indicação de que a AGU tenha solicitado dados ao SUS comprovando o pagamento de qualquer quantia. Talvez porque, ao revisar as contas e a documentação do SUS, a AGU tenha percebido que os custos pleiteados não podiam ser comprovados.

1.50. Ciente da sua deficiente ação de indenização e do inexistente nexo causal, a União requereu que esse i. Juízo remetesse o cálculo dos danos alegadamente relacionados ao tabagismo para liquidação de sentença. Este pedido deve ser indeferido, uma vez que o direito brasileiro não autoriza tal bifurcação de fases em uma ação de responsabilidade civil, na qual o

dano e o nexa causal são dois dos seus elementos essenciais e indispensáveis, portanto, devendo ser demonstrados na fase de conhecimento. Se a AGU realmente crê no cabimento desta ação, então deveria ter apresentado com a petição inicial provas, evidências, documentos (art. 320, do CPC) que respaldassem o seu pedido, inclusive no que diz respeito aos danos e ao nexa causal com a suposta conduta ilícita ou culposa das rés. Definitivamente não pode a AGU escolher o que quer provar agora e o que quer provar depois!

1.51. De qualquer forma, o único estudo que a AGU cita na petição inicial relativo ao custo com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas (página 59/60) não constitui prova científica fidedigna apta a comprovar que a AGU sofreu danos, além de não relacionar tais danos à alegada conduta ilícita das rés, incluindo a BAT plc.

1.52. O chamado “documento técnico” intitulado “*Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos*” (PINTO, Márcia *et al.*, 2017 – referência 95 da inicial), não advém de qualquer revista especializada. Tal estudo foi publicado a partir de dados do Instituto de Eficácia Clínica e Política de Saúde de Buenos Aires, Argentina. Longe de provar quaisquer despesas reais do SUS no Brasil, muito menos despesas causadas por uma suposta conduta ilícita das rés, o documento usa o denominado “modelo de simulação de Monte Carlo”, que insere dados epidemiológicos da população dos Estados Unidos da América para estimar despesas pretéritas com serviços de saúde no Brasil.

1.53. O modelo não é digno de qualquer confiança. A tese da AGU sobre a sua relevância é desprezível e desprovida de qualquer confiabilidade, e o fato de a AGU somente basear-se no referido trabalho evidencia a sua falha em apontar quais foram os custos com o tratamento de doenças tabaco relacionadas nos últimos cinco anos no Brasil e o caráter completamente especulativo e sem precedentes do pedido de indenização futura e perpétua.

1.54. Também (e mais uma vez), a União insinua absurdamente que todos os recursos financeiros supostamente gastos com doenças relacionadas ao tabaco não teriam sido despendidos se não fosse pelo consumo de cigarros. Ocorre que, mesmo se o cigarro jamais tivesse existido, os indivíduos ainda ficariam doentes e necessitariam de cuidados médicos –

muitos deles pelas mesmas 27 doenças que a AGU selecionou para ressarcimento de custos nesta ação.

1.55. A AGU falhou em explicar, e mais ainda em quantificar, a base para sua conclusão de que o SUS teria gasto menos dinheiro se o consumo de cigarros não existisse. As múltiplas falhas da AGU em quantificar os danos atribuídos ao consumo de cigarros/alegada conduta ilícita das réis ou em fornecer comprovação efetiva de danos a partir de documentação financeira do próprio SUS – apesar de ter-se gabado na imprensa de ter preparado este caso por dois anos – constituem uma deficiência insuperável da presente ação, pois, *prima facie*, o reconhecimento de responsabilidade civil requer a comprovação de ato ilícito/culposo, do dano e do nexo causal entre uma coisa e outra. A demonstração desses elementos essenciais não pode e não deve ficar para um outro momento no *iter* processual.

A União Federal baseia-se em precedentes estrangeiros que não lhe servem de suporte

1.56. As ações e precedentes estrangeiros citados pela União como fundamento às suas pretensões não servem para tal fim. Para começar, o acordo celebrado em 1998 nos Estados Unidos por alguns estados americanos e fabricantes de cigarros americanas (que não admitiram responsabilidade e pelos seus próprios termos não pode ser usado como evidência nesta ação) não tem aplicação nesse caso. Também não se aplica a sentença da Juíza Gladys Kessler proferida em 2006 naquele mesmo País, amplamente invocada na inicial, vez que, novamente, aquele julgado aplicou a lei dos Estados Unidos da América, irrelevante para este caso e, em todo caso, concluiu que o Governo Federal americano não poderia ser ressarcido por custos com tratamento de saúde ou obter qualquer outra forma de indenização em dinheiro das indústrias de tabaco, de modo que é curioso que a União tenha invocado esse precedente como amparo a um pedido de ressarcimento de despesas com tratamento médico.

1.57. Além disso, o panorama americano regulatório e tributário referente à indústria do tabaco era fundamentalmente diferente à época do processo do que é hoje o panorama brasileiro regulatório e tributário, tornando o cenário americano completamente diferente da situação brasileira.

1.58. O ordenamento jurídico americano também é completamente diferente do brasileiro no que diz respeito ao processamento das ações de responsabilidade pelo fato do produto, que inclui a instauração de tribunais de júri, expressivos honorários de êxito aos advogados, exigências de depósitos onerosos para a interposição de recursos e ausência da exigência de que a parte derrotada pague as custas judiciais à vencedora. A celebração dos acordos, portanto, decorreu de decisões comerciais das empresas norte-americanas para pôr fim às ações intentadas nos Estados Unidos, pelo Governo norte-americano, no contexto do ordenamento jurídico vigente naquele País e não tem influência na determinação de responsabilidade e direito à reparação sob a Lei brasileira neste processo.

1.59. Tais acordos não têm – e jamais tiveram nos mais de 20 anos desse tipo de litígio no Brasil – a menor repercussão na mansa e pacífica jurisprudência brasileira.

1.60. Da mesma forma, a Convenção-Quadro para Controle de Tabaco (CQCT) tampouco legitima o pleito da União, tratando-se de norma programática, inapropriada para criar deveres e obrigações, e sujeita ao ordenamento jurídico nacional, como explicado em mais detalhes abaixo. Em termos simples e contrários às alegações da União, a CQCT não impõe qualquer obrigação às partes signatárias de adotar quaisquer medidas específicas de controle do tabaco, incluindo a propositura de ações de ressarcimento.

1.61. Ao contrário, a CQCT reconhece a soberania das leis nacionais e dos princípios constitucionais aplicáveis à cada parte signatária (por exemplo, a CQCT observa repetidamente que a implementação de suas disposições está sujeita às “leis nacionais” e aos “princípios constitucionais” nacionais, reconhecendo que questões de responsabilidade devem ser tratadas “conforme determinado por cada parte dentro de sua jurisdição”). Notadamente, a grande maioria dos signatários da CQCT não propôs ações como a presente ou qualquer outro tipo de ação judicial relacionada ao consumo de tabaco, demonstrando ainda que a interpretação da União de que a CQCT criaria uma causa para esta ação e obrigaria a AGU a intentá-la é sem fundamento e diferente de como todos os demais Países signatários a interpretaram.

A União Federal viola princípios da livre concorrência com esta ação

1.62. **A propositura da demanda contra apenas duas fabricantes de cigarros** escolhidas pela AGU atenta contra **o princípio da livre concorrência** (art. 170, CF) e da **isonomia** (art. 5º, *caput*, CF). Isso ocorre pois apenas as réas que a AGU escolheu processar teriam que indenizar o Poder Público por danos indistintamente associados ao consumo de cigarros, enquanto nenhuma outra fabricante foi acionada, incluindo mais notavelmente as fabricantes envolvidas no mercado ilegal.

* * *

1.63. **Os pontos acima são apenas alguns enunciados do que será desenvolvido na presente peça, mas que, s.m.j., bastam à sua extinção ou improcedência.** O pleito inicial não encontra respaldo em qualquer lei vigente no País, ao revés, atenta contra a Lei e contra a Constituição Federal, como se passa a demonstrar.

PRELIMINARES AO MÉRITO

II – NULIDADE DE CITAÇÃO

2. A contestante suscita preliminarmente a nulidade da sua citação, nos termos do art. 337, I, do CPC. *Data maxima venia* da decisão proferida no evento 37, a citação da BAT plc no endereço da Souza Cruz está eivada de **nulidade**, pois é inaplicável ao caso o art. 75, X e §3º, do CPC ou uma interpretação extensiva – e ilegal – do referido dispositivo. A Souza Cruz não é filial, agência ou sucursal da BAT plc, mas pessoa jurídica completamente distinta, com autonomia patrimonial, de direito e de fato, devendo a citação de empresa estrangeira para integrar processo movido em território brasileiro ser necessariamente realizada por meio de carta rogatória, como determina o **art. 237, II, do CPC**.

2.1. Vale conferir a esse respeito o parecer da Professora **NADIA DE ARAUJO**, página 36 e seguintes e quesitos 4 e 5 (**doc. 04**).

2.2. A contestante requer, pois, seja reconsiderada a decisão proferida no evento 37, decretando-se a nulidade da citação da BAT plc.

III – AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO BRASILEIRA

3. De acordo com as leis do Brasil, a autoridade judiciária brasileira não tem jurisdição para julgar esta demanda no que diz respeito à BAT plc. A questão é regulada pelos **arts. 12 da LINDB** (Decreto-Lei nº 4.657/42 alterado pela Lei nº 12.376/10) e **art. 21** e seu parágrafo único do **CPC**, que dispõem, respectivamente, o seguinte:

Art. 12 LINDB: “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”.

Art. 21 do CPC:

“Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal”.

3.1. Os dispositivos acima elencam as hipóteses alternativas em que se estabelece a competência concorrente da autoridade judiciária brasileira, presente, em síntese, quando o réu é domiciliado no Brasil ou quando no Brasil tiver que ser cumprida a obrigação ou, ainda, quando o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

3.2. **Nenhuma** dessas circunstâncias encontra-se presente no caso em relação à ré BAT plc., razão pela qual a Professora **NADIA DE ARAUJO** concluiu em parecer elaborado especificamente para este caso que a **“a autoridade judiciária brasileira não é competente para processar e julgar ACP, no que concerne à BAT plc., eis que não preenchidos os critérios ensejadores da jurisdição concorrente de nossos tribunais e não aplicáveis as hipóteses de jurisdição exclusiva. A BAT plc. não tem domicílio no Brasil, a causa de pedir da ACP não tem natureza contratual e os fatos e atos alegados como ensejadores de responsabilidade subjetiva das Rés não foram praticados pela BAT plc., muito menos no Brasil” (doc. 04).**

3.3. Com efeito, a **BAT plc não tem domicílio no Brasil**. Trata-se de empresa criada sob as leis da Inglaterra e País de Gales, domiciliada em Londres (confira-se a respeito *affidavit* elaborado pelo Secretário da BAT plc, Paul McCrory, anexado como **docs. 02 e 03**).

Tampouco a BAT plc tem agência, filial ou sucursal no Brasil, como referido no parágrafo único do art. 21, do CPC.

3.4. A Souza Cruz, corré na demanda, não se enquadra nesses conceitos, pois é pessoa jurídica brasileira, constituída sob as leis brasileiras no longínquo ano de 1903, e dotada de completa autonomia em relação à BAT plc, tanto patrimonial, como no que diz respeito à condução dos seus negócios no Brasil.

3.5. A Souza Cruz é subsidiária bastante indireta (em sétimo grau) da BAT plc, já que esta última sequer tem participação direta nas suas cotas, como se vê do trecho do contrato social da Souza Cruz transcrito na página 17 da inicial. Como reconhece a AGU na mesma página, a empresa que detém a quase totalidade das cotas da Souza Cruz é a British American Tobacco Internacional (Holdings) B.V., sediada na Holanda. Trata-se de pessoa jurídica distinta da BAT plc, ora contestante, sediada em Londres, e que ocupa o topo da estrutura societária, estando inclusive bem distante tanto da BAT B.V. quanto da Souza Cruz, não tendo, pois, nenhuma responsabilidade quanto aos fatos aqui alegados.

3.6. Confira-se, a propósito, o entendimento do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** em detalhado acórdão sobre essa matéria, que bem explica a diferença manifesta entre uma sociedade subsidiária e uma simples filial, agência ou sucursal, *verbis*:

“Ressoa, pois, inequívoco que a Chevron Corporation não se encontra localizada no Brasil e que a pretensão veiculada obliquamente neste feito é o redirecionamento da execução para a Chevron Brasil Petróleo Ltda., que se apresenta como mera sociedade subsidiária indireta da ora requerida, alegadamente em sétimo grau. Consoante cediço, sociedades subsidiárias são pessoas jurídicas com personalidade e patrimônio próprios e, por isso, via de regra, insuscetíveis de responsabilização por débitos imputados a outra sociedade do mesmo grupo econômico, ainda que da empresa controladora,
sendo certo que:

‘(...) com as sociedades-filhas (subsidiárias) não se confundem as sucursais, filiais, agências, termos que, no nosso direito, são geralmente empregados como sinônimos para indicar a organização ou o estabelecimento que depende de outro, o principal, em regra situado fora da circunscrição política ou administrativa em que se encontra o último. A diferença essencial está em que as sociedades-filhas gozam de autonomia jurídica, de personalidade, enquanto que as agências, sucursais ou filiais são extensões da organização, sociedade ou empresa principal’ (MIRANDA VALVERDE, Trajano. Sociedades por Ações. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 399) **No mesmo sentido, o seguinte precedente da Segunda Seção, em que se afastou a possibilidade de empresa subsidiária vir a**

responder, com seu patrimônio, por dívidas de outra sociedade do mesmo grupo econômico:

‘PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO TRABALHISTA. EMPRESA SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFLITO. MANUTENÇÃO DO JULGADO PELOS SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A execução trabalhista se voltou contra a **empresa subsidiária integral daquela em recuperação, a qual, apesar de pertencer ao mesmo grupo econômico, possui patrimônio e personalidade jurídica distintas da recuperanda.** 2. Em casos que tais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que se o patrimônio da falida não foi objeto de constrição no Juízo trabalhista, não se cogita de competência do juízo falimentar para execução do crédito reclamado. 3. Não sendo a linha argumentativa apresentada pelos agravantes capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no CC 138.936/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 27/11/2015) (...)’ (STJ. CORTE ESPECIAL. SEC 8.542/EX, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 29/11/2017, DJe 15/03/2018 – trecho do voto do relator, g.n.).

3.7. Evidente, portanto, que a Souza Cruz não pode ser considerada mera filial da BAT plc, pois, repita-se, pessoa jurídica completamente distinta e autônoma, com diretoria própria e independente para tomar todas as decisões gerenciais na condução dos seus negócios.

3.8. Não há que se falar de outra parte, em obrigação a ser cumprida no Brasil, como referido no **inciso II do art. 21 do CPC**, que se aplica às relações contratuais, reservando-se aos casos de contratos internacionais celebrados no exterior, mas nos quais se acordou que a obrigação deve ser cumprida no Brasil¹.

3.9. O caso em questão não versa sobre relação contratual, mas responsabilidade aquiliana, não bastando para atrair a jurisdição brasileira o fato de a AGU pretender receber uma indenização no Brasil. O entendimento diverso levaria à absurda conclusão de que qualquer pessoa poderia demandar, perante o Poder Judiciário brasileiro, contra uma pessoa estrangeira

¹ Processo civil. Competência internacional. **Contrato de distribuição no Brasil de produtos fabricados por empresa sediada no Reino Unido.** (...) Execução contratual essencialmente em território brasileiro. Competência concorrente da Justiça brasileira. Art. 88, inc. II, do CPC. Precedentes. (...) A autoridade judiciária brasileira tem competência para apreciar ação proposta por representante brasileira de empresa estrangeira, com o objetivo de manutenção do contrato de representação e indenização por gastos efetuados com a distribuição dos produtos. - O cumprimento do contrato de representação deu-se, efetivamente, em território brasileiro; a alegação de que a contraprestação (pagamento) sempre foi feita no exterior não afasta a competência da Justiça brasileira” (REsp 804.306/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 03/09/2008, g.n.).

bastando-lhe dizer que o pagamento da indenização seria realizado no Brasil, o que faria letra morta das regras sobre jurisdição internacional e atentaria contra a soberania dos Países.

3.10. Evidentemente, portanto, que a aplicação do dispositivo em debate exige um contrato internacional prevendo o cumprimento da obrigação no Brasil, o que inexistia no caso, conforme também foi explicado pela Professora **NADIA DE ARAUJO** no parecer já referido (**doc. 04**).

3.11. Por fim, em relação à BAT plc, **a inicial não narra qualquer fato ou ato ocorrido no Brasil (art. 21, inciso III, do CPC)** e não demonstra como os atos que foram atribuídos, genericamente, à “BAT” (e não à contestante), com fundamento em documentos internos da “indústria do tabaco”, disponíveis publicamente na *internet* há pelo menos vinte anos, teriam de alguma forma influenciado o consumo de tabaco no Brasil, valendo desde logo ressaltar que a eventual repercussão no Brasil de atos praticados no exterior (aqui completamente incomprovada) tampouco atrairia a jurisdição brasileira, pois o critério legal de definição de jurisdição é a prática do ato no Brasil e não o de eventual e hipotética repercussão dos atos alegadamente praticados em outra jurisdição.

3.12. A BAT plc é uma *holding* estrangeira investidora em diversas outras sociedades ao redor do mundo e não tem sequer participação societária direta na Souza Cruz. A BAT plc não comercializa cigarros no Brasil ou em qualquer lugar do mundo. Sua atividade consiste basicamente na organização e administração de investimentos. Assim, não surpreende que a inicial careça de alegações de condutas praticadas pela BAT plc – ilícitas ou não – que possam servir de fundamento à jurisdição brasileira relacionada à BAT plc nesta ação.

3.13. De fato, dos 450 documentos anexados à inicial, apenas um – o Relatório Anual da BAT plc publicado em 2017 (anexo 08 da inicial) – foi elaborado pela ora contestante, BAT plc (conforme já referido *affidavit*, parágrafo 32, **docs. 02 e 03**). Esse documento não tem a menor importância para a presente ação, sendo completamente desinfluyente para estabelecer a jurisdição brasileira. Trata-se de documento societário que lá, no Reino Unido, assim como no Brasil, as empresas devem anualmente elaborar e tornar público.

3.14. O parecer da Professora **NADIA DE ARAUJO** foi bastante enfático quanto a esse ponto, considerando justamente a alegação de que a indústria do tabaco teria praticado diversos atos ilícitos no exterior, que, todavia, teriam repercussão no Brasil, confira-se:

“A causa de pedir imediata da ACP se consubstancia no ato de fabricar e comercializar cigarros no Brasil. Da análise realizada, nos parece incontroverso que o ato de fabricar e comercializar cigarros ocorre, efetivamente, no Brasil. Todavia, a BAT plc não é a executora de tal ato, eis que não dispõe de autorização do Governo brasileiro para exercer qualquer atividade relacionada à cadeia produtiva do tabaco no Brasil. A única atividade passível de ser exercida pela BAT plc sem autorização governamental seria deter participação societária na Souza Cruz Ltda., o que não o faz. Como destacado pela União em sua petição inicial, a BAT plc não detém diretamente nenhuma quota do capital social da Souza Cruz Ltda.

A causa de pedir mediata levantada pela União é a suposta prática de conduta reiterada de omitir informações, suprimir documentos, manipular a percepção do público quanto aos malefícios do fumo e alterar a composição do produto. Da análise da peça exordial não é possível discernir qual conduta é especificamente atribuída à pessoa jurídica British American Tobacco plc. A União parece se utilizar da sigla “BAT” para se referir indistinta e aleatoriamente a todas as empresas vinculadas ao grupo econômico British American Tobacco, constituídas e atuantes nas mais variadas jurisdições, e não, propriamente, à BAT plc, quem efetivamente incluiu no polo passivo da demanda.

Não obstante, extrai-se do próprio relato da União que nenhum ato de omissão de informações, supressão de documentos, manipulação da percepção do público quanto aos malefícios da nicotina ou alteração da composição do produto que pudesse ensejar a responsabilidade subjetiva é de autoria da pessoa jurídica British American Tobacco plc e tampouco foi efetivamente praticado no Brasil. Com efeito, todas as condutas relatadas precedem a própria constituição da Consulente, assim como os citados “documentos internos da indústria” que delas pretendem fazer prova. Com efeito, dos 133 documentos internos da indústria juntados como anexo à petição inicial, apenas treze são posteriores à data de constituição da BAT plc. Dentre esses treze, seis são provenientes do ‘Caso Paradigma’ referido no item 99 abaixo e não são documentos da BAT plc. Dos sete documentos restantes, somente um foi gerado pela BAT plc (um relatório anual dirigido aos seus acionistas em 2017).

A não ocorrência desses fatos em território nacional chegou a ser inclusive reconhecida pela União na peça exordial, nos seguintes termos: “*não é possível entender que os atos praticados no exterior não sejam afetos à jurisdição brasileira, especialmente quando se comprovam - como será visto - as nocivas consequências que esses atos e omissões tiveram em solo nacional*”.

Ocorre que a opção do legislador brasileiro foi claramente pela fixação da jurisdição internacional brasileira a partir do local de ocorrência do fato ou ato ensejador da causa, não sendo possível ampliar esse conceito para atos ocorridos fora do território nacional” (doc. 04, g.n.).

3.15. Diante da ausência de todas as hipóteses que fundamentariam a jurisdição brasileira em relação à BAT plc – que em hipótese alguma está sendo aceita pela BAT plc –, este feito deverá ser extinto em relação a ela. Acrescente-se, nesse ponto, que, diante da ausência de bens da BAT plc no Brasil, a execução da sentença necessariamente deveria ocorrer na Inglaterra e País de Gales².

3.16. Significa que eventual sentença condenatória não teria efetividade em relação à BAT plc, sendo o **princípio da efetividade**, também referido no multicitado parecer da Professora **NADIA DE ARAUJO**, critério de especial relevância para a definição da jurisdição internacional, afinal, “*o juiz brasileiro somente atua relativamente àquelas causas de alguma forma vinculadas a país estrangeiro, se houver possibilidade de tornar efetiva, de realmente fazer cumprir sua sentença*”.³

3.17. Induvidoso, pois, por qualquer ângulo analisado, que falece jurisdição à autoridade judiciária brasileira para julgar este processo em relação à BAT plc.

3.18. De fato, violaria os princípios de direito internacional de cortesia e reciprocidade se o Brasil punisse atividades exercidas no exterior por sociedades estrangeiras como a BAT plc, sem qualquer ligação com o Brasil, que não a de possuir subsidiárias. A regulamentação da conduta da BAT plc deve ser feita pelas autoridades soberanas da jurisdição onde a BAT plc está sediada (Reino Unido). Ao buscar medidas extraterritoriais contra a BAT plc simplesmente porque ela tem uma subsidiária brasileira indireta da qual recebe, também indiretamente, lucros, a União interfere na soberania de outras nações para regular as atividades da BAT plc, bem como viola os princípios de direito internacional e de reciprocidade.

3.19. A União alega que a Convenção Quadro para Controle do Tabaco (CQTC) e demais normas internacionais amparariam o seu pleito em relação às empresas estrangeiras, mas ocorre exatamente o oposto. Os princípios do direito internacional e da reciprocidade

² “Consoante a regra geral de direito internacional, cada Estado deve manter jurisdição sobre as causas nas quais suas decisões possam ser efetivadas. **Somente a autoridade estrangeira terá jurisdição para executar o patrimônio localizado no exterior**, e, da mesma forma, somente a autoridade brasileira poderá fazê-lo com relação ao patrimônio situado no Brasil” (REsp 1063768/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 04/08/2009, g.n.).

³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 52, g.n.

desestimulam a aplicação extraterritorial da lei, como a que se pleiteia contra a BAT plc nesta lide, pois tal tentativa atinge a soberania de outras nações e cria tensão nas relações internacionais do Brasil.

3.20. A respeito das questões postas neste tópico, a contestante socorre-se novamente do extensamente fundamentado acórdão do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** antes referido, que negou a homologação de sentença estrangeira condenatória no Brasil, justamente em razão da **falta de jurisdição**. Aquela E. Corte consignou que a empresa estrangeira, naquele caso a *Chevron Corporation*, não tinha domicílio no Brasil, além de deter patrimônio próprio e autônomo nos Estados Unidos, inconfundível com o patrimônio de sua subsidiária brasileira *Chevron do Brasil*, que por isso não poderia responder pela condenação sofrida pela controladora americana.

3.21. O mesmo raciocínio aplica-se inversamente ao caso dos autos, pois, aqui, também em razão da autonomia patrimonial decorrente da distinção de personalidades jurídicas, a BAT plc, empresa estrangeira, não pode responder por atos da Souza Cruz, empresa brasileira e sua subsidiária indireta em sétimo grau. Confira-se a ementa do acórdão:

“SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CONDENAÇÃO EM MONTANTE SUPERIOR A DEZOITO BILHÕES DE DÓLARES, SOB A ALEGAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS. **AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO BRASILEIRA E DE INTERESSE DE AGIR**. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

(...) 3. Em conformidade com o **princípio da efetividade**, todo pedido de homologação de sentença alienígena, por apresentar elementos transfronteiriços, demanda a imprescindível existência de algum ponto de conexão entre o exercício da jurisdição pelo Estado brasileiro e o caso concreto a ele submetido. 4. Na hipótese em julgamento, **é certa a ausência de jurisdição brasileira - questão que é pressuposto necessário de todo e qualquer processo -, haja vista que: a) a Chevron Corporation, empresa norte-americana contra a qual foi proferida a sentença estrangeira, não se encontra situada em território nacional; b) a Chevron do Brasil, pessoa jurídica distinta da requerida e com patrimônio próprio, não integrou o polo passivo da lide originária; e c) não há nenhuma conexão entre o processo equatoriano e o Estado brasileiro.**

5. Sentença estrangeira não homologada”. (SEC 8.542/EX, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/11/2017, DJe 15/03/2018, g.n.).

3.22. A contestante pede vênias, ainda, para citar as considerações tecidas pelo **Ministro Mauro Campbell Marques** em seu voto, que resume de forma eficiente a controvérsia e a solução adotada:

“(…) No caso concreto, bem demonstrado no voto do Em. Relator que a pretensão de homologação da sentença equatoriana tem relação com a finalidade de se dar cumprimento a uma bilionária indenização por danos ambientais praticados supostamente por uma divisão local da Chevron Corporation. A leitura dos autos deixa evidente, contudo, que essa corporação estrangeira nunca teve pessoalmente negócios naquele país, nem, portanto, aparentemente tem relação com os danos perpetrados, muito menos se lhe atribuindo a responsabilidade pela sua composição. Com efeito, verifica-se devidamente comprovado que houve no país de origem uma intrincada relação comercial estabelecida entre a Texaco Petroleum Company, a TEXPET, e a Gulf Ecuatoriana de Petróleo S.A., de cujo consórcio veio a participar posteriormente a Petroecuador, uma empresa estatal a qual depois tomou o controle majoritário do consórcio. Esse negócio, que remonta ao início da década de 1990, aparentemente resultou na perpetração de uma série de danos ambientais, de magnitude incomensurável, a partir disso a população afetada buscando a jurisdição em diversos países para tentar a reparação do prejuízo. **A questão que orienta o indeferimento do pedido de homologação baseia-se no fato de que a ‘participação’ da Chevron nessa contenda surge apenas no ano de 2001, quando uma de suas subsidiárias, a Keepep Incorporation, funde-se com a Texaco Incorporation, a partir de quando, então, esta última, embora tenha se tornado uma subsidiária da Chevron Corporation, não foi ‘descontinuada’, isto é, não deixou pura e simplesmente de existir, antes, na verdade, subsistindo normalmente, inclusive com patrimônio e personalidade jurídica próprias.** Por outro lado, não bastasse a conclusão de que a Chevron Corporation não teve participação direta nos fatos que ensejaram o pedido de indenização, o problema está em que **a Chevron Corporation é sociedade norte-americana constituída sob as leis daquele país e não tem sede, filial, agência nem sucursal no Brasil, tampouco havendo patrimônio com o qual possa responder a algum tipo de obrigação,** isso comprovando-se inexoravelmente diante da circunstância de que teve ser citada por via de carta rogatória, conforme os documentos de e-STJ fls. 881/893. Assim, levando-se em consideração o disposto no art. 12, ‘caput’, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), assim como o teor do art. 88 do CPC/1973, **a falta de domicílio da requerida no Brasil, assim como a inexistência de bens, prejudicam, a meu sentir, o interesse de agir dos requerentes,** porque não haverá utilidade nem proveito no provimento homologatório, como ressaltado na lapidar voto do Senhor Ministro Relator. Diante do exposto, acompanho o Em. Ministro Relator para indeferir o pedido de homologação de sentença estrangeira contestada”.

3.23. Destarte, Exa., considerando que: (i) a BAT plc não tem domicílio ou patrimônio no Brasil e nem tampouco agência, sucursal ou filial; (ii) a BAT plc não tem obrigação a ser cumprida no Brasil; e (iii) a BAT plc não praticou qualquer ato no Brasil, a contestante requer seja a presente ação julgada extinta sem o julgamento do mérito em relação à ela, por ausência de jurisdição brasileira, nos termos do art. 485, IV e VI do CPC.

IV – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA BAT PLC

4. Sem conceder minimamente quanto à ausência de jurisdição suscitada acima, é intuitiva a ilegitimidade da BAT plc para responder a presente ação, sobretudo considerando a sua total falta de contato com o Brasil. Vale lembrar que a inicial pretende o ressarcimento ao SUS, porque, segundo alega, a BAT (e não a contestante) teria, entre as décadas de 1950 e 1990 praticado atos ilícitos alhures com suposta repercussão no Brasil.

4.1. Ocorre que a BAT plc foi constituída somente em 23 de julho de 1997, começando a operar efetivamente **em setembro de 1998**, quando passou a ocupar o topo da estrutura societária do grupo em virtude uma reestruturação, tudo conforme explicado no *affidavit* do secretário da BAT plc, Paul McCrory, ora anexado como **doc. 02** (tradução juramentada no **doc. 03**).

4.2. A BAT plc é uma sociedade limitada de capital aberto, **constituída de acordo com as leis da Inglaterra e do País de Gales**, com sede em Londres, Inglaterra. É uma *holding* que administra seus investimentos na qualidade de sócia, direta e indireta, de centenas de subsidiárias, incluindo a Souza Cruz. Como *holding*, a BAT plc nunca pesquisou, projetou, desenvolveu, fabricou, comercializou, embalou, projetou embalagens, vendeu, enviou, promoveu, divulgou ou distribuiu produtos derivados do tabaco e não obteve por si só receitas diretas provenientes da venda de produtos derivados do tabaco em nenhum lugar o mundo, conforme se lê no *affidavit*, declaração juramentada do Secretário da BAT plc, Paul McCrory, anexado como **docs. 02 e 03**.

4.3. De acordo com a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), **aplica-se à BAT plc a norma do país de sua constituição** para regular os seus direitos e obrigações, como se lê nos **arts. 9º e 11** da referida norma, *verbis*:

“Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

Art. 11 As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem **à lei do Estado em que se constituírem.**”

4.4. Portanto, aplicam-se as leis do Reino Unido (Inglaterra e do País de Gales), onde a BAT plc foi constituída, para regular as suas obrigações como sociedade. De acordo

com as leis do Reino Unido, não existe qualquer tipo de “sucessão” que fundamente a responsabilidade da BAT plc por atos de qualquer outra empresa do grupo BAT, incluindo a Souza Cruz, conforme descrito no anexo *affidavit* (**docs. 02 e 03**), nos itens 13 e 29⁴.

4.5. Como resultado do acima exposto, tem-se que a BAT plc **não** pode ser responsabilizada pelos atos de quaisquer empresas do Grupo BAT, incluindo a Souza Cruz e *holdings* anteriores, antes da sua constituição, em 1997/1998. Uma vez que imensa maioria das alegações de “má conduta”, formuladas pela União, teriam ocorrido entre os anos 50 e 90, tais alegações em nada se relacionam com a BAT plc, não podendo ser atribuídas a ela.

4.6. Conforme antes referido, apenas um dos 450 documentos anexados à inicial é de titularidade da BAT plc. Trata-se de um simples relatório anual aos acionistas, sem relevância para este feito, se não como forma de ilustrar a completa falta de ligação da BAT plc com quaisquer das alegações formuladas neste feito. Por outro lado, não compete à contestante se manifestar ou responder pelo conteúdo de documentos que não foram por si elaborados.

4.7. Também conforme já foi referido, a BAT plc não tem sequer participação direta no capital da Souza Cruz, tratando-se da empresa que ocupa o topo do grupo empresarial, fato que não é suficiente para conferir-lhe legitimidade *ad causam*. Deve ser ressaltado neste ponto que a Souza Cruz é uma empresa brasileira centenária que, diferentemente da BAT plc, submete-se ao ordenamento jurídico brasileiro.

4.8. A Souza Cruz decide e executa, com plena autonomia, todas as ações ligadas à fabricação e venda de cigarros no Brasil, incluindo as ações de *marketing* e relacionamento com o Poder Público, razão pela qual é patente a ilegitimidade da BAT plc para responder pelos gastos suportados pelo SUS com o tratamento das doenças associadas ao consumo de

⁴ “13. A reestruturação de setembro de 1998 não transformou a BAT plc em sucessora de nenhuma outra empresa afiliada ou subsidiária. A BAT plc nunca, na reestruturação de setembro de 1998 ou posteriormente, concordou em assumir quaisquer responsabilidades da Souza Cruz”.

“29. Quando a BAT plc se tornou a controladora definitiva do grupo de empresas BAT por meio da reestruturação de setembro de 1998, por uma questão de direito inglês, não se tornou sucessora de quaisquer responsabilidades então existentes ou futuras da Souza Cruz ou qualquer outra empresa do grupo BAT, e, de acordo com a lei inglesa, a reestruturação de setembro de 1998 foi efetivada sem que a BAT plc tivesse êxito com tais responsabilidades. Além disso, a BAT plc nunca concordou em assumir os passivos da Souza Cruz durante a reestruturação de setembro de 1998 ou posteriormente”.

cigarros, produto que, como visto, ela não fabrica e/ou vende no Brasil ou em qualquer lugar do mundo.

4.9. Prevalece, no caso dos autos, **a autonomia de personalidade jurídica e a separação patrimonial** inerentes às sociedades, valendo citar a definição extraída de manual clássico de Direito Societário, *verbis*:

“Sociedade é uma entidade dotada de personalidade jurídica, com patrimônio próprio, atividade negocial e fim lucrativo. Essa definição, de natureza analítica, procura congrega os vários elementos que caracterizam a sociedade. Destaca-se, de logo, a sua condição de pessoa jurídica e, por conseguinte, de ente capaz de adquirir direitos e assumir obrigações. **O patrimônio próprio ressalta a sua autonomia perante os sócios, cujos bens não se confundem com os da sociedade**”⁵.

4.10. A separação patrimonial é essencial ao funcionamento das sociedades anônimas e limitadas. Na antiga e imorredoura lição de **TULLIO ASCARELLI**, *verbis*:

“Os dois princípios que podemos hoje considerar fundamentais, quanto deles decorre a maior parte das normas da sociedade anônima, são o da responsabilidade limitada e o da divisão do capital em ações. O primeiro indica em suma, a responsabilidade do acionista pelas dívidas da sociedade, podendo-se exprimir, hoje, pela afirmação de que **o acionista, embora ilimitadamente responsável perante a sociedade, não é, porém, responsável pelas dívidas sociais, pelas quais responde (e responde com todo o seu patrimônio, ou seja, ilimitadamente), a sociedade**. Sociedade a acionista constituem distintos sujeitos jurídicos; nem o acionista pode obrigar a sociedade, **nem a sociedade pode obrigar o acionista**. Nome e sede da sociedade diferem do nome e domicílio do acionista; **separados são os patrimônios respectivos**; os créditos do acionista não são os da sociedade; as dívidas da sociedade não estão no condomínio dos acionistas. A responsabilidade limitada coaduna-se, pois, com a personalidade jurídica da sociedade e **com a rigorosa distinção entre o patrimônio do acionista de da sociedade**”⁶.

4.11. Por último, traz-se a clássica lição de **ARNOLDO WALD** estribado em outro expoente do Direito comercial brasileiro, **WALDEMAR FERREIRA**, *verbis*:

“Não é só no Direito Civil que o princípio se firmou em termos candentes e inequívocos; o mesmo aconteceu no Direito Comercial. Assim, pondera Waldemar Ferreira, ilustre catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, que: *‘os sócios, ainda que acionistas, não são a sociedade*. Formam-na, é certo. Desde que, porém, ela se constitui definitivamente, tanto pelo arquivamento, no Registro do Comércio competente, dos atos de sua incorporação, quanto pela autorização governamental de

⁵ TAVARES BORBA, José Edwaldo. Direito Societário. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 28, g.n.

⁶ ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 319/20, g.n.

sua constituição ou funcionamento, quando necessário, ela se convola em pessoa jurídica de Direito Privado...’ (*Compêndio de sociedades mercantis*, ‘Sociedades Anônimas’, 2ª ed. vol. II, Rio, 1942, pág. 455, §57).

Tanto a sociedade se distingue dos sócios como cada um dos sócios, em particular, não se confunde com a sociedade, não podendo arcar com responsabilidades ou sofrer desvantagens decorrentes da atuação da empresa, da qual é um dos titulares, mas não o único”.⁷

4.12. O Princípio da Autonomia prevalece mesmo do que diz respeito aos grupos de sociedades, conforme dispõe expressamente o **art. 266 da Lei 6.404/96** (Lei das S/A), *verbis*:

“Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, **mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos**” (g.n.).

4.13. O dispositivo é aqui invocado por analogia, já que a definição de “grupo de sociedades” exige uma sociedade controladora brasileira (art. 265 da Lei das S/A). Mas é certo que se é resguardada à controladora brasileira a autonomia de personalidade e patrimônio, com maior razão que esta mesma autonomia prevalece com relação a uma *holding* investidora estrangeira, submetida a outro ordenamento jurídico e que, repita-se, aqui nada fez, nada vendeu e não tem patrimônio.

4.14. Também a jurisprudência reconhece a ilegitimidade da sociedade controladora para responder pelos atos de suas subsidiárias, entendimento que se faz ainda mais evidente no caso dos autos, em que a BAT plc tem participação meramente indireta, em sétimo grau, no capital da Souza Cruz. Confira-se exemplificativamente os seguintes julgados, *verbis*:

“PROCESSO CIVIL. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM E PODER DE CONTROLE DE SOCIEDADE COMERCIAL. **Ainda que a sociedade comercial seja controlada por outra, as obrigações que assume são dela, e não da sociedade controladora, esta ilegitimada, conseqüentemente, para responder à demanda que deveria ter sido ajuizada contra aquela.** Recurso especial conhecido e provido”. (STJ. 3ª Turma. REsp 782.810/MA, Rel. Ministro Ari Pargendler, j. em 07/05/2007, p. 04/06/2007, p. 343, g.n.).

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO DE CÂMBIO CELEBRADO POR PESSOA JURÍDICA. DEMANDA AJUIZADA PELO SÓCIO-

⁷ WALD, Arnold. Da inconfundibilidade de Pessoas Jurídicas Distintas para fins de apropriação de obras públicas. *In* Estudos e Pareceres de Direito Comercial. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1979, p. 216/217, g.n.

GERENTE. ILEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM'. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA PESSOA JURÍDICA. PRECEDENTES.

1. **Ilegitimidade do sócio-gerente para ajuizar ação** de prestação de contas relativas a contrato celebrado pela sociedade.

2. **Aplicação do princípio da autonomia da pessoa jurídica.**

3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”. (STJ. 3ª Turma. AgRg no REsp 1554658/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 08/03/2016, p. 14/03/2016, g.n.).

4.15. Portanto, são inconfundíveis as personalidades jurídicas e o patrimônio de sociedades distintas, mesmo se pertencentes a um mesmo grupo, tratando-se este de princípio elementar de direito societário.

4.16. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a sociedade controladora direta (sócia, não sendo este sequer o caso da BAT plc em relação à Souza Cruz) somente poderia responder pelos atos da sociedade subsidiária em duas hipóteses bastante restritas, que excepcionam o princípio acima enunciado: **(a)** quando pratica atos em exercício abusivo de poder, conforme disposto no art. 117 da Lei das S/A; ou **(b)** quando presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, conforme previsto no art. 50, do Código Civil, com a redação conferida pela Lei nº 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), originada da Medida Provisória nº 881/2019.⁸

4.17. Nenhuma dessas hipóteses acima foi sequer alegada na inicial. De todo modo, não há que se falar em exercício abusivo de poder por parte BAT plc, pois esta jamais se

⁸ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica” (g.n.).

imiscuiu nos assuntos da Souza Cruz, dotada de plena autonomia e independência para gerir-se, repita-se. Tampouco se poderia conceber uma despropositada desconsideração da personalidade jurídica da Souza Cruz – e das sete sociedades que existem entre ela e a BAT plc – para imputar alguma responsabilidade a esta última.

4.18. Com efeito, tanto pela lei inglesa (aqui aplicável), como pela lei brasileira, não há qualquer fato alegado na inicial ou extraído dos documentos a ela acostados que justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica da Souza Cruz para imputar à BAT plc – que sequer é sócia direta da Souza Cruz – as suas condutas e decisões.

4.19. No que diz respeito à lei inglesa, vale conferir o parecer do **PROFESSOR PRENTICE (doc. 06, tradução juramentada doc. 07)**, explicando que, também naquele ordenamento jurídico, desconsiderar a autonomia de personalidades jurídicas entre sociedades é uma “hipótese bastante excepcional”, raramente admitida pelos Tribunais. Segundo a lei inglesa, o Tribunal somente desconsidera a personalidade jurídica quando a empresa é apenas “de fachada”, sem existência independente, sendo usada como mero instrumento da sua controladora direta, ou, ainda, em caso de confusão de assuntos e finanças das sociedades dentro de um mesmo grupo.

4.20. No caso da BAT plc, especificamente, o **PROFESSOR PRENTICE** entende que não há fundamento constante da lei inglesa que autorize a desconsideração da personalidade jurídica da Souza Cruz a fim de imputar responsabilidade à BAT plc.

4.21. Também no Brasil a desconsideração da personalidade jurídica é medida bastante excepcional e, segundo explica o Professor **NELSON EIZIRIK** em parecer elaborado especialmente para este caso “*deve estar apoiada em fatos concretos e em provas que demonstrem que o sócio praticou atos que impliquem em desvio da finalidade social ou em confusão patrimonial. Caso contrário, prevalece o princípio da autonomia da pessoa jurídica e, conseqüentemente, a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade*” (**doc. 05**).

4.22. Mesmo nas hipóteses excepcionais em que se aplica, todavia, a medida atingiria somente a controladora direta da empresa que teve a sua personalidade jurídica

desconsiderada (imediatamente acima na estrutura societária) e não as controladoras meramente indiretas, como é o caso da BAT plc em relação à Souza Cruz, já que a contestante é a *holding* de todo grupo BAT e não tem participação direta nas cotas da Souza Cruz.

4.23. Da mesma forma – insista-se – é princípio fundamental de direito societário no Brasil que a sociedade é pessoa jurídica separada e distinta de seus sócios, que não são responsáveis pelas dívidas e obrigações da sociedade. **Este princípio aplica-se igualmente entre a controladora e suas subsidiárias diretas e indiretas**, conforme referido acima.

4.24. Nesse exato sentido, o **art. 50, §4º**, do **Código Civil**, com a redação determinada pela Lei nº 13.874/19 dispõe que “*A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica*”, demonstrando claramente que o simples fato de a BAT plc ocupar o topo da estrutura societária do grupo não a torna responsável pelos atos de suas subsidiárias, aí incluída a Souza Cruz, conforme foi detalhadamente explicado no parecer do Professor **NELSON EIZIRIK**.

4.25. A BAT plc sempre manteve existência societária separada da Souza Cruz, com formalidades corporativas, diretores e conselheiros, registros e atas separados e distintos, jamais tendo participado da gestão e controle da Souza Cruz. Tanto a BAT plc quanto a Souza Cruz mantêm contas separadas, preparam suas próprias demonstrações financeiras e apresentam suas próprias declarações fiscais. Além disso, a União sequer deduziu qualquer alegação no sentido de que a BAT plc teria se utilizado da Souza Cruz para fins impróprios ou fraudulentos.

4.26. A BAT plc reitera que as alegações e documentos invocados pela União para comprovar suas alegações de conduta indevida referem-se a eventos que ocorreram antes da sua constituição, de modo que não justificam que seja desconsiderada a separação societária entre a BAT plc e a Souza Cruz. Não há, pois, qualquer fundamento que justifique a legitimação da BAT plc para responder esta demanda.

4.27. A esse respeito, a contestante pede vênias para transcrever os seguintes e elucidativos trechos do impecável parecer do Professor **NELSON EIZIRIK**, que explicam todas

as razões pelas quais as alegações iniciais – incluindo imputações de atos ilícitos à indústria com fundamento em “documentos internos” – não são suficientes para conferir legitimidade *ad causam* à BAT plc, *verbis*:

(a) a mera existência de grupo econômico não justifica a inclusão da BAT plc:

“Para justificar a inclusão da BAT plc no polo passivo da Ação Civil Pública, a AGU afirmou que a “atuação conjunta e coordenada de corporações multinacionais” faria com que a obrigação de reparar o dano objeto da Ação recaísse “sobre o grupo econômico transnacional” da Souza Cruz.

No entanto, **a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput do artigo 50 do Código Civil (desvio de finalidade ou confusão patrimonial) não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.** Tal conclusão, que já era pacificamente reconhecida por nossa doutrina e jurisprudência, passou a estar expressamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro com a introdução do § 4º ao artigo 50 do Código Civil³⁸, por força da Lei da Liberdade Econômica.

Ou seja, o simples fato de a Souza Cruz integrar o mesmo grupo econômico que a BAT plc não autoriza a responsabilização desta última, ou de qualquer outra sociedade que faça parte de tal grupo, por eventuais obrigações da primeira.

A propósito, cabe ressaltar que as sociedades integrantes de grupo econômico mantêm sua independência jurídica com relação uma a outra, ainda que elas atuem de forma “conjunta e coordenada” (apesar de não haver evidência de tal atuação no que diz respeito à BAT plc e à Souza Cruz)”.

(b) a mera participação nos lucros da Souza Cruz não justifica a inclusão da BAT plc:

“(…) A participação nos lucros da sociedade investida, por meio do recebimento de dividendos, é inerente à condição de sócio, de modo que entender que o mero recebimento de dividendos poderia ensejar a responsabilização do sócio pelas atividades da sociedade controlada corresponderia a ignorar por completo o princípio da autonomia da pessoa jurídica e o próprio conceito de sociedade”.

(c) os atos ilícitos alegados não justificam a inclusão da BAT plc pois não foram por ela praticados:

“Ainda visando a justificar a inclusão da Consulente no polo passivo da Ação Civil Pública, a AGU afirmou que a BAT plc, em conjunto com a Souza Cruz, adotavam estratégias para, supostamente, enganar o público a respeito dos efeitos nocivos atrelados ao consumo de cigarros, já que (i) “nunca promoveram espontaneamente qualquer esclarecimento para a população afetada”; (ii) teriam negado “o poder viciante da nicotina”; (iii) teriam gerado uma falsa sensação de segurança ao público com relação ao consumo de cigarros light; (iv) teriam praticado “ações publicitárias voltadas ao público jovem”; e (v) teriam promovido a “destruição de documentos internos”.

(…) conforme expressamente declarado no affidavit assinado pelo Sr. Paul McCrory **nenhum dos atos com base nos quais a AGU pretende imputar responsabilidade à BAT plc foram por ela praticados, pois a BAT plc não participou das atividades relacionadas à fabricação e comercialização de cigarros no Brasil, nem mesmo no que se refere ao desenvolvimento de produtos, ações publicitárias e**

realização de campanhas informativas sobre os riscos associados ao consumo de tabaco.

(...) **A BAT plc não pode ser responsabilizada por atos praticados pela Souza Cruz ou por quaisquer outras sociedades do seu grupo econômico**, uma vez que, conforme já explicitado ao longo do presente Parecer, as sociedades que integram um grupo econômico conservam a sua independência jurídica, inexistindo, como regra, responsabilidade solidária ou subsidiária entre tais sociedades, salvo se o instituto da

desconsideração da personalidade jurídica for aplicável.

Os fatos mencionados pela AGU em sua Petição Inicial, contudo, **não** caracterizam desvio de finalidade e nem confusão patrimonial, requisitos previstos no caput do artigo 50 do Código Civil para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, a alegação de que a BAT plc, em conjunto com a Souza Cruz, adotavam estratégias para enganar o público a respeito dos efeitos nocivos atrelados ao consumo de cigarros não atrai responsabilidade para a Consulente, uma vez que os fatos que supostamente confirmariam tal alegação (i) ocorreram antes mesmo de a BAT plc ter sido constituída; e (ii) teriam se passado no Brasil, não podendo ser imputados à Consulente” (**doc. 05**, grifos nossos e no original).

4.28. Demonstrado, portanto, o total descabimento de pretender superar a autonomia de personalidades jurídicas entre a BAT plc e suas subsidiárias (aí incluída a Souza Cruz), verifica-se que os argumentos trazidos pela União para a inclusão da BAT plc na lide são flagrantemente insuficientes, por não encontrarem respaldo na lei, na jurisprudência e nem mesmo no senso comum, valendo a pena, ainda assim, enfrentá-los individualmente.

4.29. A AGU alega na página 22 da inicial, que, em um momento de “globalização das relações empresariais” a “atuação conjunta e coordenada de corporações multinacionais” deve justificar a responsabilização das controladoras “dentro de parâmetros de justiça e **equidade**” (g.n.).

4.30. Já tendo sido exaustivamente demonstrado que a existência de grupo econômico não fundamenta a superação da autonomia entre as pessoas jurídicas e que a BAT plc jamais determinou, controlou ou coordenou a atuação da Souza Cruz no Brasil, resta acrescentar que a alusão da AGU à “**equidade**” apenas revela o seu reconhecimento de que não existe norma jurídica que fundamente seu absurdo pedido de inclusão da BAT plc nesta lide. Sucede que o **art. 140, parágrafo único**, do **CPC** dispõe que “*o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei*”. Não há lei que autorize o julgamento por equidade para admissão de pessoa jurídica distinta no polo passivo de ação judicial apenas por integrar a mesma estrutura societária.

4.31. Ao contrário, o antes citado **art. 266 da Lei das S/A** dispõe que eventual coordenação ou subordinação entre administradores e sociedades filiadas, por si só, não afasta a autonomia jurídica e patrimonial.

4.32. Sequer é verdadeira a alegação de que a BAT plc tem participação na Souza Cruz desde 1914, pois ela só foi criada em 1997, de acordo as Leis da Inglaterra e País de Gales, permanecendo inativa até setembro de 1998. Ademais, a Souza Cruz tornou-se uma sociedade limitada somente em 31/03/16, até então era uma sociedade anônima, com ações negociadas na Bolsa de Valores, administrada por um Conselho de Administração e uma Diretoria que traçavam suas próprias políticas e ações, e regida pelas regras de mercado.

4.33. Tampouco socorre a AGU o acórdão citado na página 22 da inicial que condenou a Panasonic brasileira a responder por defeito em produto fabricado pela Panasonic estrangeira e adquirido pelo consumidor no exterior. O próprio acórdão proferido naquele caso (conhecido e bastante polêmico⁹) ressaltou na ementa a necessidade de ponderar as situações nos casos concretos, certamente para evitar a interpretação pretendida pela AGU, qual seja, a de que a sociedade estrangeira controladora deve responder pelos atos de uma de suas subsidiárias apenas por ostentar tal posição.

4.34. Aquele caso, ademais, envolvia relação de consumo (produto defeituoso), onde a necessidade de equilíbrio entre as partes acaba permitindo uma maior flexibilização da lei, encontrando franca aplicação, por exemplo, a “teoria da aparência”. No caso julgado, a utilização global da marca “Panasonic” poderia ter levado o consumidor a acreditar que haveria, no Brasil, garantia para o produto adquirido no exterior.

4.35. Isso sem contar que os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no caso de relação de consumo são muito menos rígidos (teoria menor da

⁹ Não há entendimento consolidado sobre a responsabilidade perante o consumidor pelos produtos comprados fora do Brasil. Por exemplo, em recente incidente de uniformização de jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu que “os produtos de consumo adquiridos em país estrangeiro não gozam da mesma proteção jurídica outorgada pelas normas brasileiras de proteção e defesa do consumidor, destinadas aos negócios celebrados em território nacional” (TJDFT. Turma de Uniformização. Proc. 0003150-90.2018.8.07.0000 - Res. 65 CNJ. Rel. Des. Asiel Henrique de Souza, p. 11/12/18).

desconsideração) do que nas relações paritárias, bastando que a personalidade jurídica seja, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor (art. 28, §5º, do CDC).

4.36. Nenhuma dessas circunstâncias está presente no caso dos autos, sendo totalmente inaplicável o julgado invocado. A própria AGU reconhece em alguns pontos da inicial (página 169 da inicial) que não está presente a relação de consumo. Além disso, a BAT plc, como dito, não fabrica e vende cigarros ou qualquer outro produto, apenas organiza investimentos. Quem fabrica e vende cigarros no Brasil é exclusivamente a Souza Cruz, estando ausente, ainda, qualquer possibilidade de confusão que justifique o apelo à “teoria da aparência”, pois Souza Cruz e BAT plc tem denominações completamente distintas, sendo, a primeira, fabricante de cigarros nacionalmente reconhecida. A BAT plc certamente é desconhecida pela maioria dos brasileiros.

4.37. O próximo argumento da AGU para trazer as empresas estrangeiras para a lide, expressamente refutado no Parecer do Professor **NELSON EIZIRIK** (item 4.27 *supra*), é o de que estas recebem (indiretamente, no caso da BAT plc) os lucros das subsidiárias (página 25 da inicial), como se isso fosse suficiente para afastar todos os princípios jurídicos (e os fatos) até aqui mencionados. Ocorre que não é assim que a lei funciona! É natural que, se investem recursos na atividade, as controladoras também receberão os lucros, mas isso não é suficiente para conferir-lhes legitimidade para responder pelos atos das subsidiárias em razão da autonomia patrimonial e da vedação expressa do art. 50, §4º, do Código Civil, antes transcrito.

4.38. O lucro é o resultado da atividade econômica almejado pela sociedade e não deve ser encarado como algo pernicioso, como parece fazer a AGU. Na verdade, “*o fim lucrativo é da essência da sociedade, a qual se destina a produzir lucro para distribuição aos que participam do seu capital*”¹⁰. Sem lucro, não há estímulo para investimento em atividades produtivas, o que é ruim para o desenvolvimento econômico e social do País, dado ao prejuízo à tributação, geração de empregos, consumo e, portanto, circulação de riqueza.

¹⁰ TAVARES BORBA, José Edwaldo. Direito Societário. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 28.

4.39. Nesse contexto, a BAT plc não poderia deixar de repisar que a insólita tentativa da AGU de atrair as sociedades estrangeiras para esta lide seria extremamente malvista pelo mercado internacional em razão da enorme insegurança jurídica que provoca. Empresas estrangeiras precisam de um ambiente seguro para realizar investimentos, sendo oportuno perguntar que empresa estrangeira teria coragem de investir no Brasil se imaginasse que poderia ser responsabilizada pelos atos de suas empresas coligadas ou subsidiárias brasileiras só porque recebem os merecidos lucros de seus investimentos. Certamente nenhuma ou muito poucas.

4.40. A pergunta é relevante sobretudo à luz do **art. 20 da LINDB** (Decreto-Lei nº 4.657/42) que dispõe que “*nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão***” (g.n.). *Pemissa venia*, a consequência prática de se arrastar a BAT plc para esta lide é mais um indicativo do equívoco de tal entendimento e novamente demonstra a impossibilidade de se decidir por equidade (item 4.30 *supra*), indubitavelmente um valor jurídico abstrato.

4.41. Sujeitar as *holdings* estrangeiras a uma responsabilidade objetiva perpétua, tal como se fossem seguradoras, em razão das supostas “externalidades” resultantes das atividades legais e altamente reguladas de suas subsidiárias brasileiras é uma política extremamente danosa e perigosa trilhada pela União.

4.42. Na página 25, a AGU lança a esmo, sem nenhum lastro probatório, que as condutas da BAT (genericamente) tiveram “profundo impacto no Brasil”, condutas essas que lista em outras partes da inicial e que estão pormenorizadamente rebatidas no item 9.32 *infra*. Em sede preliminar, importa reiterar que a BAT plc passou a operar como *holding* somente em setembro de **1998**, o que de plano afasta a sua legitimidade para responder por comportamentos anteriores da “indústria de tabaco” que, segundo a inicial, teriam ocorrido majoritariamente entre a década de 50 e o início da década de 90. Isso sem contar, é claro, que a BAT plc só é legitimada a responder pelo seu próprio comportamento, e não pelo comportamento de outras pessoas jurídicas do mesmo grupo ou – pior – de toda a indústria.

4.43. De todo modo, considerando que a BAT plc não produz ou vende qualquer produto, inclusive cigarros, no Brasil e no mundo e que a Souza Cruz é pessoa jurídica distinta

com completa liberdade e autonomia gerenciais, ela seria em tese a única legitimada do grupo societário a responder pelos supostos danos alegados pela AGU na inicial.

4.44. Na página 26, a AGU invoca o **art. 942**, do **Código Civil**, que dispõe ser solidária a responsabilidade de todos os causadores do dano. O artigo em nada altera o que foi discorrido até aqui, pois o reconhecimento da solidariedade exigiria que a BAT plc tivesse praticado algum ato e causado algum dano no Brasil, o que não ocorreu, já que ela não atua em território nacional.

4.45. Por fim, sustenta a AGU que as empresas nacionais atuariam como prepostas ou empregadas das empresas estrangeiras, devendo-se aplicar a responsabilidade prevista no **art. 932, III**, do **Código Civil**. O argumento, no entanto, é indefensável, pois querer convencer que uma sociedade estruturada, dotada de efetiva autonomia jurídica, fática e patrimonial, com ações negociadas na Bolsa de Valores até recentemente, como a Souza Cruz, seria simples “preposta” de uma empresa estrangeira não encontra respaldo na lei e nos fatos.

4.46. Por óbvio, a situação dos autos em nada se assemelha à responsabilidade civil por atos de prepostos, que se configuraria, por exemplo, caso um funcionário de uma empresa causasse dano a terceiro no exercício das suas funções (v.g, em acidente de veículos, tratamento vexatório em lojas de departamento, indução em erro na aquisição de produtos ou serviços a partir de informações imprecisas, etc.), caso em que a empresa/empregadora seria civilmente responsável.

4.47. Após tudo o que se expôs sobre a distinção entre as pessoas jurídicas, sobre a independência da Souza Cruz em relação à BAT plc em todos os aspectos e sobre o papel de investidora desta última, tal alegação da AGU cai no vazio, devendo ser completamente desconsiderada por esse MM. Juízo, senão como mais uma evidência da ausência de qualquer argumento válido da AGU para justificar a inclusão da BAT plc no polo passivo desta lide.

4.48. Destarte, demonstrada a **ilegitimidade passiva da BAT plc**, requer seja ela excluída do feito, julgando-se o processo extinto sem o julgamento do mérito em relação à contestante, nos termos do **art. 485, VI**, do **CPC**.

V – AUSÊNCIA DE INTERESSE-ADEQUAÇÃO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Indevida cumulação de pedidos

5. Está ausente o interesse-adequação para a propositura de Ação Civil Pública, pois a União não está defendendo qualquer interesse da coletividade ou da sociedade (art. 1º da LACP, Lei 7.347/85) ou, ainda direitos transindividuais ou individuais homogêneos (art. 81 do CDC), mas eminentemente **interesse próprio**, consistente em indenização por “dano material” consistente nos gastos do SUS com o tratamento de certas doenças tabaco-relacionadas.

5.1. Tal pretensão encerra um **interesse individual da União** enquanto pessoa jurídica de direito público, a ser exercitada por meio de uma **ação indenizatória pelo rito comum**, devendo ser afastado o rito e as especificidades da **Ação Civil Pública**.

5.2. Nem se alegue que a presente ação encontraria fundamento no art. 1º, inciso VIII, da LACP que dispõe que a Ação Civil Pública pode ser intentada por danos causados ao “patrimônio público e social”. Em tal hipótese, a Ação Civil Pública deve ser reservada à defesa do **interesse primário da administração pública** e não ao interesse secundário (interesse da própria administração). Nesse sentido, o magistério de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO**:

“(…) a noção de interesse público tal como a expusemos, impede que se incida no **equivoco muito grave** de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, **engano este que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isso é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno)**. Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais (...) põe-se a nu a circunstância de que **não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de direito público**.

É que, além de subjetivar esses interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é também ele, pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. **Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e tal qual como os interesses delas, concebidos em suas meras individualidades, se encarnam no estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado**, similares, pois (sob o prisma extra-jurídico) aos interesses de qualquer outro sujeito (...). Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado –

e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente na doutrina italiana (...).¹¹

5.3. **PEDRO DA SILVA DINAMARCO**, esclarece que: “*interesses difusos, como é cediço, são apenas aqueles ‘transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato’ (CDC, art. 81, parágrafo único, inc. I). Logo, onde houver um titular determinado, a esse titular compete, com exclusividade, a qualidade para vir a juízo na defesa de seus próprios direitos e interesses (legitimidade ordinária: sempre, art. 6º do CPC)*”¹². E conclui:

“Assim é que a defesa do ‘patrimônio público e social’, outorgada pela Constituição da República ao Ministério Público, é e será sempre a defesa de bens e valores pertinentes a classes, categorias ou **grupos de pessoas não-determinadas** e apenas unidas de modo efêmero por meras circunstâncias de fato. Sem quebra de harmonia do sistema, jamais se poderia pensar nessa norma constitucional como legitimadora da ampla e incontrolada atuação do Parquet em prol de entidades personificadas. **Nenhuma pessoa jurídica, nem mesmo o Estado e suas emanções, poderia ser titular dos interesses difusos (estes deixariam de ser ‘difusos’)**. Interesse difuso é aquele cujo titular não se pode determinar. **Não fora assim, caberia Ação Civil Pública, e o Ministério Público teria *legitimatio* ativa, toda vez que se tratasse de proteger o patrimônio de qualquer entidade estatal ou paraestatal**, até para cobrar uma simples dívida de tributo, já que não há qualquer diferença (para fins de caracterização do patrimônio público) entre tal cobrança e a persecução de recursos públicos utilizados de forma irregular, pois o objeto da atuação será sempre o mesmo: o dinheiro estatal, o interesse patrimonial”¹³.

5.4. Portanto, a presente Ação Civil Pública não veicula verdadeiro interesse público, mas **interesse individual da União**, de modo que inadequada a via eleita pela AGU. Tanto é assim que esta não poderia ser intentada, por exemplo, pelo Ministério Público que, embora seja o principal legitimado à propositura da Ação Civil Pública, não pode defender interesse individualizado de uma pessoa jurídica de direito público, como explicado na doutrina acima e pela ampla jurisprudência abaixo citada. A conclusão reforça a ausência de adequação desta Ação Civil Pública para que a União defenda os seus próprios interesses, sendo o caso, claramente, de uma ação individual pelo rito comum.

5.5. A distinção doutrinária entre interesse público primário e secundário é encampada pelo **STJ**, que admite, por exemplo, a Ação Civil Pública em casos de improbidade

¹¹ MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16.ed. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 56/.

¹² DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 220.

¹³ Idem, p. 221, grifos e itálico no original.

administrativa¹⁴, contratações sem licitação¹⁵ etc. (tratam-se de interesses primários da administração), mas não na defesa de interesse fazendário da administração pública, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PROPOSTA POR ENTE PÚBLICO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. A interpretação do art. 82, II, do CPC, à luz dos arts. 129, incisos III e IX, da Constituição da República, revela que o **‘interesse público’ que justifica a intervenção do Ministério Público não está relacionado à simples presença de ente público na demanda nem ao seu interesse patrimonial (interesse público secundário ou interesse da Administração). Exige-se que o bem jurídico tutelado corresponda a um interesse mais amplo, com espectro coletivo (interesse público primário).**

2. A causa de pedir ressarcimento pelo ente público lesionado, considerando os limites subjetivos e objetivos da lide, prescinde da análise da ocorrência de ato de improbidade, razão pela qual não há falar em intervenção obrigatória do Ministério Público.

3. Embargos de divergência providos para, reformando o acórdão embargado, dar provimento ao recurso especial e, em consequência, determinar que o Tribunal de origem, superada a nulidade pela não intervenção do Ministério Público, prossiga no julgamento do recurso de apelação.

(STJ. 1ª Seção. EREsp 1151639/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 10/09/2014, p. 15/09/2014, g.n.).

“Recurso Especial. **Ação Civil Pública.** Pagamento de indenização supostamente indevida oriunda do fundo de indenização do trabalhador. Portuário avulso - FITP. Pretensão visando à restituição da quantia paga. Repetição do indébito. **Interesse secundário da administração.** Ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público. (...) 1. A ilegitimidade ativa ad causam do MPF para intentar Ação Civil Pública com o escopo de reaver indenização supostamente indevida, paga a trabalhador portuário avulso, oriunda do Fundo de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso - FITP, ressoa evidente porquanto **o mesmo atua, não na defesa do erário, mas sim em nome de um ente público; no caso a União, que dispõe de sua Procuradoria para intentar essa ação com espectro de repetição do indébito, ora rotulada de Ação Civil Pública.**(...) o patrimônio público se perfaz de bens que pertencem a toda coletividade, não individualizáveis (...).

3. Consectariamente, a rubrica receita da União caracteriza-se como **interesse secundário da Administração, o qual não gravita na órbita dos interesses públicos (interesse primário da Administração), e, por isso, não garantido pela via da Ação Civil Pública, consoante assente em sede doutrinária: 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**

¹⁴ REsp 735424/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Julg. 08/05/2007. DJ 18/05/2007, REsp 749988/SP. Relator Ministro LUIZ FUX. Julg. 08/08/2006. DJ 18.09.2006 p. 275.

¹⁵ STJ, RSTJ 107/67, Resp 131.680-MA, Rel. Min. Garcia Vieira; STF. – Pleno – Rext 244.321-2/MA. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 26/05/1999.

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). ‘Assim’, escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello, **‘independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito’.** (...) (STJ. 1ª Turma. Resp. 799.883/RS. Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/05/07, p. 04/06/07, g.n.).

“(...) 2. O artigo 82, inciso III, do CPC, dispõe que compete ao Ministério Público intervir: ‘III - em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte’.

3. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado ‘interesse público secundário’. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 3. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. **Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.**

4. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que **indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.** Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União. Precedentes jurisprudenciais que se reforçam, na medida em que a atuação do Ministério Público não é exigível em várias ações movidas contra a administração, como, v.g., sói ocorrer, com a ação de desapropriação prevista no Decreto-lei n.3.365/41 (Lei de Desapropriação).

5. **In genere, as ações que visam ao ressarcimento pecuniário contêm interesses disponíveis das partes, não necessitando, portanto, de um órgão a fiscalizar a boa aplicação das leis em prol da defesa da sociedade.**

6. Hipótese em que revela-se evidente a ausência de interesse público indisponível, haja vista tratar-se de litígio travado entre o Estado de Rondônia e INSS e o Procurador de Estado Beniamine Gagle de Oliveira Chaves, onde se questiona a reparação por danos morais, tendo em vista ter sido injustamente denunciado pelo crime tipificado no art. 89, da lei 8.666/93.

7. Ademais, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins de justiça do processo, em razão do Princípio de que “não há nulidade sem prejuízo” (“pas desnullités sans grief”) (...)” (STJ. 1ª Turma. Resp. 303.806-RO. Rel. Min. Luiz Fux, julg. 22/03/05, DJ25/04/05, g.n.).

5.6. Enfim, é patente que a União não está a tutelar interesse metaindividual que justificasse a utilização da Ação Civil Pública, perseguindo apenas uma indenização, exemplo

típico de interesse individual, tratando-se de interesse secundário da administração pública, a ser perseguido por meio de uma ação individual pelo rito comum.

5.7. Nem se alegue, por outro lado, que o pedido de “danos morais coletivos” inserido na inicial serviria para conferir caráter coletivo à demanda. Trata-se de pedido nitidamente acessório, ao qual foram dedicadas quatro das duzentas e quarenta e nove laudas da inicial, sendo indubitoso que o pedido preponderante é o de ressarcimento ao erário, de natureza individual, e que define a natureza da ação.

5.8. De todo modo, o pedido de danos morais coletivos deverá ser extinto, pois não cumulável com o pedido principal formulado na inicial, de ressarcimento ao erário. O **art. 327, §1º**, do **CPC** considera lícita a cumulação de pedidos quando eles forem compatíveis entre si (inciso I), for competente o mesmo juízo (inciso II) **e** for adequado o mesmo procedimento (inciso III).

5.9. No caso, estão ausentes os requisitos previstos nos incisos I e III, pois os pedidos são incompatíveis e não se adequam ao mesmo rito. Com efeito, a União não pode, em uma mesma demanda, pleitear uma indenização em nome próprio e outra em nome da coletividade, defendendo interesse próprio no primeiro caso e alheio no segundo, na qualidade de substituta processual. A cumulação de pedidos é inapropriada, tumultua o feito e por isso é inadmissível.

5.10. Os ritos tampouco são compatíveis, já que o pedido de danos materiais deve observar ao rito comum (Código de Processo Civil), como visto, e o pedido de danos morais coletivos o rito da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

5.11. Destarte, considerando que o pedido principal formulado pela União (ressarcimento) não veicula direitos ou interesses transindividuais, mas interesse individual da própria União – estando por isso ausente o interesse-adequação para a propositura de uma Ação Civil Pública – e, ainda, que o pedido de dano moral coletivo não pode ser com ele cumulado, a contestante requer a extinção sem o julgamento do mérito da presente ação, nos termos do **art. 330, II** e seu **§1º, IV c/c art. 485, I**, do **CPC**.

PREJUDICIAL DE MÉRITO

VI – PRESCRIÇÃO

6. A AGU requer indenização pelo custeio do tratamento de doenças tabaco-relacionadas, quando já se sabe há mais de um século que o consumo de cigarros está associado a riscos para saúde. Na pior das hipóteses, a União não pode negar conhecimento a respeito desta notória característica do cigarro desde o ano de **1988** quando passaram a ser veiculadas as cláusulas de advertência oficiais nos maços e publicidade de cigarros, conforme redação determinada pelo Ministério da Saúde, órgão da própria União.

6.1. Por outro lado, a União financia o Sistema Único de Saúde, nos moldes atualmente vigentes, incorrendo nos gastos pelos quais pretende agora ser ressarcida (“dano” alegado), **pelo menos desde 1990**, quando foi editada a lei que o regula (Lei 8.080/90). Este o termo *a quo* do prazo prescricional, de acordo com o art.189, do Código Civil (*actio nata*).

6.2. Assim, aplicando o prazo prescricional invocado na inicial (prazo de cinco anos para as ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, previsto no Decreto nº 20.910/32), a pretensão inicial está prescrita desde **1995**, uma vez que tal prazo, conforme reconhecido na inicial e nos julgados ali transcritos (página 244) também se aplica quando a União Federal for autora, em razão do princípio da isonomia. Já se for aplicado o prazo previsto no Código Civil, a pretensão inicial está prescrita desde **2010**, vinte anos após a ocorrência no “dano” alegado (1990), em razão da regra de transição constante no art. 2028, do Código Civil¹⁶. De uma forma ou de outra, a prescrição é inafastável, já que a ação foi intentada somente em **21/05/2019**.

6.3. Não socorre a tese da União de “dano continuado” na tentativa de afastar a prescrição integral da sua pretensão, eis que (i) o **art. 189, do Código Civil**, dispõe que a

¹⁶ Art. 2.208, CC: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data da sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”. É o caso, pois o prazo prescricional previsto no Código Civil de 1916 era de vinte anos (art. 177), tendo havido redução pelo Código Civil vigente para o prazo geral de dez anos (art. 205), sendo que, no que diz respeito à “pretensão de reparação civil” (que a União alega buscar com esta demanda), o prazo passou a ser de três anos (art. 206, §3º, V, do CC). Quando da entrada em vigor do Código Civil vigente, em janeiro de 2003, já haviam transcorrido, a partir de 1990, 13 anos do prazo prescricional, portanto, mais da metade (10 anos) do prazo previsto na lei revogada, pelo que se aplica o prazo de vinte anos nela previsto, contados desde o “dano” alegado, em 1990.

prescrição é contada da violação do pretense direito em casos de responsabilidade civil, o que – se fizesse algum sentido na hipótese – já teria ocorrido quando menos desde 1990, quando o SUS foi regulamentado, e (ii) a tese revela a natureza tributária da demanda, antes mencionada.

6.4. Vale aqui fazer um paralelo com as ações de ressarcimento ao INSS propostas contra empregador responsável por acidente de trabalho com fundamento no art. 120 da Lei 8.213/90. Conquanto o benefício seja pago mensalmente ao trabalhador pelo INSS, o entendimento do **STJ** é que o prazo prescricional da pretensão regressiva do ente previdenciário conta-se a partir da concessão do benefício ao trabalhador acidentado, reconhecendo, quando ultrapassado o prazo de cinco anos, a prescrição integral da pretensão (prescrição do “fundo de direito”) e não somente das parcelas mais antigas.¹⁷

6.5. Aplica-se, também, por analogia, o seguinte acórdão do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** que, em ação individual de reparação de danos movida por fumante, entendeu desinfluyente a renovação da lesão no tempo, eis que a prescrição começou a contar do seu termo legal, naquele caso, o conhecimento do dano e da autoria, tal qual previsto pelo art. 27, do CDC, ali aplicável. Neste caso, utilizando-se do mesmo raciocínio, a prescrição conta-se, como dito, pelo menos a partir de 1990, quando o SUS foi regulamentado e a União já experimentava os mesmos “danos” alegados nesta demanda, supostamente em decorrência da violação ao pretense direito invocado da inicial (art. 189, do Código Civil). Confira-se o acórdão do STJ:

“Consumidor - Reparação civil por fato do produto - Dano moral e estético - Tabagismo - Prescrição - Cinco anos - Princípio da especialidade - Início da contagem - Conhecimento do dano e da autoria - Reexame de provas - súmula 7 - Ausência de indicação do dispositivo de lei supostamente violado - Deficiência na fundamentação - Súmula 284/STF - Divergência não-configurada.

– A ação de reparação por fato do produto prescreve em cinco anos (CDC; art. 27).

– O prazo prescricional da ação não está sujeito ao arbítrio das partes. A cada ação corresponde uma prescrição, fixada em lei.

– A prescrição definida no art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do art. 177 do CC/16. Não houve revogação, simplesmente, a norma especial afasta a incidência da regra geral (LICC, art. 2º, § 2º).

¹⁷ Confira-se, a respeito, por exemplo: “(...) Nos casos de ação de regresso acidentária, em razão do princípio da isonomia, deve-se aplicar o mesmo prazo previsto para a Fazenda Pública quanto à prescrição do fundo de direito, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, **contado a partir da concessão benefício previdenciário**” (REsp 1535512/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 07/03/2018, g.n.)

- **A prescrição da ação de reparação por fato do produto é contada do conhecimento do dano e da autoria, nada importa 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, (...)** (STJ. 3ª Turma. RESP 304.724/RJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24/05/05, g.n.).

6.6. Portanto, a pretensão da AGU, seja em relação aos gastos já incorridos, seja em relação aos hipotéticos gastos futuros, encontra-se **inteiramente fulminada pela prescrição**, devendo ser o feito extinto com o julgamento do mérito, nos termos do **art. 487, II**, do **CPC**.

MÉRITO

VII – O CUSTEIO DA SAÚDE É DEVER DO ESTADO **A inconstitucionalidade e a ilegalidade do pedido**

7. A contestante confia que as preliminares antes suscitadas, de ausência de jurisdição brasileira e ilegitimidade passiva em razão da autonomia entre a sua personalidade jurídica e a personalidade jurídica da Souza Cruz, são plenamente suficientes à extinção desta ação sem o julgamento do mérito em relação a ela.

7.1. No entanto, vê-se obrigada a contestar, também, o mérito do pedido formulado pela União Federal em razão do disposto no **art. 336, do Código de Processo Civil**, o que passa a fazer a seguir, repita-se, por estar **legalmente obrigada a tanto, mas sem que isso de forma alguma signifique a sua submissão à jurisdição brasileira, com o que definitivamente não concorda.**

7.2. A AGU formula pedido manifestamente inconstitucional ao buscar indenização à União pelos gastos com tratamento de doenças associadas ao consumo de cigarros. O **art. 196, da Constituição Federal** é claro ao dispor que *“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 outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”* (grifamos).

7.3. Vê-se, portanto, que cabe ao Estado – e não a qualquer empresa ou ao indivíduo – o dever de garantir a todos os cidadãos o direito constitucional à saúde, sendo, *prima facie*, inconstitucional, além de totalmente desarrazoada, a pretensão da AGU de transferir esse dever ao fabricante de cigarros, que exerce uma atividade lícita e altamente controlada e tributada pelo Poder Público. A alta tributação imposta à atividade leva em conta justamente o grau de pouca essencialidade do produto para o cidadão e a periculosidade inerente do mesmo e presta-se a possibilitar que o Estado garanta os direitos sociais previstos no art. 6º, da Constituição Federal, aí incluída a saúde.

7.4. Apenas a título ilustrativo, vale conferir o seguinte acórdão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que, ao interpretar o art. 199, §1º, da Constituição Federal, esclarece, como não poderia deixar de ser, que a saúde é dever do Poder Público – e não do particular – facultando-se à iniciativa privada a participação complementar na assistência à saúde:

“A Constituição Federal assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado, facultada à iniciativa privada a participação de forma complementar no sistema único de saúde, por meio de contrato ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (CF, artigo 199, § 1º). Por outro lado, assentou balizas entre previdência e assistência social, quando dispôs no artigo 201, *caput* e inciso I, que os planos previdenciários, mediante contribuição, atenderão à cobertura dos eventos ali arrolados, e no artigo 203, *caput*, fixou que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...). Vê-se, pois, que **a assistência à saúde não é ônus da sociedade isoladamente e sim dever do Estado. A iniciativa privada não pode ser compelida a assistir à saúde ou a complementar a previdência social sem a devida contraprestação.** Por isso, se as entidades privadas se dispuseram a conferir aos seus filiados benefícios previdenciários complementares e os contratados assumiram a obrigação de pagar por isso, o exercício dessa faculdade não lhes assegura o direito à imunidade tributária constitucional, outorgada pelo legislador apenas às entidades que prestam assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social (CF, artigo 203), como estímulo ao altruísmo dos seus instituidores.” (STF, RE nº 202.700, Trecho do voto do Min. Maurício Corrêa, julgamento em 8-11-01, DJ de 1-3-02; grifos nossos).¹⁸

7.5. Ainda de acordo com a **Constituição Federal, art. 194**: *“a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da*

¹⁸ Também demonstra que a saúde é dever do Estado o entendimento pacífico em todas as esferas do Poder Judiciário no sentido de obrigar União, Estados, Distrito Federal e Municípios, solidariamente, a fornecerem remédios essenciais à população carente (por exemplo: STF, RE nº 399.664, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática proferida em 03/08/2007, publicada em DJ 16/08/2007, p. 116; STJ, AgRg no Ag 1044354/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, DJ 03/11/2008; STJ, AgRg no Ag 858.899/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 26/06/2007, DJ 30/08/2007, p. 219).

sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (grifamos). O **art. 195** dispõe sobre o financiamento da seguridade social da seguinte forma: *“a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”* (grifamos).

7.6. O **parágrafo 4º**, do **art. 195** dispõe que *“a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”*. Esse dispositivo, por sua vez, estabelece que a União poderá instituir *“mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”* (grifamos).

7.7. O **art. 198**, da **Constituição Federal**, ao dispor sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), definido como *“uma rede regionalizada e hierarquizada”*, dispõe, no parágrafo primeiro, que *“o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”*.

7.8. Finalmente, os **arts. 31 e 32 da Lei nº 8.080/90** (*“dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”*) enumeram as fontes de custeio do SUS, dentre as quais não se encontra a imposição de quaisquer aportes aos particulares pelo Poder Judiciário, confirmam-se:

“Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - (Vetado)

II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais”.

7.9. Portanto, a partir das expressas previsões constitucionais e legais, conclui-se, sem sombra de dúvidas, que: **(a)** a saúde é dever do Estado (art. 196); **(b)** a saúde é garantida pela seguridade social (art. 194); **(c)** a seguridade social é financiada a partir dos tributos previstos na Constituição ou instituídos pela União Federal mediante lei complementar à Constituição (arts. 195, caput e §4º, c/c arts. 150, I e 154, CF). **Não há no texto constitucional qualquer previsão de custeio do Sistema Único de Saúde com receitas que não sejam decorrentes dos recursos advindos de tributos vinculados (contribuições sociais) ou dos recursos públicos não vinculados e voluntariamente alocados pelos entes públicos para esse fim em suas leis orçamentárias.**

7.10. Isso significa que a Constituição Federal e a Lei não preveem que o custeio do Sistema de Saúde ocorra a partir de aportes específicos impostos ao particular, o que demonstra a inconstitucionalidade do pedido da AGU. É fora de dúvidas que a determinação de que as fabricantes de cigarros sejam obrigadas a ressarcir qualquer quantia aos Poderes Públicos contrariaria o **Princípio da Legalidade** (art. 5º, II, da CF – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), simplesmente porque não existe nenhuma lei que lhes imponha essa obrigação.

7.11. **WILSON STEINMETZ**, em obra citada por **DANIEL SARMENTO**,¹⁹ afirma, com todo o acerto, que impor aos particulares “*deveres correlatos aos direitos sociais colidiria com o princípio da livre iniciativa (CF, art. 170, §1º, IV e caput) e, portanto com a economia de mercado – com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade (CF, art. 5º, caput e XXII e com o princípio da autonomia privada*” (g.n.).

7.12. A vingar a tese inicial, a União poderia cobrar da indústria de medicamentos os gastos com os efeitos colaterais (previstos na bula) dos remédios, da indústria de doces e alimentos gordurosos os gastos do SUS com o tratamento do *diabetes*; das fabricantes de sal, embutidos e alimentos ricos em sódio os gastos com o tratamento de hipertensão arterial e uma série de doenças cardíacas e acidentes vasculares cerebrais; da indústria de bebidas alcoólicas

¹⁹ Steinmetz, Wilson. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. São Paulo:Malheiros, 2005, p. 264 Apud Sarmento, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2008, 2ª edição, 2008, p. 290.

os gastos com tratamento de cirrose, doenças mentais e alguns cânceres e, até mesmo, poderia cobrar da indústria automobilística os gastos do SUS com cirurgias e tratamentos de acidentados no trânsito e por aí vai. A situação é inimaginável, assim como o risco econômico que geraria, razão pela qual não há espaço para o raciocínio construído na inicial. Por previsão constitucional e legal, o financiamento do SUS compete à União, cabendo a ela – e não ao particular – garantir a saúde do cidadão independentemente da razão do tratamento.

7.13. Aliás, quando a Lei quis garantir à União alguma espécie de reembolso pelo particular, o fez expressamente, como no caso do art. 32 da Lei nº 9.656/98²⁰, que prevê o ressarcimento ao SUS por parte das operadoras de planos de saúde em determinada hipótese; ou o caso do art. 120 da Lei nº 8.213/90, que prevê ação regressiva do INSS contra o empregador na hipótese que regula²¹; ou, ainda, o caso da Lei nº 13.871/19, que alterou a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) para prever o reembolso ao SUS, por parte do agressor no caso de violência doméstica familiar²². **Não há lei que respalde o pedido inicial, sendo esse um dos mais relevantes óbices ao seu acolhimento**, pois, diferentemente do que ocorre em relação ao particular, para o agente público, o já mencionado **Princípio da Legalidade** significa que ele só pode agir quando autorizado pela lei. Trata-se de um dos mais caros princípios da administração pública, assim explicado por **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *verbis***:

“O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que **toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei**. Não o sendo, a atividade é ilícita. (...) Na clássica e feliz definição de HELY LOPES MEIRELES, **enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza**. (...) O princípio da legalidade denota exatamente essa

²⁰ Art. 32. 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.

²¹ Art. 120. A Previdência Social ajuizará ação regressiva contra os responsáveis nos casos de: I - negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva; II - violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

²² O art. 9º da [Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006](#) (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º, 5º e 6º: ‘Art. 9º § 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços (...)’.

relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”.²³

7.14. Insista-se que a principal receita pública que permite ao Estado custear suas despesas provém dos **tributos**. É por meio da cobrança de tributos que o Estado obtém os recursos para manter em funcionamento a máquina administrativa, realizar investimentos, custear políticas públicas, pagar o funcionalismo e honrar suas despesas ordinárias e extraordinárias.

7.15. **RICARDO LOBO TORRES** ressalta que “*os fins e os objetivos políticos e econômicos do Estado só podem ser financiados pelos ingressos na receita pública. A arrecadação dos tributos – impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios – constitui o principal item da receita. (...) Com os recursos assim obtidos, o Estado suporta a despesa necessária para a consecução dos seus objetivos. Paga a folha de vencimentos e salários dos seus servidores civis e militares. Contrata serviços de terceiros. Adquire no mercado os produtos que serão empregados na prestação de serviços públicos ou na produção de bens públicos. Entrega subvenções econômicas e sociais. Subsídia a atividade econômica*”²⁴.

7.16. Aliás, embora o requerimento da inicial seja no sentido de que as rés sejam condenadas ao ressarcimento ao erário, resta evidente que a indenização pretendida tem verdadeira **natureza tributária**, pois fundada em atividade incontroversamente lícita. Sobretudo considerando o pedido de indenização futura, a ser paga “*enquanto se verificarem os danos causados por tais produtos*” (página 247 da inicial).

7.17. “Indenização” sobre ato lícito é na verdade tributo, que só pode ser instituído por Lei (art. 150, I e 154, I, CF e art. 3º do CTN²⁵), jamais por sentença proferida em ação judicial. Trata-se de corolário do **Princípio da Legalidade** (art. 5º, II, CF) e da Separação de Poderes (art. 2º, CF) que restaria acintosamente contrariado caso – à míngua de lei que a

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22ª ed. 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 19, g.n.

²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 14a ed. 2007. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3, g.n.

²⁵ Art. 3º do CTN: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, **instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada**” (g.n.)

obrigue a tanto – as demandadas fossem obrigadas a desembolsar qualquer verba ao Poder Público *ad eternum* em razão do exercício de atividades lícitas e já extensamente tributadas.

7.18. Embora a carga tributária brasileira seja, de uma forma geral, bastante elevada, alguns setores da economia são mais onerados por razões de objetivos extrafiscais. O setor de tabaco, como é notório, está sujeito ao pagamento de elevados tributos, que representam cerca de **71%** do preço final dos cigarros vendidos no Brasil. Para além da finalidade arrecadatória, a tributação que recai sobre o cigarro tem por objetivo desestimular o consumo do produto, justamente por ser notória a associação a riscos para a saúde.

7.19. Todavia, um outro lado a ser considerado é gigantesco mercado ilegal, composto por sonegadores nacionais e por cigarros falsificados ou contrabandeados, principalmente do Paraguai. A excessiva tributação dos cigarros legalmente produzidos por empresas brasileiras, com a consequente elevação do seu preço final, incentiva e fortalece a venda de cigarros ilegais no Brasil a preços bastante inferiores.

7.20. O domínio do mercado ilegal também é impulsionado pelo controle insuficiente de fronteiras e insatisfatório combate ao tráfico pela União, autora desta ação, em flagrante violação ao Protocolo para o Combate ao Mercado Ilegal (*Illicit-Trade Protocol*), assinado pelo Brasil recentemente, aliás a única fonte de obrigações decorrentes da Convenção-Quadro para Controle do Tabaco (CQCT), o que gera enormes prejuízos não só ao país, mas à indústria legal, pagadora de impostos, e à sociedade como um todo, por estimular e financiar o crime, bem como expor os consumidores a produtos mais arriscados. Com efeito, os cigarros ilegais não geram tributos nem empregos no Brasil e não observam as regulamentações da ANVISA, de modo que a sua qualidade não pode ser assegurada.

7.21. Importante, para este tópico, que as fabricantes de cigarros já recolhem os tributos devidos aos cobres públicos, não podendo ser oneradas com uma tributação extra, como quer a AGU, especialmente quando o mercado ilegal, que não paga impostos, representa mais de **50%** do mercado total de cigarros. Se eventualmente faltam recursos para custear as políticas públicas adotadas pelo governo, isso não se deve à tributação insuficiente, mas ao descontrole do mercado ilegal de cigarros, como dito acima, à má alocação de verbas ou desperdício de recursos públicos e – por que não dizer – aos elevados índices de corrupção.

Fato é que, uma vez que as fabricantes de cigarros arcam com suas obrigações tributárias, justamente para permitir o financiamento da máquina administrativa, a imposição de novo ônus financeiro para o custeio de políticas públicas que deveriam estar sendo custeadas pelos tributos já pagos caracteriza inaceitável *bis in idem*!

7.22. Isso sem perder de vista que a imposição de mais esse ônus às fabricantes legais de cigarros poderia inviabilizar o desenvolvimento da atividade, seja em razão da falência das empresas pura e simplesmente, seja porque se a empresa for impossibilitada de auferir lucro com o desenvolvimento de sua atividade, pode se tornar economicamente desinteressante dar prosseguimento ao negócio. Se isso vier a acontecer, milhares de brasileiros, que são empregados direta e indiretamente pelo setor fumageiro, ficariam desamparados, de uma hora para outra, sem falar na brutal perda de arrecadação que os diferentes entes da federação sofreriam.

7.23. Os cigarros, todavia, certamente não deixariam de existir – e nem as despesas do SUS – pois o mercado ilegal tomaria o resto do já minguado espaço deixado por quem licitamente produzia e vendia o produto.

7.24. Em resumo, ao pagar seus tributos, o particular fica **completamente desonerado** em relação ao efetivo emprego desses recursos pelo Poder Público, não podendo em nenhuma hipótese, vir a ser responsabilizado por suposta insuficiência das verbas arrecadadas. Aliás, a AGU não alega que esses valores são insuficientes, preferindo sustentar simplesmente que tem direito a um reembolso integral dos custos alegados, independentemente do fato de o governo federal já receber 70% da receita das vendas de cigarros no Brasil, o que é obviamente muito mais do que o lucro da própria fabricante, a Souza Cruz.

7.25. Foi certamente considerando a carga tributária quase confiscatória incidente sobre a atividade, que a **própria União Federal**, ao contestar ação judicial na qual o Ministério Público requereu a proibição da produção e venda de cigarros em território nacional, defendeu 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 das*

doenças tabaco-relacionadas, com o tratamento da dependência de nicotina, com as aposentadorias precoces e com outros custos”²⁶.

7.26. Sustentou, ainda, que o papel dos Governos é investir em políticas públicas de controle do tabagismo, listando diversas ações do Governo Federal nesse sentido, tais como o aumento da tributação, a proibição de venda a menores, a severa regulação da ANVISA, a própria Convenção-Quadro para Controle do Tabaco, dentre outras, acrescentando, o seguinte:

“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 de desemprego insaturada no país. (...) o fumo constitui hoje fator importante da economia do país e uma relevante fonte de divisas. São milhões de famílias envolvidas no processo produtivo gerando muitos empregos no meio urbano e rural”.²⁷

7.27. Ou seja, diferentemente do que está sendo alegado nesta ação, de forma completamente inusitada, a União Federal já havia reconhecido em outra sede que o setor recolhe suficientes tributos aos cofres públicos, o que demonstra o comportamento contraditório da União com a propositura desta demanda, a evidenciar ainda mais o *venire contra factum proprium*, conforme será desenvolvido nos itens 9.37 a 9.42 *infra*.

7.28. Destarte, é absolutamente inconstitucional e ilegal, além de desarrazoado, o pedido de que as fabricantes de cigarros indenizem o Poder Público por gastos com saúde, quando essa responsabilidade é constitucionalmente imputada ao Estado, os tributos incidentes sobre a atividade são devidamente recolhidos e existe um imenso mercado de cigarros atuando à margem da legalidade e isento de qualquer tributação.

VIII – AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

8. A União pretende receber indenização pelos valores despendidos com o tratamento de doenças tabaco relacionadas, considerando o risco epidemiológico e o *market share* das rés, sem levar em consideração a realidade de que os indivíduos acometidos de

²⁶ Processo nº 2003.61.00.024997-1, que tramitou perante a 10ª Vara Federal de São Paulo e foi julgado extinto sem o julgamento do mérito por sentença proferida em 2010 e transitada em julgado (<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>).

²⁷ Idem à setembro de nota anterior.

doenças relacionadas ao consumo de cigarros adoeceriam e necessitariam de cuidados médicos do SUS, mesmo que os cigarros jamais tivessem existido.

8.1. Adotando-se a tese da inicial de que se trata de um pedido indenizatório e não de instituição de tributo complementar, ainda assim, o pleito é improcedente, pois o deferimento de indenização depende da presença cumulativa dos elementos essenciais e indispensáveis à responsabilidade civil, que são o **ato ilícito**, o **dano** e o **nexo causal**, no caso da responsabilidade objetiva, aí devendo-se acrescentar a **culpa**, no caso da responsabilidade subjetiva (**arts. 186, 927, caput e parágrafo único e 931, do Código Civil**).

8.2. Ocorre que esses elementos estão ausentes no caso dos autos, como será desenvolvido abaixo, desde logo devendo ser adiantado e repetido que: **(i)** a fabricação e comercialização de cigarros são atividades **lícitas** e amplamente fiscalizadas e regulamentadas pela própria União, especialmente por meio do Ministério da Saúde e da ANVISA; **(ii) não há dano** material suportado pela União, pois o seu dever de custear a saúde de forma universal e igualitária não pode ser confundido com um “dano”, por decorrer diretamente da opção de custeio adotada pela Constituição Federal (art. 196); **(iii) não há nexo de causalidade jurídico** entre a fabricação/comercialização de cigarros e o custo com o tratamento de doenças associadas ao consumo do produto, e, além disso, este é rompido pelo comportamento de um terceiro, qual seja, o fumante, que exerce o seu livre-arbítrio ao optar por fumar, configurando-se a excludente da culpa exclusiva de terceiro.

IX – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO E CULPA

(IX.I) Não configuração de responsabilidade objetiva: Os arts. 927, parágrafo único e 931 do Código Civil

9. A União está obviamente ciente do fato de que múltiplas decisões no Brasil, proferidas em ações individuais, coletivas e de ressarcimento, concluíram que as fabricantes de cigarros não cometeram qualquer infração legal com fundamento na tradicional doutrina de acidente de consumo (fato do produto), tais como defeito no produto, falha em informar ou práticas ilícitas de *marketing*, considerando que os riscos do cigarro são inerentes ao produto e que esses riscos são conhecidos de longa data pelos consumidores, que têm a capacidade legal e o livre arbítrio de decidir por si próprios se irão ou não fumar. Sabendo que esse enorme

volume de precedentes brasileiros é fatal para o seu pleito, a União procurou construir na inicial uma nova e sem precedentes teoria de responsabilidade absoluta como um esforço para evitar a rejeição dos seus pedidos.

9.1. Ela faz isso, primeiramente, interpretando de forma completamente rasa e descontextualizada relevantes dispositivos legais, para defender que a responsabilidade civil das rés seria objetiva (*rectius*: integral), o que, na sua ótica muito particular, significaria que o ato ilícito não seria pressuposto para o dever de indenizar (página 161). Assim, defende que a simples fabricação e comercialização de cigarros seriam suficientes à configuração do dever de indenizar em caso de dano, socorrendo-se dos arts. 927, parágrafo único e 931, do Código Civil, confira-se:

Art. 927, parágrafo único: “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” (g.n.).

Art. 931. “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” (g.n.).

9.2. Um primeiro comentário que deve ser feito em relação a esses dispositivos é que eles exigem a prática de uma atividade arriscada ou a colocação de um produto no mercado, **coisas que a BAT plc, ora contestante, jamais fez no Brasil** ou em qualquer lugar do mundo, já que, conforme demonstrado em sede preliminar, a sua atividade é de organização de investimentos, o que não se configura em atividade de risco para os direitos de outrem (talvez para os seus próprios direitos, considerando ações como esta). Tampouco a BAT plc pôs em circulação algum cigarro no Brasil ou em qualquer país do mundo.

9.3. Feita a ressalva, vale notar que a simples leitura dos dispositivos antes transcritos desdiz a alegação inicial de que a responsabilidade objetiva prescindiria da ilicitude do ato. Tais dispositivos dispensam a existência de **culpa**, elemento subjetivo, para a responsabilização objetiva nas hipóteses que regulam, mas, jamais, prescindem do ato ilícito

em sentido amplo²⁸, elemento objetivo, consistente na violação de um dever jurídico preexistente.

9.4. Nem poderia ser diferente, pois de ato lícito não se pode extrair responsabilidade. Nas palavras de CARVALHO SANTOS, citando OROZIMBO NONATO, “*Sem fato ilícito e imputável ao agente não há responsabilidade.*”²⁹

9.5. No mesmo sentido, SERGIO CAVALIERI FILHO ensina que “*o fato gerador da responsabilidade civil, da obrigação de indenizar é o ato ilícito, quer na responsabilidade subjetiva, quer na responsabilidade objetiva*”.³⁰

9.6. Também em seus comentários ao Código Civil, SERGIO CAVALIERI FILHO e SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA ressaltam que: “*os princípios da responsabilidade subjetiva são aplicáveis à responsabilidade objetiva. Também aqui são indispensáveis a conduta ilícita, o dano e o nexa causal. Só não será necessário o elemento culpa*”.³¹⁻³²

9.7. Isso não quer dizer, por óbvio, que sempre e necessariamente a licitude da atividade bastará ao afastamento do dever de indenizar. Vender cigarros é lícito, mas o fabricante indenizará, por exemplo, o consumidor, no caso de dano causado por um defeito no produto, como no caso de um cigarro que explodisse ao ser aceso. Isso porque o defeito no produto nada mais é do que ilícito específico previsto para as relações de consumo, já que viola o dever de segurança legítima e razoável previsto pelo Código de Defesa do Consumidor.

²⁸ “Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. (...) **Em sede de responsabilidade objetiva, cujo campo de incidência é hoje vastíssimo, só tem guarida o ato ilícito em lato sensu, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e ordem jurídica, decorrente de dever jurídico preexistente**” (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10/11, g.n.).

²⁹ In, “Código Civil Brasileiro Interpretado – vol. III, 4ª ed., Ed. Livraria Freitas Bastos, p. 323.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Responsabilidade civil no novo Código Civil*. Revista de Direito do Consumidor nº 48, out./dez., 2003, pg. 73.

³¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). DIREITO, Carlos Alberto Menezes & CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários do Novo Código Civil, vol. XIII*, Forense. Rio de Janeiro, 2004. p. 145.

³² Mais adiante: “Pondere-se, por derradeiro, que o risco, por si só, ainda que inerente, não basta para gerar a obrigação de indenizar, porque o risco é perigo, é mera probabilidade de dano. Ninguém viola dever jurídico simplesmente porque exerce uma atividade perigosa, mormente quando socialmente permitida e necessária. (...) Tanto é assim que o texto fala expressamente em obrigação de reparar o dano e em autor do dano – **o que evidencia que também em sede de responsabilidade objetiva o dever de indenizar tem por fundamento a violação de um dever jurídico, e não apenas o risco**” (ibidem, p. 153).

9.8. Ou seja, a licitude da atividade, em sentido amplo, não afasta *per se* a possibilidade de responsabilização civil, mas isso desde que esteja presente um ato ilícito em sentido amplo (assim entendido como alguma conduta antijurídica), além dos seus demais elementos (dano e nexa causal).

9.9. **O ato ilícito não está presente no caso dos autos**, pois a AGU pretende receber indenização pelos custos com o tratamento de doenças associadas à conhecida e advertida **periculosidade inerente** do cigarro. Ocorre que, a par desta característica, de inequívoco conhecimento da União (cf. itens 13.11 a 13.17 *infra*), a fabricação e venda de cigarros são atividades inquestionavelmente lícitas no Brasil, além de severamente fiscalizadas e tributadas pela própria União.

9.10. Ademais, a periculosidade inerente do cigarro não se confunde com defeito e, portanto, **não configura qualquer ilicitude que justifique o dever de indenizar**, conforme reconhecido amplamente pela jurisprudência brasileira nas centenas de ocasiões em que se rejeçaram as ações indenizatórias propostas pelos fumantes em razão das doenças imputadas ao consumo de cigarros (capítulo XIII, *infra*).

9.11. Em acórdão recente proferido em uma dessas ações, o **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** reconhece que a licitude da atividade e a sua fiscalização pela União afastam o dever de indenizar. Também consigna que, ao contrário do que a inicial defende, a responsabilidade não pode decorrer da mera comercialização de produto de risco, sob pena de se aplicar uma “responsabilidade objetiva com características típicas da teoria do risco integral”, o que não é admissível, confira-se:

“Considerando-se o que ensina a literatura médica especializada, inclusive o conteúdo referenciado pelo Tribunal de origem, seria admissível a tese de que o desenvolvimento ou agravamento de doenças vasculares ou pulmonares - tais como a que acometeu o familiar dos recorridos - são consequências possíveis do uso excessivo e contínuo de produtos que, por sua própria natureza, contêm substâncias tóxicas, cancerígenas e prejudiciais à saúde humana.

Produtos estes que, apesar dessas características notórias, têm a sua **produção e comercialização autorizadas por lei e respaldadas pela Constituição** brasileira, a qual, por outro lado, também assegura o consumo do cigarro e de outras drogas lícitas como expressão dos direitos fundamentais à liberdade e à autonomia individual.

Com efeito, a liberdade para fazer escolhas, inclusive aquelas que sejam prejudiciais à saúde, decorre dos princípios que norteiam a nossa ordem constitucional democrática. Por mais que seja dever do Estado garantir a ciência do consumidor acerca dos riscos que assume, não pode este proibir e sancionar hábitos maléficis à saúde a todo custo, de modo paternalista, sob pena de violação da autonomia individual.

Sob essa perspectiva, não é possível compactuar com a premissa adotada pelo acórdão recorrido de que ‘(...) o livre arbítrio não serve para afastar o dever de indenizar das companhias fumageiras pelas mesmas razões que não se presta para justificar a descriminalização das drogas. O homem precisa ser protegido de si mesmo, mormente porque lidamos com produtos que podem minar a capacidade de autodeterminação’ (e-STJ fls. 2.227-2.228 - grifou-se).

A prevalecer esse entendimento, não se estará cancelando apenas uma responsabilidade objetiva por meio da aplicação retroativa da legislação consumerista, o que, por si, já seria motivo bastante para o provimento do recurso especial. Na verdade, **a fundamentação adotada atribui às empresas fabricantes de cigarro uma responsabilidade objetiva com características típicas da teoria do risco integral.**

(...) **Do que se infere do acórdão recorrido, tal responsabilidade derivaria meramente dos fatos de explorar uma atividade causadora de danos, fabricando e comercializando produtos que implicam potenciais riscos à saúde dos consumidores e, na época do início do consumo por parte do familiar do recorrido, não ter realizado publicidade ostensiva a respeito desses riscos, não obstante a ausência de determinação legal nesse sentido.**

Com a abrangência dada pelo Tribunal de origem, a aplicação dessa modalidade de responsabilidade civil sem base legal poderia ser reinvidicada por todo e qualquer fumante - ou, como no caso, por seus familiares -, em virtude de todo e qualquer dano à saúde que seja associado, direta ou indiretamente, ao consumo deliberado e duradouro de uma droga que é lícita e objeto de forte regulamentação pelo Poder Público, o que não é admissível” (STJ. REsp. 1.322.964/RS. Rel. Min. RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, julg. 22/05/18, pub. 01/06/18, grifos nossos e no original)³³.

9.12. Passando-se a uma análise mais detida dos dispositivos invocados na inicial, também se verifica que eles não socorrem à AGU. O **parágrafo único do art. 927, do Código Civil**, como se lê claramente da sua redação, refere-se às atividades perigosas. Conforme explica RUI STOCO, trata-se de *“exceção à regra e, como tal, deve ser tratada, de modo que a aplicação dessa teoria é restrita, posto estabelecida em numerus clausus. Significa que incide apenas nas atividades em que se imponha um risco anormal e especial, ou seja, no seu exercício devem ser identificadas duas características: especialidade e anormalidade”*.³⁴

33

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717022&num_registro=201200930518&data=20180601&formato=PDF

³⁴ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil, 7. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 175.

9.13. Como se vê, o referido dispositivo é reservado aos casos em que atividade normalmente desenvolvida é excepcionalmente perigosa, em que o risco da atividade em si (e não do produto fabricado) frequentemente se converte em dano de gravidade relevante, como, por exemplo, nos casos de empresas que lidam com atividades nucleares. Assim, “*não será considerada perigosa a atividade de produção de cigarros, em que pese o fato do cigarro ser produto potencialmente nocivo, pois a atividade de produção em si não gera riscos a terceiros*”.³⁵

9.14. Nesse mesmo sentido, TERESA ANCONA LOPEZ ensina que “*o parágrafo único do art. 927 só diz respeito à atividade perigosa e nunca ao produto perigoso, como é o cigarro. A atividade de fabricação e distribuição de cigarros é das mais tranquilas. Ninguém pode alegar danos vindos da plantação ou da indústria de fumo, somente do produto colocado no mercado*”³⁶. Mais a frente a doutra adverte que “*é preciso não confundir atividade, ou mesmo ato, com produto, que é o resultado de uma atividade (resultado da produção)*”³⁷.

9.15. Já o **art. 931**, do **Código Civil**, também invocado, jamais poderia justificar a conclusão da inicial de que a mera colocação do produto no mercado ensejaria a responsabilidade civil do seu fabricante. Conforme antes referido, a mera leitura do dispositivo, antes transcrito, demonstra que ele dispensa a conduta culposa do fabricante, mas não a necessidade de comprovação de conduta ilícita.

9.16. Além disso, a interpretação conferida pela inicial leva a consequências absurdas, como, por exemplo, a responsabilização das fabricantes de automóveis por danos causados por motoristas independentemente de qualquer defeito, ou das fabricantes de armas de fogo, independentemente de qualquer limitação ou, ainda, do fabricante de açúcar, sal e alimentos gordurosos pelas doenças associadas a esses produtos, razão pela qual tal interpretação deve ser rechaçada.

³⁵ SIMÃO, José Fernando. Artigo publicado na folha do acadêmico, março de 2002 (g.n.).

³⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. Nexo causal e produtos potencialmente nocivos – A experiência brasileira do tabaco. *Quartier Latin*. São Paulo: 2008, p. 57/58.

³⁷ *Ibidem*, p. 58.

9.17. Por essa razão – e também na tentativa de encontrar alguma utilidade ao art. 931, do Código Civil, diante da extensa regulação do acidente de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor – parte da doutrina entende que o mencionado dispositivo reserva-se aos danos sofridos na relação interna da cadeia de fornecimento, ou seja entre os fornecedores³⁸.

9.18. Já outra parte da doutrina admite a completa inutilidade do art. 931, do Código Civil, esclarecendo que ele foi completamente superado pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, RUI STOCO aponta que “*em verdade, o aparente conflito tem como origem o fato de que o art. 931 do atual Código Civil foi redigido e incluído no Projeto de lei muito antes do advento do Código de Defesa do Consumidor. Impunha-se sua retirada, posto que desnecessário*”.³⁹

9.19. Por sua vez, SERGIO CAVALIERI FILHO, ensina em seu consagrado Programa de Responsabilidade Civil, que o art. 931, do Código Civil, deve ser interpretado **à luz do Código de Defesa do Consumidor** mesmo quando ausente a relação de consumo, considerando a disciplina minuciosa deste segundo diploma, confira-se:

“Dispõe o art. 931: “...” Também aqui a expressão ‘independentemente de culpa’ evidencia ter o Código estabelecido, neste dispositivo, outra cláusula geral de responsabilidade objetiva. Depreende-se do elemento histórico – Relatório Geral do deputado Ernani Saturo – que a finalidade do dispositivo foi proteger o consumidor. Dizia o relatório: ‘Colocada nestes termos a questão, atende-se a uma das exigências mais imperiosas da nossa época, indo ao encontro dos que se empenham na luta em defesa do consumidor’. Entretanto, antes que o Projeto do Código Civil fosse aprovado, foi editado o Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 12 disciplina a mesma matéria. Portanto, tal como no parágrafo único do art. 927 (já examinado), temos aqui também áreas comuns entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Áreas, todavia, que se integram e se harmonizam – **o que torna perfeitamente possível utilizar a disciplina do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor na interpretação e aplicação do art. 931, do Código Civil**”.^{40,41}

³⁸ Assim, por exemplo: Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes *in* Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – vol. II – 2, ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012 p. 829.

³⁹ Netto, Domingos Franciulli *et al* (coord.) Rui Stoco, Responsabilidade Civil. O novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. SP. LTr, 2003, p. 818/819.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, p. 171, g.n.

⁴¹ Em palestra proferida na EMERJ (Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), no ano de 2012, o Professor já havia enunciado suas lições: “(...) *Querem ver mais? Art. 931: ‘Ressalvados outros casos especificados em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação’. O que é isso? É a responsabilidade pelo fato do produto do art. 12 do Código do Consumidor. Só que esse artigo só é aplicável às relações de consumo. Mas agora o novo Código Civil dará à responsabilidade do produto uma dimensão geral. Mais uma vez, para sabermos o que é fato do produto, para bem aplicarmos este dispositivo, teremos que nos valer da disciplina que*

9.20. O **art. 12**, do **Código de Defesa do Consumidor** exige o defeito no produto (ato ilícito) para que seja configurada a responsabilidade objetiva (independente de culpa) do fornecedor e define, no seu parágrafo primeiro, produto defeituoso como sendo aquele que não oferece a segurança legitimamente esperada pelo consumidor, levando-se em conta as circunstâncias ali enumeradas.

9.21. Conforme pacificado pela jurisprudência existente nas ações individuais movidas por fumantes, ex-fumantes ou familiares em busca de indenizações por doenças tabaco relacionadas – aqui em tudo aplicável, como se verá (capítulo XIII *infra*) – o cigarro não é um produto defeituoso, mas de periculosidade inerente, de modo que simples fato de ser posto em circulação, não gera responsabilidade civil ao fabricante, seja para os consumidores, seja para a União, ao contrário do que pretende a AGU. Cigarros, em outras palavras, podem ser perigosos, mas isso não significa que não estejam de acordo com as expectativas legítimas dos consumidores. Os consumidores sabem e esperam que o cigarro ofereça efeitos sensoriais e farmacológicos que eles (fumantes) desejam, enquanto também apresenta riscos para a saúde.

9.22. Acrescente-se que o cigarro é um produto registrado na ANVISA e severamente controlado pela autarquia. A partir do momento em que o fabricante observa as especificações aplicáveis ao seu produto – como é o caso da Souza Cruz – é evidente que, **abstratamente considerado, o cigarro não apresenta qualquer defeito**. Na lição de **SILVIO LUIZ FERREIRA DA ROCHA**: *“pode-se aventar como outra possível causa de exclusão de responsabilidade norma administrativa, emanada da autoridade competente que imponha um ‘modo de produção’ sem margem para qualquer alternativa do fornecedor. Assim, ocorrendo defeito no produto fabricado, o fornecedor poderá alegar a seu favor, como causa de exclusão da responsabilidade, a conformidade do produto com as normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas”*⁴².

está muito bem desenvolvida no Código do Consumidor e trazer para cá. Quer dizer, vamos ter que interpretar o Código Civil à luz de preceitos que estão no próprio Código do Consumidor”. A palestra “O Novo Código Civil e as Recentes Reformas no Código de Processo Civil” foi publicada na Revista da EMERJ, v. 5, n. 20, 2002, pg. 110/112, g.n.

⁴² ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do Produto no Direito Brasileiro*, Revista de Direito do Consumidor nº 5, 1993, p. 46.

9.23. Por fim, pondo uma pá de cal sobre esse assunto, deve-se mencionar que o Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação similar à presente, por meio da qual, dentre outros pedidos, requeria da Souza Cruz indenização aos Estados e Municípios pelos gastos incorridos com o tratamento de doenças associadas ao fumo. A ação foi julgada improcedente em todas as instâncias e, ao julgar o Recurso Especial do Ministério Público, o **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** manteve o acórdão, tendo analisado especificamente a aplicação dos arts. 927, p. único e 931, do Código Civil, também invocados naquele caso e corretamente considerados insuficientes para justificar a condenação, confira-se:

“Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo com o objetivo de condenar a recorrida, em síntese, a indenizar todos os consumidores fumantes, ex-fumantes, fumantes passivos e familiares por danos materiais provocados pelo consumo e inalação de cigarro no território nacional, **a ressarcir danos materiais sofridos pelos Estados e Municípios com os gastos em prevenção e tratamento das doenças associadas** e a conferir ampla divulgação da decisão condenatória.

A sentença de improcedência (e-STJ fls. 3.397/3.409) foi confirmada pelo Tribunal de origem, motivando a interposição do presente recurso. (...).

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 afastaram o ressarcimento, conforme se observa das seguintes ementas: (...).

(...) 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 Ministério Público sustenta que, além do microssistema do consumidor, a responsabilidade civil deve ser apreciada à luz do art. 927, parágrafo único, e 931 do CC/2002. Ademais, deve ser ponderada a situação dos terceiros – consumidores por equiparação – fumantes passivos. A redação dos artigos é a seguinte: (...).

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 nexo 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 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” (STJ. RESP 1.573.794/SP. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, pub. 19/11/18, , g.n.)⁴³.

9.24. Portanto, por todas essas razões, os arts. 927, parágrafo único e 931, do Código Civil não fundamentam a responsabilização objetiva das rés neste caso. Para tanto, haveriam de estar presentes o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, todos ausentes na hipótese.

(IX.II) Ausência de responsabilidade subjetiva: os 186 e 188 do Código Civil

9.25. Superada a questão da responsabilidade objetiva, a AGU defende subsidiariamente a responsabilização subjetiva das rés, o que faz com fundamento na “*conduta das demandas através dos anos*” (página 170), às quais dedica diversas laudas e repete na página 174 e seguintes como sendo a supressão e manipulação de informações “*sobre os graves malefícios do consumo do cigarros e fumo passivo*”, já que “*nunca promoveram espontaneamente qualquer esclarecimento para a população afetada*”; A “*negação do poder viciante da nicotina*”; a “*farsa em torno do cigarro light*”; as “*ações publicitárias voltadas ao público jovem*” e a “*destruição de documentos internos*”.

9.26. Nesse ponto, vale lembrar o que restou esclarecido em sede preliminar quanto ao fato de a BAT plc tratar-se de uma empresa investidora que ocupa a última posição no grupo empresarial que integra, possuindo participação societária apenas indireta na Souza Cruz. A BAT plc jamais conduziu qualquer negócio no Brasil e não controla o comportamento e as decisões tomadas pela Souza Cruz no Brasil. A Souza Cruz tem autonomia e autoridade para decidir sobre as políticas adotadas, posicionamentos externados e relações governamentais no Brasil, inclusive no que concerne a questões de saúde e cláusulas de advertência, veiculadas em observância à legislação e regulação nacional à qual a Souza Cruz é submetida.

9.27. A BAT plc jamais emitiu qualquer posicionamento no Brasil, seja sobre as matérias extensamente enumeradas pela AGU na inicial, seja sobre qualquer outra questão, já que, como empresa investidora, o seu trabalho é administrar os investimentos diretos e indiretos feitos em diversas empresas ao redor do mundo. Nessa qualidade, a BAT plc não responde por

43

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=89128376&num_registro=201503024513&data=20181119

qualquer conduta eventualmente praticada pelas empresas pertencentes ao grupo de sociedades em seus respectivos países.

9.28. Em adendo, a BAT plc foi criada sob as leis da Inglaterra e País de Gales no ano de 1997. Até então, ela sequer existia, sendo que permaneceu inoperante até **setembro de 1998**. Narra a inicial, especialmente no item 5.6, que diversos documentos internos da “indústria do tabaco” foram revelados nas décadas de 1990/2000 como resultado de ações judiciais que tramitaram nos Estados Unidos, sendo que alguns são genericamente atribuídos à “BAT”. Tais documentos foram produzidos **entre 1950 e o começo da década de 90** por algumas empresas fabricantes de cigarros e supostamente estabelecem uma estratégia coordenada de toda a indústria para ludibriar a sociedade.

9.29. Ocorre que a BAT plc, **ora contestante**, não elaborou quaisquer dos documentos referidos na inicial (com exceção de um relatório público anual para os acionistas, documento completamente irrelevante para este caso), pois sequer existia por ocasião da sua produção, pelo que não pode ser responsabilizada pelo seu conteúdo e eventuais consequências, ainda mais em uma ação judicial movida no Brasil, onde é intuitivo que tais documentos não tiveram qualquer repercussão. Não há, pois, que se falar tampouco em configuração de culpa para fins de caracterização de responsabilidade civil subjetiva.

9.30. Repita-se: somente em julho de 1997 a BAT plc foi constituída e somente em setembro de 1998 adquiriu participações em outras sociedades, na qualidade de investidora, tornando-se a empresa que ocupa o topo da estrutura do grupo de sociedades, fato completamente inábil a atrair para si culpabilidade e/ou responsabilidade de qualquer natureza, conforme detalhadamente explicado pelo Professor **NELSON EIZIRIK** em seu parecer (**doc. 05**), que teve alguns trechos transcritos no item 4.27 *supra* (preliminar de ilegitimidade passiva em razão da autonomia entre as sociedades).

9.31. Caso a completa autonomia entre a pessoa jurídica da BAT plc e a pessoa jurídica da Souza Cruz não seja suficiente para levar ao acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada (o que não se admite), então ao menos justifica a improcedência desta inusitada demanda em relação à BAT plc, quando mais não seja, em razão da ausência manifesta de nexo causal entre qualquer comportamento *seu* e os danos sustentados pela União.

9.32. Seja como for, rebatendo mais especificamente as alegações iniciais, vale acrescentar que:

(i) a Souza Cruz sempre teve a última palavra no Brasil no que diz respeito ao seu posicionamento público e quanto às questões de fumo e saúde, aí incluídas as cláusulas de advertência⁴⁴, a questão da dependência e do “fumo passivo”(item 5.6.1 da inicial);

(i.i) Em relação à dependência, deve-se esclarecer que o seu conceito clássico (verificação de intoxicação, tolerância e síndrome de abstinência na presença na substância) foi flexibilizado ao longo dos anos para abranger comportamentos que, antes, não se enquadravam na definição. O consumo de cigarros passou a ser considerado, então⁴⁵, como causador de dependência, assim como outros comportamentos, a exemplo de desordens alimentares e vício em *video-games*. Importa, todavia, que há muito se sabe que parar de fumar pode ser muito difícil, independentemente de como se queira rotular essa dificuldade mas que, por outro lado, as pessoas são perfeitamente capazes de superá-la, parando definitivamente de fumar quando motivadas e determinadas nesse sentido.

(i.ii) sobre o “fumo passivo”, é muito difícil mensurar isoladamente o grau de exposição de um indivíduo à fumaça ambiental de cigarros (FAC), vez que as mesmas partículas presentes nessa fumaça podem estar presentes em outros tipos de fumaça, como a proveniente da poluição e até mesmo do cozimento de alimentos⁴⁶. Além disso, o risco relativo da FAC no Brasil pode ser menor do que o risco apontado pelos estudos epidemiológicos estrangeiros (que já não é muito significativo⁴⁷), em razão do clima e da maior permanência das pessoas em ambientes ao ar livre. Também não é possível demonstrar que a doença de um certo indivíduo foi causada direta e imediatamente pela exposição à FAC, ainda que fossem aplicáveis no Brasil os dados epidemiológicos estrangeiros (quando não são).

⁴⁴ Veiculadas no Brasil pela Souza Cruz em estrito cumprimento de lei, como reconhecido pela jurisprudência em diversas oportunidades (cf. itens 13.9 e 13.10 *infra*).

⁴⁵ A partir do Relatório do Surgeon General americano de 1988 e, no Brasil, da 10ª edição do CID (Código Internacional de Doenças), de 1992.

⁴⁶ Apelberg, Benjamin J. et al. *Environmental monitoring of secondhand smoke exposure*. Tobacco Control 2013; 22:147–155. doi:10.1136/tobaccocontrol-2011-050301.

⁴⁷ Enstrom, James E. and Kabat, Geoffrey C. *Environmental tobacco smoke and tobacco related mortality in a prospective study of Californians*, 1960-98. BMJ volume 326 17 MAY 2003 bmj.com.

(ii) a BAT plc jamais realizou qualquer esforço de *marketing* no Brasil ou em qualquer outro lugar. No Brasil, a Souza Cruz é responsável pelas ações de *marketing* referentes aos cigarros que vende, considerando as suas necessidades comerciais e legislação/regulamentação locais (item 5.6.2 da inicial), existindo ampla jurisprudência que afasta o conteúdo enganoso de sua publicidade (por exemplo, itens 13.9 e 13.10 *infra*);

(iii) contrariamente ao que foi alegado na inicial (item 5.6.3), a BAT plc não determinou ou orientou que a Souza Cruz fizesse qualquer pronunciamento no Brasil sobre cigarros “light”, menos ainda que os anunciasse como sendo “mais saudáveis”. Os cigarros de baixos teores foram comercializados em resposta a um clamor das autoridades públicas de saúde, sendo que a expressão de língua inglesa “light” se contrapunha à expressão “full flavor” para referir ao sabor mais suave desse tipo de cigarro e não à circunstância, jamais afirmada, de que ele seria mais saudável. Em 2001, a Resolução nº 46/01, da ANVISA fixou os teores máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros⁴⁸.

(iv) a BAT plc não determinou que a Souza Cruz destruísse ou suprimisse quaisquer documentos, atividade essa que segue a política de governança própria da Souza Cruz (item 5.6.4) e a legislação brasileira aplicável (p. ex. documentos fiscais devem ser guardados por 5 anos, etc.);

(v) a BAT plc não interfere nas decisões da Souza Cruz referentes à regulação estatal (item 5.6.5), embora entenda que o direito abstrato de ação seja constitucionalmente garantido ao particular (art. 5º, XXXV, CF), cabendo à Souza Cruz recorrer ao Poder Judiciário quando se sentir lesada em seus direitos, inclusive por parte do Governo. A Souza Cruz inclusive sagrou-se vitoriosa em diversos dos seus pleitos regulatórios junto ao Judiciário, o que parece afastar a alegação inicial de atuação “injustificada” contra a regulação estatal.

⁴⁸ Sobre a alegada compensação de teores (fumar mais cigarros, tragar mais profundamente ou mais vezes para compensar os menores níveis de substâncias), deve-se esclarecer que as autoridades de saúde pública já tinham conhecimento do fenômeno e ainda assim estimularam a produção dos cigarros de baixos teores. De todo modo, a compensação não ocorre com todos os fumantes (cada pessoa fuma de uma maneira), não é completa (mesmo compensando os fumantes recebem menor quantidade de alcatrão e nicotina) e os fumantes que passam por um período de compensação tendem voltar a fumar do modo que estavam habituados após adaptados.

(vi) a BAT plc não instituiu grupos para controlar as operações das suas subsidiárias globais, conforme alegado na página 31 da inicial. As mencionadas “PARG” e “CORA” não são/foram controladas pela BAT plc, a BAT plc jamais foi membro dos mencionados grupos e tampouco os utilizava para controlar operações, políticas e posicionamentos da Souza Cruz no Brasil.

(vii) a expatriação de funcionários da Souza Cruz para outras empresas do grupo societário (página 33 da inicial) não atrai para estas últimas qualquer responsabilidade. Trata-se, aliás, de prática muito comum em grandes grupos empresariais com ramificação no exterior, de aperfeiçoamento profissional.

9.33. Essas e outras questões a respeito da BAT plc, empresa inglesa, estão detalhadamente esclarecidas na declaração juramentada (*affidavit*) de Paul McCrory, que é Secretário da BAT plc. A declaração encontra-se anexada à presente como **doc. 02** (tradução juramentada **doc. 03**).

9.34. Acrescente-se, de todo modo, que mesmo que existisse algum fundamento para se concluir que a contestante teria praticado as condutas ilícitas listadas na inicial, é evidente a **ausência de nexo causal** entre a pretensa prática dessas condutas – no Reino Unido, há várias décadas – e os danos alegados pela União (quais sejam, o aumento dos gastos com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas no Brasil). Sobretudo considerando que haveria ser provado pela União que os danos alegados ocorreram **direta e imediatamente** como resultado da má conduta alegada (**art. 403, do Código Civil**), o que ela não fez, sendo intuitivos, com o devido respeito, a ausência do nexo causal ou o seu rompimento, conforme se verá mais adiante (capítulo XI *infra*).

9.35. Ausente, portanto, o ato ilícito, a culpa (**art. 186, do Código Civil**) e o nexos causal (**art. 403, do Código Civil**) em relação a BAT plc, levando à improcedência desta demanda.

(IX.III) Ausência de abuso de direito: o art. 187 do Código Civil
Venire contra factum proprium da União

9.36. Não há que se falar tampouco em abuso de direito (**art. 187, do Código Civil**), como também foi invocado pela AGU, pois a BAT plc não excedeu – ainda mais

manifestamente, como exige a lei – os limites impostos pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé ou bons costumes. Aplica-se ao caso o **art. 188, I, do mesmo Código**, que exclui a ilicitude dos atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido, como é o caso da BAT plc e a sua participação societária indireta na Souza Cruz e em outras empresas do ramo, a partir de setembro de 1998.

9.37. Na verdade, e com todas as vênias devidas, abuso de direito existe por parte da União, que atua em reprovável *venire contra factum proprium* neste litígio⁴⁹.

9.38. Segundo esclarece o Professor **ANDERSON SCHREIBER** em obra específica sobre o tema, “a proibição de comportamento contraditório enquadra-se na chamada terceira função da **boa-fé objetiva** – a de restrição ao exercício de direitos – que, em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, realiza-se por meio da **repressão ao abuso do direito** (Código Civil, art. 187), figura cujo campo de incidência é secante àquele relativo à boa-fé.”⁵⁰

9.39. O mesmo autor explica que “a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, **a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que contra a simples coerência, atenta o venire contra factum proprium à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado.**”⁵¹

9.40. No caso dos autos, o mesmo Estado que autoriza a fabricação e comercialização de cigarros e ainda tributa fortemente a atividade (*factum proprium*) não pode impor novos ônus decorrentes dessa mesma atividade, pois gerou no fabricante a expectativa de que não o faria. Fosse isso admitido e o Poder Público concederia o direito com uma mão e

⁴⁹ “São quatro as modalidades de abuso de direito dentro de uma perspectiva objetivista da boa-fé: as situações de **venire contra factum proprium**, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*. A teoria dos atos próprios, ou a **proibição do venire contra factum proprium**, *protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente*” (TEPEDINO, Gustavo (coord). MOTTA, Maurício. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. A Pós-Eficácia das Obrigações. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, pg. 199, grifamos).

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson, *A Proibição de Comportamento Contraditório*, Renovar, 2005, p. 270.

⁵¹ *Ibidem*, p. 90.

tomaria de volta com a outra, o que consubstancia comportamento manifestamente contraditório e, por isso mesmo, **abusivo de direito**.

9.41. Repise-se, por oportuno, que a União em décadas passadas incentivou o plantio fumo no sul e em alguns estados do nordeste do País por meio de favores fiscais. Adite-se, outrossim, que por força disso o Brasil é o segundo produtor de tabaco do mundo e o primeiro exportador desse produto, de acordo com o Anuário Brasileiro do Tabaco de 2019, percebendo grossa receita de exportação. E é tal a importância do tabaco para o País, que um ramo de fumo está nas Armas Nacionais, um dos quatro símbolos oficiais da República Federativa do Brasil!

9.42. Mencione-se, ainda nesse tópico, que “*o Superior Tribunal de Justiça, em mais uma oportunidade, já fez incidir o nemo potest venire contra factum proprium sobre relações entre particulares e Administração Pública. Na maior parte dos casos, invocou a boa-fé objetiva, chegando a declarar expressamente sua aplicabilidade às relações de direito público*”⁵². Vê-se, pois, que o instituto é plenamente aplicável ao presente caso e justifica, mais uma vez, a improcedência total da demanda, pois não se pode acolher pedido que permita o abuso de direito mesmo que pela União.

(IX.IV) Descabida invocação da Lei nº 8.080/90 e do art. 884, do Código Civil

9.43. A contestante rebate, ainda, a alegação inicial de que a responsabilidade subjetiva das rés encontraria algum fundamento na **Lei 8.080/90**, que regula o SUS, dispondo no *caput* do art. 2º que cabe ao Estado prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde e, em seu **parágrafo 2º**, que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

9.44. Ao contrário do que tenta defender a AGU, não se extrai do regramento acima que as empresas – e as pessoas, família e sociedade – devam aportar recursos para financiamento da saúde pública além do que já fazem em cumprimento à Constituição Federal e a lei, por meio

⁵² SCHREIBER, Anderson, A Proibição de Comportamento Contraditório, Renovar, 2005, p. 203.

de tributos. Trata-se de regra eminentemente programática de exaltação da saúde enquanto direito fundamental a ser zelado por toda a população, mas que não é fonte de responsabilidade civil.

9.45. Sem razão, de outra parte, a menção da inicial ao enriquecimento ilícito (**art. 884**, do **Código Civil**, página 170 da inicial), visto que as fabricantes auferem seus lucros de atividade econômica lícita, contribuindo por meio dos tributos para o financiamento da máquina pública, assim como faz toda a sociedade, e gerando milhões de empregos diretos e indiretos, em suma, azeitando a emperrada economia do país. Onde está, pois, o ilícito?

(IX.V) O art. 19 da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT)

9.46. Outro fundamento usado pela inicial para a condenação das rés é o art. 19 da Convenção-Quadro para controle do Tabaco (CQCT), que dispõe o seguinte: “*1. Para fins de controle de tabaco, as partes considerarão a adoção de medidas legislativas, ou a promoção das suas leis vigentes, para tratar a responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação*”. Por causa desse dispositivo, a AGU defende que a pessoa jurídica de direito público lesada não tem apenas o direito – mas também o dever – de cobrar a devida reparação (página 187).

9.47. Nem de longe o art. 19 da CQCT tem o alcance a ela atribuído e definitivamente não justifica a propositura desta ação.

9.48. As convenções-quadro, ao contrário dos tratados da Organização Mundial do Comércio (OMC), que geram obrigações específicas aos países signatários, somente estabelecem compromissos preliminares e gerais dos países signatários em relação a determinado tema e obrigações mínimas, desde que, no entanto, estejam em consonância com as leis (e, principalmente, com a Constituição) do país. Justamente em razão dessa índole programática e não impositiva, é que as convenções-quadro são conhecidas como “*soft law*” no Direito Internacional.

9.49. A índole programática da Convenção-Quadro em questão demonstra-se pela linguagem adotada, por exemplo, pelo seu artigo 5, item 2, que estimula os Estados-partes, “segundo as suas capacidades”, a “adotar e implementar medidas legislativas, executivas,

administrativas e/ou outras medidas e cooperar, quando apropriado, com outras Partes na elaboração de políticas adequadas para prevenir e reduzir o consumo de tabaco, a dependência da nicotina e a exposição à fumaça do tabaco”. A redação utilizada é propositadamente aberta e desprovida de natureza cogente.

9.50. A CQCT não é autoaplicável e não impõe qualquer obrigação aos países signatários, dependendo de regulamentação de acordo com o sistema jurídico interno de cada parte. Tal convenção não determina que os governos busquem reparação pelos custos com o tratamento de doenças associadas ao consumo de cigarros, muito menos por meio de medidas judiciais pleiteando que o Judiciário adote teorias inteiramente novas para impor uma responsabilidade absoluta às fabricantes de cigarros, tais como se fossem seguradoras pelas “externalidades” do produto.

9.51. A CQCT não encoraja, muito menos demanda, um sistema supranacional de responsabilidade. No mínimo, incentiva os signatários a adotarem leis a serem aplicadas às empresas locais, desde que tais leis estejam em conformidade com os marcos legais constitucionais locais, o que claramente não é o caso no Brasil.

9.52. Ademais, não existe qualquer regulamentação ou protocolo executivo no Brasil e nem tampouco qualquer orientação em relação ao art. 19 da CQTC, invocado na inicial, pelo que a sua aplicação pelo Poder Judiciário violaria o Princípio da **Separação de Poderes (art. 2º, CF)** e o **Princípio da Legalidade (art. 5º, CF)**, já que seria necessário uma lei em sentido formal e material, votada pelo Legislativo, que tornasse a diretriz do artigo 19 da CQTC em uma obrigação do Estado Brasileiro. Sem isso, data maxima venia, qualquer ação do Poder Judiciário é inconstitucional por quebra desses dois Princípios.

9.53. A criação de um regime de responsabilidade civil está completamente fora do escopo da CQCT, que, no seu artigo 4, item 5, dispõe que as questões relacionadas à responsabilidade respeitam à jurisdição de cada parte signatária, de modo que, no Brasil, não há como pretender o reconhecimento de responsabilidade civil à míngua dos seus elementos indispensáveis, previstos em Lei e antes examinados.

9.54. Ademais, a Convenção-Quadro jamais poderia contrariar a Constituição Federal e a Lei a ponto de subverter o sistema de seguridade social, criando novo custeio à margem da Lei (cf. capítulo VII *supra*), razão pelo qual não serve de pretexto para a propositura desta inusitada ação.

9.55. Tanto é assim que a quase totalidade dos 180 Países signatários da Convenção-Quadro escolheram não ingressar com ações de ressarcimento de despesas médicas.

9.56. Contrariamente ao que defende a AGU na página 155, a Convenção-Quadro para Controle do Tabaco não é uma norma supralegal como os tratados internacionais de direitos humanos, pois não foi aprovada com observância do quórum qualificado de 3/5 exigido pelo art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal e também porque – forçoso reconhecer – não versa sobre direitos humanos.

9.57. Mencione-se, de todo modo, que o Brasil é um dos países mais avançados no que diz respeito ao controle do tabaco e mesmo antes da ratificação da Convenção-Quadro sobre essa matéria já havia aprovado a Lei nº 9.294/96, e suas sucessivas regulamentações, que impõem medidas muito mais severas do que as obrigações mínimas oriundas daquele diploma de direito internacional público. Não obstante, após a ratificação da Convenção-Quadro, por meio do Decreto 5.658/2006, ainda foram expedidas diversas medidas que vão muito além do seu limitado escopo, tais como obrigação de submissão prévia à ANVISA de qualquer alteração nas embalagens de cigarros e de informação à referida agência reguladora dos ingredientes por marca, além de substancial majoração da já elevada carga tributária sobre o produto.

9.58. Em especial, as várias e imprecisas alegações da União de que as rés teriam tentado influenciar indevidamente a legislação e os regulamentos a respeito do controle do tabaco em décadas passadas ou de que os produtos comercializados seriam de risco desconhecido revelam-se sem sentido se analisadas retrospectivamente. O governo brasileiro está há muito na vanguarda internacional das crescentes restrições ao tabaco e à publicidade de cigarros. Assim, dificilmente se pode dizer que a Souza Cruz (e muito menos a BAT plc) teriam prejudicado ou tentado prejudicar o processo de regulamentação pública dos produtos derivados do tabaco no Brasil.

9.59. Destarte, em nada socorrem à AGU as previsões programáticas da Convenção-Quadro para Controle do Tabaco, aí incluído o seu art. 19, que definitivamente não confere embasamento jurídico ao seu pleito.

X – AUSÊNCIA DE DANO

10. Outro elemento ausente neste caso para configuração da responsabilidade civil é o dano, elemento central do dever de indenizar, tanto que integrante do próprio termo “indenização”.

10.1. O que a União chama de “dano material” é simplesmente a sua obrigação constitucional de garantir a saúde (**art. 196**, da **CF**) por meio de financiamento ao SUS. Portanto, os gastos pelos quais a União pretende ser reparada não se constituem em um dano, mas simplesmente no cumprimento de um dever jurídico (conforme capítulo VII *supra*).

10.2. Em outras palavras, o “dano material” alegado na inicial decorre da Constituição e das leis, não se tratando de um dano injusto para fins de responsabilidade civil. Nesse particular, a doutrina ensina que o dano que fundamenta a responsabilidade é o dano injusto, conceito que embute o da própria ilicitude, confira-se:

“Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do **dano injusto**, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*)”⁵³.

10.3. No mesmo sentido a jurisprudência do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** ao consignar que “*O sistema de responsabilidade civil brasileiro orienta-se no sentido do restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico rompido pela ocorrência de **dano injusto**” (STJ. 3ª Turma. REsp 1320973/PB, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 18/03/2014, p. 26/03/2014, g.n.).*

10.4. No limite, o dano alegadamente suportado pela União, qual seja, o custeio do SUS, é justo e não injusto, porque respaldado constitucional e legalmente.

⁵³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42, g.n.

(X.I) Ausência de prova do dano como óbice ao acolhimento da pretensão

10.5. Ainda que a ausência do próprio dano indenizável pudesse ser superada em uma ação de responsabilidade civil (e não pode!), a União não revelou o valor pelo qual pretende ser indenizada e nem tampouco forneceu uma forma confiável de se calcular essa indenização.

10.6. A União Federal não trouxe documentos contábeis comprobatórios das reais despesas do SUS, mas basicamente cita de forma sumária três estudos, todos coordenados pela pesquisadora Márcia Pinto⁵⁴ como um suposto modelo dos gastos do SUS com o tratamento de doenças atribuíveis ao tabagismo, o último deles elaborado em 2017 e que pretendeu “estimar” para o ano de 2015 os custos com o tratamento das doenças associadas ao tabagismo, considerando tanto o SUS, como os custos suportados por fontes privadas com saúde suplementar, sem separar os dois.

10.7. Inadmissível, como um primeiro ponto, que a União lance mão de estudo que parte de uma “estimativa” dos gastos já incorridos pelo SUS, pois como elemento da indenização por dano material, essa despesa deve ser devidamente comprovada e aferível por meio dos documentos financeiros-contábeis pertinentes do próprio SUS, que não foram trazidos e nem descritos pela autora. Não fosse assim e se estaria diante de simples adivinhação.

10.8. Com efeito, os estudos trazidos na inicial, assim como a metodologia utilizada, são absolutamente imprestáveis para o cálculo minimamente confiável dos gastos do SUS com tratamento de saúde relacionados ao tabaco. Os dois estudos mais antigos pretenderam estimar os custos do tabagismo para os anos de 2005 e 2011, períodos não abrangidos pelo pedido da União de ressarcimento dos custos incorridos nos últimos cinco anos, em razão da reconhecida prescrição, de modo que completamente irrelevantes para o litígio e deveriam ser mesmo removidos dos autos.

⁵⁴ (i) Os custos de doenças tabaco-relacionadas para o Sistema Único de Saúde, Márcia Pinto *et al.* Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 26 (6): 1234-1245, jun, 2010; (ii) Estimativa de carga do tabagismo no Brasil: mortalidade, morbidade e custos. Márcia Teixeira Pinto *et al.* Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 31 (6): 1283-1297, jun. 2015; e (iii) Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos, Márcia Pinto *et al.* Documento técnico IECS n. 21. Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, Buenos Aires. Maio de 2017.

10.9. O estudo mais recente, referente aos pretensos custos no ano de 2015 estima os gastos combinados do SUS e da Saúde Suplementar, que não é financiada pela União Federal e falha em segregar esses respectivos montantes estimados, demonstrado como são frágeis e opacos o modelo e os métodos usados pelo estudo. Nesse particular, recente artigo da revista Lancet revela que o Brasil é o único país com sistema de saúde universal no qual o gasto público com saúde (44%) é menor do que o gasto do setor privado (56%), de modo que se esses relevantes percentuais fossem observados pelo estudo de Márcia Pinto, seria o caso de mais da metade do custo total estimado com saúde não ser sequer suportado pelo SUS ou por qualquer entidade governamental.⁵⁵

10.10. Portanto, o SUS gasta menos da metade do custo total com tratamento de saúde no Brasil, o que por si só invalida completamente o modelo utilizado no estudo da Pesquisadora Márcia Pinto, usado na inicial, que considerou os custos globais, públicos e privados, conforme indicado no artigo. A AGU falha em descrever essa limitação fundamental do estudo de Márcia Pinto.

10.11. No que diz respeito ao financiamento público da saúde, deve-se esclarecer também que a responsabilidade pela saúde pública no Brasil é dividida entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios, com realidades diversas e características próprias de acordo com a região geográfica.

10.12. Assim, como um primeiro ponto, os custos relativos ao tratamento de doenças associadas ao consumo de cigarros precisariam ser calculados separadamente, para cada um dos entes públicos (estados, Distrito Federal, municípios e União) para que se pudesse chegar ao gasto específico da União com o SUS, pelo qual ela requer ressarcimento.

10.13. Com a transferência das responsabilidades de aplicação dos recursos relativos à saúde – sem qualquer vinculação tributária – para os Estados e Municípios, perde-se a segurança de que o acompanhamento, coleta e cálculo de tais custos seja confiável ou preciso o suficiente para ser usado como base para o pretendido ressarcimento à União.

⁵⁵ No documento original: “Brazil is the only country with a universal health system where public health expenditure (around 44%) is lower than private sector expenditure (around 56%).” (Castro, et al., Brazil’s unified health system: the first 30 years and prospects for the future, Lancet 2019 Jul 27;394(10195):345-356).

10.14. Além disso, o SUS não dispõe de uma metodologia para identificar precisamente quais, dentre os milhões de pacientes atendidos a cada ano, são fumantes, e, menos ainda, que tipo ou que marca de cigarros tais pacientes fumam.

10.15. Os sistemas de informação do SUS baseiam-se nos dados constantes de dois tipos de formulário, que são a Autorização de Internação Hospitalar (AIH) e a Autorização de Procedimentos Ambulatoriais de Alta Complexidade (APAC). Esses formulários servem para o pagamento aos prestadores de saúde e por isso contém informações simplificadas, como os dados pessoais do paciente, diagnóstico inicial (que pode ou não ser confirmado após o tratamento), materiais e medicamentos usados, exames e tratamentos realizados, além do valor conforme a tabela do SUS.

10.16. De outra parte, uma vez que os formulários do SUS se destinam ao pagamento do prestador, às vezes eles são preenchidos com códigos de forma a gerar um maior valor de acordo com a tabela do SUS, isso sem falar em outras fraudes, como pacientes fantasmas e cobrança por procedimentos não realizados.

10.17. Os formulários do SUS não trazem informações médicas essenciais do paciente, **tais como exposição a fatores de risco (aí incluído o consumo de cigarros)**, comorbidades e diagnóstico final. Tais informações são registradas apenas nos prontuários médicos dos pacientes, que ficam em poder dos hospitais e necessariamente teriam que ser analisados para que se pudesse começar a pensar em calcular, com um mínimo de seriedade, os gastos com o tratamento das doenças associadas ao consumo de cigarros no Brasil.

10.18. Com efeito, mesmo que um determinado paciente fosse identificado como fumante, seria necessário que o seu prontuário individual fosse avaliado a fim de determinar se a doença do paciente era, de fato, associada ao fumo. Ainda, o perfil de risco de um paciente que fuma apenas 1-2 cigarros por dia é muito diferente do perfil de um fumante de dois maços por dia, por exemplo, o que também haveria de ser levado em consideração

10.19. Da mesma forma, outros fatores de risco aos quais aquele determinado indivíduo estivesse exposto, tipicamente não disponíveis nos documentos do SUS, também

precisariam ser avaliados, vez que as doenças associadas ao consumo de cigarros também são associadas a outros fatores de risco (capítulo XI, tópicos XI.III e XI.IV *infra*). Veja-se o exemplo das doenças coronarianas: tais doenças associam-se ao consumo de cigarros, mas também ao sedentarismo, dieta, hipertensão arterial, descontrole do colesterol, dentre outros. Assim, identificar um indivíduo como fumante e imputar os seus gastos com saúde ao cigarro implicaria atribuir ao produto, de forma injusta e inaceitável, gastos associados a outros fatores de risco.

10.20. Simplesmente somar os gastos com o tratamento das doenças tabaco-relacionadas no Brasil não resulta em um número confiável. Além da deficiência no que diz respeito ao próprio conhecimento dos gastos do SUS com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, não basta simplesmente considerar a fração atribuível ao fumo de cada doença para mensurar os custos com tratamento a serem imputados ao fabricante de cigarros com algum grau de certeza médica, ao contrário do que defende a AGU a partir da página 196 da inicial e como será demonstrado com maior vagar no capítulo XI *infra*, sobre nexo de causalidade.

10.21. De se notar que, apesar dos dois anos que alardeou ter demorado para elaborar a inicial, a União não trouxe qualquer contabilização dos valores efetivamente gastos pelo SUS nos últimos cinco anos ou em qualquer ano com o tratamento das supostas vinte e sete doenças enumeradas na inicial e muito menos uma estimativa dos custos futuros, perpétuos e especulativos cujo ressarcimento também pleiteia.

10.22. Outro defeito fatal quanto ao recurso da AGU ao modelo da pesquisadora Márcia Pinto para estimar os custos com assistência médica, é que nem os artigos citados nem qualquer ponto da petição inicial sequer tentam identificar que parte dos custos históricos com o tabagismo seria devida a qualquer hipotética má conduta das rés. Certamente a AGU não pretende afirmar que todo o consumo de cigarros no Brasil decorreu de uma suposta (e, como visto, inexistente) conduta imprópria das demandadas e que nenhum brasileiro jamais teria fumado um único cigarro sem essa pretensa conduta imprópria. No entanto, a AGU aparentemente formula essa alegação implícita, mas totalmente implausível.

10.23. Além disso, as mesmas pessoas que a União alega necessitarem de tratamento médico pelo SUS em virtude de doenças tabaco-relacionadas continuariam envelhecendo,

adoecendo e demandando tratamento médico ao longo da vida, isso mesmo que jamais tivesse existido um único fumante sequer no Brasil. E o SUS continuaria tendo a obrigação constitucional de custear esse tratamento, inclusive estando a União obrigada a dedicar parcela mínima do seu orçamento às ações e serviços públicos de saúde (art. 110 do ADCT).

10.24. Por conta disso, qualquer estimativa de custos com tratamento de saúde devido ao tabagismo precisaria necessariamente ter deduzido os custos que seriam inevitavelmente incorridos pela União mesmo se o cigarro não existisse, afinal, em se tratando de uma indenização por danos materiais, como a União requer, esta deve estar limitada ao dano *causado* (direta e imediatamente) pelas rés.

10.25. Ou seja, ainda que tivesse alguma plausibilidade, a indenização estaria limitada ao que a União supostamente gastou a mais como consequência direta e imediata do consumo de cigarros (das marcas fabricadas pelas demandadas) pelos usuários do SUS e, ainda, como consequência direta e imediata dos alegados ilícitos praticados pela “indústria”, subtraindo-se os gastos que a União suportaria de toda forma com o SUS. Ocorrendo o “dano” independentemente da existência do cigarro – logo, de qualquer atuação das rés – não há o que se indenizar por ausente a causalidade!

10.26. Mencione-se, nesse ponto, que os maiores gastos com tratamento de saúde ocorrem nos últimos anos de vida das pessoas, isso independentemente de serem ou não fumantes. Significa que, considerando toda a vida de uma pessoa, a União poderia despender a mesma quantia com tratamento de saúde, independentemente de se tratar de um fumante ou de um não fumante, de modo que não há necessariamente qualquer aumento de custo para o SUS como resultado do tabagismo.

10.27. A União em nenhum lugar atenta para este fato fundamental, o que ilustra a ausência de quaisquer danos indenizáveis nesta ação e também a ausência de boa-fé da parte da AGU ao não descrever questões relevantes para o cálculo dos supostos custos excedentes com assistência médica.

10.28. Destarte, a par dos inúmeros óbices à pretensão ressarcitória da União, não está presente no caso elemento indispensável ao dever de indenizar, qual seja, o próprio dano e a sua aferição.

XI – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE

(XI.I) O rompimento do nexo causal em razão do livre-arbítrio do fumante

11. Demonstradas a ausência de ato ilícito e/ou culposo praticado pela BAT plc, bem como a ausência de um dano sofrido pela União Federal, passa-se a demonstrar estar ausente o indispensável nexo de causalidade entre as atividades de fabricação e comercialização de cigarros e os gastos públicos com o tratamento das doenças associadas ao consumo do produto.

11.1. Antes de mais nada, verifica-se que o vislumbrado nexo causal é de plano rompido pela **culpa exclusiva do fumante**, que se interpõe entre uma coisa e outra. O fumante exerce o seu livre-arbítrio ao optar por fumar e continuar fumando, sendo essa uma das principais razões pela qual a jurisprudência existente nas ações individuais tem imputado ao próprio fumante a exclusiva responsabilidade pelo acometimento de uma doença tabaco-relacionada, afastando a responsabilidade do fabricante de cigarros, como se verá mais detidamente no capítulo XI, tópico XI.I *infra*.

11.2. Assim, equivocava-se a AGU quando alega na página 45 da inicial, que “*o livre-arbítrio de uma massa consumidora é questão que não se mostra relevante para a solução da lide*” porque “*no presente caso, não se está a tratar de uma análise individual de cada fumante*”, sendo a União demandada pelos custos associados ao consumo de cigarros por se tratar de “*provedora de um sistema de saúde universal*”.

11.3. O livre-arbítrio é matéria de inegável relevância para julgamento desta demanda, na medida em que isenta a fabricante de cigarros de qualquer responsabilidade ao romper o nexo causal entre a sua atividade e o “dano” vislumbrado pela União. Aliás, verifica-se no trecho acima que o inconformismo da União diz respeito à opção constitucional de atribuir-lhe o dever de garantir universalmente o direito à saúde (**art. 196**, da **CF**), conforme

exposto no capítulo VII *supra*. Mas tal questão evidentemente não pode ser endereçada por meio de ação judicial e menos ainda contra as demandadas.

11.4. Voltando à questão do nexa causal, o **art. 403**, do **Código Civil**, dispõe que esse elemento apenas se configura a partir de um liame **direto e imediato** entre a conduta e o dano, conforme tranquilamente acolhido pela jurisprudência das Cortes Superiores. Nesse sentido, o célebre acórdão do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** que, interpretando a expressão ‘**direto e imediato**’ prevista na lei, esclareceu que o ordenamento adota a teoria da **necessariedade da causa**, desde sempre defendida pelo magistral **AGOSTINHO ALVIM**, confira-se:

“(…) Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexa de causalidade é a teoria do **dano direto e imediato**, também denominada teoria da **interrupção do nexa causal**. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, **inclusive à objetiva**, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, agasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes (…). Essa teoria, como bem demonstra AGOSTINHO ALVIM (...) só admite o nexa de causalidade quando o **dano é efeito necessário de uma causa**, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, **não haja concausa sucessiva**” (STF, RE 130.764-1/PR. 1ª Turma, rel Min. José Carlos Moreira Alves, j. 12.05.1992, in RTJ, v. 143, p. 270).

11.5. **O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** adota o semelhante entendimento:

“Com efeito, à luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente códex, sobre nexa causal em matéria de responsabilidade civil – **contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva** – vigora, no direito brasileiro, o princípio denominado, por alguns, de princípio da causalidade adequada e, por outros, **princípio do dano direto e imediato**. Referido princípio pode ser decomposto em duas partes: a primeira (que decorre, a contrario sensu, do art. 159 do CC/16 e do art 927 do CC/2002), segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa; e a segunda (que decorre mais especificamente do art. 1.060 do CC/16 e do art. 403 do CC/2002, fixando o conteúdo e os limites do nexa causal) segundo a qual somente se considera causa o evento **que produziu direta e concretamente o resultado danoso**. (...) E sobre a segunda parte, invocando lição de consagrados doutrinadores em tema de responsabilidade civil (Aguiar Dias, Martinho Garcez Neto, Caio Mário da Silva Pereira, Agostinho Alvim) Sérgio Cavalieri Filho esclarece que, no sistema brasileiro: “... enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (...), mas somente aquela que foi a mais adequada a **produzir concretamente** o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição

concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva” (op. cit., p. 68/9). A imputação de responsabilidade civil, portanto, como bem destacado pela Corte de origem, supõe a presença de dois elementos de fato, quais sejam: a conduta do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexos causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, **segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente**) (STJ. Resp. 325.622-RJ. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, Juiz Federal Convocado do TRF 1ª região, julg. 28/10/08, pub. 10/11/08, g.n.).

11.6. No caso, não há, como dito, relação **direta e imediata** – ou **necessária** – entre a fabricação e comercialização de cigarros e o dano material alegado pela União (gastos com tratamento de doenças), dada a conduta do fumante se interpondo entre as duas coisas. A diferença em relação às ações individuais, intentadas pelo próprio fumante, é que ali, ele é a própria “vítima”, razão pela qual o nexos causal é afastado sob a excludente da culpa exclusiva da vítima. Neste caso, considerando a causa de pedir da ação, o fumante seria um terceiro em relação às partes deste processo, mas como a União pede uma indenização consistentemente negada ao próprio fumante nas demandas individuais, também a excludente da culpa exclusiva da vítima deve ser considerada neste caso.

11.7. Não obstante, a culpa exclusiva de terceiro tem o mesmo efeito da culpa exclusiva da vítima, qual seja, o rompimento do nexos causal, como ensina **GISELA SAMPAIO DA CRUZ** em excelente obra sobre o nexos causal:

“Outra causa que exclui a responsabilidade do agente é o fato exclusivo de terceiro que, assim como o fato exclusivo da vítima, interrompe o curso causal que unia o agente ao dano: ‘ocorre o dano, identifica-se o responsável aparente, mas não incorre este em responsabilidade, porque foi a conduta do terceiro que interveio para negar a equação agente-vítima, ou para afastar do nexos o indigitado autor’”.⁵⁶

11.8. É certo que, para que ocorra o rompimento do nexos causal, o evento danoso deve ter ocorrido por **fato exclusivo**, e não concorrente, do terceiro ou da vítima, mas é exatamente o que a jurisprudência tem reconhecido em relação à decisão do fumante quanto ao consumo de cigarros: trata-se de decisão tomada dentro da esfera de liberdade individual do ser

⁵⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexos causal na responsabilidade civil. Renovar: 2005, p. 176, g.n..

humano, em relação à qual prevalece a responsabilidade individual do próprio fumante e não da empresa que fabricou o produto escolhido por ele.

11.9. O ordenamento constitucional brasileiro garante as liberdades individuais, inclusive a opção de adotar comportamentos arriscados para a saúde. Fumar é um desses comportamentos, mas existem vários outros, como beber, ingerir alimentos gordurosos, praticar esportes radicais, etc. Ao passo em que optam de maneira livre e consciente por praticar esses comportamentos, os indivíduos inquestionavelmente assumem o risco dos seus eventuais resultados danosos, não podendo nem eles próprios e nem a AGU transferir a responsabilidade pelas consequências dessas atividades a terceiros.

11.10. A **liberdade** e a **auto-responsabilidade** são valores inerentes ao Estado Democrático de Direito e, inclusive, aspectos relevantíssimos da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inciso III, da CF). A esse respeito, **MARIA CELINA BODIN DE MORAES** ressalta que “*o princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferência de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor lhe convier*”.⁵⁷

11.11. A liberdade deve necessariamente vir acompanhada de responsabilidade. Trata-se de inseparável binômio, razão pela qual a decisão de consumir cigarros não pode ser dissociada da assunção pessoal dos riscos associados ao produto e da responsabilidade individual pelas eventuais consequências.

11.12. Já dizia o grande mestre **RUI BARBOSA** que “*a liberdade é inseparável dos seus encargos. Dela não é digno o povo que não saiba sofrer os males naturais de sua situação e espere de outros recursos, que não a liberdade mesma, o meio de vencê-los*”.⁵⁸

⁵⁷ Grifamos, STARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Livraria do Advogado Editora Ltda. Porto Alegre, 2003. MOARES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, p. 136.

⁵⁸ BARBOSA, Rui. Migalhas de Rui Barbosa, vol I. São Paulo: Migalhas, 2010, nº 54.

11.13. A esse respeito, vale citar, novamente, a professora **MARIA CELINA BODIN DE MORAES**, dessa vez em parecer em que analisa precisamente a questão do consumo de cigarros, explicando porque a responsabilidade individual deve prevalecer mesmo quando cedemos às tentações ou tomamos decisões por impulso, *verbis*:

“O exercício da liberdade – e com ela a responsabilidade – está condicionado, no âmbito do direito, à capacidade, a qual por sua vez se funda no discernimento, na **racionalidade** do sujeito. Ainda que possa parecer, à primeira vista paradoxal, **isto não impede os sujeitos racionais e conscientes de agir irracionalmente**. (...) A discussão filosófica em torno deste paradoxo da irracionalidade (...) é conhecida no âmbito da filosofia moral como o problema da **acrasia ou fraqueza de vontade**. (...) Isso ocorre, por exemplo, quando somos tomados pelas tentações, pelos prazeres, pelas compulsões ou por razões inconscientes. (...) **Uma vez que tais atos, embora objetivamente vistos como irracionais, são subjetivamente explicáveis, e foram estudados por um sujeito com base em seu discernimento, a responsabilidade pelo resultado danoso não é posta em dúvida**. (...) O hábito de fumar parece um exemplo de ato acrático. Em termos comuns, a acrasia é classificada como incontinência ou ‘fraqueza da vontade’. Aqui, embora o sujeito acredite que queira se livrar do vício, porque sabe que faz mal – efetiva ou potencialmente – à sua saúde, ele, na realidade, não quer renunciar ao prazer que o fumo lhe traz. Escolhe então, **racionalmente**, o que lhe faz mal ao corpo, mas bem à alma”.⁵⁹

11.14. Atentos a esta realidade, os tribunais brasileiros reconhecem a **culpa exclusiva** do próprio fumante quando afastam o dever de indenizar da fabricante de cigarros.

11.15. Está consolidado o entendimento de que começar a fumar é uma decisão consciente e informada, pois **os riscos associados ao consumo de cigarros são de conhecimento público e notório há mais de um século**, muito antes mesmo da veiculação das cláusulas de advertência. Assim:

“Entendo que o caso ora exame apresenta algumas particularidades que permitem a **aplicação do princípio filosófico do livre-arbítrio como excludente de responsabilidade**, contrariamente ao posicionamento adotado pela Corte de origem. O que significa livre-arbítrio? O dicionário Aurélio assim o define: ‘1. Filos. Possibilidade de exercer um poder sem outro motivo que não a existência mesma desse poder; liberdade de indiferença. Refere-se o livre-arbítrio principalmente às ações e à vontade humana, e pretende significar que o homem é dotado do poder de, em determinadas circunstâncias, agir sem motivos ou finalidades diferentes da própria ação’. **O livre-arbítrio determina a possibilidade de escolher entre o bem e o mal, o certo e o errado; e não deve ser confundido com a liberdade**, que nada

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde*, in Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – o paradigma do tabaco. Teresa Ancona Lopez (coord.), Renovar. Rio de Janeiro: 2009, p. 356.

mais é do que o bom uso do livre-arbítrio. **Trata-se, pois, de uma capacidade humana que permite apreciar os valores e as conseqüências das diversas possibilidades resultantes de sua vontade, dos seus atos ou ações, razão pela qual o homem responde por tais conseqüências individual e pessoalmente (...).** Para a Professora Teresa Ancona Lopez, (...) a liberdade de fumar é um direito humano tanto quanto a liberdade de não fumar, e é dever do Estado tutelar e tornar harmônicas essas duas liberdades quando estiverem em rota de colisão. Para a autora, no entanto, **deve-se evitar a todo custo o ‘higienismo estatal’, isto é, permitir que o Estado se intrometa na vida privada das pessoas, ocupando o lugar da família, formando uma sociedade de eternas crianças.**

(...) Penso que atos como fumar, beber, consumir produtos altamente calóricos, com altas doses de açúcar, sódio ou gorduras, ou, ainda, praticar esportes radicais é escolha individual, se dá no exercício da liberdade protegida constitucionalmente. **O homem médio não ignora os riscos que cada um desses exemplos possui, mas opta por fazê-los por sua livre e espontânea vontade, devendo arcar com os riscos inerentes às suas opções.**

Nesse caso concreto, afastar a excludente de responsabilidade, em razão do exercício do livre-arbítrio, equivale, *data maxima venia*, a responsabilizar um restaurante especializado na comercialização de ‘fast food’, na hipótese de um cliente que seja portador de obesidade mórbida e/ou diabetes, simplesmente porque aquela pessoa tem o hábito de fazer suas refeições naquele estabelecimento, mesmo sabendo dos riscos atrelados ao tipo de comida ali servida.

Assim sendo, entendo que deve ser afastado o nexó de causalidade entre os possíveis danos do cigarro e a falta de conhecimento do Autor quanto aos males do fumo, porque não há defeito de informação sobre os riscos à saúde, a publicidade não é enganosa ou abusiva, o cigarro é um produto perigoso e não defeituoso **e por fim, especialmente porque o Recorrido, no uso de seu livre-arbítrio, submeteu-se, conscientemente, a um risco que poderia ser evitado, se ele tivesse optado não começar a fumar ou deixar de fumar, a partir do momento em que adoeceu**” (STJ. RESP 703.575-RS. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Desembargador convocado do TJAP, pub. 08/06/10, g.n.).⁶⁰

“Ninguém, creio, negaria o fato de que **sempre foi do conhecimento dos fumantes, com propaganda ou não, comunicado ou não, que o cigarro prejudica a saúde.** Estou com 66 anos, nunca fumei e quando garoto, porque praticava esportes (futebol), era orientado a não fumar, pois se o fizesse diminuiria minha capacidade física.

Ao contrário, meu pai, que morreu aos 80 anos, de enfisema pulmonar, sempre fumou e sempre soube que corria o risco. E apesar de advertido pelo médico, fez a opção entre o risco e o prazer. Risco livre e consciente de todos os fumantes.

(...) Parece relevante, por outro lado, que o consumo de cigarros não foi imposto ao recorrente, que aderiu espontaneamente ao vício. **A alegação de que as advertências só passaram a ser feitas recentemente (paradoxalmente, o autor nas razões de recurso, fala em advertências, na imprensa, há mais de cem anos) não colhe, porquanto os males que o cigarro pode causar são intuitivos. Quem fuma conhece exatamente as conseqüências do vício, porque sensitivas, quando não intuitivas.**

(...) Assim, a utilização de cigarros por João Pereira Lacerda foi de sua exclusiva responsabilidade. Se houve culpa, foi apenas dele, o que afastaria a da ré.

60

(...) Ora, ninguém que adquire um maço de cigarros ignora os malefícios causados pelo fumo (cabendo aqui a aplicação da regra do artigo 335 do CPC), ainda que por muito tempo inexistisse a advertência que hoje é feita pelo Ministério da Saúde.

(...) São fatos notórios que ninguém é capaz de desmentir. Tal qual o fumo, lícito é o comércio de bebidas alcoólicas e assim, a compra desses produtos é opção de quem consome, assumindo os riscos de seu uso” (TJSP. 1ª CDP. AC 235.799-4/9-00. Rel. Des. Laerte Nordi, j. 09.09.2003, g.n.).⁶¹

“A toda evidência, considerando o que já foi dito sobre o conhecimento que há muito tempo se tem sobre os males provocados pelo tabagismo, o início do consumo de cigarros por parte da falecida deu-se por sua livre e espontânea vontade e, tendo em vista que ela já detinha a ciência dos danos que tal atitude provocaria em sua saúde, assumiu o risco decorrente da sua incúria em afastar o cigarro do seu cotidiano.

Assim, se constituiu na única responsável pelos danos eventualmente decorrentes do consumo de cigarros, fazendo surgir a figura da culpa exclusiva do consumidor que, à luz do art. 12, § 3º, inciso III do Código Consumidor, a semelhança dos demais aspectos até aqui abordados, isenta a ré do dever indenizatório.

Até poderia se admitir que, não obstante dos males provocados pelo cigarro já serem conhecidos antes de 1951 (época em que a mãe dos autores iniciou o tabagismo), pelo fato de a falecida ter começado a fumar com apenas 13 (treze) anos de idade, a sua inexperiência impedisse que tivesse ela a exata noção da alteração que o fumo poderia provocar nas suas funções vitais.

Contudo, tal argumento, por si somente, não gera a condenação da recorrida. É que nessa hipótese, por uma infeliz ironia, a responsabilidade pelo consumo de cigarros por parte da finada em tão tenra idade é atribuída aos pais, a quem incumbia o dever de orientação e vigília sobre os possíveis males que acometem seus filhos. Se não orientaram a falecida a não fumar por que tal prática lhe traria malefícios, não é a ré quem tem que ser responsabilizada por isso” (TJSC. 1ª CC. 2002.012964-5. Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 09.11.2004, g.n.).⁶²

“Aliás, pelas reiteradas advertências em publicidade, de que fumar faz mal à saúde e **de que isso já era, há muito tempo, público e notório**, parece que haveria muito mais razão para não se fumar ou para se deixar de fumar, do que para se iniciar em tal progressivo caminho de indubitável abalo à saúde.

(...) Sustentar, no caso em exame, que o autor restou viciado com ‘a nicotina’ e, por sua dependência física e mental, não teve forças para se livrar de tal vício, não encontra respaldo sério na experiência comum, conforme destacam as demandadas nem nos elementos de convicção colhidos nos autos. Quanto mais, constando que o autor vinha até realizando tratamento de saúde.

(...) **E é muito simples, porque a população brasileira e, de resto, a população mundial têm largo e amplo conhecimento e consciência, há séculos, de que fumar cigarros de tabaco, de cannabis, e de outras tantas substâncias parecidas faz mal à saúde**, não é novidade, como assim também faz mal comer demais e beber em excesso.” (TJRS. 5ª CC. 70006270508. Dês. Rel. Léo Lima. j. 18.09.2003, g.n.).

61

https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=1768711&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcapcha_c8f8d93672bf4a7abc480e8fb2f30225&

⁶² http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora

11.16. De outra parte, são os pais ou representantes legais, e não o fabricante do produto, que respondem em maior ou menor grau pelo comportamento dos absoluta ou relativamente incapazes, como consignado pelo **MINISTRO LUIZ FUX** quando ainda Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *verbis*:

“A ação proposta noticia que o hábito de fumar instalou-se na vítima aos 18 anos de idade, o que, por infeliz ironia, **recomenda recair a responsabilidade nos pais**, justamente os autores da ação, **posto que nesta faixa etária a responsabilidade paterna é coadjuvante da vontade ainda imatura de filho relativamente incapaz**” (TJRJ. 10ª CC. AC 1998.001.00058.Rel. João N. Spyrides, pub. 09/04/99, g.n.).

11.17. Outra questão já amplamente consolidada é o fato de que **a veiculação de publicidade não é capaz de interferir no livre-arbítrio individual** para fazer com que as pessoas comecem a fumar ou continuem fumando. As influências para esse comportamento são subjetivas e mutáveis, mas ligam-se mais a influência do meio social, como o exemplo dos pares e dos familiares.

11.18. Ademais, a publicidade de produtos maduros, ou seja, cujas características são universalmente conhecidas, como é o caso do cigarro, tem finalidade meramente concorrencial, de atrair para a marca anunciada fumantes de uma marca concorrente. A publicidade de cigarros (vedada na mídia desde o ano 2000 pelas leis brasileiras) jamais seria hábil a aumentar a demanda primária de cigarros, assim como a publicidade de sabonetes, carros e chicletes não aumenta a demanda primária por esses produtos, pois já conhecidos do público. Daí porque a publicidade de cigarros, ao contrário do que alega a inicial, era dirigida a um público adulto e já fumante. A esse respeito, podem-se citar os seguintes julgados:

“(…) O hábito de fumar, todavia, possui raízes históricas mais longínquas, que em nada se relacionam com glamour ou sucesso. (...) **Definitivamente, o hábito não foi criado pela indústria fumígena e não surgiu nas décadas de quarenta a sessenta, com superproduções Hollywoodianas**, como pretende demonstrar parte da doutrina - muito embora as feições do hábito tenham mudado nessa época. Também não é criação da indústria do café o hábito de saborear tal produto, assim como não é o ‘chá das cinco’ inglês criação da indústria do chá. (...) Nesse passo, diante dos antecedentes históricos aqui citados, e também levando-se em conta o projeto de vida em sociedade criado pelo próprio homem, **não se pode emprestar às propagandas de cigarro, praticadas há décadas, um valor absolutamente decisivo na escolha da pessoa** em se enveredar pelo tabagismo. É negar que o homem é protagonista de sua própria vida, relegando-o a posição de somenos importância, de simples massa de manobra em prol de desideratos de indústrias sedentas por lucros. 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**” (STJ. RESP 1.113.804/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, pub. 24/06/10, g.n.)⁶³.

“A propósito, se há culpa, esta deve ser imputada ao próprio falecido, que, por livre e espontânea vontade sua, entregou-se ao hábito de fumar ainda muito jovem.

Chega a ser ingênua a alegação dos apelantes de que o de cujus começou a fumar incentivado pelas propagandas, a qual atribuíram de enganosas.

(...) Ora, ao contrário do que querem fazer crer, o finado começou a fumar por influência de sua família, e, o que é pior, mesmo depois, anos mais tarde, alertado insistentemente acerca do prejuízo do uso do cigarro, manteve-se fumante, pelo que, dentro do seu livre arbítrio, fez a sua escolha pessoal, assumindo os riscos daí decorrentes” (TJSC. 3ª CC. 2009.018777-8. Rel. Des. Fernando Carioni, j. 27/05/2009, g.n.).

“Ainda, não merece guarida a argumentação de que as propagandas veiculadas pelas requeridas seriam enganosas, estimulando as pessoas a consumirem mais cigarros, pois os malefícios do tabagismo são conhecidos há muito, bem como sabe-se que a nicotina causa dependência. **Ora, ninguém adquire o vício em decorrência das ‘sedutoras’ propagandas de cigarro, mas, sim, por ato volitivo do consumidor. Por tal razão, incorreto afirmar que a propaganda, inexoravelmente, leva alguém ao tabagismo**” (TJRS. 6ª CC. 70019845056. Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 29/03/2008, g.n.).

11.19. **A dependência tampouco afasta o livre-arbítrio do fumante**, vez que é perfeitamente possível parar de fumar a partir de firme motivação e efetiva força de vontade, elementos esses suficientes ao sucesso da decisão.

11.20. Embora a nicotina naturalmente existente na planta do tabaco apresente efeitos farmacológicos leves, ela não prejudica o julgamento, a percepção da realidade ou a atuação ocupacional ou social do indivíduo (como ocorre com o álcool, por exemplo). Também não impede o indivíduo de obter sucesso na decisão de parar de fumar, desde que presentes a motivação e a força de vontade.

11.21. Tanto é assim que o percentual de fumantes na população brasileira vem caindo vertiginosamente nas últimas décadas. **Em 1989, 34% da população acima de 18 anos era fumante**⁶⁴. Em 2008, pesquisa realizada pelo IBGE em parceria com o INCA e com a

63

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=964856&num_registro=200900438817&data=20100624&formato=PDF

ANVISA⁶⁵ apurou que o percentual de fumantes na população brasileira era de 17,2%, sendo superado pelo percentual de ex-fumantes, de 18,2%. Dados de 2013, apontavam o percentual total de adultos fumantes no Brasil em 14,7%.⁶⁶

11.22. O percentual de fumantes no Brasil também é monitorado anualmente desde 2006 pelo Ministério da Saúde, por meio de pesquisa telefônica realizada pelo VIGITEL (Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico). Este inquérito é realizado nas 26 capitais brasileiras e Distrito Federal com adultos maiores de 18 anos e que residam em local com linha de telefone fixo. Segundo dados do VIGITEL 2019, **o percentual total de fumantes com 18 anos ou mais no Brasil foi de 9,8%**⁶⁷, havendo considerável queda em relação a 2006, quando este percentual era de 16,2%⁶⁸. **Considerando o período de 1989 (34%) a 2019 (9,8%), a queda do percentual de fumantes no Brasil foi de mais de 70%!!!**

11.23. Portanto, é particularmente difícil aceitar qualquer dos argumentos da União no sentido de que as rés teriam tentado, e menos ainda conseguido, estimular o consumo de cigarros ou impedir as pessoas que assim o desejassem de parar de fumar.

11.24. A jurisprudência, a seu turno, reconhece sem dificuldades que o livre-arbítrio prevalece sobre a dependência, podendo-se citar:

⁶⁴ <https://www.inca.gov.br/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/dados-e-numeros-prevalencia-tabagismo>

⁶⁵ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) – Tabagismo 2008. <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008/suplementos/tabagismo/default.shtm>

⁶⁶

http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/prevalencia-de-tabagismo

⁶⁷ Vigitel Brasil 2019: vigilância de fatores de risco e proteção para doenças crônicas por inquérito telefônico: estimativas sobre frequência e distribuição sociodemográfica de fatores de risco e proteção para doenças crônicas nas capitais dos 26 estados brasileiros e no Distrito Federal em 2019 [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Análise em Saúde e Vigilância de Doenças não Transmissíveis. – Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/prevalencia-de-tabagismo

⁶⁸ Vigitel Brasil 2006: vigilância de fatores de risco e proteção para doenças crônicas por inquérito telefônico / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. – Brasília: Ministério da Saúde, 2007. Disponível em:

<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/setembro/09/vigitel-2006-brasil.pdf>

“Ao consumidor deve ser imputada culpa exclusiva porque fumar é uma opção que envolve riscos conhecidos e **nada impede que o fumante decida parar de fumar a qualquer tempo, já que a nicotina é incapaz de intoxicar o consumidor a ponto de afetar a sua autodeterminação (...)**” (STJ. REsps. 886.347-RS. e 703.575-RS Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Des. convocado do TJAP, pub. 08/06/10, g.n.).⁶⁹

“Daí por que vejo correta a sentença, pois que **fumar e deixar de fumar constitui opção pessoal deitada na consciência do livre arbítrio e adotada pelo homem comum.** Nesse ponto, **pondero que a alegação do vício causado pela nicotina, a justificar a dependência ao cigarro, não pode ser considerada da forma como colocada pelo autor. A nicotina pode até causar dependência física e psíquica, mas não a ponto de retirar do fumante sua autodeterminação. A decisão pessoal de iniciar e continuar a fumar é fruto da escolha consciente do fumante, sendo cediço que inúmeras pessoas largam o hábito quando decidem fazê-lo, necessitando apenas de força de vontade para persistir nessa decisão.** Não podemos nos olvidar de que o hábito de fumar mostra-se como exercício do livre arbítrio. Assim, fuma quem quer, dentro do exercício social do seu livre arbítrio. Abandonar o vício é tarefa difícil, mas também é certo que basta apenas força de vontade para fazê-lo, como tantas pessoas já o fizeram, sendo conhecidos inúmeros casos de pessoas que, fumando durante muitos anos, deixam de fazê-lo com base na mesma livre e espontânea vontade. Sustentar, no caso em exame, que o autor restou viciado com ‘a nicotina’ e, por sua dependência física e mental, não teve forças para se livrar de tal vício não encontra respaldo sério na experiência comum. Portanto, nessa ordem de idéias, ainda que se considere que as doenças adquiridas pelo autor não tenham outra causa que não o dito hábito de fumar, **não há dúvida de que o apelante, por vontade própria e livre, é o único culpado pelas doenças adquiridas com o uso de cigarros, com exclusão de culpa da apelada**” (TAMG. 6ª CC. AC 2.0000.00.446375-6/0000. Rel. Des. Elias Camillo, pub. 26/02/05, g.n.).⁷⁰

“Todas as nossas ações decorrem das escolhas que fazemos, as consequências também. Na filosofia, o livre arbítrio é o poder de agir de determinada forma, ou deixar de agir, sem nenhuma razão para tal escolha a não ser o próprio alvedrio. (...) Neste pensamento, ciente dos riscos inerentes ao cigarro e das doenças potencialmente capazes de gerar, ao decidir pelo início e manutenção da (longa, reiterada e rotineira) atividade de fumar, nada mais faz o consumidor do que exercer o seu livre arbítrio. Fumar é um ato de liberdade pessoal. Na grande parte das vezes o hábito surge como um processo de imitação ou como expressão da masculinidade a que se propõe os jovens. (...) Diferentemente do afirmado pelo ora embargado, o vício da nicotina não reduz o discernimento do usuário. É certo que a dependência física e psicológica até pode enfraquecer o poder de recusa, dificultar a decisão do

69

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=975211&num_registro=200601595449&data=20100608&formato=PDF

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=975215&num_registro=200401472394&data=20100608&formato=PDF

70

http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=6E88A0E02FF649AA7D101F97AE20CCAC.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.000.00.446375-6%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar

usuário em não consumir mais certa substância, ante a incontestável dependência gerada. No entanto, essa dificuldade é inerente aos seres humanos que se acostumam a consumir determinadas substâncias que lhes proporcionam prazer, alívio. Nesta senda, é difícil uma pessoa obesa reduzir sua alimentação, o diabético deixar de comer doces, os viciados na cafeína parar de tomar café. **Dificuldade não é, no entanto, impossibilidade e não constitui causa para uma pretensão jurídica. Assim, ainda que o tabaco contenha substância inerente (nicotina) que está associada à dependência, o que determina o começo e o fim dessa dependência é a vontade humana.** Tanto é que, de acordo com o ‘Inquérito Domiciliar Sobre Comportamentos de Risco e Morbidade Referida de Doenças e Agravos não Transmissíveis’, organizado pelo Instituto Nacional do Câncer e publicado pelo Ministério da Saúde, o índice de cessação do fumo foi de cerca de 50% (cinquenta por cento). Ainda, estima-se que 85% (oitenta e cinco por cento) das pessoas que deixaram o hábito, o fizeram sem ajuda profissional. **Desta forma, nota-se que a dificuldade em deixar o vício está muito mais ligada a falta de motivação e auto-sinceridade de admitir o vício e os malefícios que causa não só a quem fuma, mas a quem convive com o fumante, do que efetivamente uma dependência da qual não se tem controle.** Assim, se as pessoas, a despeito de saberem os malefícios do cigarro, iniciam o consumo de cigarro e depois, acostumadas ao prazer, não se empenham em parar, como é o caso dos autos, não podem, a pretexto da alegada dependência, tencionar receber indenização da empresa fabricante do cigarro” (TJPR. 10ª CC. EI 909.157-8/02. Rel. Des. Ângela Khury, pub. 26/10/15, g.n.).⁷¹

“Lembro também que um contingente significativamente alto da população é constituído por ex-fumantes, **os quais simplesmente abandonaram o hábito por razões pessoais**, da mesma maneira que muitos indivíduos deixaram de tomar refrigerantes, consumir doces, carne vermelha, café ou chocolate. **A decisão de começar a fumar - e também a de parar - é absolutamente pessoal**, relevando observar que apenas nos Estados Unidos existem mais de 50 milhões de ex-fumantes o que, observadas as devidas proporções, é o mesmo fenômeno que se vê em países como o Brasil e Argentina. Uma pesquisa do Instituto Data Folha em seus resultados conhecida de todos, constatou que 23% da população adulta do Brasil é constituída por ex-fumantes, **sendo que destes 98% pararam de fumar sem recorrer a qualquer tratamento médico**” (TJRS. 10ª CC. AC 7006.9244663. Rel. Des. Marcelo Cezar Müller, julg. 01/09/16, g.n.).

11.25. Como se vê, não há qualquer dúvida quanto a prevalência do livre-arbítrio do fumante em relação ao seu comportamento relacionado ao fumo, a configurar a excludente de culpa exclusiva da vítima nas ações individuais e – como consequência lógica e inafastável – culpa exclusiva de terceiro nesta demanda, apta a romper o nexo causal invocado na inicial e justificar a improcedência desta demanda.

⁷¹ <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12019918/Acórdão-909157-8/02>

(XI.II) Ausência de nexo causal entre os ilícitos alegados na inicial e o aumento de gastos do SUS

11.26. Deve-se repisar, outrossim, que a União ainda teria que demonstrar o nexo causal – direto e imediato – entre as supostas condutas ilícitas que teriam sido praticadas pelas rés e o aumento de gastos com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, o que ela não fez. No que diz respeito à contestante, a União teria que demonstrar que o pretense comportamento da BAT plc no Reino Unido, entre as décadas de 50 e 90, teria induzido em erro os fumantes brasileiros em relação ao cigarro, que eles foram acometidos por quaisquer das 27 doenças listadas na inicial, sendo tratados pelo SUS e causando aumento de gastos com o tratamento das doenças.

11.27. Ocorre que a União sequer imputa especificamente à BAT plc as condutas impróprias ou ilícitas enumeradas na inicial, já que se refere, genericamente à “indústria”, a outras empresas ou, quando muito, ao grupo BAT, sendo que somente um dos documentos anexados à inicial diz respeito à BAT plc, tratando-se este de simples relatório anual aos acionistas.

11.28. Apesar da vagueza da inicial, a contestante demonstrou no capítulo IX, tópico IX.II *supra*, jamais ter incidido em quaisquer das condutas ilícitas que a inicial descreve, além do que é evidente que o comportamento da BAT plc no Reino Unido (já que ela não atua no Brasil), em décadas pretéritas, não teve e não poderia ter qualquer repercussão (ainda mais direta e imediata, art. 403, do CC) na percepção dos consumidores brasileiros em relação ao cigarro e, menos ainda, nos custos com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas.

(XI.III) A epidemiologia não pode ser usada para estabelecer nexo causal direto e imediato

11.29. A partir da página 188 da inicial, a AGU alega estar presente o nexo de causalidade entre a fabricação/venda de cigarros e os gastos com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, pois este poderia ser estabelecido a partir do “nexo causal epidemiológico”.

11.30. A AGU reconhece, contudo, que uma das (várias) razões para a improcedência das ações indenizatórias individualmente movidas por fumantes, ex-fumantes ou familiares é justamente a ausência do nexo causal, eis que a jurisprudência compreende que este deve ser direto e imediato e *“no caso concreto, não se pode determinar, com precisão, uma relação de causa e efeito, justamente porque existem doenças que, apesar de terem relação com o cigarro, de forma comprovada, também podem aparecer em não fumantes, mesmo que em diminuto número”* (página 189).

11.31. Em outras palavras, doenças tabaco relacionadas, como câncer de pulmão e doenças cardíacas, não são doenças específicas somente causadas por um fator de risco (consumo de cigarros). Elas são doenças multifatoriais, para as quais o consumo de cigarros é um dos muitos potenciais fatores de risco. Considerando que essas doenças podem ser causadas pelo consumo de cigarros, mas também por outros fatores de risco, é incorreto inferir somente a partir da evidência epidemiológica que qualquer doença em um fumante em particular (e os custos do SUS associados ao seu tratamento médico) é ou não causada pelo consumo de cigarros. Para chegar a uma conclusão de causalidade, a Lei brasileira exige que seja provado o nexo causal direto e imediato, que a evidência epidemiológica sozinha não consegue fornecer, pois estuda padrões de doenças e causas em populações, e não a causa da doença em qualquer indivíduo em particular.

11.32. Embora a União saiba que a Lei acima se aplica aos processos individuais movidos pelos fumantes, sendo fatal para os pedidos dos autores dessas ações, ela alega que, no caso dos autos, o entendimento acima não se aplicaria em razão da *“gênese indubitavelmente coletiva da demanda”* (página 195), que permitiria utilização de *“um nexo causal epidemiológico”* (mesma página). Portanto, considerando que *“a proposta da demanda é a cobrança dos danos que as demandadas causaram ao Sistema Único de Saúde”* (página 196), a AGU requer a condenação *“nos exatos montantes relativos aos percentuais de pessoas que, de acordo com estudos científicos, desenvolveram tal enfermidade em decorrência do consumo do produto das demandas”* (página 196).

11.33. *“Assim”* – explica – *“num exercício hipotético, e remetendo-se ao exemplo doutrinário acima descrito, se 80 a 90% (oitenta a noventa por cento) dos casos de determinada doença são causados pelo consumo de cigarros, não se mostra possível, ou justo,*

que a União demande as rés pelo pagamento da totalidade dos custos relacionados com tal enfermidade. (...) no caso de determinada doença pulmonar, os custos do SUS, aportados pela União, serão indenizados na fração de 80 a 90% (oitenta a noventa por cento), ou seja, justamente naquele patamar em que for possível determinar com precisão uma relação de causalidade, por meio de estudos epidemiológicos. Em outras palavras, a recomposição do erário será limitada ao efetivo patamar onde existe comprovação do dano direto e imediato” (páginas 196/197, g.n.).

11.34. Equivoca-se a AGU ao pretender a aplicação de dados epidemiológicos para o estabelecimento do nexos de causalidade em uma ação judicial de responsabilidade civil. Como reconhece a própria AGU, esse nexos de causalidade deve ser **direto e imediato (art. 403, do Código Civil)** para tal finalidade e a jurisprudência exige uma relação necessária e concreta para o seu reconhecimento (itens 11.4 e 11.5 *supra*). Os dados epidemiológicos não se prestam ao estabelecimento de tal nexos causal, isso mesmo não se estando diante de uma ação individual movida diretamente pelo fumante, mas de uma ação movida pela União pretendendo ressarcimento por gastos do SUS.

11.35. Vale, a esse respeito, citar o seguinte acórdão do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** sobre a impossibilidade de se utilizar a epidemiologia para estabelecimento do nexos causal jurídico. Tal entendimento prevaleceu no julgamento das ações indenizatórias movidas pelos próprios fumantes, conforme reconhece a inicial (páginas 190/191), sendo inteiramente aplicável a este caso, *verbis*:

“E nesse passo, não vislumbro também, no caso concreto, a configuração de nexos causal entre o falecimento do familiar dos autores e o fumo, uma vez que **somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexos causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento, o que, no caso, não ocorreu. Isso porque, em relação ao nexos causal, vigora do direito civil brasileiro (art. 403 do CC02 e art. 1.060 do CC16), sob a vertente da necessidade, a ‘teoria do dano direto e imediato’, também conhecida como ‘teoria do nexos causal direto e imediato’ ou ‘teoria da interrupção do nexos causal’** (CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexos causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96). Segundo a tese acolhida em nosso ordenamento jurídico, 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. (...). **Na hipótese de doenças neoplásicas ou carcinomas, como ocorreu no caso concreto, não há como se vislumbrar o nexos causal, baseado em uma relação de necessidade,**

entre o tabagismo e a moléstia desenvolvida pelo de cujus. Isso porque 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, o álcool, carga genética e o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante. (...). Todavia, não há comprovadamente ainda na arte médica uma causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e o desenvolvimento do câncer - tal como exigida pelo art. 403 do Código Civil de 2002 -, o que também afasta o dever de indenizar. Isso porque se mostra relevante para o mundo jurídico, no tocante à determinação do nexos causal, o fato de que diversos fumantes notórios nunca desenvolveram qualquer tipo de câncer, ao passo que pessoas de vida saudável - mesmo crianças -, que nunca fumaram, também são acometidas por esse terrível mal. Definitivamente, isso não sugere a inexistência de relação entre o tabaco e o câncer, ou até outras enfermidades, como infarto ou doenças pulmonares crônicas. Na verdade, somente sugere que outras causas que não o cigarro são também, em alguns casos, determinantes para o desenvolvimento do câncer, podendo mesmo consubstanciar-se como causas exclusivas. (...). Em realidade, tal como dito alhures, **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.” (STJ. 4ª Turma. REsp. 1.113.804/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, pub. 24/06/10, g.n.)⁷².

11.36. Diante disso, não há como afirmar, a partir das estatísticas epidemiológico-populacionais, o nexos causal direto e imediato no caso dos autos. Considerando que a AGU pretende uma recomposição *“naquele patamar em que for possível determinar com precisão uma relação de causalidade, por meio de estudos epidemiológicos (...) limitada ao efetivo patamar onde existe comprovação do dano direto e imediato”* (páginas 196/197, sublinhamos), **nada lhe deverá ser deferido!**

11.37. Nesse passo, deve ser esclarecido que **o consumo de cigarros não é nem condição necessária, nem suficiente** para o desenvolvimento de doenças tabaco-relacionadas. De um lado, muitos não fumantes padecem de tais doenças; de outro, muitos fumantes não padecem de qualquer doença associada ao consumo de cigarros. Por exemplo, um indivíduo acometido de infarto pode jamais ter fumado, ao passo que um fumante pode jamais sofrer de infarto.

11.38. Somado a isso, todas as doenças associadas ao consumo de cigarros são crônico-degenerativas, que têm por característica comum a circunstância de serem

72

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=964856&num_registro=200900438817&data=20100624&formato=PDF

multifatoriais, ou seja, de estarem associadas a muitos **fatores de risco** além do próprio consumo de cigarros.

11.39. No caso de um indivíduo em particular, não existe exame disponível na Medicina que aponte qual fator de risco associado a uma doença multifatorial – e se algum, pois às vezes as doenças surgem sem que haja um qualquer fator de risco identificado – causou a doença.

11.40. Tudo o que se sabe até hoje sobre a associação entre o consumo de cigarros (fator de risco) e algumas doenças é fruto de **estudos estatísticos que são realizados sob o prisma epidemiológico**, ou seja, os tais estudos epidemiológicos tantas vezes referidos na petição inicial. Para tanto, delimita-se um grupo de pessoas e verifica-se ao longo do tempo quais são as doenças que acometem essas pessoas. Em seguida, são pesquisados os fatores aos quais essas pessoas estiveram expostas ao longo do período pesquisado, o que demanda várias décadas. A partir do cruzamento das informações sobre as doenças e os fatores de exposição, delimitam-se os **fatores de risco** para determinadas doenças neste grupo de indivíduos.

11.41. Fator de risco, portanto, traduz apenas uma associação estatística, ou seja, uma maior incidência da doença quando presente uma determinada variável (fator). Fator de risco não significa “causa” em um caso individual, mas um risco aumentado em determinado grupo de pessoas. Contudo, a epidemiologia não pode determinar, em um indivíduo isolado, muitas vezes exposto a vários fatores de risco, se determinado fator, com a exclusão dos demais, foi o causador ou teve alguma participação no desenvolvimento de determinada enfermidade, que depende da interação, complexa e parcialmente desconhecida, entre o indivíduo e os diversos fatores ambientais relacionados.

11.42. Sabe-se, por outro lado, que os estudos epidemiológicos são influenciados sobre vários aspectos e pela incidência de uma profusão de variáveis. Não se trata de um tubo de ensaio, onde é possível isolar as variáveis analisadas. Na realidade, o objeto de estudo permanece sobre a influência dos diversos fatores de exposição existentes no ambiente, razão pela qual, definitivamente, não há um “patamar” em que seja possível determinar “*com precisão uma relação de causalidade, por meio de estudos epidemiológicos*” (página 197 da inicial).

11.43. Os estudos epidemiológicos não estabelecem relações de causa e efeito em um indivíduo isoladamente. O objetivo da epidemiologia é a análise de grupos de pessoas. Relevante conferir o que dizem os epidemiologistas sobre os fundamentos da disciplina:

“(...) não estamos prioritariamente interessados em explicar por que e como um determinado indivíduo se tornou portador de uma determinada doença, e sim em função de que características difere a ocorrência de uma determinada doença entre grupos diferentes definidos como uma ‘população’. (...) o discurso epidemiológico é construído não para falar da especificidade do caso individual, como o discurso da clínica, e sim para falar da doença como integrante de uma dada estrutura social” (grifamos)⁷³.

11.44. Como se vê, a função da epidemiologia não é o estabelecimento de nexo de causalidade em casos individuais, mas o estudo de fatores de risco, especialmente com o objetivo de prevenir doenças em grandes populações (**políticas de saúde pública**). Assim, por buscar conclusões genéricas, que não levam em conta as circunstâncias individuais, é incorreto extrapolar constatações epidemiológicas para os casos particulares, sob pena de se incorrer na falácia do acidente, aplicando-se uma regra geral a um caso especial.

11.45. As limitações da epidemiologia, acima descritas, impedem que o nexo causal direto e imediato seja reconhecido nas ações individuais movidas pelos próprios fumantes (ex-fumantes ou seu familiares) e, diferentemente do que tenta convencer a AGU, **também impedem a utilização de estatísticas para o reconhecimento de nexo causal direto e imediato entre os gastos suportados pelo SUS e o consumo de cigarros. Para tanto, a União teria que demonstrar o quanto efetivamente despendeu com o tratamento médico de cada fumante (ainda mais em se tratando de indenização por dano material) e, ainda, que a doença de cada fumante tratado pelo SUS foi causada exclusivamente pelo consumo de cigarros.**

11.46. Esclareça-se que, mesmo que um paciente atendido pelo SUS seja portador de DPOC e seja ou tenha sido fumante, não há como afirmar que a sua DPOC foi causada pelo consumo de cigarros ou qual foi o papel (se algum) do consumo de cigarros na doença. Todavia, apenas pelo fato de ser ou ter sido fumante e de padecer de DPOC, este paciente entra

⁷³ MEDRONHO, Roberto A. [editor chefe]. *Epidemiologia*. São Paulo: Atheneu, 2003, p. 7.

na conta do risco atribuível ao consumo de cigarros, sem que, necessariamente, os gastos com o seu tratamento tenham relação com o consumo de cigarros. Daí porque não se pode afirmar o nexos causal direto e imediato a partir das estatísticas epidemiológicas nesta demanda, ao contrário do que defende a AGU.

11.47. Portanto, assim como a epidemiologia não pode ser usada para provar a causa de uma doença tabaco-relacionada em um caso individual – conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência – **também não pode ser usada para estabelecimento de nexos causal direto e imediato neste caso.**

11.48. O nexos causal epidemiológico é meramente estatístico. É, outrossim, mera possibilidade. Aceitá-lo equivaleria a fazer letra morta do art. 403, do Código Civil, da Jurisprudência mansa e pacífica das Cortes brasileiras e desprezar mais um século de doutrina consolidada sobre a matéria.

(XI.IV) A impossibilidade de importação de dados epidemiológicos estrangeiros e outras impropriedades dos estudos que fundamentam a inicial

11.49. Compreendido que os dados epidemiológicos não podem ser utilizados para o estabelecimento de nexos causal direto e imediato em uma ação judicial de responsabilidade civil, deve-se acrescentar uma outra limitação: os dados epidemiológicos existentes sobre o cigarro constam, em sua ampla maioria, de estudos populacionais estrangeiros. Os dados nacionais a esse respeito são escassos e insuficientes para estimar o risco de adoecer de uma doença tabaco-relacionada no Brasil. De fato, o principal estudo citado pela AGU como base para estimar os custos de assistência médica relacionados ao tabaco⁷⁴ fundamenta-se exclusivamente em estimativas de risco epidemiológico derivadas de estudos e dados apenas dos Estados Unidos da América, sobretudo o CPS II (*Cancer Prevention Study – II*), realizado naquele País nos anos 1990.

11.50. Estudos epidemiológicos realizados fora do Brasil devem ser recebidos com ressalvas, pois analisam populações com características genéticas, culturais e sociais distintas da brasileira. Alheia a essa realidade, a AGU afirma que os maiores gastos com assistência à

⁷⁴ “Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos” (PINTO, Márcia *et al.*, 2017 – referência 95 da inicial).

saúde são incorridos no tratamento da DPOC, em razão da sua “alta fração atribuível” ao consumo de cigarros. Mas todos os dados epidemiológicos citados pela AGU sobre a relação entre consumo de cigarros e DPOC são americanos. Tais dados epidemiológicos americanos são o fundamento de uma das principais referências trazidas na inicial, qual seja, o “documento técnico” de Márcia Pinto do ano de 2017⁷⁵, que afirma que 78% dos casos de DPOC são causados pelo tabagismo.

11.51. Contudo, estudo realizado no Brasil, mais precisamente no Estado de São Paulo e patrocinado pela Organização Panamericana de Saúde (Estudo Platino)⁷⁶, constatou que a fração de casos de DPOC atribuível ao fumo corrente variou de 17,9 a 26,2%, dependendo da metodologia de diagnóstico utilizada para análise, tendo os autores concluído que “*o controle do tabagismo preveniria um entre quatro a cinco casos de DPOC*”. Como se vê, as estatísticas para a população brasileira foram completamente diversas das estatísticas constantes de estudos conduzidos nos Estados Unidos, usados como fundamento pela principal referência técnica da AGU.

11.52. As diferenças internacionais de frações atribuíveis ao tabagismo de casos de DPOC provavelmente se repetiriam em relação a cada uma das doenças tabaco relacionadas, razão pela qual (ainda que fosse possível superar as limitações da epidemiologia em si) não se podem admitir os dados epidemiológicos advindos dos estudos estrangeiros para calcular de forma minimamente consistente o gasto, no Brasil, com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas.

11.53. A população brasileira em geral não apenas está exposta a diferentes fatores de risco, como ainda há fatores de risco – a exemplo de altos índices de doenças infecciosas, exposição à biomassa em combustão, comer churrasco e beber chimarrão no sul do país – específicos de cada região. Além disso, a incidência de fumo e de doenças varia em todo o Brasil, o que significa que a fração atribuível ao fumo precisaria ser calculada para cada uma das regiões.

⁷⁵ “Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos” (PINTO, Márcia *et al.*, 2017 – referência 95 da inicial).

⁷⁶ Menezes *et al.* Prevalence of Chronic obstructive pulmonary disease and associated factors: the PLATINO Study in São Paulo, Brazil. *Cad. Saude Pública*, Rio de Janeiro, 21(5): 1565-1573, set-out, 2005.

11.54. A miscigenação da população brasileira e sua ascendência, os hábitos alimentares, a educação (ou falta dela), o meio ambiente, a concentração populacional são, em tudo e por tudo, diferentes de outras populações observadas nos estudos epidemiológicos estrangeiros que a AGU pretende aplicar para calcular o risco atribuível ao fumo no Brasil. Seu intento é, pois, inviável.

11.55. A utilização de estatísticas exclusivamente estrangeiras pelo documento técnico que serve de principal fundamento à inicial é uma das principais impropriedades do estudo da pesquisadora Márcia Pinto. Mas há diversas outras fragilidades que acabam por revelar a sua completa inutilidade para calcular os custos com saúde atribuíveis ao consumo de cigarros no Brasil.

11.56. No que diz respeito aos gastos com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, como já referido nos itens 10.6 a 10.8 *supra*, o estudo lança estimativas hipotéticas, não baseadas em qualquer documento contábil que demonstrasse um custo efetivo. Dada a insuficiência das informações do SUS (itens 10.14 a 10.20 *supra*), o estudo confessadamente recorre à opinião de alguns especialistas, cujo critério de escolha não foi sequer relevado, para estimar esses custos, o que é inadmissível considerando que o dado fundamenta pedido de dano material da União por despesa já incorrida.

11.57. Também como já referido nos itens 10.9 e 10.10 *supra*, o estudo não desconta os gastos da saúde suplementar (planos de saúde), superiores a 50% do custo total com saúde no Brasil.

11.58. O risco atribuído ao tabagismo é superestimado, pois o estudo desconsidera por completo outros fatores de risco para as mesmas doenças e não procede ao necessário ajuste. Tampouco leva em consideração o consumo de cigarros artesanais e ilícitos, que não pode ser atribuído às rés, mas, conforme descrito na presente peça, constitui uma elevada e crescente parcela do mercado.

11.59. O estudo usa dados defasados, datados de 1990 a 2008, levando à nova superestimação do risco atribuível ao tabagismo por não considerar o panorama atual de

consumo de cigarros no Brasil e a crescente taxa de cessação, conforme referido no item 11.22 *supra* (queda de mais 70% no percentual de fumantes no Brasil entre 1989 e 2017).

11.60. O estudo desconsidera por completo os gastos que seriam incorridos pelo SUS mesmo que o cigarro não existisse, já que as pessoas ainda ficariam doentes e demandariam cuidados médicos, sobretudo ao final da vida.

11.61. Definitivamente, portanto, o documento em que se fia a União não serve de modelo para demonstrar os custos do SUS atribuíveis ao consumo dos cigarros de fabricação das rés, estando, por isso, ausente a comprovação do dano e do nexo causal nestes autos.

XII – O MERCADO ILEGAL DE CIGARROS E A RESPONSABILIDADE DA UNIÃO

(Ainda a ausência de nexo causal)

12. A AGU alega que está requerendo nesta lide indenização pelas doenças comprovadamente causadas pelo consumo de cigarros, considerando o risco atribuível, a participação (*market share*) de cada uma das duas fabricantes demandadas no mercado (página 228 da inicial), aí descontada a parcela do mercado ilegal, de modo que “*não serão as rés responsabilizadas pelo consumo de cigarros falsificados*” (página 236 da inicial). Com isso, a AGU defende que só está cobrando das rés a parte de danos efetivamente causada por elas (página 228 da inicial).

12.1. Com a devida vênia, o raciocínio é completamente equivocado. Primeiramente, somente duas das fabricantes nacionais de cigarros e as respectivas *holdings* estrangeiras foram incluídas no polo passivo da lide, o que, forçoso reconhecer, é absolutamente injustificável. Todas as fabricantes de cigarros deveriam responder a esta mesma demanda, pois se apenas as rés fossem obrigadas a indenizar o SUS pelo tratamento de doenças tabaco relacionadas em perpetuidade, mesmo que limitadas ao seu *market share*, haveria no mínimo um problema concorrencial, já que as demais fabricantes não teriam que “interiorizar esse custo em sua cadeia produtiva” (página 40 da inicial), obtendo, na melhor das hipóteses, uma enorme vantagem competitiva.

12.2. Ao escolher deliberadamente duas fabricantes de cigarros brasileiras para integrar a lide, a União privilegia as demais, violando o **Princípio da Impessoalidade**, e quiçá incorrendo em ato de improbidade administrativa. O princípio da impessoalidade “*objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontram em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente ao interesse público, e não para o privado vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros*”⁷⁷.

12.3. A situação se agrava considerando o imenso mercado ilegal de cigarros, consistente não apenas em cigarros falsificados, como mencionado pela AGU, mas também em empresas sonegadas nacionais e principalmente, em cigarros contrabandeados do Paraguai⁷⁸. Esses cigarros ocuparam em 2019 uma fatia de **57%** do mercado, tendo havido, ano a ano, aumento da participação do mercado legal pelo menos desde 2015, conforme pesquisa do IBOPE Inteligência. A mesma pesquisa também demonstra que a marca líder de cigarro no Brasil – Eight – é contrabandeada! Cigarros ilegais não recolhem tributos, não geram empregos no Brasil e não se submetem à fiscalização sanitária, de modo que sua qualidade ao consumidor final não pode ser sequer garantida.

12.4. Além disso, cigarros contrabandeados do Paraguai são de baixa qualidade, já tendo sido encontrados contaminantes diversos no produto (pós de giz, níquel, asas de inseto, pelo de rato etc.⁷⁹) e possuem elevadas concentrações de elementos químicos, como cádmio, cromo e chumbo, bem como o dobro da concentração média de arsênio encontrada em cigarros legais⁸⁰. Os cigarros contrabandeados são facilmente vendidos a crianças e adolescentes e as suas embalagens não apresentam as mesmas advertências existentes nas carteiras de cigarros

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22ª ed. 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 19, g.n.

⁷⁸ <http://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2018/setembro/operacao-nepsis-desarticula-grande-organizacao-criminosa-especializada-no-contrabando-de-cigarros-do-paraguai>.

⁷⁹ A referência pode ser encontrada em: <http://www.folhavoria.com.br/policia/noticia/2015/09/po-de-giz-e-ate-pelo-de-ratos-em-cigarros-falsificados-vendidos-na-grande-vitoria.html>. Ainda, v. o seguinte link: http://istoe.com.br/12897_A+MAFIA+DOS+CIGARROS

⁸⁰ SILVA, Cleber Pinto da. *Caracterização e avaliação da qualidade dos cigarros contrabandeados no Brasil*. Dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em Química Aplicada no Programa de Pós-Graduação em Química Aplicada da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Paraná: Ponta Grossa, 2015. pp. 106-107.

legais, pois a legislação do Paraguai é bem menos exigente. Como é sabido, o mercado ilegal de cigarros, por não pagar impostos, é altamente lucrativo e financia o crime organizado, incluindo terrorismo, tráfico de drogas e humano. Os cigarros ilegais aumentam a criminalidade⁸¹⁻⁸², tratando-se do produto mais contrabandeado para o Brasil⁸³.

12.5. Por conta disso, os cigarros ilegais são muito mais baratos e conseguem grande apelo junto ao consumidor, especialmente aquele de baixa renda. O cigarro licitamente produzido no Brasil é vendido ao preço médio de R\$ 7,51 (sete reais e quarenta e cinquenta e um centavos, para o ano de 2019), devendo-se esclarecer que a Lei nº 12.546/11 determina que o Poder Executivo fixe um preço mínimo para o cigarro, atualmente de R\$ 5,00 (cinco reais, Decreto Federal nº 7555/2011 com redação do Decreto Federal nº 8656/2016). Evidentemente que os cigarros ilegais não observam este piso, sendo facilmente encontrados a pouco mais de três reais.

12.6. O mercado ilegal é estimulado pela elevadíssima carga tributária incidente sobre o mercado formal de cigarros no Brasil, de **71%** (setenta e um por cento) do preço de venda no varejo (podendo chegar a 88% a depender da marca e do estado). Apenas para fins de comparação, no Paraguai, a carga tributária é de 18% (dezoito por cento), sendo que os tributos são recolhidos naquele País. A significativa tributação de cigarros, no entanto, não atingiu o objetivo extrafiscal de diminuição do consumo, pois chegou a tal patamar que passou simplesmente a transferir os fumantes para o mercado ilegal, largamente disponível no país. Tal transferência seria catalisada se o preço final do produto legal aumentasse ainda mais, o que necessariamente ocorreria com a nova tributação buscada nesta demanda sob a rubrica de “indenização”. Esse ulterior estímulo ao já escorchante percentual de mercado ilegal no Brasil representaria uma franca violação às obrigações assumidas com a assinatura do ITP.

12.7. Sem dúvida, uma elevação da já draconiana carga tributária sobre o produto somada ao parco combate ao tráfico e controle insuficiente das fronteiras brasileiras pela União – ironicamente, a autora da demanda – favoreceria ainda mais o mercado ilegal de cigarros.

⁸¹ Tributação de Cigarros: Efeitos do Decreto 7.555, de 2011. Relatório técnico. FGV, 2013, pp. 14.

⁸² <https://oparana.com.br/noticia/contrabando-de-cigarros-paga-quase-r-1-bi-em-corrupcao-todos-os-anos/>

⁸³ <https://economia.uol.com.br/noticias/pr-newswire/2018/04/12/fncp-contrabando-de-cigarros-financia-terroristas-e-crime-organizado.htm>.

12.8. Como se vê, definitivamente, a questão do mercado ilegal não é um argumento *ad terrorem*, como minimiza a União na página 206 da inicial. Trata-se de questão de saúde pública extremamente relevante no Brasil, que deveria ser resolvida pela União antes que esta sequer cogitasse de pedir qualquer “ressarcimento” por parte das empresas que operam legalmente no País, impulsionamento a economia e recolhendo elevadíssimos tributos.

12.9. De nada adianta a União alegar (página 206/207 da inicial) que o combate ao mercado ilegal é um dos objetivos da CQCT e de ter sido ratificado pelo Brasil um “Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco” enquanto não houver efetivo combate à ilegalidade no setor. E não há que se falar em combate – ainda mais efetivo – quando a participação dos cigarros ilegais no Brasil somente vem aumentando nos últimos anos: em 2015, a fatia do mercado ilegal era de 39% e em 2019 essa fatia alcançou 57%, um aumento de 18%!

12.10. A indenização perseguida pela AGU nesta demanda – assim como a tributação e a severa regulamentação incidente sobre a atividade fumageira – não atingirá o mercado ilegal, que novamente sairá fortalecido, senão pelo completo encerramento das atividades das rés, pela concorrência absolutamente impraticável, pois a diferença de preço entre um cigarro lícito e um ilícito, que já é substancial, passaria a ser intolerável.

12.11. De outra parte, é evidente que não bastaria descontar o percentual de ilegalidade para garantir que as rés respondessem apenas pelos danos a que teriam “dado causa”, conforme o raciocínio simplista da AGU.

12.12. Considerando a enorme participação no mercado dos cigarros ilícitos, grande parte das pessoas atendidas pelo SUS com doenças tabaco relacionadas são consumidoras deste tipo de produto, pelo que seria absurdo imputar o gasto com o tratamento de saúde dessas pessoas às demandadas, levando em consideração o seu *market share*, que tem por base apenas o mercado lícito. Ademais, o mercado ilegal não seria impactado para o futuro, ao contrário das rés.

12.13. Pior, a grande maioria das pessoas atendidas pelo SUS integra população de baixo poder aquisitivo, pois as pessoas mais abastadas, cientes da precariedade do serviço público de saúde, recorre a planos de saúde e hospitais particulares. Pois é justamente a população de baixo poder aquisitivo que consome, em sua maioria, aos cigarros ilegais, por serem bem mais baratos. **Isso significa que a maior parcela dos gastos do SUS decorre do tratamento de doenças associadas ao consumo de cigarros ilegais, estando ausente, de novo, o nexo causal a justificar o dever de indenizar em relação às demandadas.**

12.14. Com esta demanda, a União opta por transferir às rés a conta do mercado ilegal, ao invés de combatê-lo. Tudo muito cômodo, porém inconcebível.

12.15. Fosse o combate à ilegalidade eficiente e a União recolheria muito mais tributos das empresas legalmente constituídas no Brasil, quiçá superiores aos não especificados gastos com o tratamento das doenças tabaco relacionadas. Além da migração dos consumidores de cigarros ilegais para o mercado formal, o número de fumantes possivelmente cairia ainda mais no país, pois não haveria a disponibilidade de cigarros tão baratos, sendo certo que o preço do produto, somando à disponibilidade de renda ao consumidor, são as maiores influências para o aumento ou a redução do consumo.

12.16. Com a devida vênia, diante do achapante mercado ilegal de cigarros no País, a União não tem legitimidade – no sentido leigo do termo – para pleitear qualquer ressarcimento das empresas legalmente constituídas no Brasil, em virtude da sua omissão neste mister. No limite, ainda que tivesse algum amparo a tese da responsabilidade das fabricantes de cigarros (e não tem!), a União haveria que realizar os aportes referentes ao *market share* do mercado ilegal de cigarros.

XIII – A APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NAS AÇÕES INDIVIDUAIS

13. Ciente da existência de centenas de precedentes proferidos em ações individuais pela improcedência dos pleitos indenizatórios por danos imputados ao consumo de cigarros, a AGU defende não serem aplicáveis os fundamentos de tais decisões “*visto que se está aqui a falar do Estado, como terceiro prejudicado (e não o fumante em si)*” (página 191).

13.1. Nada mais absurdo. Os fundamentos das decisões proferidas nas demandas individuais aplicam-se ao presente caso dada a coincidência de causas de pedir. É verdade que a União não se confunde com o fumante em si, tratando-se do ente constitucionalmente obrigado a custear o tratamento de saúde dos indivíduos, independentemente da causa.

13.2. Todavia, ao requerer indenização pelos gastos com o tratamento das doenças tabaco-relacionadas, a União formula pedido em tudo equivalente ao pedido de indenização por danos materiais formulado pelo próprio fumante nas ações individuais, quando foi ele quem arcou com o custeio de seu tratamento médico e aquisição de medicamentos na rede privada.

13.3. Tal pedido, assim como pedidos de indenização por danos morais e pensionamentos, tem sido consistentemente julgado improcedente pela jurisprudência brasileira, não havendo qualquer motivo para que o mesmo pedido, se formulado pela União, fosse julgado procedente. Afinal, se o próprio fumante não tem direito à indenização pelas suas despesas médicas, com maior razão, a União não poderia fazer jus à mesma indenização, já que, quando muito, é ente indiretamente afetado pelo dano à saúde do fumante, não havendo nem mesmo que se falar em dano para fins de reparação civil, pois este decorre de dever constitucional (capítulos VII e X *supra*).

13.4. Fato é que, para formular o pedido de indenização pelos gastos com o tratamento de saúde do fumante, a União põe-se no lugar dele, aplicando-se a ela, juridicamente, os mesmos fundamentos que têm justificado a improcedência do pedido formulado diretamente pelo fumante (ex-fumante ou familiares) nos mais de vinte anos de litígio desta espécie no Brasil.

13.5. Com efeito, a jurisprudência brasileira está **pacificada** pelo afastamento da responsabilidade civil da fabricante de cigarros pelas doenças associadas ao consumo do produto. A matéria foi pela primeira vez enfrentada pelo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** em **abril de 2010**, quando foi julgado o *leading case* no tema em profundo acórdão de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, afastando-se a responsabilidade civil da fabricante (naquele caso, a Souza Cruz) sob sólidos fundamentos, no que foi acompanhado por todos os demais

integrantes da **4ª Turma do STJ (RESP. 1.113.804-RS⁸⁴**, amplamente citado ao longo desta peça).

13.6. Desde então, o **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** proferiu exatos **25 julgados** no mesmo sentido⁸⁵, entre acórdãos e decisões monocráticas pela manifesta improcedência deste tipo de pleito, **por suas duas turmas de direito privado**, sendo o acórdão mais recente aquele proferido pela **3ª Turma do STJ no RESP nº 1.322.964/RS⁸⁶**, publicado em 1º de junho de 2018.

13.7. Os acórdãos proferidos pelo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** já analisaram e afastaram muitos dos fundamentos trazidos pela AGU na sua inicial, como, por exemplo, a questão da omissão de informações, violação da boa-fé objetiva, publicidade e dependência, valendo conferir como se posicionou aquela E. Corte em relação a cada umas das questões relevantes para o julgamento deste tipo de pleito.

13.8. Em primeiro lugar, os Tribunais reconhecem que o **art. 12, do Código de Defesa do Consumidor** exige um **defeito no produto** para a configuração da responsabilidade objetiva do fornecedor, ausente no caso do cigarro, produto de periculosidade inerente e consonante com os arts. 8º e 9º do mesmo Código, nesse sentido:

84

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=964856&num_registro=200900438817&data=20100624&formato=PDF

⁸⁵ (1) **REsp 1.113.804-RS** (Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ 24/06/10); (2) **REsp 886.347-RS** e (3) **703.575-RS** (ambos Rel. Min. HONILDO AMARAL, DJ 08/06/10); (4) **REsp 1.197.660-SP** (Rel. Min. RAUL ARAÚJO FILHO, DJ 01/08/12); (5) **REsp 982.925-RN**, (6) **866.728-RN** e (7) **889.559-RN** (Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ 01/02/11 e 17/10/11); (8) **REsp 1.165.556-RS** (Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJ 27/05/11); (9) **REsp 921.500-RS** e (10) **AREsp 54.640-SP** (ambos Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJ 22/06/12 e 12/06/12); (11) **AREsp 126.228-PR** (Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ 01/08/2012); (12) **AREsp 180.817-RJ** (Rel. Min. MARCO BUZZI, pub. 03/10/12); (13) **RESP 1.090.609-SP** (Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, pub. 06/11/12); (14) **RESP 803.783-RS** (Rel. Min. RAUL ARAÚJO, pub. 19/04/13); (15) **AREsp 163.607-PR** (Rel. Min. RAUL ARAÚJO, pub. 03/09/13); (16) **REsp. 1.231.81-RS** (Rel. Min. João Otávio Noronha, pub. 07/08/14); (17) **REsp. 1.292.955-RJ** (Rel. Min. RAUL ARAÚJO, pub. 04/12/14); (18) **AREsp. 513.900-SP** (Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, pub. 05/05/15); (19) **AREsp. 953.111-RS** (Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, pub. 06/12/16); (20) **REsp 1.322.964-RS** (Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julg. 22/05/18, pub. 01/06/18); (21) **REsp. 1.577.283-SP** (Rel. Min. Lázaro Guimarães, Des. convocado do TRF 5ª região, pub. 03/08/18); (22) **REsp 1.573.794-SP** (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, pub. 19/11/18); (23) **REsp 1.807.415-DF** (Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, pub. 29/05/19); (24) **REsp 1.652.429-DF** (Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, pub. 03/03/20); (25) **REsp 1.843.850-RS** (Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, pub. 15/04/20).

86

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717022&num_registro=201200930518&data=20180601&formato=PDF

“Por outro lado, **não parece possível que o cigarro seja considerado um produto defeituoso, nos termos do que imaginara o Diploma Consumerista, no § 1º do art. 12**, que está assim redigido: (...). Deveras, o defeito a que alude o dispositivo consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço. **Assim, o defeito previsto no artigo não pode dizer respeito a uma capacidade própria do produto de gerar danos, presente em todas as unidades, mas a algo que escapa do razoável, discrepante do padrão de outros produtos congêneres ou de outros exemplares do mesmo produto.** (...) Até porque, em sendo acolhida a tese e considerado o produto defeituoso, seria possível a troca do produto viciado por outro em perfeitas condições de uso, o que é impossível de se imaginar no caso do cigarro, pela simples razão de que todos os demais exemplares ostentam os mesmos problemas apontados (por exemplo, a nicotina viciante, ou as muitas alegadas substâncias tóxicas e potencialmente cancerígenas), **sendo incontornável a conclusão de que o cigarro é um produto de risco inerente.**

É essa a conclusão que se chega, inclusive ao se interpretar o CDC à luz da Constituição Federal de 1988 - o que é absolutamente recomendável. Não por acaso a Carta Maior agrupou, no art. 220, § 4º, ‘tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias’, mas precisamente porque se cuida de produtos e serviços de categorias assemelhadas, de periculosidade inerente, cujos riscos de dano decorrem do seu próprio uso.

Equivale dizer, pois, que é inerente ao tabaco a circunstância de ser ele fator de risco de diversas enfermidades, tal como o álcool o é em relação a tantas outras moléstias, inclusive patologias de impacto social, como o alcoolismo, além de ser fator intimamente relacionado a acidentes de trânsito” (STJ. RESP 1.113.804/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27/04/10, pub. 24/06/10, g.n.).

“O tema foi objeto de aprofundada análise em ambos os casos, sendo possível sintetizar as seguintes teses para interpretação da legislação federal correlata: (i) 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/RS. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julg. 22/05/18, pub. 01/06/18, g.n.).

13.9. Os Tribunais também reconhecem **não ter havido omissão quanto ao dever de informar**, eis que a primeira obrigação de veicular cláusulas de advertência surgiu logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio de Portaria do Ministério da Saúde. A partir da obrigação legal, as fabricantes passaram a veicular cláusulas de advertência tal como lhes foi determinado, não se podendo retroagir as disposições do Código de Defesa do Consumidor e leis posteriores para gerarem obrigação então inexistente em razão dos princípios da legalidade e da irretroatividade (arts. 5º, II e XXXVI da Constituição Federal). Assim, por exemplo:

“Com efeito, as teses autorais emergem, essencialmente, de duas vertentes: a) informação inadequada prestada pela ré durante décadas, a qual, a um só tempo, omitira os males possivelmente decorrentes do fumo e incentivara o consumo de cigarro mediante propagandas enganosas; b) existência denexo de causalidade entre a morte por câncer de pulmão e os vícios do produto, os quais seriam conhecidos pela ré desde muitas décadas atrás.

(...) Sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina é clara em prever o dever de informação do fornecedor acerca dos riscos que potencialmente o produto pode causar ao usuário: (...).

Bem por isso, na seqüência do raciocínio, cumpre analisar a suposta responsabilidade do réu sob o ângulo do ‘dever de informação’.

(...) 6.1. Percebe-se, com efeito, que o e. Tribunal de Justiça Gaúcho valeu-se, quase que exclusivamente, de normas e princípios consagrados na legislação consumerista, para chegar-se à conclusão acerca da violação de dever legal relativo à informação sobre o produto. Para logo se vislumbra o equívoco dessa posição, porque **os fatos supostamente ilícitos imputados à indústria tabagista teriam ocorrido em décadas pretéritas - a partir da década de cinquenta -**, alcançando notadamente períodos anteriores ao Código de Defesa do Consumidor e a legislações restritivas do tabagismo, **não sendo possível, simplesmente, aplicar ao caso os princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico.**

A indagação principal, diria mesmo a questão central no que toca ao dever de informação, é saber se, em décadas pretéritas - tal como hoje se exige pelo Código de Defesa do Consumidor e por leis esparsas -, havia dever jurídico de as indústrias do fumo informar os usuários acerca dos riscos do tabaco, dever jurídico este que não se extrai nem da letra fria da lei, nem do subjetivismo do hermeneuta do direito, mas, eventualmente, do ordenamento jurídico, entendido este como sistema coerente e dotado de regras e princípios próprios, de conteúdos variáveis com o tempo e com o espaço.

6.2. As restrições acerca do consumo, propaganda e venda de produtos fumígenos remontam a 1988, a partir da promulgação da Carta Maior que, em capítulo dedicado à comunicação social, estabeleceu: ‘A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso’.

(...) O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, editado em 1990, estabelecendo princípios gerais sobre informação e propaganda de produtos postos a venda, preleciona ser direito do consumidor ‘a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem’ e ‘a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços’.

(...) **6.3. Não obstante a farta legislação hoje existente, é certo que, ao menos em sede legislativa, nas décadas de cinquenta, sessenta e setenta, é forçoso reconhecer, não havia norma legal no Brasil que impusesse às indústrias do fumo qualquer restrição em relação a propagandas, ou a prestação de esclarecimentos aos usuários acerca dos males que poderiam advir do hábito tabagista (STJ. RESP 1.113.804/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27/04/10, pub. 24/06/10, g.n.).**

“(iii) os parâmetros atualmente estabelecidos na legislação consumerista não podem ser aplicados automaticamente a fatos ocorridos no passado,

especialmente no tocante ao controle da publicidade promovida pelas empresas fabricantes de cigarro e ao cumprimento do dever de informação acerca dos riscos à saúde provocados pelo tabagismo, sob pena de se realizar uma interpretação retroativa da norma jurídica” (STJ. RESP 1.322.964/RS. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julg. 22/05/18, pub. 01/06/18)

13.10. Em adendo ao reconhecimento quanto à ausência de violação ao dever de informar antes do surgimento da obrigação legal, a jurisprudência também reconhece não ter havido violação ao princípio da **boa-fé objetiva** pelo fato de as fabricantes de cigarro não terem veiculado tais informações *sponte própria*, já que a interpretação da boa-fé objetiva evolui com o tempo e esse tipo de comportamento não era comum e nem esperado em décadas pretéritas, *verbis*:

“6.4. Ainda que a questão seja analisada por outro ângulo, no sentido de que o ordenamento jurídico é um sistema que vai além da letra da lei, mas que também é integrado por princípios próprios, de conteúdos variáveis no tempo e no espaço, ainda assim a tese relativa ao dever de informar não viceja.

Com efeito, parece correto indagar, então, se muito embora inexistisse lei ou ato normativo infralegal que impusesse esse dever de informação, poder-se-ia extrair do sistema então vigente, notadamente de seus princípios, algum comando contemplador do dever de informar.

(...) Realmente, o direito civil não se compadece não só com a prática de atos contrários ao direito positivo (ilícito *stricto sensu*). Ao reverso, ainda que tenha o ato sido praticado no exercício de um direito reconhecido, há ilicitude se o fora em manifesto abuso, contrário à boa-fé, à finalidade social ou econômica do direito, ou, ainda, se praticado com ofensa aos usos e costumes.

Conclui-se, então, que a ‘ilicitude’, que rende ensejo à responsabilidade civil, não é sinônimo de ‘ilegalidade’, mas de violação a um dever jurídico contemplado pelo sistema, quer por meio de lei, quer por meio de princípios da lei decorrentes.

O princípio da boa-fé, como é sabido, manifesta-se em tripla dimensão, qual cânone hermenêutico-integrativo, de criação de deveres jurídicos - no qual se inclui o dever acessório de informação - e de limitação ao exercício de direitos subjetivos. **Porém, o dever acessório de informação - que é o que nos interessa -, tal como os princípios de direito e, de resto, qualquer norma jurídica, não possui forma senão diante da realidade social, dos costumes e das demais normas que eventualmente lhe dão relevo.**

No caso, o princípio da boa-fé e, conseqüentemente, o dever acessório de informação, não restariam sequer arranhados se examinados conforme os costumes e adotada a visão do homem médio daqueles tempos.

É que a boa-fé não possui um conteúdo *per se*, a ela inerente, mas um conteúdo contextual, com significativa carga histórico-social. Como apregoado por doutrina de peso, é necessário ‘isolar a boa-fé como norma técnica dotada de um específico - embora alargado - domínio de aplicação. Esta necessidade, repito, advém da constatação segundo a qual, se vista apenas como norma de reenvio a padrões éticos, tanto faria o apelo à boa-fé, como ao abuso de direito, quanto a um vago juízo de equidade, a uma cláusula geral de exceção de dolo ou conceitos similares, pois, em todos os casos, se estaria apenas ampliando a extensão dos poderes do juiz e não se permitindo um juízo com base em certo conteúdo substancial’ (MARTINS-COSTA,

Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 456).

Firmadas essas diretrizes, é importante lembrar que, nas décadas de quarenta a setenta, era corrente a relação do fumo com estética, *glamour*, charme e beleza, consubstanciando também prática habitual o paralelismo entre tabagismo e intelectualidade e arte. Somente mais recentemente, notadamente a partir da década de noventa, que se emergiu o desvalor do cigarro como forma depreciativa do próprio corpo. **Não que já não se sabia dos efeitos deletérios do fumo.** Porém, outrora, a consciência de uma saúde corporal cedia vez à busca dos prazeres propiciados pelo tabaco. Porém, este é apenas o retrato recente do fumo.

O hábito de fumar, todavia, possui raízes históricas mais longínquas, que em nada se relacionam com *glamour* ou sucesso. (...)

(...) Portanto, em mira esses fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira tão fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais, como dito, preexistiam de séculos, para se chegar então à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma jurídica, quer advinda de lei, quer advinda de princípios gerais de direito, quer advinda dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento.

Em síntese, antes da Constituição Federal de 1988 - raiz normativa das limitações impostas às propagandas do tabaco -, sobretudo antes da vasta legislação restritiva do consumo e publicidade de cigarros, aí incluindo-se notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 9.294/96, não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela por elas praticada em décadas pretéritas.

Decerto, seria um completo desprestígio ao próprio arcabouço normativo advindo a partir da Constituição de 1988, que regulamentou de forma minuciosa a matéria, sustentar que tudo se resolveria a partir da invocação da boa-fé, porquanto se assim fosse, seria desnecessária a regulamentação normativa. Em realidade, as diversas normas regulamentadoras vieram exatamente suprir uma lacuna então existente.

7. A ausência de violação a dever jurídico por parte da indústria do fumo, como acima proclamado, seria o bastante para negar-se a indenização pleiteada pelos autores” (STJ. RESP 1.113.804/RS. Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julg. 27/04/10, pub. 24/06/10, g.n.).

“(iv) a avaliação de eventual ofensa ao dever de boa-fé objetiva das empresas fabricantes de cigarro também não pode prescindir da necessária contextualização histórico-social, haja vista que o conteúdo jurídico desse princípio não é estático ao longo do tempo, mas, ao contrário, sofre fortes influxos das mudanças dos paradigmas culturais e científicos, consequências naturais do desenvolvimento das sociedades humanas; (...) Nesse sentido, é importante ressaltar que os fatos discutidos na presente demanda se prolongaram por décadas e se iniciaram antes mesmo do advento da Constituição de 1988. Daí não ser possível simplesmente reconhecer a responsabilidade da recorrente, nos termos e parâmetros hoje vigentes, por um comportamento desenvolvido no passado, sob pena de realizar uma interpretação retroativa da lei. (...)” (STJ. RESP 1.322.964/RS. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julg. 22/05/18, pub. 01/06/18, g.n.).

13.11. Outra questão que tem sido reconhecida pelos Tribunais é o **conhecimento antigo e disseminado quanto aos riscos associados ao consumo de cigarros**, conhecimento este que antecede em muitas décadas a veiculação das cláusulas de advertência.

13.12. Por essa razão, inclusive, **MARIA CELINA BODIN DE MORES** explica em parecer sobre a matéria que as cláusulas de advertência cuja veiculação foi determinada pelo governo a partir de 1988 inserem-se em uma política pública de desestímulo ao fumo, eis que a informação de que o consumo do produto é prejudicial à saúde já era de conhecimento universal⁸⁷.

13.13. **JUDITH MARTINS-COSTA**, por sua vez, analisando a boa-fé objetiva à luz do prévio e amplo conhecimento sobre os riscos associados ao consumo de cigarros concluiu o seguinte:

“Um limite inerente ao dever de informar é o conhecimento da informação.

(...) Parece importante reter, nesse passo, porque **os fatos notórios não são objeto do dever de informar** (...).

Ora, é razoável supor que não há ‘legítima expectativa frustrada’ por não se ter informado o óbvio, aquilo que é por todos sabido, o que vigora, em determinada sociedade, como um senso comum.

(...) **Nesse sentido, creio que o autor da ação não pode, razoavelmente, sustentar que ‘não sabia’ que o cigarro faz mal à saúde.** É uma afirmação que não seria crível segundo os padrões mínimos de razoabilidade. **Estar-se-ia afrontando a razoabilidade supor que o autor nunca leu, em nenhum jornal, a notícia dos danos à saúde provocados pelo fumo;** nunca tenha ouvido, de parentes, amigos ou médicos, conselhos sobre o assunto; nunca tenha participado de nenhuma roda social na qual se comentasse os malefícios do tabaco.

(...) Respondo, assim, ao segundo e terceiros quesitos: mesmo se desconsiderássemos a argumentação acerca da necessidade de contextualizar a compreensão/ interpretação/ aplicação do princípio da boa-fé objetiva; mesmo se fizéssemos tabula rasa das pautas metodológicas e operássemos uma ‘retroação da interpretação’ da boa-fé, **mesmo assim não se configuraria o dever de informar (até a vigência do Código de Defesa do Consumidor), porque a idéia de o fumo apresentar riscos à saúde constitui fato notório.**

⁸⁷ “(...) de acordo com o mandamento constitucional, desencadeou-se forte campanha governamental contra a prática do fumo, fazendo constar das embalagens de maços de cigarro advertências quanto aos riscos à saúde que o consumo do produto poderia acarretar. O conteúdo das advertências deixa claro que não se trata de uma campanha governamental informativa – pois os riscos à saúde decorrentes do consumo de tabaco eram conhecidos na época da própria promulgação da Constituição – mas sim uma campanha de desestímulo” (Estudos e pareceres sobre Livre-Arbitrio, responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O paradigma do Tabaco. LOPEZ, Tereza Ancona (coord.). *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde*. MORAES, Maria Celina Bodin de. Renovar. Rio de Janeiro: 2009, p. 344/345, g.n).

Sendo fato notório e de pleno conhecimento público, não ocorre a funcionalidade que justifica a existência do dever de informar: a de suprir a ignorância acerca do risco, diminuindo a assimetria informativa e colaborando para a dação de um consentimento informado para a conclusão do contrato. Assim sendo, e relativamente ao período em que o autor adquiriu o hábito de fumar, até a entrada em vigor do CDC, não se impunha, à Consulente, o dever de informar sobre os riscos derivados do tabagismo, seja em razão da inexistência de regra legal ou administrativa nesse sentido, seja da compreensão então conferida ao princípio da boa-fé e ao dever de informar. Como lógica conseqüência, se inexistia o dever não pode haver a sua violação, e sem a violação de dever jurídico, não há eficácia jurídica: a responsabilidade civil é eficácia da violação de dever pré-existente” .⁸⁸

13.14. De fato, os anexos documentos (**doc. 09**), demonstram que desde meados de 1800 são veiculadas em jornais, revistas e até mesmo em livros didáticos escolares informações quanto aos riscos associados ao consumo de cigarros e à dependência. Também a esse propósito vale conferir o parecer do Professor **SIMON SCHWARTZMAN**, Doutor em Ciências Políticas pela Universidade da Califórnia, Berkeley e que foi do IBGE (**doc. 08**)⁸⁹.

13.15. Toda a sociedade, portanto, tem conhecimento, há mais de um século, de que o consumo de cigarros está associado a riscos para a saúde, particularmente o Estado, sabedor dessa circunstância ao menos desde o século XIX, o que joga por terra as alegações iniciais de que as demandadas sabiam dos riscos associados ao consumo de cigarros desde a década de 50, mas não compartilharam o conhecimento espontaneamente com a sociedade e com o Estado (por exemplo, página 27).

13.16. Vale, nesse sentido, conferir o teor das discussões travadas entre os Deputados Sr. Augusto Marcolino Mora e Sr. Tosta, em sessão realizada no dia **20.11.1894**, a respeito da tributação do fumo e dos riscos sabidamente inerentes do produto, extraídas do “*Annaes da Câmara dos Deputados - Estado do Rio de Janeiro*”, *verbis*:

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória – dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In Estudos e pareceres sobre Livre-Arbitrio, responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O paradigma do Tabaco. LOPEZ, Tereza Ancona (coord.), g.n. O parecer também foi publicado pela autora, com pequenas alterações, na **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 812, p. 75-99, jun.2003, p. 98, g.n.

⁸⁹ Diz o parecer: “A sociedade brasileira tem sido amplamente exposta, **desde a época colonial**, ao conceito de que o uso do tabaco é um ‘vício’ prejudicial à saúde, **idéia que tem sido muito repetida desde pelo menos os anos 40, por um fluxo contínuo de informações oriundas de médicos, autoridades sanitárias e informações do exterior, difundidas pelos meios de circulação de massa e transmitidas por diversos mecanismos a praticamente todas as pessoas**” (**doc. 08**, grifamos).

"- O Sr. Augusto Marcolino Moura: '**Eu, si pudesse, tributava o fumo de tal forma que até o fazia acabar; porque o fumo é uma fonte de males para a humanidade**'.

- O Sr. Tosta: 'É este argumento muito conhecido, que sempre se invoca para sobrecarregar o fumo com impostos (...)'" (doc. 09 g.n.).

13.17. A jurisprudência, como não poderia deixar de ser, reconhece a notoriedade dos riscos associados ao consumo de cigarros, como se verifica, exemplificativamente, das decisões citadas no item 11.15 *supra*.

13.18. Por fim, um dos argumentos mais enfrentados pela jurisprudência é a culpa exclusiva do próprio fumante, decorrente do seu **livre-arbítrio**, a afastar a responsabilidade da fabricante de cigarros em razão do rompimento do nexo de causalidade. Conforme já demonstrado no capítulo XI, tópico XI.I *supra*, nem o “*marketing* da indústria” e nem a dependência são suficientes para elidir o livre arbítrio, valendo acrescentar o seguinte acórdão do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** aos que já foram anteriormente citados, *verbis*:

“Com efeito, a **liberdade para fazer escolhas, inclusive aquelas que sejam prejudiciais à saúde, decorre dos princípios que norteiam a nossa ordem constitucional democrática**. Por mais que seja dever do Estado garantir a ciência do consumidor acerca dos riscos que assume, não pode este proibir e sancionar hábitos maléficos à saúde a todo custo, de modo paternalista, sob pena de violação da autonomia individual.

Sob essa perspectiva, **não é possível compactuar com a premissa adotada pelo acórdão recorrido de que** ‘(...) o livre arbítrio não serve para afastar o dever de indenizar das companhias fumageiras pelas mesmas razões que não se presta para justificar a descriminalização das drogas. **O homem precisa ser protegido de si mesmo, mormente porque lidamos com produtos que podem minar a capacidade de autodeterminação**’ (e-STJ fls. 2.227-2.228 - grifou-se).

A prevalecer esse entendimento, não se estará chancelando apenas uma responsabilidade objetiva por meio da aplicação retroativa da legislação consumerista, o que, por si, já seria motivo bastante para o provimento do recurso especial. Na verdade, **a fundamentação adotada atribui às empresas fabricantes de cigarro uma responsabilidade objetiva com características típicas da teoria do risco integral**” (STJ. REsp. 1.322.964/RS. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julg. 22/05/18, pub. 01/06/18, grifos no original).

13.19. Como se vê, a jurisprudência já se **pacificou** pela improcedência dos pleitos indenizatórios individuais relacionados a danos associados ao consumo de cigarros. Além dos variados precedentes do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** (os principais antes referidos), deve-se mencionar que já foram proferidos **mais de 400** acórdãos nesse mesmo sentido pela

maioria dos Tribunais Estaduais brasileiros, inclusive o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que tem entendimento amplamente majoritário pela improcedência deste tipo de pleito.

13.20. Não socorre a inicial o acórdão proferido na Apelação Cível nº 7005.9502898, pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Eugênio Facchini Neto. Não bastasse o conhecido posicionamento contrário, mas isolado, do referido desembargador, o referido acórdão foi recentemente **reformado** pelo Superior Tribunal de Justiça para julgar improcedente mais aquela demanda, o que ocorreu por ocasião do julgamento do **Recurso Especial nº 1.843.850-RS**, de Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, que reforçou o entendimento daquela E. Corte pela improcedência deste tipo de pleito, e consignou, *verbis*:

“No tocante 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” (STJ. Resp. 1.483.850-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 15/04/20, g.n.).

13.21. A sólida jurisprudência sobre a matéria, formada nos últimos vinte e quatro anos de litígio, é em tudo aplicável ao caso dos autos, pelos motivos já expostos. A contestante requer, pois, que assim como as ações propostas diretamente pelos fumantes e na ACP movida do Ministério Público do Estado de São Paulo (cf. item 9.23 *supra*), seja julgada improcedente a ação indenizatória proposta pela União por “danos” que lhe são completamente remotos.

XIV – SOBRE O MASTER SETTLEMENT AGREEMENT (MSA)

14. Um dos fundamentos declarados da União para ação é o “*Master Settlement Agreement*” (MSA) celebrado em 1998 nos Estados Unidos da América entre fabricantes de cigarros daqueles país e 46 estados americanos, segundo o qual as empresas já teriam pago “*mais de 150 bilhões de dólares até o momento, sendo que os pagamentos continuarão de forma perpétua*” (página 212 da inicial).

14.1. Diz a AGU que “*a pretensão aqui formulada nada tem de inédito no planeta: o pedido é para que as empresas assumam no Brasil o mesmo compromisso que, há vinte anos, assumiram nos Estados Unidos da América*” (página 208 da inicial).

14.2. O referido acordo e demais acordos celebrados nos Estados Unidos não podem ser invocados como “precedentes” (página 206 da inicial) para a hipótese dos autos, já que os fatos que possibilitaram a sua existência são totalmente distintos do que ocorre no Brasil em relação à indústria de cigarros, sobretudo no que diz respeito à tributação e à regulamentação.

14.3. A partir de meados da década de 90, muitos estados americanos intentaram ações judiciais contra a indústria de cigarros pleiteando o reembolso de despesas médicas. Conquanto muitas destas ações tenham sido julgadas improcedentes sob o fundamento de ausência de nexos causal, dentre outros, considerando a quantidade e o vulto das demandas, o elevado custo do processo nos Estados Unidos – principalmente a edição de leis que obrigavam as empresas a realizarem o depósito integral de eventual condenação para que pudessem recorrer ao Tribunal de apelação – e, ainda, para evitar a imprevisibilidade do litígio, as fabricantes decidiram, por questões negociais, que a realização de acordos satisfaria melhor os seus interesses.

14.4. Em última análise, independentemente das motivações da indústria norte-americana para celebrar o MSA, ele não deve ser considerado relevante para esta ação, havendo vários fatores que distinguem o MSA da presente demanda, o principal deles o que o acordo foi produto de uma situação única nos Estados Unidos e que não envolveu as fabricantes de tabaco brasileiras.

14.5. Por outro lado, nos Estados Unidos, o tamanho do mercado, a elasticidade de preços e a carga tributária (20 a 34% do preço de venda ao consumidor, quando no Brasil esse percentual supera os 70%), bem como a existência de um mercado ilegal incipiente, permitiram que a indústria americana aceitasse participar de uma composição ampla com o governo, para liquidar todas as quantias heterogêneas requeridas de uma forma consistente.

14.6. Em contrapartida, os estados americanos concordaram em desistir das ações contra as fabricantes, reconhecendo a ausência de qualquer evidência de que as fabricantes

norte-americanas teriam tido agido de forma ilícita. Especialmente em razão da baixa tributação então existente, foi possível repassar ao consumidor os custos com os acordos sem impactos econômicos sensíveis às empresas, situação que seria completamente impensável no Brasil, ainda mais se for considerada a parcela tomada pelo mercado ilegal.

14.7. O MSA também abordou questões regulatórias como a publicidade, dada a incipiência da legislação americana, situação totalmente diferente do Brasil, onde as atividades de fabricação e venda de cigarros são severamente reguladas e fiscalizadas, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, especialmente, desde a edição da Lei 9.294/96. Dentre outras medidas, a referida Lei trouxe severas restrições à publicidade de cigarros, até limitá-la à parte interna dos locais de venda no ano 2000 (alteração introduzida pela Lei 10.167/2000) e, depois, vedá-la completamente em 2011 (alteração introduzida pela Lei 12.546/11), ressalvada apenas a exposição dos próprios produtos nos locais de venda, acompanhados de cláusulas de advertência.

14.8. Segundo a lei americana (aqui aplicável razão de os acordos terem sido celebrados nos Estados Unidos, conforme art. 9º da LINDB, transcrito no item 4.3 *supra*), esse tipo de acordo não importa reconhecimento de responsabilidade e apenas pode ser invocado contra a parte que o assinou para o fim de exigir o seu cumprimento. A tentativa da União de usar o MSA como prova de conduta ilícita das empresas norte-americanas é absolutamente impertinente e inaceitável, pois do ponto de vista jurídico, o MSA não contém admissão de responsabilidade por parte das empresas que, por seus termos, ficam expressamente isentas de qualquer responsabilidade, confira-se a seguinte cláusula, *verbis*:

“Inexistência de Determinação ou Admissão. Este Contrato não tem o objetivo e não deve, em hipótese alguma, ser interpretado, considerado ou representado, ou levado a ser representado, como admissão ou concessão ou prova de (1) qualquer responsabilidade ou irregularidade de qualquer das Partes Desobrigadas ou que qualquer das Partes Desobrigadas [as empresas signatárias e suas afiliadas] tenha se envolvido em qualquer das atividades impedidas por este Contrato. (...) Cada Fabricante Participante [as empresas signatárias] fica especificamente isento e nega qualquer responsabilidade ou irregularidade em relação às reivindicações e alegações feitas contra ela pelos Procuradores-Gerais dos Estados Acordantes e as Subdivisões Políticas em Litígio. Cada Fabricante Participante celebrou este Acordo unicamente

para evitar novas despesas, inconveniências, encargos e riscos de litígios” (MSA, Seção VIII, ‘e’).⁹⁰

14.9. Não bastasse, o MSA incorpora princípios da lei americana que vedam interpretação extensiva de acordos contra as partes signatárias, estabelecendo que nem o próprio acordo, nem as declarações feitas nas negociações ou publicamente sobre o MSA, podem ser admitidos em qualquer outro processo, confira-se:

“Inexistência de Admissibilidade. As negociações que resultaram neste Acordo foram realizadas pelos Estados Acordantes e pelas Fabricantes Participantes de boa-fé e somente para fins de composição, e nenhuma evidência das negociações ou discussões que subsidiaram este Acordo poderá ser oferecida ou recebida como prova em qualquer ação ou processo para qualquer fim. Nem o presente Acordo, nem quaisquer discussões públicas, declarações públicas ou comentários públicos com relação a este Acordo por qualquer Estado Acordante ou Fabricante Participante ou seus prepostos poderão ser oferecidos ou recebidos como prova em qualquer ação ou processo por qualquer fim que não seja uma ação ou processo decorrente ou relacionado a este Acordo” (MSA, Seção XVIII, ‘f’).

14.10. Não obstante a lei americana seja a única aplicável no que diz respeito ao acordo celebrado nos Estados Unidos entre estados e empresas, ambos americanos (art. 9º da LINDB), são comuns nos acordos brasileiros cláusulas bastante similares àquelas antes transcritas, a respeito do não reconhecimento de responsabilidade e da não utilização do acordo para outros fins, de modo que essas cláusulas não trazem qualquer surpresa, prestando-se a afastar o acordo invocado pela AGU como causa de pedir para esta demanda.

14.11. Corroborando todo o aqui exposto, vale acrescentar que a jurisprudência brasileira já teve a oportunidade de se manifestar especificamente sobre a irrelevância acordos para as ações brasileiras movidas contra as fabricantes de cigarros, valendo conferir o seguinte julgado a respeito:

“O que na verdade se percebe é que os autores estão tentando usar no Brasil material probatório oriundo dos Estados Unidos, invocando às claras na inicial que naquele País, as indústrias do ramo fumageiro estariam fazendo acordos onde reconheceriam sua culpa e pagariam elevadas somas indenizatórias, mas se esquecem de levar em conta, em primeiro lugar, que **a valoração e a própria produção da prova naquele País são diferentes dos que vigoram no Brasil** (lá uma juiz pode, por exemplo,

⁹⁰ A inicial informa que o MSA foi juntado como anexo 146, mas ele não consta do referido anexo. A inicial informa, todavia, a seguinte referência para acesso ao acordo na internet: <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/wp-content/uploads/2016/06/MSA.pdf>

julgar procedente uma ação com base apenas em um precedente, mesmo que não haja lei dispondo sobre a matéria, coisa impraticável aqui, onde vige uma garantia constitucional segundo a qual ‘ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei’) e em segundo lugar, que os **tais acordos não implicam em reconhecimento de culpa** (e por isso os acordos ainda não foram celebrados com todos os Estados americanos).

Assim, **não é pelo fato único e exclusivo das indústrias fumageiras norte-americanas terem celebrado alguns acordos e sido condenadas em esporádicas ações individuais que os autores conseguirão êxito nesta ação, ou seja, não lhes basta provar que em outros País ocorreram condenações, porque estamos no Brasil (País ainda independente cujas leis não se subordinam a leis ou provas produzidas no estrangeiro para processos que tramitam no estrangeiro)**, ainda mais que neste processo o médico perito que examinou a mãe deles ainda viva se recusou a afirmar o nexo de causalidade entre o tabagismo e o câncer que a matou” (TJRJ. 16ª CC. AC 2002.001.02666. Rel. Des. Miguel Ângelo Barros, j. 30/04/02, p. 10/05/02, g.n.)⁹¹.

14.12. Importa que o MSA foi uma combinação negociada de fatores tributários e regulatórios que emergiram de um acordo extrajudicial. Uma vez que o MSA foi produto de um contexto político, legal, regulatório e tributário que existiu nos Estados Unidos à época da sua realização (mais de 20 anos atrás), não tem qualquer aplicação no Brasil, e, por essas razões, é de irrelevância manifesta para a presente demanda, não servindo de embasamento para as pretensões da AGU.

XV – SOBRE A SENTENÇA PROFERIDA PELA JUÍZA GLADYS KESSLER

15. A AGU também se socorre amplamente na inicial de sentença proferida no ano de 2006, nos Estados Unidos da América, pela Juíza Gladys Kessler, em ação movida pelo Departamento de Justiça Americano contra fabricantes de cigarro norte-americanas (anexo 51 da inicial, em língua estrangeira, apenas parcialmente traduzido). Na verdade, todos os argumentos desenvolvidos no capítulo 5.6 da inicial, denominado “a conduta das demandadas através da história” parecem ter sido retirados do aludido julgado.

15.1. Tal decisão é inaplicável ao presente caso, pois concebida em outra jurisdição e fruto de um contexto regulatório, tributário, jurídico e sócio-cultural totalmente diverso do brasileiro, como referido no tópico anterior. A ação foi movida perante o Judiciário norte-

91

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003B24DF0534A74E157286A9D728AA60950D6E9C3142F06>

americano, com relação a alegações relacionadas exclusivamente ao mercado norte-americano de tabaco sob uma lei federal específica dos Estados Unidos sem equivalente no Brasil.

15.2. Assim, as conclusões a que se chegou na referida sentença não refletem a realidade histórica do mercado brasileiro de tabaco e nem a extensa regulação, no Brasil, pelo Poder Legislativo e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Aliás, como reconhecido na inicial, a sentença discorreu longamente sobre práticas de fabricantes norte-americanas, mas não condenou as rés daquela ação ao pagamento de qualquer indenização.

15.3. Em especial, o tribunal norte-americano descartou completamente, naquele caso, desde o início da ação, a alegação central do governo dos Estados Unidos, semelhante à formulada pela AGU neste caso, de que as fabricantes de cigarros deveriam indenizar o sistema de saúde federal dos Estados Unidos da América pelos alegados custos com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, de acordo com o programa de seguro de saúde *Medicaid Health*. De fato, nenhum valor monetário a título de indenização foi deferido contra qualquer das rés naquela ação.

15.4. Além do mais, a BAT plc, que havia sido originalmente apontada como uma das rés, foi substituída na ação do Departamento de Justiça dos Estados Unidos pela subsidiária *BAT Industries plc* que, por sua vez foi excluída da lide antes do julgamento, por ausência de jurisdição (*United States v. Philip Morris, Inc. et al.* 116 F. Supp. 2d 116 [D.D.C. 2000] - conclusão da Juíza Kessler de que não havia evidência para amparar a assertiva de jurisdição quanto à *BAT Industries*).

15.5. Do grupo empresarial, a *British American Tobacco (Investments) Limited (BATCo)* permaneceu no processo até o julgamento final, quando foi completamente isenta de responsabilidades e de qualquer obrigação de observar as declarações da sentença, sob o fundamento de que a lei americana (*RICO act*) na qual Governo Federal dos Estados Unidos fundou a ação não tinha aplicação extraterritorial⁹². Assim, uma vez que a conduta da *BATCo* alegada naquele processo havia ocorrido fora dos limites territoriais dos Estados Unidos, o Tribunal norte-americano concluiu que não se poderia responsabilizá-la na ação.

⁹² *In Estados Unidos x Philip Morris USA, Inc et al.* N. 99-246 (GK) (D.D.C. Mar. 28, 2011), p. 11-12.

15.6. O mesmo resultado, por razões muito semelhantes, deve prevalecer no presente processo com relação à BAT plc, pois, como já exposto em sede preliminar (capítulo III *supra*), o Direito Internacional e seus princípios de soberania e reciprocidade não amparam a intenção da União de demandar extraterritorialmente contra a BAT plc, apenas porque ela recebe indiretamente lucros de uma subsidiária indireta brasileira.

15.7. Diante disso, cai por terra o principal fundamento da inicial, especialmente em relação à BAT plc, eis que, se aplicável em relação a ela os mesmos fundamentos da sentença proferida pela Juíza Kessler, ela estará isenta de qualquer responsabilidade. Assim, é no mínimo curioso que a AGU invoque tal caso para subsidiar a sua pretensão, tendo em vista que ele culminou na improcedência do pedido do Governo Federal dos Estados Unidos de ressarcimento dos gastos com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas e na exclusão da lide de todas as empresas grupo BAT não americanas. Essas empresas estrangeiras não exerceram qualquer atividade nos Estados Unidos, não ficaram sujeitas às declarações da sentença, a elas de todo inaplicáveis. Se tal sentença é um dos principais fundamentos do pedido da AGU, então o mesmo resultado de afastamento de responsabilidade quanto ao grupo BAT deveria se aplicar ao presente caso com relação à BAT plc., até mesmo por uma questão de coerência.

15.8. Seja como for, os remédios legais impostos na referida sentença norte-americana contra as demais fabricantes americanas são inteiramente compostos de determinações voltadas para o futuro com intenção de promover melhor regulamentação da venda de cigarros. A título de contextualização, a referida decisão foi proferida em 2006, antes de o FDA (*Food and Drug Administration*) americano ser autorizado a regular cigarros. Foi só em meados de 2009, que o FDA tornou-se mais ativo, com a ampliação legal da sua autoridade. No Brasil, todavia, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) exerce ativamente esse papel desde a sua criação em 1999.

15.9. A disparidade de cenários regulatórios, portanto, é outra razão pela qual a multicitada sentença da Juíza Kessler não guarda qualquer relação com a realidade brasileira, um dos países mais avançados do mundo no que diz respeito ao combate ao fumo.

XVI – AS DECISÕES DO STJ E DO TJSE EM AÇÕES SIMILARES
E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

16. Outra questão que é distorcida na inicial diz respeito à experiência internacional em ações como esta, buscando ressarcimento das fabricantes de cigarros pelas despesas com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas.

16.1. A União sugere que casos pendentes em países estrangeiros, nomeadamente Coreia do Sul, Canadá e Nigéria (p. 216) serviriam de base ao seu pedido, apesar de demandas similares terem sido encerradas de desfavoravelmente aos seus interesses sob a lei brasileira.

16.2. Com efeito, a autora maliciosamente ignora os julgados nacionais rejeitando pleitos similares. Por exemplo, o **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** já enfrentou ações similares a esta, mas movidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, uma contra a Souza Cruz (decisão já referida no item 9.23 *supra*) e outra contra a Philip Morris. Nos dois casos, aquela E. Corte manteve a improcedência reconhecida nas demandas pelas duas instâncias da Justiça Estadual de São Paulo, essencialmente pelos mesmos fundamentos que justificam a improcedência das ações individuais, mas também afastando expressamente o pleito de ressarcimentos aos entes públicos em razão da regulação e fiscalização por estes exercida sobre a atividade das fabricantes de cigarros, confira-se:

“(…) 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**” (STJ. RESP 1.573.794/SP. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, pub. 19/11/18, , g.n.).⁹³

“Outrossim, o recurso não merece prosperar quanto aos arts. 2º, 6º, inciso I, 12 e 17 do CDC; e dos arts. 186, 931 e 945 do CC/02. Sob as alegadas infringências, pleiteia

93

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=89128376&num_registro=201503024513&data=20181119

a imputação de responsabilidade civil ao recorrido pelos danos causados aos fumantes ativos e passivos, **bem como requer o ressarcimento ao Estados das despesas feitas com investimentos em prevenção e tratamento das doenças causadas pelo consumo de cigarros.** Afirma não ser possível alegar culpa exclusiva da vítima quando o produto é nitidamente viciante. O eg. TJ-SP, por sua vez, **afastou a responsabilidade do recorrido sob o fundamento de que a maioria dos consumidores possuem capacidade de entender os informes dos fabricantes, de modo que agem pelo livre arbítrio.** À título elucidativo, colacionam-se os exertos a seguir do v. acórdão estadual (fls.4723/4729): ‘(...) O cigarro é produto oferecido licitamente no mercado de consumo e o consumidor tem o livre arbítrio para fazer uso do produto ou não, assim como também tem o fumante passivo liberdade para escolher lugar de permanência, isento dos efeitos nocivos da fumaça. Responsabilizar o fornecedor pela escolha que fez o consumidor não se mostra razoável à luz dos princípios que orientam a moderna responsabilidade civil, sob pena de lançar sobre os ombros alheios as consequências das fraquezas e debilidades humanas. Não seria diferente com o consumo do álcool, dos alimentos nocivos [e são muitos aqueles com gorduras, açúcares, sal etc. encontrados nas prateleiras dos supermercados] e de todos os perigos sociais, cobrando-se de outrem o cuidado que todo cidadão deve ter com a sua própria vida. O direito não pode emprestar a essa situação a tutela que pleiteiam os autores’ (...). 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.** Nessa linha de inteligência, confira-se o arestos a seguir (...)” (STJ. RESP 1.577.283./SP Rel. Min. Lázaro Guimarães, Desembargador Convocado do TRF 5ª região, pub. 03/08/18, g.n.)⁹⁴

16.3. Mencione-se, ainda, que as tentativas anteriores do governo, por si próprio, de obter reparação judicial das fabricantes de cigarro também já foram rejeitadas. Por exemplo, em 2004, o Estado de Sergipe moveu ação pleiteando, dentre outros requerimentos, o custeio de tratamento do consumidor para “desintoxicação e saída do vício”. A ação foi julgada improcedente em duas instâncias, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe consignado que:

“(...) *Ex positis*, não há que se falar responsabilidade objetiva da requerida frente ao Estado de Sergipe e aos consumidores, pelos danos decorrentes do uso constante do cigarro, uma vez que é de conhecimento geral que o uso do cigarro gera problemas de saúde. **No que tange à alegação do recorrente de que deve ser ressarcido pelos gastos vultosos que tem com o tratamento de usuários de nicotina, a mesma também não prospera, uma vez que a assistência à saúde é um dever constitucional do Estado.** Vejamos: ‘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’ (artigo 196, da CF)” (TJSE. 1ª Câmara

94

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85751938&num_registro=201503284205&data=20180803

Cível. Apelação Cível 1865/2012. Rel. des. Roberto Eugenio da Fonseca Porto, julg. 03/07/12, g.n. – **doc. 10**).

16.4. Ao invés de se pautar nos julgados brasileiros, a União pretende que esse i. Juízo, de alguma forma, baseie-se em ações de ressarcimento ainda em curso no Canadá, na Coreia do Sul e na Nigéria. Tais ações estrangeiras encontram-se em variados estágios de desenvolvimento e estão pendentes de julgamento, ou seja, **ainda não foi proferida decisão de mérito em nenhuma delas**. Além disso, essas ações não podem servir de fundamento para uma ação ajuizada no Brasil porque envolvem sociedades diferentes, povos diferentes, hábitos diferentes, leis diferentes, fatos diferentes, réus diferentes e diferentes produtos e marcas. *Data venia*, as diferenças entre tais países e o Brasil são abissais!

16.5. Por exemplo, os casos de ressarcimento canadenses são fundamentados em legislação específica daquele país, enquanto, no Brasil, não existe lei que autorize a União a requerer o ressarcimento dos gastos do SUS. O fato de certas ações de ressarcimento terem prosseguido em jurisdições estrangeiras, sob sistemas jurídicos estrangeiros, não guarda qualquer relação com a legislação brasileira e a fabricação, comercialização e consumo de cigarros no Brasil.

16.6. Ademais, mesmo assumindo que os casos estrangeiros seriam relevantes (quando não são), a União omite o fato de que nenhuma Corte estrangeira proferiu julgamento contrário à indústria do tabaco em ações de ressarcimento de despesas médicas. Nos **Estados Unidos**, esse tipo de pedido também já foi maciçamente rejeitado sob o principal fundamento de “*remoteness*”, ou seja, de que o ente que arca com as despesas médicas teria sofrido um dano material demasiadamente remoto em relação à conduta do fabricante de cigarros, algo similar a ausência denexo causal direto e imediato (**art. 403**, do **Código Civil**) do direito brasileiro, já demonstrada no capítulo XI *supra*, particularmente itens 11.4 e 11.5.

16.7. Sob esse fundamento (“*remoteness*”), nove Cortes Federais de Recursos norte-americanas e uma série de tribunais estaduais rejeitaram ações de reembolso de gastos médicos, **não tendo havido nenhuma decisão favorável a tal pedido naquele país**.⁹⁵ Diversos tribunais

⁹⁵ (1) *Laborers Local 17 Health and Welfare Benefit Fund, et al. v. Philip Morris, et al.*, 191 F.3d 229, 244 (2nd Cir. 1999); (2) *Steamfitters Local Union (sindicato) No. 420 v. Philip Morris, Inc.*, 171 F.3d 912, 921 (3rd Cir. 1999); (3)

estaduais dos EUA chegaram às mesmas conclusões.⁹⁶ Ademais, as Cortes norte-americanas também reconheceram que ações para recuperação de despesas médicas são extremamente especulativas por natureza⁹⁷.

16.8. Isso porque, conforme já referido nesta peça, a demonstração do nexos causal neste caso necessariamente dependeria da comprovação, pela União, de que o dinheiro gasto no tratamento de uma doença associada ao consumo de cigarros de certo indivíduo fumante não teria sido gasto com esse mesmo indivíduo, mesmo que ele jamais tivesse fumado. Os modelos de cálculo dos gastos com o tratamento de doenças associadas ao consumo de cigarros mencionados na inicial carecem de validade e confiabilidade, conforme amplamente referido no capítulo X *supra*.

16.9. Os mesmos fundamentos acima referidos foram utilizados nos Estados Unidos para a rejeição de ações de reembolso movidas por diversas entidades estrangeiras. Em 1998, a República da Guatemala foi o primeiro governo estrangeiro a mover uma ação indenizatória desse tipo contra a indústria do tabaco nos Estados Unidos e, nos anos de 1998 e 1999, doze países, onze estados brasileiros e onze cidades brasileiras moveram ações similares em cortes estaduais e federais nos EUA. Atualmente, todos os 36 casos propostos por entidades estrangeiras foram rejeitados nos Estados Unidos.

16.10. Vale, a título meramente exemplificativo, citar alguns trechos da decisão da Suprema Corte do Estado de Delaware proferida na ação de ressarcimento movida pelo Estado de São Paulo, *verbis*:

Texas Carpenters Health Benefit Fund, et al. v. Philip Morris, et al., 199 F.3d 788, 790 (5th Cir. 2000); (4) Perry, et al. v. The American Tobacco Company, et al., 324 F.3d 845, 849 (6th Cir. 2003); (5) Int'l Bhd. of Teamsters v. Philip Morris, Inc., 196 F.3d 818, 825 (7th Cir. 1999 – valendo destacar: “**o dano pelo qual os reclamantes buscam compensação é deveras remoto, a cadeia de eventos causadores excessivamente longa, o risco de recuperação dupla é palpável porque fumantes podem mover suas próprias ações . . .**”); (6) Lyons, et al. v. Philip Morris, et al., 225 F.3d 909, 914 (8th Cir. 2000); (7) Oregon Laborers-Employers Health & Welfare Trust Fund v. Philip Morris, et al., 185 F.3d 957 (9th Cir. 1999); (8) United Foods and Comm'l Workers Union, Employers Health and Welfare Fund v. Philip Morris, et al., 223 F.3d 1271, 1274 (11th Cir. 2000); (9) Serv. Employees Int'l Union Health & Welfare Fund v. Philip Morris Inc., 249 F.3d 1068, 1076 (D.C. Cir. 2001).

⁹⁶ Por exemplo: Indiana v. Philip Morris, N49007-9702-CT-000236, ordem em 1-2 (Marion Sup. Ct. Jul. 23, 1998); Iowa v. Philip Morris, Inc., 577 N. W.2d 401, 406-07 (Iowa 1998) (“o Estado não pode ser indenizado pelos danos causados pelas rés porque as lesões são derivadas e muito remotas”); Maryland v. Philip Morris, Inc., Nº 96122017/CL211487 decisão judicial 7 (Baltimore City, Md. Cir. Ct. 21 de maio de 1997); McGraw v. Am. Tobacco Co., Nº 94-C-1707, decisão judicial 7 (Kanawha Co., W. Va. Cir. Ct. Mar. 24, 1997); Washington v. Tobacco Co., 1997 WL 714842, a^o 4 (Wash. Super. Ct. 1997)

⁹⁷ Laborers Local 17, at 239-240.

“Conforme observado anteriormente, as Empresas de Tabaco Rés pleitearam o indeferimento das reclamações, com base na falha em apresentar uma solicitação de reparo que possa ser julgada baseada na lei. O Tribunal Superior atendeu ao pedido, **considerando que as alegações dos Governos Estrangeiros apresentam falhas, uma vez que estas não apresentam a causa imediata, como matéria de lei:** (...)

‘Atuando como prestador de serviços de saúde, os Governos Estrangeiros não podem determinar a causa imediata dos danos sofridos, uma vez que os danos estão relacionados às Rés Apelantes exclusivamente através de atos ou omissões dos cidadãos dos Governos Estrangeiros. **Entre a suposta conduta danosa das Rés e os danos sofridos pelos Governos Estrangeiros, estão os respectivos cidadãos fumantes. Os fumantes rompem a cadeia causal e perturbam a sequência natural e contínua entre o ato e o dano.**’

(...) Considere-se também que, uma vez que as seguradoras são essencialmente intermediárias financeiras, o fato de terem pago ou prestado diretamente os custos do atendimento médico poderá não resultar em qualquer indenização. As seguradoras de saúde comerciais pagam os custos dos serviços médicos para os fumantes, por meio da cobrança adiantada de prêmios maiores.

Embora os Governos Estrangeiros não sejam seguradoras de saúde comerciais e os pagamentos recebidos não assumam a forma de prêmios pagos adiantadamente pelos segurados, para fins dessas ações judiciais, **os Governos Estrangeiros estão movendo ações judiciais na qualidade de seguradoras de saúde e parte dos impostos que recebem dos contribuintes em bases continuadas poderia ser o equivalente funcional dos prêmios de seguro**”

Além disso, igualmente, se não ainda mais fundamental, as questões subjacentes à possibilidade de ter a responsabilidade do autor do ato ilícito estendida às seguradoras de vítimas do ato ilícito trazem uma série de preocupações políticas, incluindo o efeito que este novo fundamento a ensejar responsabilidade teria sobre a economia nacional. Tão complexas e intrincadas são estas preocupações que devem ser melhor abordadas pelo legislativo, não pelos tribunais que aplicam princípios da *common law*” (doc. 11).

16.11. A experiência ao redor do mundo não difere da americana: (i) na **França**, ação de reembolso movida em 1999 pela responsável pelo sistema de seguridade social francês foi rejeitada pelo Tribunal⁹⁸; (ii) em **Israel**, o Supremo Tribunal de Israel considerou que os danos que a seguradora alegou que eram danos indiretos e cujo necessário “grau de proximidade” não ficou demonstrado pelos pagadores de modo a impor responsabilidade direta às empresas de tabaco;⁹⁹ (iii) na **Austrália**, em 1999, o Ministro da Saúde decidiu não intentar ação de reembolso por entender que “*nós já tomamos uma grande quantia de dinheiro através de impostos e tarifas sobre o tabaco e que seria muito improvável que um caso similar aos que tem sido abertos por estados americanos obtivesse vitória aqui*”¹⁰⁰; (iv) no **Reino Unido**,

⁹⁸ CPAM de St. Nazaire v. SA Seita, et al., Docket No. 99/01204, (2003). Caisse Primaire d'Assurance Maladie de St. Nazaire v. Societe Nationale d'Exploitation Industrielle des Tabacs et Allumettes – SA Seita, et al., Docket No. 03/07824, Decisão Nr. 517, (Ct. of App. of Rennes, 2006).

⁹⁹ Clalit Health Services v. Philip Morris Inc., Supremo Tribunal de Israel (13 de julho de 2011).

¹⁰⁰ Esse é o caso no Brasil, onde o imposto sobre cigarros pago aos governos federal, estadual e municipal é responsável por

vários jornais, incluindo as edições de 16 de fevereiro de 1999 do *Birmingham Post*, *The Independent*, *The Journal* e do *Western Daily Press* relataram que o Governo Britânico rejeitou as propostas dos fundos de saúde no sentido de que processar as indústrias de tabaco, advertindo que quaisquer ações nesse sentido seriam ilegais¹⁰¹; (v) também na **Nova Zelândia**, no ano 2000, o governo considerou intentar ações de reembolso contra a indústria do tabaco, mas a Ministra de Assuntos de Consumo julgou que esse tipo de ação não era possível¹⁰²; (vi) esse tipo de ação foi cogitado na **Alemanha**, onde se decidiu por não intentá-la em razão de obstáculos insuperáveis de prova¹⁰³; (vii) finalmente, em 2006, o governo da Andalusia (**Espanha**) também demandou contra fabricantes de cigarros por despesas com saúde, mas o pleito foi rejeitado em 2013.

16.12. Portanto, a experiência internacional não socorre à AGU, nem no extremado sistema judicial americano e nem em outros países do mundo. De fato, a AGU não cita um único precedente estrangeiro em que uma seguradora de serviços de saúde sagrou-se vitoriosa em ação semelhante à presente, pois não existe tal precedente. A AGU deveria, por honestidade de boa-fé processual, no mínimo, ter admitido tal fato na inicial.

XVII – SOBRE O DANO MORAL COLETIVO

17. O pedido de dano moral coletivo parece ter sido jogado na inicial, já que a AGU não se preocupou em fundamentá-lo corretamente, a ponto de tal pedido beirar a inépcia, se não padecer integralmente de tal falha. De plano: a fabricação e venda de um produto lícito que, apesar de sabidamente nocivo, é autorizado, regulado, fiscalizado e – sobretudo – altamente tributado pela própria União, não pode gerar dano moral coletivo a quem quer seja.

17.1. Fuma quem quer, ciente das notórias características do produto, devendo o próprio fumante arcar com as eventuais consequências da sua decisão, incluindo os custos com

mais de 75% do preço final.

¹⁰¹ The Tobacco Industry and the Health Risks of Smoking – Second Report, House of Commons, Health Committee, 2000, Vol. I, at p. 407.

¹⁰² Hon. Phillida Bunkle, Discurso na Reunião Anual da ASH, 28 de agosto de 2000, <http://www.executive.govt.nz/minister/bunkle/speeches/sp280800.htm>, acessado em 26 de junho de 2007.

¹⁰³ Molitoris, Tabakprozesse in den USA, deutschland und anderen europäischen Ländern, NJW 2004, page 3662 et seq. ; Süddeutsche Zeitung, 31 de agosto de 1999, página 21.

tratamentos médicos, apenas arcados pela União em razão do sistema de seguridade universal adotado pelo sistema constitucional brasileiro.

17.2. A AGU, todavia, parece defender a partir da página 222 da inicial que o pedido de dano moral coletivo funda-se na “*forma como as demandadas optaram por conduzir o seu modelo de negócios, desde a década de 1950*” (página 223), o que levaria ao reconhecimento de prescrição.

17.3. De todo modo, já se demonstrou nos itens 4.8, 4.17, 4.30 e 9.32 *supra* que a BAT plc não determina e jamais determinou o comportamento da Souza Cruz no Brasil, assim como não emitiu qualquer posicionamento no Brasil ou onde quer que seja, tratando-se de empresa *holding* investidora. Também já foi referido que a contestante passou a operar em setembro de 1998, quando a inicial enumera condutas praticadas por outras empresas estrangeiras desde a década de 50 até o início dos anos noventa.

17.4. Evidente, de outra parte, que tais comportamentos não poderiam ter qualquer consequência no Brasil. Nesse sentido, para que o pedido de dano moral coletivo pudesse ser encarado com alguma seriedade, a AGU deveria ter minimamente demonstrado que “*as estratégias para enganar o público e omitir informações sobre os malefícios*” (página 14 da inicial), teriam sido bem sucedidas em relação aos fumantes brasileiros e que, não fosse por elas, eles não teriam começado a fumar. A premissa é em si absurda, ainda mais considerando o antigo e disseminado conhecimento quando aos riscos associados ao consumo de cigarros, antes demonstrado (itens 13.8 a 13.17 *supra*).

17.5. Significa que tampouco existe nexos causal que justifique a condenação da BAT plc por “danos morais coletivos” com base no comportamento da “indústria” nas décadas passadas.

17.6. É óbvio que, ademais, que uma vez que a jurisprudência consolidada sustenta que os indivíduos fumantes não têm direito a danos morais ou materiais em ações dessa natureza, a “sociedade” em geral, amorfamente personificada em “fundos públicos”, como sugerido pela AGU, certamente não tem mais direitos do que os próprios indivíduos que a

compõem, a ponto de ser indenizada, merecendo ser julgado improcedente também esse pedido.

XVIII – IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS PEDIDOS

18. Conforme visto ao longo da defesa, a demanda intentada pela AGU não tem meios de prosperar, s.m.j., sobretudo em relação à BAT plc, empresa estrangeira que não atua no Brasil, conforme exaustivamente demonstrado nas duas preliminares a esse respeito (capítulos III e IV *supra*). Ainda assim, a contestante passa a rebater de forma específica os pedidos formulados na inicial.

18.1. Quanto ao pedido de citação da BAT plc no endereço da Souza Cruz (**pedido ‘A’** da página 246 da inicial), já foi referido em sede preliminar que não se aplica ao caso o art. 75, X e §3º, do CPC, vez que a Souza Cruz não é filial, agência ou sucursal da BAT plc, tendo sido nula a citação da contestante.

18.2. Em relação ao **pedido ‘B’**, é indevida a intervenção do Ministério Público Federal nesta ação, em que a União litiga por um direito individual, conforme demonstrado no capítulo V *supra*, não sendo o vago, subsidiário e não cumulável pedido de danos morais coletivos suficiente a justificar a sua participação.

18.3. O **pedido ‘C’** de procedência da demanda para condenar às rés à obrigação de indenizar a União é inadmissível e improcedente por todas as razões discorridas ao longo da defesa, devendo-se acrescentar que:

(i) o pedido de indenização periódica “*enquanto se verificarem os danos causados*” é **inepto** por levar à prolação de sentença condicional, o que é vedado pelo **art. 492, parágrafo único, do CPC**, e à perpetuação do litígio. Trata-se, ainda, de pedido de indenização por danos futuros e hipotéticos, quando ordenamento jurídico exige a existência de um dano atual para fins de responsabilidade civil, não tendo a União trazido qualquer parâmetro concreto em relação a esse pedido. Não obstante, as mesmas razões que justificam a improcedência do pedido de ressarcimento das (incomprovadas) despesas já incorridas com tratamento das doenças tabaco-

relacionadas (capítulos X e XI, tópicos XI.III e XI.IV *supra*) justificam, com ainda maior razão, a improcedência do pedido no que diz respeito aos “danos futuros”.

(ii) o pedido de **liquidação de sentença** (pedidos c.1; c.2 e c.3) deve ser rechaçado por este Juízo, eis que o dano e o nexos de causalidade são elementos centrais e essenciais da responsabilidade civil e devem ser comprovados na fase de conhecimento do litígio. Não há qualquer cabimento na pretensão da União em demonstrar parte dos elementos da responsabilidade civil num momento e deixar para demonstrar os demais elementos (certamente por reputar mais trabalhosa a sua comprovação), comodamente, após a prolação de uma sentença, acaso procedente esta (o que não se espera).

18.4. Com a devida vênias, a postura da União demonstra a pouca seriedade da presente ação. A União lança uma “aposta” propondo demanda completamente inusitada para preocupar-se com a demonstração dos seus elementos mais espinhosos somente se a ação der indícios de que vai vingar. Esse comportamento não pode ser tolerado, ainda mais por parte de um ente federativo, que tem ainda maior responsabilidade de trazer com a inicial e demonstrar na fase de conhecimento os elementos necessários ao julgamento do seu pleito.

18.5. A União tenta convencer que estaria relegando somente o cálculo do dano (*quantum debeat*) para liquidação de sentença, quando, na verdade, pretende relegar a comprovação do próprio dano alegado (*an debeat*) e do nexos causal para depois da sentença, o que não se admite.

18.6. Cabe à União comprovar na fase de conhecimento o gasto efetivamente despendido pelo SUS (e não meramente estimado) com o tratamento das 27 doenças que enumera na inicial, o que já deveria ter feito documentalmente, pois se trata de informação que tem ou deveria ter, sobretudo considerando os dois anos que a AGU demorou para elaborar a inicial. Esqueceu-se, todavia – e convenientemente – de demonstrar o elemento mais fundamental de todos!

18.7. Vale lembrar que o gasto com o tratamento das doenças referidas na inicial sequer equivale à indenização que a União requer, mas um dos elementos para o seu cálculo, que já deveria estar comprovado. A União terá que demonstrar também o seu alegado **prejuízo**,

consistente na diferença entre o gasto atual e real incorrido no tratamento das doenças enumeradas na inicial e o gasto que a União incorreria com o necessário tratamento médico da mesma população, independentemente do cigarro, ou seja, ainda que ele não existisse.

18.8. Diz a União que a indenização por ela perseguida deverá ser calculada incidindo-se sobre os gastos do SUS (que ela não revelou quais são) a fração atribuível ao tabaco em relação a cada doença listada (p. 228 da inicial), calculada esta em estudos epidemiológicos estrangeiros.

18.9. Ocorre que foi demonstrado no capítulo XI, tópicos XI.III e XI.IV *supra* que o recurso a estudos estatístico-epidemiológicos, ainda mais importados, para a finalidade pretendida pela União não é admitida pelo ordenamento jurídico, assim como não é admitida a aplicação do *market share* das rés para o cálculo da indenização. Todavia, sendo essa a tese da União e considerando que esses dados estão largamente disponíveis, não havia qualquer impedimento para que ela apontasse na inicial o valor que pretende receber a título de indenização.

18.10. Os elementos que a União sustenta serem suficientes à demonstração do dano e do seu cálculo já existem, razão pela qual não lhe era autorizado formular um pedido genérico neste caso, absolutamente excepcional (art. 324, 1º do CPC) e, menos ainda, formular descabido pedido de liquidação de sentença, quando na verdade não demonstrou nem o dano nem o nexo causal, elementos, insista-se, essenciais à qualquer modalidade de responsabilidade civil e que, portanto, devem ser claramente demonstrados na fase de conhecimento pela União.

18.11. O **pedido ‘D’**, indenização por danos morais coletivos, é de improcedência manifesta pelas razões expostas no capítulo XVII *supra*.

18.12. Mencione-se, ainda nesse ponto, por extremo apreço ao princípio da eventualidade, que uma inesperada condenação na hipótese dos autos jamais poderia ser solidária em cada grupo empresarial (no caso, BAT plc e Souza Cruz), como a AGU requer na página 235 da inicial. Mesmo que se superassem as preliminares em relação à presença da BAT plc no feito, a solidariedade depende da lei e da vontade das partes (**art. 265**, do **Código Civil**)

e não há qualquer previsão legal ou contratual que ampare a solidariedade na hipótese, não se aplicando o caso o art. 942, do Código Civil, conforme demonstrado no item 4.44 *supra*.

18.13. Na pior das hipóteses, se superado tudo o quanto foi exposto nos capítulos III e IV *supra*, a responsabilidade da BAT plc seria subsidiária à da Souza Cruz se e tão somente estivessem presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica desta última e das demais empresas existentes entre ela e a BAT plc.

XIX – CONCLUSÃO E PEDIDOS

19. Em face do exposto, a BAT plc requer seja decretada a nulidade da sua citação (capítulo II *supra*) e, na sequência, que o **feito extinto sem o julgamento do mérito em relação a ela**, pelas razões demonstradas nas preliminares de falta de jurisdição brasileira e ilegitimidade passiva, suscitadas nos capítulos III e IV *supra*.

19.1. Caso superadas as preliminares acima, o que se admite em respeito ao princípio da eventualidade, a BAT plc requer a extinção do feito sem o julgamento do mérito por ausência de interesse-adequação para a propositura de Ação Civil Pública, já que a União tutela interesse individual próprio e não interesse coletivo, sendo inviável, por ostensiva incompatibilidade, a cumulação do pedido de danos morais coletivos com esse pedido principal, tudo conforme demonstrado no capítulo V *supra*.

19.2. Se forem superadas as preliminares, o que não se espera, a BAT plc requer seja reconhecida a prescrição integral da pretensão indenizatória da União, pelas razões expostas no capítulo VI *supra*.

19.3. No **mérito**, a BAT plc requer seja a demanda julgada **improcedente**, inclusive de forma antecipada, nos termos do art. 355, I, do CPC, considerando a jurisprudência do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** existente sobre a matéria, bem como os sérios e relevantes óbices jurídicos demonstrados ao logo da peça e sintetizados nas seguintes premissas:

(I) A “indenização” requerida pela União tem verdadeira natureza tributária, pelo que somente poderia ser instituída por Lei e não por meio de ação judicial, sendo que o setor fumageiro já

arca com a pesada carga tributária incidente sobre a atividade e que já considera justamente a pouca essencialidade e os notórios riscos associados ao consumo de cigarros;

(II) O custeio da saúde é dever do Estado por comando do art. 196, da Constituição Federal. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer lei que ampare a pretensão da União de transferir aos particulares esse dever. Os particulares participam do financiamento da máquina pública por meio do pagamento dos tributos legalmente instituídos;

(III) Não estão presentes os elementos da responsabilidade civil que justifiquem o deferimento de indenização à União, ainda mais em caráter futuro e perpétuo. Ausente em primeiro lugar, o ato ilícito, já que a fabricação e venda de cigarros é atividade lícita e regulamentada no Brasil. Ademais:

(a) os arts. 927, p. único e 931, do Código Civil não fundamentam a condenação das rés pois prescindem do elemento culpa, mas não de um ato ilícito em sentido amplo (antijuridicidade), estando este ausente no caso;

(b) os arts. 186 e 188, do Código Civil também não amparam a União, pois ausentes os elementos da responsabilidade subjetiva: a BAT plc jamais praticou qualquer ato no Brasil e a Souza Cruz tem completa autonomia para gerir o seu negócio, sendo que a BAT plc foi criada em Londres do ano de 1997 não sendo responsável por documentos produzidos por outras empresas estrangeiras entre 1950 e o começo da década de 90;

(c) o art. 187 do Código Civil tampouco socorre à inicial, pois a BAT plc jamais atuou em abuso de direito, ao contrário da União, que formula pedido indenizatório em verdadeiro *venire contra factum proprium* depois de tantos anos estimulado a atividade fumageira;

(d) a Convenção-Quadro Para Controle do Tabaco é norma programática e não fundamenta ou justifica esta ação. A sua aplicação sem a devida complementação legal representa violação ao Princípio da Separação de Poderes e da Legalidade.

(IV) Ausente, também, o dano indenizável, pois os aportes que a União faz ao SUS em cumprimento à Constituição Federal e à Lei não se confundem com um dano injusto. Além

disso, a União não demonstrou, como deveria ter feito, quais foram os gastos do SUS nos últimos cinco anos com o tratamento das doenças tabaco relacionadas pelas quais pretende ser indenizada, sendo inadmissível, de outra parte, a indenização por danos hipotéticos e futuros em relação aos quais a União não ofereceu qualquer parâmetro concreto;

(V) Ausente o nexo de causalidade, de plano rompido pela culpa exclusiva do fumante, que se interpõe entre a atividade de fabricação/comercialização de cigarros e o gasto com o tratamento das doenças tabaco-relacionadas; além disso, os dados epidemiológicos não se prestam ao estabelecimento do nexo causal em ação de responsabilidade civil, já que este deve ser direto e imediato (e não remoto e possível, como no caso), menos ainda estudos epidemiológicos estrangeiros, que não levam em consideração as características da população brasileira;

(VI) Ainda, não se pode simplesmente atribuir responsabilidade às duas rés brasileiras que foram escolhidas pela União para integrar o feito, quando grande parte do mercado é tomada por cigarros contrabandeados, que não pagam impostos e não seguem as normas sanitárias brasileiras, sendo que o usuário do SUS, de baixo poder aquisitivo, coincide em maior parte com o consumidor do mercado ilegal, que disponibiliza cigarros mais baratos.

(VII) Aplica-se ao caso dos autos o entendimento já consolidado pelas Cortes nacionais de que não cabe indenização aos fumantes, ex-fumantes ou seus familiares pelas doenças imputadas ao consumo de cigarros, produto de periculosidade inerente e conhecida, de modo que a decisão de consumir ou não o produto integra a liberdade do indivíduo, que, em contrapartida, deve arcar com as eventuais consequências da sua escolha;

(VIII) Também se aplica ao caso o entendimento já manifestado pelo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** pela improcedência de pedido similar formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, sendo certo, ainda, que ações semelhantes a esta têm sido rechaçadas ao redor do mundo sob o principal fundamento de ausência de nexo causal em razão do comportamento do fumante (*remotness*).

(IX) Por outro lado, não ampara a União o acordo celebrado nos Estados Unidos e sentença proferida em processo movido naquele mesmo país, ambos justificados por cenários regulatório

e tributário existentes nas respectivas ocasiões e completamente diferentes do que se verifica no Brasil;

(X) Improcede, por fim, o pedido de dano moral coletivo diante da já mencionada ausência de elementos para a configuração de responsabilidade civil.


19.4. A contestante requer, ainda, sejam **desentranhados** dos autos todos os documentos em língua estrangeira – muitos dos quais também ilegíveis – desacompanhados de tradução juramentada e integral, que foram anexados à inicial em inobservância ao **art. 192, §1º**, do **CPC**, conforme referido pela **Professora NADIA DE ARAUJO** no anexo parecer (**doc. 04**).


19.5. Requer a condenação da União nos honorários sucumbenciais, nos termos do **art. 85, parágrafos 3º e 5º** do **Código de Processo Civil**, eis que inaplicável o art. 18 da LACP pelas razões expostas no capítulo V *supra*.

19.6. Caso a demanda não seja imediatamente extinta ou antecipadamente julgada improcedente, a contestante protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente prova documental suplementar, oral e pericial, a serem realizadas na fase de conhecimento.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Porto Alegre, 12 de maio de 2020.


PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO
OAB/RJ nº 33.996


ELIANE LEVE
OAB/RJ nº 117.534

Documentos anexados:

- 1) Procuração, substabelecimentos e documentos constitutivos da BAT plc
- 2) *Affidavit* de Paul McCrory
- 3) Tradução juramentada do *Affidavit* (declaração) de Paul McCrory
- 4) Parecer da Professora Nadia de Araujo
- 5) Parecer do Professor Nelson Eizirik
- 6) Parecer do Professor Daniel Prentice original (em inglês)
- 7) Tradução juramentada do parecer do Professor Daniel Prentice
- 8) Parecer do professor Simon Schwartzman
- 9) Compilação de documentos diversos sobre o conhecimento dos riscos associados ao consumo de cigarros desde o século XIX
- 10) Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em ação coletiva movida pelo Estado
- 11) Decisão da Suprema Corte do Estado de Delaware proferida em ação de ressarcimento movida pelo Estado de São Paulo