

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”) já qualificada nos autos da Ação Civil Pública que lhe move a **UNIÃO**, representada pela Advocacia-Geral da União (AGU), embora refutando expressamente a jurisdição brasileira pelos motivos já expostos em sua contestação e aqui reafirmados, vem, em cumprimento à decisão de **evento 85**, tempestivamente¹, manifestar-se sobre os pareceres anexados pela ACT Promoção da Saúde no evento 71, especificar as provas que pretende produzir, bem como se manifestar sobre a réplica apresentada no evento 98, nos termos do art. 437, §1º, do CPC, uma vez que foram anexados novos documentos.

Repita-se à exaustão que a presente manifestação não importa reconhecimento tácito ou explícito de jurisdição brasileira sobre a peticionante, que reitera linhas abaixo a ausência total de jurisdição brasileira sobre si.

¹ A peticionante foi intimada da decisão em 15/07/22 (evento104), de modo que o prazo de 30 dias úteis para a apresentação desta manifestação encerra-se em 29/08/22 (evento 99), considerando que não houve expediente forense no dia 11/08/22.

ÍNDICE

I – INTRODUÇÃO.....	3
II – JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO: NECESSIDADE DA IMEDIATA ANÁLISE DAS PRELIMINARES E DA PRESCRIÇÃO	10
(ii.i) Ausência de Jurisdição brasileira em relação à BAT plc	11
(ii.ii) Ilegitimidade passiva da BAT plc	27
(ii.iii) Ausência de interesse-adequação	32
(ii.iv) Prescrição.....	37
III – JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO: JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO PELA IMPROCEDÊNCIA	43
IV – SOBRE OS PARECERES ANEXADOS AOS AUTOS PELA ACT (EVENTO 71). SOBRE A RÉPLICA E DOCUMENTOS (EVENTO 98). OS PARECERES JURÍDICOS ANEXADOS PELA SOUZA CRUZ	53
(iv.i) O Parecer do Professor Luís Renato Vedovato: Jurisdição	53
(iv.ii) O parecer da Professora Tathiane Piscitelli: Tributação	54
(iv.iii) O parecer do Professor Cassio Scarpinella Bueno: Liquidação de sentença	63
V – SOBRE OS DOIS PARECERES DE RESPONSABILIDADE CIVIL ANEXADOS PELA ACT: Opiniões não respaldadas pela jurisprudência pacífica sobre a matéria. Os pareceres jurídicos anexados pela Souza Cruz	72
(v.i) O parecer dos Professores Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem	81
(v.ii) O parecer de Oscar Vilhena e André Correa	88
VI – OS PARECERES TÉCNICOS ANEXADOS PELA SOUZA CRUZ.....	95
(vi.i) Pareceres econômicos de Gesner Oliveira e FTI: Diferença entre gastos e danos	96
(vi.ii) Pareceres da Oxford Economics e da FTI: Repercussões econômicas do mercado ilegal de cigarros causado pela negligência/imperícia da União	100
(vi.iii) Relatório e Parecer do Dr. Luiz Pontel de Souza: Negligência e imperícia da União no combate ao mercado ilegal de cigarros.....	103
(vi.iv) Relatório e Parecer do Dr. Luiz Pontel de Souza: Fraudes no SUS.....	106
(vi.v) Parecer do Dr. Denizar Vianna Araújo: Ineficiências do SUS	108
VII – DUAS DECISÕES SOBRE A QUESTÃO EM DEBATE	111
VIII – ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS	115
IX – CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS	118

I – INTRODUÇÃO

1. A União ingressou com esta demanda insustentável requerendo indenização por aportes federais realizados ao SUS, em cumprimento de comando constitucional e legal, que seriam gastos com o tratamento de 27 doenças listadas na inicial e alegadamente associadas ao consumo de cigarros.

1.1. As quatro contestações apresentadas evidenciam a impossibilidade de prosseguimento da ação em razão de insuperáveis óbices processuais, os quais serão abaixo relembrados, destacando-se, em relação a esta demandada, a ausência de jurisdição brasileira e a ilegitimidade passiva, pois a BAT plc jamais atuou no Brasil e aqui não possui domicílio (a Souza Cruz não é sua agência, filial ou sucursal). Também suscitaram a inadequação da ação civil pública para a defesa de interesses individuais da própria União enquanto pessoa jurídica de direito público. Não bastasse, demonstraram a prescrição da pretensão tardiamente veiculada pela União, que financia o SUS desde a sua regulamentação, na década de 90, e tem ciência há décadas dos riscos associados ao consumo de cigarros, tanto que estabeleceu e ainda estabelece extensa regulação e tributação sobre a atividade para lidar com esses riscos. Tanto as preliminares suscitadas como a prescrição fundamentam a imediata extinção do processo, nos termos do **art. 354**, do **CPC**.

1.2. No mérito, as Rés demonstram as variadas e relevantes razões de improcedência dos pedidos, enumeradas no item 3.2 *infra*. Tais razões são eminentemente jurídicas, de modo que fundamentam o **juízo antecipado pela improcedência**, nos termos do **art. 355, I**, do **CPC**, uma vez que esse resultado não seria alterado por qualquer prova que a União viesse a produzir, isso ainda que ela tencionasse produzir alguma prova das suas alegações pelos meios pertinentes, o que já esclareceu em réplica não ser o caso.

1.3. Apenas enunciando o que foi exposto na defesa e será abaixo ressaltado em tópicos sintéticos, dentre as principais razões de direito que levam à improcedência desta demanda, independentemente da instrução probatória, destaca-se, acima de todas, o fato de ser dever do Estado, e não do particular, prover a saúde de seus cidadãos, como consta expressamente no **art. 196 da Constituição Federal**. Com esse propósito foi criado o SUS, cujo financiamento

é de obrigação constitucional e legal da União e demais entes federativos, razão constitucional suficiente a ensejar a improcedência do pedido de ressarcimento formulado na inicial. O particular participa do financiamento da máquina pública por meio do recolhimento de tributos, especialmente elevados no caso do setor fumageiro, no qual o Governo Federal é o sócio oculto e majoritário do negócio, já que retém mais 70% do preço final do produto em tributos incidentes sobre a atividade.

1.4. A par disso, não existe autorização legal para a propositura desta ação, o que seria necessário em razão da aplicação do princípio da legalidade à administração pública. Ainda, salta aos olhos o caráter tributário do pedido de ressarcimento atrelado a uma atividade notoriamente lícita, mais ainda no que diz respeito à “indenização pelos danos futuros”. A União pretende recuperar gastos com o tratamento de fumantes, quando a utilização dos serviços de saúde prestados pelo SUS é um direito constitucional garantido a todos os cidadãos, sejam fumantes ou não fumantes, o que evidencia que a ação é uma tentativa desautorizada da União de tributar ou arrecadar fundos para financiar as suas próprias obrigações constitucionais.

1.5. Sob a ótica da responsabilidade civil, estão ausentes **todos** os elementos necessários e cumulativos ao reconhecimento do dever de indenizar, constatação que, novamente, independe da produção de qualquer prova. Assim é que: **(i) não há dano**, pois este não decorre do mero cumprimento, pela União, da sua obrigação de contribuir para o financiamento dos SUS nos termos da Constituição Federal e das leis aplicáveis; **(ii) não há ato ilícito/culposos**, dada a inquestionável e inquestionada licitude da fabricação e comercialização de cigarros no Brasil, apesar da sua notória periculosidade inerente, conhecida por toda a sociedade há tempos imemoriais e, particularmente, pela União Federal; **(iii) não há nexos causal** entre a fabricação de cigarros e suposto “dano” (despesas do SUS com o tratamento de certas doenças), rompido este pelo comportamento do fumante (de optar ou não por fumar) e da própria União, que fomentou, autoriza, regulamenta e tributa ferozmente a atividade, mas falha exemplarmente no combate ao mercado ilegal de cigarros e na boa gestão dos recursos do SUS.

1.6. Dadas as insistentes alegações da União em sentido contrário, deve-se destacar que os arts. 931 e 927, p. único do Código Civil, ao estabelecerem a responsabilidade objetiva nas hipóteses que cuidam, não prescindem da antijuridicidade ou da ilicitude, de modo que não fundamentam a responsabilidade das Rés no presente caso, conforme demonstrando pela professora **Judith Martins-Costa** em amplo e detalhado parecer abaixo invocado, que também joga por terra cada uma das alegações formuladas pela União na tentativa de estabelecer a responsabilidade civil das demandadas. Tais dispositivos foram igualmente afastados como fundamento condenatório pelo STJ quando do julgamento dos casos individuais e também por ocasião do julgamento de demanda similar movida pelo Ministério Público de São Paulo².

1.7. A jurisprudência pacificada nas ações individuais movidas pelos próprios fumantes – inclusive requerendo o reembolso de despesas médicas com tratamento de doenças – igualmente leva à improcedência do pedido formulado nesta ação, pois se a indenização não é devida a parte diretamente afetada pela doença (o fumante), com maior razão não o é à parte indiretamente afetada (quem paga o tratamento de saúde do fumante), somente em razão de dever constitucional e legal de financiamento da saúde universal constitucionalmente garantida.

1.8. As razões acima, que – repita-se – ensejam um julgamento imediato de improcedência por serem meramente jurídicas, não restaram sequer arranhadas pela réplica de evento 98 ou pelos pareceres de evento 71, todos abaixo comentados. Ainda assim, encontram-se anexados à contestação, à manifestação da Souza Cruz de **evento 105** e a esta manifestação, pareceres jurídicos e não jurídicos que analisam em profundidade cada um dos aspectos desta lide e demonstram a sua completa temeridade, *data venia*.

1.9. A réplica, em especial, corrobora os argumentos das defesas, tanto preliminares, como de mérito. Por exemplo, confrontada com a inadequação da via eleita (ação civil pública) para a defesa de interesse próprio da União, a AGU contradiz as suas alegações iniciais passando então a defender que atua em nome da “coletividade”, na tentativa de conferir à demanda uma transindividualidade que ela não ostenta, tanto que não foi apontada na petição inicial. A inovação é fruto do desespero da União em consertar tardiamente a ação, configura alteração de causa de pedir e não pode ser admitida sem a concordância das Rés, aqui expressamente negada.

² STJ. RESP 1.573.794/SP. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, pub. 19/11/18.

1.10. O longo desvio para o direito ambiental, do qual a réplica lança mão em diversas passagens, ora como desesperada tentativa de afastar a prescrição (abaixo comentada), ora para fundamentar o pleito inicial, também revela o reconhecimento da União de que o pedido inicial é de *lege ferenda*, pois não encontra respaldo nas leis existentes e no direito aplicável. Despiciendo dizer que não está em debate qualquer desastre ambiental nesta ação, mas simplesmente um descabido pedido da União de ressarcimento por supostos e não especificados “danos” que consistem, todavia, em sua obrigação constitucional de realizar aportes financeiros ao SUS. Os postulados do direito ambiental são, portanto, completamente inaplicáveis a este caso e a sua invocação pela União, repita-se, apenas demonstra o seu reconhecimento quanto à improcedência da ação, se julgada, como se espera, de acordo com a lei e com o direito aplicáveis.

1.11. Causa estranheza, ademais, o fato de a réplica não ter tecido quaisquer considerações a respeito das contestações no que diz respeito às diversas condutas ilícitas alegadas no capítulo 5.6 da inicial e que fundamentariam a responsabilidade subjetiva das Rés (de acordo com o capítulo 6.4 da inicial). A respeito, a peticionante esclareceu que jamais atuou no Brasil, não tendo praticado nenhuma das condutas enumeradas pela União, embora estas não lhe tenham sido sequer especificamente atribuídas (capítulo IX.II da contestação). Já a Souza Cruz comprovou documentalmente não ter incorrido nas condutas alegadas pela União (consoante referido a partir da página 169 da sua contestação), de modo que **restou incontroversa** a inocorrência dos ilícitos alegados na inicial (**art. 374, II e III, do CPC**), tendo a União desistido da causa de pedir referente à responsabilidade subjetiva.

1.12. Também silenciou a União quanto ao *venire contra factum proprium* suscitado por todas as Rés e decorrente do fato de que a União fomentou, autoriza, regula e tributa a fabricação e a venda de cigarros no Brasil, de modo que não pode ser indenizada pelo mero exercício da atividade, como pretende. A omissão é grave na medida em que o *venire contra factum proprium* da União afasta o pretendido dever de indenizar, ou seja, trata-se de fato desconstitutivo do suposto direito da União (**art. 373, II, do CPC**), que deveria ter sido por isso impugnado em réplica (**art. 350, do CPC**), tendo havido, então, **preclusão** a respeito.

1.13. Outra questão em que o silêncio eloquente da União causa perplexidade diz respeito ao achapante mercado ilegal de cigarros, que atinge níveis estratosféricos no Brasil

(57% em 2019), em razão da ineficiência da própria União em combatê-lo, inclusive contrariando o único protocolo (de combate ao mercado ilegal) assinado como desdobramento da Convenção Quadro para Controle do Tabaco (CQCT), tantas vezes por ela invocada. As falhas no controle do mercado ilegal de cigarros, porém, configuram culpa exclusiva da União pelos supostos danos pelos quais ela busca reparação, rompendo novamente o pretense nexos causal. Assim, trata-se de nova omissão da União sobre fato desconstitutivo de seu alegado direito (**art. 373, II, do CPC**), igualmente coberta pelo manto da preclusão por ausência de impugnação tempestiva (**art. 350, do CPC**).

1.14. A esse respeito, aliás, tanto a Souza Cruz como a peticionante trazem aos autos pareceres econômicos (abaixo comentados) demonstrando, dentre outras questões, as perdas de arrecadação decorrentes do mercado ilegal – dinheiro que, em tese, poderia servir às finalidades alegadas nesta ação – e a intuitiva coincidência entre os consumidores de cigarros ilegais e os usuários do SUS, quais sejam, pessoas menos favorecidas economicamente, pois os cigarros ilegais são muito mais baratos do que os cigarros legais e sequer observam o preço mínimo legal ao qual se sujeita somente a indústria lícita. Os cigarros ilegais são provenientes em sua ampla maioria do Paraguai, não recolhem tributos no Brasil e não se sujeitam à severa regulamentação sanitária da ANVISA, aumentando seu potencial risco aos consumidores, em ampla maioria, repita-se, coincidentes com os usuários do SUS.

1.15. Com a propositura desta ação, a União deliberadamente beneficia fabricantes de cigarros ilegais, ou seja, criminosos, os quais não estarão sujeitos à pretendida “indenização”, tema ao qual a réplica não dedica uma linha sequer.

1.16. Ainda, a União torna a afirmar em réplica que a sua pretensão está baseada no artigo 19 da Convenção Quadro para Controle do Tabaco (CQCT), como se tal artigo fosse autoaplicável, sem mais, o que claramente não é (o próprio artigo dispõe que “*as Partes considerarão a adoção das medidas legislativas ou a promoção das leis vigentes para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação*”, g.n.).

1.17. Tal dispositivo não se sobrepõe à Constituição e às leis locais e não permite ao Juízo uma completa releitura dos artigos do Código Civil sobre os elementos da responsabilidade civil (ato ilícito, dano e nexos de causalidade), modificando os requisitos ali presentes. Isso

somente poderia ser feito por meio de lei a ser promulgada, sujeita ao controle de constitucionalidade. Voltar-se-á o tema abaixo com suporte no parecer da Professora **Carmen Tibúrcio** (anexado à manifestação da Souza Cruz) e dos Professores **Michael Reisman** e **Mahnoush H. Arsanjani** (anexado à presente), que se somam aos pareceres da Professora **Nádia de Araújo** (anexado à contestação da Souza Cruz) do Ministro **Francisco Rezek** (anexado à contestação da Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Philip Morris Brasil S/A). Todos os pareceres demonstram que a CQCT não ampara esta demanda sob a ótica do direito brasileiro e internacional, de modo que a ação intentada pela AGU é natimorta, pois fundada em artigo da CQCT que não é autoaplicável. Ou seja, falta-lhe novamente embasamento legal, o que determina a rejeição da demanda.

1.18. Não contente, a AGU confessa que pretende estabelecer o nexo causal epidemiológico ou por presunção (não reconhecidos no direito brasileiro, que demanda nexo de causalidade direto e imediato, **art. 403, do Código Civil**), além de pretender se valer da ‘*Market Share liability*’ (também não reconhecida no direito brasileiro) para fins de responsabilização, convenientemente se esquecendo, para além dos óbices legais, do massivo problema do mercado ilegal de cigarros no país, acima referido. Pior: pretende tornar sem efeito a disposição legal relativa ao fato de terceiro, para fins de interrupção do nexo causal, em franca colisão com a lei e com a torrente jurisprudencial brasileira em sentido contrário.

1.19. Convenientemente, a União opta por desprezar os *standards* de causalidade exigidos pela legislação, segundo os quais: (i) seria indispensável que a União provasse nestes autos que os fumantes atendidos pelo SUS para tratamento das 27 doenças listadas na inicial começaram e continuaram a fumar por causa de alguma conduta ilícita das Rés e não por sua própria e informada vontade (conforme decidido por pacífica jurisprudência). A União na verdade desistiu dessa causa de pedir, desde já inviabilizando a demanda; (ii) e que a doença de cada um desse fumantes teria sido direta e imediatamente causada pelo consumo ilicitamente induzido dos cigarros das Rés (e não por outros fatores de risco). Mais uma vez, as pretensões da AGU são de leis a serem criadas e, ao mesmo tempo, requerem do juízo a não aplicação de dispositivos legais vigentes. A AGU pretende o estabelecimento de nexo de causalidade ‘indireto e não-imediato’, em total afronta ao texto legal. Trata-se, na verdade, de uma aventura jurídica.

1.20. Não menos importante, a União não trouxe aos autos nenhuma prova das despesas efetuadas com o tratamento das tais 27 doenças nos cinco anos anteriores à propositura da ação, nem tampouco qualquer prova, ainda que indiciária, do dano, cujo conceito não se confunde com o de despesa, conforme demonstrado pelo PhD em economia **Gesner Oliveira** em parecer que será abaixo comentado. Em se tratando de uma ação de reembolso de despesa alegadamente já incorrida, cujo conhecimento seria necessário a qualquer tentativa de cálculo do dano, a falha em revelar e comprovar devidamente as tais despesas nos autos só pode levar à improcedência de plano da demanda, pois impossibilita qualquer defesa das Rés nesse particular. Mesmo porque qualquer iniciativa probatória da União a esse respeito encontra-se preclusa, o que inclusive confirma a réplica.

1.21. Noves fora o comando constitucional de custeio do SUS pela União (e não por particulares), deve-se frisar que não há previsão legal de reembolso de meras despesas no ordenamento, pelo que o pedido inicial carece mais uma vez de previsão legal.

1.22. Veja, Exa., que a AGU tem o despautério de alegar em réplica ser “desnecessária” e “diabólica” a prova do dano (página 147 da réplica), mandando às favas um dos requisitos indispensáveis da responsabilidade civil e reconhecendo que pretende obter uma indenização a despeito de prova, o que redundaria em enriquecimento sem causa, claramente vedado pelo ordenamento jurídico e, por isso mesmo, francamente ilegal.

1.23. Mas os óbices à pretensão inicial não param por aí. Veja-se que, não obstante a completa ausência de prova sobre as despesas (que dirá de existência de qualquer dano), a AGU não requereu provas hábeis sobre as questões técnicas em debate, aí incluído o nexo de causalidade, tudo devidamente refutado (na medida em que alegado) nas contestações. A União requereu somente prova documental e testemunhal, incabíveis para a perquirição de questões técnicas, conforme **arts. 156 e 443, II, do CPC**. A União *abriu mão de tais provas, deixando assim precluir o seu direito*, nova razão pela qual esta demanda está irremediavelmente fadada ao insucesso, ainda que tudo mais fosse superado.

1.24. Enfim, feitas essas considerações introdutórias, mas que bem resumem o panorama da ação e a necessidade de sua imediata extinção – com ou sem o julgamento do mérito –, a peticionante passa a demonstrar com maior vagar as razões pelas quais a demanda pode (e

deve) ser imediatamente julgada extinta ou improcedente, bem como se manifesta sobre os pareceres anexados ACT e sobre a réplica, além de aludir aos pareceres jurídicos e técnicos anexados pela Souza Cruz e pela própria peticionante a esta peça, manifestando-se, por fim, a respeito das provas.

II – JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

NECESSIDADE DA IMEDIATA ANÁLISE DAS PRELIMINARES E DA PRESCRIÇÃO

2. Por meio desta ação, a União Federal requer indenização pelos não especificados danos causados ao SUS com o tratamento de 27 doenças listadas na inicial, supostamente atribuíveis ao consumo de cigarros. Incluiu no polo passivo da ação duas das fabricantes brasileiras de cigarros existentes no mercado e empresas estrangeiras pertencentes aos seus respectivos grupos econômicos, caso da BAT plc, ora peticionante, em relação à Souza Cruz Ltda.

2.1. Em sua defesa, a BAT plc suscitou relevantes óbices ao prosseguimento da ação (preliminares processuais), sobretudo em relação a ela (caso das preliminares de ausência de jurisdição brasileira e ilegitimidade passiva), além da prescrição (preliminar de mérito), que demandam, s.m.j., apreciação imediata por esse i. Juízo.

2.2. Com efeito, a peticionante demonstrou na contestação que a ação intentada pela União Federal não tem meios de prosseguir, eis que: **(i)** é ostensiva a **ausência de jurisdição** do Poder Judiciário brasileiro em relação à BAT plc, sociedade sediada no Reino Unido que não atua, nem nunca atuou no Brasil (**art. 485, IV e VI, do CPC**); **(ii)** é manifesta a **ilegitimidade da BAT plc**, sociedade *holding* que passou a operar somente em setembro de 1998, para responder a esta ação somente por ser controladora indireta da Souza Cruz (em sétimo grau), sem que a inicial tenha alegado qualquer fato específico (muito menos ilegal) em relação à ela (**art. 485, VI, do CPC**); *(ii.i)* não há que se falar tampouco em responsabilidade por sucessão da BAT plc, quer sob o direito brasileiro quer sob o direito inglês, não havendo, no particular, interesse processual da AGU em prosseguir com essa ação contra a BAT plc, devendo o processo ser extinto de imediato; **(iii)** é evidente a **ausência de interesse-adequação** para propositura de ação civil pública na qual a União persegue interesse público secundário clássico (indenização) e não interesse público primário, não cumulável com a pretendida indenização por dano moral coletivo

(art. 485, I, do CPC); e (iv) restou consumada a **prescrição total** (“fundo de direito”) da pretensão inicial de indenização ao SUS (art. 487, II, do CPC).

2.3. Diante de tais inafastáveis premissas (questões preliminares e prescrição), que serão abaixo sintetizadas, aplica-se ao caso o **art. 354**, do CPC, que dispõe, *verbis*: “**Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença**” (grifamos). O parágrafo único do referido dispositivo autoriza que a decisão diga respeito “*a apenas parcela do processo*”, como, por exemplo, no caso em que se aplicar somente a parte dos réus (caso das duas primeiras preliminares antes referidas). O **art. 354**, do CPC inaugura a Seção denominada “**Da extinção do processo**” (Seção I do Capítulo X do CPC), tratando-se da primeira hipótese de Julgamento conforme o estado do processo, sobre o qual versa o Capítulo X do CPC.

2.4. No caso, estão claramente presentes as hipóteses previstas no **art. 485**, incisos **I, IV e VI**, do CPC (extinção sem julgamento do mérito) e, ainda, a hipótese prevista no **art. 487, II**, do CPC (prescrição) a atrair a aplicação cogente e imperativa (“*o juiz proferirá*”) do **art. 354**, do CPC, quando menos em relação à esta Ré, BAT plc, em razão das preliminares a ela aplicáveis. A petionante requer, pois, seja o processo imediatamente extinto em relação a ela, nos termos do **art. 354**, do CPC combinado com quaisquer dos dispositivos antes citados que justificam a sua aplicação.

2.5. Enumeradas acima as questões preliminares e a prescrição, a petionante passa a ressaltar, abaixo – de forma mais breve do que fez na defesa e aproveitando para refutar as considerações tecidas a respeito em réplica – as fortes razões para o seu imperativo acolhimento.

(ii.i) Ausência de Jurisdição brasileira em relação à BAT plc

2.6. A BAT plc é uma empresa *holding* inglesa, sediada em Londres, no Reino Unido e constituída somente em 23 de julho de 1997 sob as leis daquele Estado soberano. Ela não tem domicílio no Brasil, não tem obrigações a serem cumpridas no Brasil e tampouco a presente ação, no que diz respeito à BAT plc, funda-se em fato ou ato ocorrido no Brasil. Significa que **estão ausentes todas as hipóteses que atrairiam a jurisdição brasileira**, previstas nos **arts. 12 da LINDB e 21 do CPC**, razão pela qual foi, respeitosamente, suscitada

preliminarmente em contestação a ausência de jurisdição da autoridade judiciária brasileira para julgar esta demanda, no que diz respeito à BAT plc.

2.7. Conforme amplamente demonstrado naquela sede, a BAT plc, na qualidade de *holding*, não fabrica/comercializa cigarros no Brasil ou em qualquer lugar do mundo e nem pratica quaisquer atos acessórios a essas atividades (ações de marketing, ações de pesquisa e desenvolvimento, atividades ligadas à fabricação de cigarros etc.³), eis que a sua atividade de *holding* consiste em investir em outras sociedades ao redor do mundo. A BAT plc sequer tem participação direta no capital da Souza Cruz, empresa brasileira integrante do mesmo grupo econômico, esta sim com atividades operacionais de fabricação e comercialização de cigarros em território brasileiro.

2.8. A Souza Cruz é pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras, com personalidade jurídica própria, além de ter plena independência e autonomia para conduzir seu negócio. A Souza Cruz não é agência, filial ou sucursal da BAT plc, pelo que não atrai a jurisdição brasileira o parágrafo único do art. 21 do CPC, que dispõe que “*considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal*”.
Não é o caso.

2.9. Nesse sentido, o acórdão proferido pelo **Superior Tribunal de Justiça** no paradigmático *caso Chevron* (SEC 8.542/EX), diferencia de forma impecável o conceito de sociedade subsidiária – com personalidade jurídica e patrimônio próprios – do conceito de agência, filial ou sucursal, que são estabelecimentos secundários, dependentes do principal. A partir daí, conclui que uma sociedade não responde pelas dívidas de outra, ainda que ambas pertençam ao mesmo grupo econômico, por prevalecer a autonomia de personalidades jurídicas e de patrimônio, inerentes à própria organização societária.

2.10. Como dito, a Souza Cruz é pessoa jurídica distinta da BAT plc, com patrimônio próprio, diretoria própria, seus próprios executivos e empregados, além de ter plena autonomia negocial e para se autogerir. Até bem pouco tempo atrás, a Souza Cruz era uma Sociedade

³ Conferir a respeito a declaração juramentada (*affidavit*) do Secretário Paul McCrory, anexada à contestação (declaração juramentada no evento 52 decl15).

Anônima, alterando o tipo societário para limitada no ano de 2016. Não se trata, pois, de mero estabelecimento secundário (agência, filial ou sucursal) da BAT plc, pelo que o simples fato de ambas pertencerem a um mesmo grupo econômico não altera a conclusão de que o Poder Judiciário brasileiro não tem jurisdição sobre a BAT plc.

2.11. Diferentemente do que foi sugerido na réplica em algumas passagens, a Souza Cruz não passou a se denominar “BAT Brasil”, apenas passou a adotar essa marca em suas comunicações para assinalar o seu pertencimento ao grupo BAT de empresas. Isso em nada altera o fato de que a Souza Cruz é e sempre foi responsável pela sua gestão e operações no Brasil. De fato, isso não retira da Souza Cruz e de qualquer das outras subsidiárias a independência negocial, patrimonial ou jurídica, pois se assim fosse bastaria que uma sociedade fizesse parte de um grupo econômico para irradiar responsabilidade integral de seus atos para todas as demais integrantes do grupo, o que é um rematado absurdo, pelas razões expostas na contestação (destacando-se os princípios de autonomia entre personalidades jurídicas e separação patrimonial) e que serão adiante referidas.

2.12. Deve ficar claro que a atuação global do grupo econômico – bem ao revés do que foi defendido na réplica e em parecer do Professor **Luís Renato Vedovato** anexado pela ACT (evento 71) – não é suficiente para atrair jurisdição sobre a controladora estrangeira, pois preservada a autonomia de personalidades jurídicas entre as sociedades do grupo. É evidente que se as duas sociedades pertencem ao mesmo grupo empresarial haverá alinhamento de interesses e alguma coordenação, o que não se confunde com o “comando” puro e simples alegado, como se a BAT plc decidisse sobre a condução dos negócios da Souza Cruz, o que nem de longe ocorre.

2.13. O que importa, nos termos do Código Civil, para excepcionar a autonomia da personalidade jurídica é se há prova de uso indevido da forma corporativa ou de confusão patrimonial, o que está ausente neste caso (como se verá mais detalhadamente no próximo tópico).

2.14. A BAT plc tem ciência de que, por meio do evento 37, esse i. Juízo reputou válida a citação da BAT plc realizada na sede da Souza Cruz. A BAT plc, com todas as vênias devidas a esse i. Juízo, discorda de tal posicionamento, tendo inclusive requerido a

reconsideração da decisão na contestação, o que aqui reitera, para que seja reconhecida a nulidade da sua citação e admitido que o seu comparecimento nestes autos foi espontâneo, nos termos do **art. 239, §1º, do CPC**⁴. A medida é importante como demonstração de cumprimento à lei e tratados internacionais sobre o tema, afastando-se precedente que gera grande insegurança jurídica na comunidade internacional, com impacto negativo em investimentos estrangeiros no território nacional.

2.15. No que diz respeito à preliminar de ausência de jurisdição, todavia, importa esclarecer que a citação da BAT plc **não** foi reputada válida por esse i. Juízo porque a Souza Cruz seria “agência, filial ou sucursal” da BAT plc, termos também empregados nos art. 75, §3º e inciso X, do CPC (que dispõem sobre a representação da empresa estrangeira no Brasil e a autorização para recebimento de citação).

2.16. Ao revés, a r. decisão de evento 37 reconhece expressamente que a Souza Cruz não se enquadra em tais conceitos⁵, tendo julgado válida a citação da BAT plc na sede da Souza Cruz a partir de uma ponderação de valores, na qual prevaleceu o direito da parte autora a obter uma citação presumidamente mais célere, pois foi considerado que as empresas estrangeiras, por pertencerem ao mesmo grupo econômico de suas subsidiárias nacionais, poderiam ter ciência efetiva do processo por meio destas.

2.17. Tais fundamentos, portanto, diferentemente do que a União tenta defender na réplica, não são extrapoláveis à questão da jurisdição, onde outros valores significativamente mais relevantes, estão em jogo, destacando-se a soberania dos Estados estrangeiros⁶. Princípios

⁴ Valendo lembrar que o TRF não reconheceu a validade da citação, apenas entendeu que a questão perdeu o objeto com a apresentação da contestação pela peticionante.

⁵ “*Ante a mencionada realidade fática, na decisão do evento 3, em que deferida a citação postal das empresas estrangeiras na sede das subsidiárias nacionais Souza Cruz Ltda. e Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Philip Morris Brasil S/A, não foi utilizada a denominação restrita constante no § 3º do inciso X do art. 75 do CPC (‘filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil’), adotando-se uma interpretação extensiva, na esteira do decidido pela 4ª Turma do STJ no REsp 1168547/RJ (que admite que a citação se opere no estabelecimento da pessoa jurídica estrangeira no Brasil qualquer que seja a denominação e situação jurídica formal deste estabelecimento no país).*”

⁶ “*11. A soberania estatal é, portanto, princípio essencial da ordem política interna e elemento constitutivo dos Estados modernos. O conceito de soberania determina os limites da jurisdição de cada Estado. (...) 46. Como se viu no item III, supra, cada Estado, no contexto internacional, é detentor de soberania, motivo pelo qual ‘a jurisdição, como expressão do poder dela decorrente, encontra natural barreira nas jurisdições dos demais Estados’.* Em outras palavras: as normas que tratam de jurisdição são unilaterais por excelência, ou seja, devem se restringir a fixar o exercício da jurisdição dos tribunais nacionais, não podendo regular a jurisdição de outros

de direito internacional, além de cortesia e reciprocidade, restariam severamente abalados caso o Poder Judiciário brasileiro julgasse os atos (ainda que ilícitos fossem, o que não é o caso) praticados no exterior por empresas estrangeiras. Fosse o caso, tais atos haveriam de ser julgados pelo Judiciário do País sede da empresa estrangeira ou, então, do país onde tais atos tenham sido praticados, o que, aliás, não ocorreu no caso em espécie, o que denota a ausência de interesse processual na causa contra a BAT plc.

2.18. Vale notar, ainda, que os julgados invocados em amparo à decisão de evento 37, aí incluída a HDE 410 do STJ, não versam sobre jurisdição, aplicando-se sobre essa questão a decisão do caso *Chevron*, antes referida, paradigmática sobre o tema.

2.19. A respeito dessa decisão, tanto a réplica como o parecer **do Professor Luís Renato Vedovato**, anexado à petição da ACT de evento 71, sustentam que o caso “*Chevron*”, invocado na defesa, não se aplicaria à hipótese dos autos, devendo-se, ao invés dele, aplicar-se as decisões nos casos “*Panasonic*” e na HDE 410. A alegação não procede.

2.20. Como acima referido, decisão proferida pelo STJ na HDE 410 não diz respeito à jurisdição, mas à citação, além de ter sido proferida em vista de circunstâncias especiais do caso em julgado, que incluíam evidências de fraude na constituição da empresa brasileira, a localização da empresa estrangeira em um paraíso fiscal, a extrema dificuldade na obtenção da citação e o recebimento sem ressalvas da citação da sociedade estrangeira pela sociedade brasileira. Tais circunstâncias não estão presentes neste caso.

2.21. Já o caso “*Chevron*”, como dito, é paradigmático no que diz respeito à interpretação, pelo STJ, dos dispositivos infraconstitucionais a respeito da jurisdição. Decidiu-se de forma impecável naquele caso que as sociedades subsidiárias não se confundem com sucursais, filiais e agências (art. 21, I e parágrafo único do CPC), por gozarem de autonomia jurídica e personalidade própria (exatamente o caso da Souza Cruz) e que, por essa razão, a subsidiária brasileira não responde pela dívida da controladora americana.

Estados, sob pena de ofensa a sua/deles soberania (...)” (Parecer da Ministra Ellen Gracie, anexado à contestação da PMI, evento 53, como doc. 04).

2.22. Certamente por não ter encontrado melhor fundamento, o **Professor Luís Renato Vedovato** defendeu em seu parecer que o entendimento não seria aplicável a este caso porque o STJ decidiu que a subsidiária brasileira não responde pela dívida da controladora estrangeira e, neste caso, se pretende o contrário, ou seja, que as *holdings* estrangeiras respondam por eventuais obrigações das subsidiárias brasileiras. Ora, despiendo dizer que a inversão de papéis em nada altera a essência da conclusão que é a de que uma sociedade não responde pela obrigação da outra, por se tratarem de entidades autônomas, sendo completamente irrelevante que no caso concreto as posições estejam invertidas. Da mesma forma, a autonomia entre as pessoas jurídicas demonstra que a Souza Cruz não é agência, filial ou sucursal da BAT plc, não podendo esta última ser considerada como tendo domicílio no Brasil para fins de atração da jurisdição brasileira (Art. 21, I e p, único do CPC).

2.23. Já a réplica acrescenta que, no caso *Chevron*, a jurisdição brasileira foi afastada em razão da ausência de conexão da empresa americana controladora com o Brasil, circunstância essa que se repete nesta ação, já que a BAT plc tampouco tem conexão com o Brasil. Quem a tem é a Souza Cruz.

2.24. Conforme percebido pela réplica, além do fundamento acima, a decisão do caso *Chevron* também invoca a ausência de participação da sociedade brasileira no processo movido contra a sociedade estrangeira cuja sentença se pretendia homologar. Trata-se de um segundo fundamento para a não homologação da sentença estrangeira, mas que não afasta a aplicação do julgado ao presente caso, eis que suficiente a tanto o primeiro fundamento, acima referido, para o afastamento da jurisdição brasileira, qual seja, a ausência de domicílio da sociedade estrangeira no Brasil em razão da autonomia da sua subsidiária.

2.25. Em relação ao julgado proferido no caso “*Panasonic*”, mencionado na inicial, exaltado em réplica e também no parecer do **Professor Vedovato**, este é que claramente não se aplica ao caso, conforme já havia sido referido na contestação. Tal julgado, que sequer versa sobre jurisdição, tratou de uma situação bastante peculiar, como foi ressaltado no próprio acórdão, e envolvia direito do consumidor (que pretendia garantia, no Brasil, por um produto da marca Panasonic adquirido no exterior). O presente caso, contudo, incontrovertidamente não versa sobre direito do consumidor.

2.26. Note-se, ademais – apenas por curiosidade – que no caso “*Panasonic*” a sociedade brasileira foi condenada pela obrigação de uma sociedade estrangeira, o oposto do que se pretende neste caso. O ponto não seria relevante se não tivesse sido usado pelo mencionado parecerista como razão para a inaplicabilidade do acórdão do caso “*Chevron*”, mas tendo sido, por coerência e honestidade intelectual, ele não poderia ter defendido a aplicação do caso “*Panasonic*”.

2.27. Quanto às decisões mencionadas na página 7 da réplica, por meio do qual o Facebook Brasil foi condenado ao pagamento de *astreintes* por se tratar de subsidiária integral do *WhatsApp Inc*, não guardam a menor relação com este caso. As decisões versaram sobre uma questão bastante específica, qual seja, a apuração de crime de pedofilia consistente na disseminação pela *internet* de material pornográfico infanto-juvenil, tendo sido a empresa brasileira condenada ao pagamento das *astreintes* em razão do não fornecimento tempestivo das informações requisitadas pela autoridade judicial penal brasileira.

2.28. Portanto, decisão afeta à cooperação jurídica internacional em matéria penal e respaldada pelo marco civil da internet (Lei 12.965/24)⁷. Veja-se, por exemplo, no inteiro teor do acórdão proferido no Resp 1.568.445-PR, o esclarecimento expresso de que “*o advento e o célere desenvolvimento de tecnologias digitais com o uso da internet acarretaram uma verdadeira revolução no âmbito das comunicações e do armazenamento de informações*” (g.n.), possibilitando o surgimento de “*novas práticas criminosas, o que acabou por repercutir no âmbito penal e processual penal, a exigir procedimentos ou técnicas específicas de investigação*” (g.n.), uma vez que de fato não existem “*fronteiras territoriais*” na *internet*.⁸ As *astreintes*, por sua vez, foram cominadas somente para compelir ao cumprimento da obrigação.

⁷ “Somado a isso, a possibilidade de solicitação de informações às empresas subsidiárias ou às filiais sediadas em território nacional, após a edição da Lei n. 12.965/2014, também decorre da dicção do Marco Civil da Internet”.

⁸ Outros pontos do julgado que reforça a **disparidade** com este caso: “Diante desse ambiente diversificado quanto ao modo de se estabelecerem relações entre pessoas é que tem sido fomentada, cada vez mais no mundo todo, a discussão sobre a eficiência dos mecanismos de persecução penal existentes e sobre como torná-los adequados a essa realidade. No particular, iniciativas internacionais objetivam intensificar a cooperação entre países não só para a adoção de políticas criminais comuns para o combate aos delitos informáticos mas também para fixar a competência e facilitar a investigação de qualquer infração penal relacionada ao uso da internet que envolva mais de um país. (...) No Brasil, em se tratando de questões relacionadas à internet, deve ser aditado aos institutos tradicionais de cooperação jurídica o Marco Civil da Internet. E, nesse aspecto, especificamente no caso sub examine, a controvérsia acerca de qual instrumento seria o adequado para subsidiar o pedido de quebra de sigilo de dados eletrônicos - os quais não estariam armazenados em provedores situados em território nacional -, penso que tratados, acordos, convenções e diplomas legais internos existentes não se repelem, mas se complementam. Deveras, todos os instrumentos normativos e de cooperação formam um conjunto de mecanismos jurídicos

2.29. As decisões citadas, portanto, aplicam-se somente no âmbito de crimes praticados na *internet* (direito penal/processual penal), com fundamento em lei especial (marco civil na *internet*) e acordos de cooperação judiciária, situação, frise-se, sem qualquer relação com o caso destes autos.

2.30. A respeito da ausência de jurisdição brasileira na hipótese, a BAT plc anexou aos autos o exauriente parecer da **Professora NADIA DE ARAÚJO** onde a douta afasta cada uma das hipóteses legais que atrairiam a jurisdição brasileira em relação à BAT plc. (**art. 21, incisos I a III, do CPC**), deixando extreme de dúvidas: **(i)** a ausência de domicílio no Brasil, pois a BAT plc tem domicílio em Londres e a Souza Cruz não é sua agência, filial ou sucursal; **(ii)** a ausência de obrigação a ser cumprida no Brasil pela BAT plc, hipótese reservada às obrigações contratuais, não sendo esse o caso dos autos; e **(iii)** a ausência de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil pela BAT plc.

2.31. Nesse último particular, e ao contrário do que tenta fazer parecer na réplica, a União **não** imputa especificamente à BAT plc as diversas condutas por ela narradas no item 5.6 da inicial (como se verá no próximo tópico, sobre ilegitimidade passiva). Não bastasse, a maioria das supostas condutas alegadas teria ocorrido bem antes de a BAT plc existir, de modo que é uma impossibilidade temporal que ela as tivesse praticado, o que a União de todo modo não alega.

2.32. Ademais, a União reconhece na inicial a inocorrência de atos praticados no Brasil pelas sociedades estrangeiras, mas sustenta que “*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*” (página 35). Em suma, pretende a União ver julgados no Brasil, fatos e atos que ela mesma reconhece não terem sido aqui praticados, em desautorizado alargamento da jurisdição brasileira, expressamente vedado pelo **art. 12 da LINDB** e **art. 21 do CPC**.

colocados à disposição do Estado para possibilitar ou facilitar a persecução penal no ambiente digital” (Resp. 1.568.445-PR, g.n.).

2.33. O mesmo argumento é sustentado no parecer do **Professor Vedovato**, anexado pela ACT. Tal qual a União alegou em réplica, o parecerista defende que basta a ocorrência do alegado dano, no caso ao sistema de saúde brasileiro, em território nacional, para que a jurisdição brasileira sobre as sociedades estrangeiras se justifique, já que estas seriam as detentoras de marcas de cigarro de uso mundial. Outro absurdo, eis que a BAT plc não exerce qualquer atividade no Brasil, de modo que os “danos” alegados neste feito não podem ter decorrido de ato ou de fato por ela praticados no Brasil. Ademais, a BAT plc não é detentora de qualquer marca mundial de cigarros, não passando essa afirmação de uma suposição errônea e carente de provas. Historicamente a Souza Cruz foi a detentora das marcas dos cigarros que fabricava e vendia no Brasil e o fato de recentemente serem vendidas marcas mundiais (que não são, no entanto, de propriedade da BAT plc, mas de outras empresas do grupo) não é hipótese legal atrativa da jurisdição brasileira sobre sociedade constituída fora do Brasil e que aqui não praticou nenhum ato.

2.34. Apesar da discordância da União e do parecerista mencionado, a opção do legislador para a fixação da jurisdição brasileira não foi a eventual produção de efeitos no Brasil dos atos praticados no exterior, mas a sua ocorrência ou prática em território nacional, como se vê da literalidade do dispositivo a esse respeito, *verbis*: “**o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil**” (art. 21, III, do CPC). Da leitura do dispositivo, **não** se extrai que basta a ocorrência do “dano” no país para atração da jurisdição, devendo o dano decorrer, obrigatoriamente, de um fato ocorrido ou de um ato praticado no Brasil. Todos os fatos e atos alegados na petição inicial genericamente em relação às sociedades estrangeiras teriam ocorrido no exterior há muitas décadas, inclusive antes da existência da BAT plc.

2.35. A esse respeito, acórdão do STJ, que enfrentou especificamente a matéria de jurisdição, afastou a jurisdição brasileira mesmo tendo sido o dano percebido pela autora brasileira somente no Brasil, considerando justamente a ocorrência dos fatos no exterior (no caso, em Portugal)⁹. Ao fazê-lo, corrigiu o entendimento equivocado do acórdão recorrido de que a

⁹ No caso julgado, a autora brasileira pretendia receber indenização em razão do serviço prestado, em Portugal, por um laboratório de análises clínicas portugueses. A autora era domiciliada em Portugal na ocasião da prestação do serviço, mas ingressou com a ação no Brasil porque só teria tomado conhecimento do vício no serviço quando retornou o seu domicílio para o Brasil.

produção de efeitos ou a repercussão do fato no Brasil atrairia a sua jurisdição brasileira¹⁰, confira-se:

*“(...) Desse modo, ainda que a nacionalidade da consumidora seja brasileira e para cá tenha transferido novamente seu domicílio, não há que se cogitar sequer de uma relação de consumo internacional propriamente dita - aliás, nem sequer se constata a distinção de domicílios entre as partes então contratantes. **Verifica-se que o serviço foi ofertado e aceito nos estritos limites territoriais estrangeiros, sem qualquer intenção, por parte de qualquer dos envolvidos, de criar uma relação para além de fronteiras nacionais. Também se deu em território português o integral cumprimento do contrato, ainda que de forma eventualmente viciada. O fato de o vício somente ter se tornado conhecido após o retorno da recorrida ao território nacional é elemento absolutamente estranho à definição do foro internacional competente.** Assim, tratando-se de fato ocorrido no exterior e não previsto nas hipóteses excepcionais de alargamento da jurisdição nacional, concorrente ou exclusiva (art. 88 e 89 do CPC/73), não é competente o foro brasileiro para o conhecimento e processamento da demanda”* (REsp n. 1.571.616/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/4/2016, DJe de 11/4/2016, g.n.).

2.36. No mesmo sentido, a Professora NADIA DE ARAÚJO discorreu perfeitamente sobre a questão no seu parecer quando ensinou o seguinte:

“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,

¹⁰ Nesses termos: *“(...) primeiramente, o fato se deu no exterior (Portugal) contudo, os seus efeitos tiveram repercussão no Brasil, País de origem da agravada e onde veio a tomar conhecimento do erro grave cometido pelo agravante ao fornecer exame com resultado falso, trazendo graves consequências para a vítima. Segundo, o resultado de que o exame elaborado pelo agravante era falso somente veio à tona neste País, após a realização de novo exame, que foi repetido para confirmação. Destarte, o ato iniciou-se em Portugal, mas os seus efeitos, isto é a repercussão só veio a ocorrer quando já se encontrava no Brasil. Deve ser considerado também que a parte agravada é hipossuficiente e não possui condições de acompanhamento de processo no exterior”* (TJMT, AI 0038993-13.2015.8.11.0000, Rel. Des. Adilson Polegato De Freitas, Primeira Câmara de Direito Privado, jul. em 23/06/2015, DJE 26/06/2015, g.n.).

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 do evento 52, g.n.).

2.37. Por sua vez, a corr  Philip Morris International Inc (“PMI”) anexou à sua defesa o parecer da Ministra aposentada **ELLEN GRACIE NORTHFLEET** (evento 53-parecer5), que também discorre sobre a ausência, no caso, de todas as hipóteses legais que justificariam a Jurisdição brasileira sobre a referida sociedade estrangeira. As razões demonstradas no parecer são de todo aplicáveis a esta Ré, também sociedade estrangeira, sem domicílio no Brasil. Vale conferir o seguinte ponto do parecer da Ministra, afastando a genérica alegação inicial sobre uma suposta repercussão no Brasil de atos pretensamente ocorridos no exterior, *verbis*:

“83. Tendo em vista ser incapaz de apontar qualquer ato praticado pela PMI no Brasil ou fato ocorrido no país que esteja ligado a ela — o que é exigido pelo art. 21, III do CPC —, a União tenta argumentar que mesmo atos e fatos ocorridos fora do Brasil, mas que supostamente aqui tiveram efeitos, seriam suficientes para justificar a jurisdição nacional sobre a PMI. Esse argumento também é falho.

84. O art. 21, III do CPC não prevê a atuação do Judiciário nacional nas situações em que apenas os efeitos de atos ou fatos ocorridos no exterior venham a ser sentidos no Brasil. O local onde atos e fatos, que sirvam de causa de pedir de uma demanda, supostamente tiveram suas consequências, não é o elemento de conexão escolhido pela lei para fixar a jurisdição brasileira. O que importa, é saber onde os atos ou fatos ocorreram, não onde suas consequências possam ter se materializado. Assim, não merece acolhida o argumento da União de que ‘uma série de condutas das próprias demandadas BAT e Philip Morris International tiveram profundo impacto no Brasil’, pois ainda que essa alegação fosse verdade, isso não justificaria a jurisdição nacional sobre a matéria” (doc. 04 da contestação da PMI, evento 53, grifos nossos e no original).

2.38. Mesmo não sendo relevante saber onde se manifestaram as eventuais consequências de supostos atos praticados no exterior para a fixação da jurisdição, como se viu acima, vale antecipar que a União tampouco comprovou ou esclareceu a alegada repercussão no Brasil de qualquer ato praticado pela BAT plc no exterior, não tendo demonstrado, em outras palavras, o nexo causal entre uma suposta conduta praticada por esta Ré fora do Brasil e: (i) a prática de alegada conduta ilícita pela Souza Cruz no Brasil; (ii) o consumo de cigarros como resultado dessa alegada conduta ilícita da Souza Cruz; (iii) as doenças que supostamente

resultaram desse consumo de cigarros ilicitamente induzido; e (iv) o alegado aumento de gastos do SUS em razão do consumo de cigarros ilicitamente induzido.

2.39. Nem poderia a AGU ter providenciado tal prova de causalidade, vez que – novamente – desde a sua formação, a BAT plc é uma sociedade holding investidora, que não comercializa cigarros no Brasil ou em qualquer outro lugar do mundo e tampouco fornece suporte a essas atividades. Não surpreende, pois, que a AGU tenha anexado à inicial somente um documento pertencente à BAT plc, que é um relatório anual relativo ao ano de 2017 sem qualquer relação com as suas vagas alegações de que sociedades estrangeiras teriam dirigido ou levado a Souza Cruz a se envolver em condutas ilícitas.

2.40. Ambos os pareceres trazidos pelas Rés também discorrem, na linha da jurisprudência, sobre o **princípio da efetividade** como critério de definição de jurisdição, aqui justificando novamente o afastamento da jurisdição brasileira, vez que a BAT plc não tem bens no País e não poderia ser aqui executada.

2.41. Por exemplo, colhe-se do parecer da **MINISTRA ELLEN GRACIE**, *verbis*: “*Pelo princípio da efetividade da jurisdição, entende-se que o juiz não detém competência para proferir sentenças que não possam ser executadas. Nos litígios em que há alguma vinculação a outro país ou à pessoa estrangeira, o juiz brasileiro só deve atuar se houver possibilidade de fazer cumprir a sentença que houver proferido. Se a pretensão pretendida se revelar inexecutável, o magistrado deve declarar-se incompetente*” (doc. 04 da contestação da PMI, g.n).

2.42. Como se vê do trecho acima citado e, ao contrário do que foi sustentado em réplica, o princípio da efetividade dirige-se ao juiz que se encontra diante de uma parte estrangeira, e não ao legislador. Trata-se de critério extra a ser observado pelo magistrado, para além das hipóteses de jurisdição concorrente previstas no art. 21 do CPC. Evidentemente que o respeito ao princípio da efetividade não configura inafastabilidade de jurisdição, garantido apenas a racionalização da intervenção do Poder Judiciário brasileiro ao limitá-la às demandas que poderão levar a provimentos eficazes.

2.43 No caso desta demanda, a possibilidade teórica de homologação da sentença no local de domicílio da BAT plc, diferentemente do que foi alegado na réplica (pg. 9), não supre

o princípio da efetividade, pois teriam que ser reavaliados sob a lei inglesa e pela corte inglesa todos os pressupostos do dever de indenizar.

2.44. Nesse contexto, a alegação de responsabilidade por “sucessão”, formulada na réplica, em nada ampara a União. Quando confrontada com o fato de que a BAT plc somente veio a operar em 1998, de que jamais praticou qualquer ato no Brasil e de que não é a controladora direta da Souza Cruz (existem nada menos do que sete camadas de separação), a União passou a inovar para dizer que a BAT plc teria “responsabilidade por sucessão” e que, portanto, o juízo brasileiro teria jurisdição sobre ela.

2.45. Ocorre que, conforme explicado por **MICHAEL TODD QC** em parecer anexado como **doc. 01** à presente, a lei de sociedades inglesa é a lei aplicável para regular essa questão em relação à a BAT plc, uma sociedade inglesa (conclusão que também decorre da aplicação dos **arts. 9º e 11 da LINDB**). Também conforme explicado no parecer, a lei de sociedades inglesa não reconhece o conceito de sucessão de responsabilidades, o que significa dizer que tal responsabilidade não pode ser atribuída à BAT plc, a menos que existisse uma disposição contratual muito clara (novação) segundo a qual a BAT plc tivesse concordado em assumir as responsabilidades de outras empresas ainda existentes ou alguma transferência da obrigação de acordo com a lei inglesa. A União não alega nem comprova a existência de tal previsão, o que não poderia fazer, já que inexistente.

2.46. Uma revisão dos detalhes da reestruturação societária de 1998 confirma, tal qual explicado pelo **Professor Todd** em seu parecer, que, de acordo com o direito societário inglês, a BAT plc não assumiu quaisquer passivos, presentes ou futuros, de outras empresas, nem como resultado da referida reestruturação, nem por novação, nem por qualquer outra forma (veja-se, a propósito, os parágrafos 9, 13 e 80-85 do parecer, **doc. 01 anexado à presente**). O mesmo já havia sido esclarecido na declaração juramentada do Secretário da BAT plc, Paul McCrory anexada à defesa (evento 52, Decl 14 e 15).

2.47. Mesmo sob o direito brasileiro, não haveria qualquer fundamento legal para que a BAT plc assumisse responsabilidades de outras sociedades do grupo ainda existentes, como é o caso da empresa controladora final anterior, que, quando da reestruturação de setembro de 1998, apenas deixou de ser a controladora final do grupo, mas continuou e continua a existir com

outras finalidades. Não houve extinção, incorporação ou fusão. Mera aplicação dos princípios de autonomia de personalidades jurídicas e separação patrimonial, aplicáveis às sociedades integrantes do mesmo grupo econômico, conforme inclusive previsto no **art. 266 da Lei 6.404/76**.

2.48. Não apenas falta fundamento adequado para a jurisdição brasileira sobre a BAT plc, como a União assume que a sua ação – na qual persegue reembolso de custos para aplicação em serviços de saúde – tratar-se-ia de simples questão monetária sujeita à homologação recíproca, quando isso não está claro. De acordo com a lei inglesa, os julgamentos de tribunais estrangeiros não têm qualquer efeito direto na Inglaterra¹¹. Na Inglaterra, assim como em várias outras jurisdições, razões políticas impedem a homologação de condenações pecuniárias referentes a tributos estrangeiros, leis fazendárias, penalidades ou que estejam sujeitas a restrições de ordem pública¹². Assim, a confiança da AGU na homologação de eventual sentença condenatória neste caso é no mínimo questionável, de modo que o exercício de jurisdição brasileira em relação à BAT plc corre o sério risco de ser ineficaz.

2.49. A União está certamente ciente dessa circunstância, mas ainda assim inseriu a peticionante nesta ação como ilegítimo instrumento de constrangimento e pressão.

2.50. Aliás, logo após o trecho do parecer da Professora **NÁDIA DE ARAÚJO** que foi transcrito na réplica (pg. 10), em que ela se refere à possibilidade tese de recepcionamento da sentença nacional em foro estrangeiro, a professora conclui o raciocínio no sentido de que “*a despeito da competência concorrente brasileira para conhecer da causa, verificando o juízo do foro que sua decisão não produzirá os efeitos pretendidos, posto não ser passível de reconhecimento no domicílio da parte ré, deverá ele, em deferência ao princípio da efetividade, abster-se de julgá-la*” (g.n.). O ponto corrobora o aqui exposto no sentido de ser o princípio da efetividade um requisito a mais para o reconhecimento de jurisdição, para além daqueles previstos no art. 21, do CPC, aqui ausentes.

¹¹ Rule 41 in Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, Vol. 1, 15th ed. (2012).

¹² Ver *Re State of Norway's Applications* (Nos 1 e 2) [1990] 1 AC 723; *Presidente do Estado da Guiné Equatorial vs Royal Bank of Scotland International* [2006] UKPC 7; *Mbasogo v Logo* [2006] EWCA Civ 1370.

2.51. Esclarecida a questão do princípio da efetividade como nova razão de ausência de jurisdição brasileira no caso, a petionante refuta o argumento constante do parecer do **Professor Vedovato** no sentido de que a presença das sociedades estrangeiras no polo passivo desta ação “protege as subsidiárias nacionais e permite que o direito seja satisfeito em caso de condenação”.

2.52. Com o devido respeito, esse argumento revela o viés do parecerista flagrantemente favorável à AGU, já que ele essencialmente afirma que a melhor decisão judicial seria aquela que maximiza qualquer compensação monetária ao demandante, garantindo que as *holdings* estrangeiras estejam sujeitas a um julgamento que poderia levar a subsidiária à falência. Incapaz de encontrar jurisprudência nacional que ampare a tese, ele apresenta uma longa narrativa da suposta história de alguns processos canadenses contra fabricantes de cigarros daquele País.

2.53. Note-se que nem mesmo a inicial formulou tal alegação, pois a AGU afirma peremptoriamente que a indenização que persegue não levaria a Souza Cruz à falência (capítulo 6.6). De todo modo, as ações passadas e pendentes no Canadá – também referidas pela União na inicial e na réplica – são irrelevantes para a presente demanda porque envolvem diferentes leis, diferentes réus, diferentes produtos e diferentes supostos ilícitos¹³. Assim, as suposições da réplica e do parecerista a respeito as ações canadenses e das ações em curso em outras jurisdições são irrelevantes para a análise quanto ao exercício da jurisdição brasileira sobre as sociedades estrangeiras, que deve ser avaliada à luz da lei brasileira.

2.54. O longo desvio para o processo civil estrangeiro apenas ilustra a falta de argumentos válidos do parecerista e da União para defender, com base no direito brasileiro, a jurisdição do Poder Judiciário brasileiro sobre a BAT plc, que já se demonstrou inexistente. Frise-

¹³ Conforme apontado na contestação, todas as ações canadenses para ressarcimento de gastos com saúde estão suspensas, não tendo havido ainda julgamento final ou mesmo de primeira instância. Ou seja, nenhum tribunal canadense jamais concluiu que as sociedades canadenses ou estrangeiras Réus nas ações ali em curso seriam responsáveis pelos gastos públicos com tratamento de saúde relacionados ao fumo. E, independentemente dos resultados de quaisquer processos judiciais canadenses (que estão longe de ser unânimes contra os fabricantes cigarro), a jurisprudência brasileira, como amplamente demonstrado na contestação, pacificou-se pelo afastamento da responsabilidade das fabricantes de cigarros pelos danos atribuídos ao consumo do produto em milhares de ações individuais e, também, em três ações coletivas, duas das quais incluindo um pedido de ressarcimento por entes públicos pelos gastos com tratamento de doenças tabaco relacionadas, assim como o formulado nesta ação.

se: tanto processos encerrados como os pendentes em países estrangeiros, nos quais se aplicariam leis estrangeiras, são irrelevantes para o julgamento de um processo em curso no Brasil, inclusive no que diz respeito a jurisdição sobre sociedades estrangeiras, disciplinada pela lei brasileira e sujeita a um conjunto de fatos inteiramente diferente, não tratado no processo estrangeiro.

2.55. Em particular, as ações de reembolso canadenses só puderam ser intentadas após a aprovação de leis especiais autorizadoras, promulgadas por cada província, o que anteriormente não era reconhecido pela lei canadense. O que a AGU não informou a este i. Juízo é que legislação similar não existe no Brasil (e seria necessária por conta do princípio da legalidade aplicado à administração pública). Ao revés, projetos de lei nesse sentido foram especificamente rejeitados pelo Poder Legislativo federal. Assim, não apenas o pleito da AGU não tem fundamento na lei brasileira, como contraria a vontade expressa do legislador manifestada em várias ocasiões¹⁴.

2.56. Um último argumento trazido no parecer de **Luís Renato Vedovato** para justificar a jurisdição brasileira sobre as sociedades estrangeiras é a responsabilidade objetiva decorrente da teoria do “risco proveito”, vez que as sociedades estrangeiras recebem lucros, havendo, ainda responsabilidade absoluta porque o produto causa risco.

2.57. A responsabilidade objetiva, a partir de quaisquer das teorias que a justificam, não fundamenta o alargamento da jurisdição brasileira, que, de acordo com o **art. 21**, do **CPC** ocorre quando “I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil”; “II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação” ou “III – fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”. Na mesma linha, o **art. 12** da **LINDB** prevê que “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”.

2.58. Como se vê, a natureza da responsabilidade civil não é critério eleito pelo legislador como definidor de jurisdição, carecendo, pois, de qualquer amparo legal a conclusão

¹⁴ Por exemplo: Projeto de Lei nº 513, de 1999, do Deputado Cunha Bueno, que institui o ressarcimento obrigatório aos estabelecimentos públicos de saúde, pelas indústrias de cigarros e derivados do tabaco, das despesas com o tratamento de pacientes com doenças causadas ou agravadas pelo tabaco e seus derivados, cujo relatório do Dep. Beto Rosado se refere a vários outros projetos de lei semelhantes também rejeitados.

em sentido contrário do parecerista. Conforme já demonstrado na defesa, o recebimento de lucro pela sociedade estrangeira é inerente à sua posição de investidora no País, não lhe sujeitando à jurisdição brasileira porque não se amolda a nenhuma das hipóteses legais acima referidas.

2.59. Ainda, a natureza da responsabilidade civil da BAT plc, de acordo com o **art. 9º**, da **LINDB** define-se pela lei inglesa, eis que ela foi constituída no Reino Unido. Seja como for, mesmo pelo ordenamento brasileiro, não há que se falar em “responsabilidade absoluta” somente porque o produto causa risco, devendo ser perquiridos os elementos da responsabilidade civil, além do dano, o ato ilícito (mesmo na responsabilidade objetiva, em que somente a análise da culpa é dispensada) e o nexos causal direto e imediato.

2.60. Portanto, é patente a ausência de jurisdição da autoridade judiciária brasileira para julgar o processo em relação à BAT plc que, por isso mesmo a refuta veementemente e requer a pronta extinção do feito sem o julgamento do mérito em relação a ela, nos termos do **art. 485, IV e VI**, do **CPC**.

(ii.ii) Ilegitimidade passiva da BAT plc

2.61. Ainda que se pudesse superar a patente ausência de jurisdição (quando não se pode), a BAT plc não ostenta legitimidade *ad causam* para responder esta demanda. Nesse particular, deve ser repisado que a BAT plc foi constituída somente em 1997, passando a operar como *holding* investidora em setembro de 1998 e assim opera até a presente data. Portanto, as alegações da inicial a respeito dos atos ilícitos/conduas inapropriadas que alegadamente teriam sido praticados pelas “fabricantes de cigarros estrangeiras” desde a década de 50, sobretudo entre os anos 50 e 90, não se aplicam a BAT plc, que sequer existia.

2.62. A respeito, a União alega em réplica que a BAT plc teria sucedido as *holdings* anteriores em direitos e obrigações, pois a reestruturação empresarial é ato volitivo seu e não afastaria a sua responsabilidade. Alega, ainda, que a reestruturação não teria sido provada, não se admitindo como prova uma declaração unilateral.

2.63. Como um primeiro ponto, a constituição da BAT plc em julho de 1997 com início de atividade em setembro de 1998 restou devidamente comprovada nos autos por meio de

seus atos constitutivos e certificado de incorporação, todos devidamente anexados e acompanhados de integral tradução juramentada (evento 52 anexo8 e anexo9 e evento 54, decl14, a partir da página 19, com tradução juramentada na decl15). Além dos documentos constitutivos legais, a peticionante também anexou a declaração juramentada do Secretário Corporativo da Sociedade, Paul McCrory, devidamente apostilada e acompanhada da tradução juramentada e documentos de suporte, em que ele esclarece a função e estrutura da BAT plc, bem como o seu relacionamento com a Souza Cruz (evento 52 decl14 e decl15). Portanto, a alegação de ausência de prova formulada pela AGU não procede.

2.64. Tampouco procede a sua alegação feita somente em sede de réplica (e, portanto, intempestiva, além de manifestamente descabida) de que a BAT plc sucederia sociedades anteriores, alegação esta que também foi formulada no **parecer de Vedovato** anexado pela ACT. Conforme explicado no tópico anterior, nos termos dos **arts. 9º e 11 da LINDB**, aplica-se a **lei inglesa** (lei do país de sua constituição) para reger as obrigações da BAT plc e, de acordo com a referida lei, não existe qualquer tipo de “sucessão” que fundamente a responsabilidade da BAT plc pelos atos de *holdings* anteriores (itens 2.44/2.47 *supra* e parecer do Professor **MICHAEL TODD QC**, anexado como **doc. 01 à presente**).

2.65. Note-se, ademais, que as **alegações iniciais sequer são dirigidas especificamente à BAT plc**, mas genericamente, à “indústria do tabaco” ou, quando muito, à “BAT”, um termo usado de forma vaga e resumida pela AGU para se referir a várias sociedades completamente distintas da BAT plc, mas com alguma relação histórica com o grupo empresarial BAT. Conforme já observado, “BAT” é uma referência abreviada para descrever certas empresas integrantes do grupo econômico, mas que, por si só, não indica personalidade jurídica. Significa que, **mesmo de acordo com a teoria da asserção, suscitada na réplica, não há legitimidade passiva da BAT plc por completa ausência de imputação objetiva e específica de fatos a ela.**

2.66. A BAT plc pertence ao grupo empresarial BAT, mas só ostenta legitimidade para responder pelos atos que lhes sejam especificamente imputados (e perante a Jurisdição competente), não pelos atos imputados a entes despersonalizados ou a outras pessoas jurídicas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

2.67. Além de não imputar especificamente qualquer ato à BAT plc, deve-se repisar que o único documento anexado à inicial que lhe diz respeito, dentre os mais de 450 que foram anexados, trata-se de um relatório anual aos acionistas de 2017, documento societário formal, sem relevância para o feito, de resto não explicada na inicial.

2.68. Conforme comprovado com o *affidavit* anexado à sua defesa (tradução juramentada em evento 52, decl15), a BAT plc não fabrica ou comercializa cigarros no Brasil (ou em qualquer país do mundo), tratando-se de sociedade investidora que não tem sequer participação direta na Souza Cruz. Na qualidade de investidora meramente indireta, a BAT plc não controla os negócios da Souza Cruz e nem determina a sua atuação.

2.69. Ciente de que não imputou as condutas que enumera à BAT plc na inicial (daí a sua ilegitimidade passiva), a União tenta corrigir a falha tardiamente em réplica, quando isso claramente não é mais possível. De todo modo, é importante ficar claro que a BAT plc jamais incorreu nas ações e omissões apontadas pela União, tais como “ocultação e manipulação de informações”, “estratégias comerciais abusivas”, “marketing voltado ao público jovem”, “destruição de documentos” e “lobby contra medidas legislativas e administrativas” (página 33 da réplica). Tampouco atuou contra a “função social” da Souza Cruz orientando-a para que incorresse em tais condutas, pois, como dito, não se imiscui na gestão da subsidiária brasileira. O ponto foi demonstrado no capítulo IX, item (IX.II) da contestação, **sobre o qual a réplica não teceu qualquer comentário**, preferindo repetir as alegações da inicial já refutadas e **não respondidas**.

2.70. Ainda, não encontra aplicação no caso a teoria do “*duty of care*”, invocada pela réplica em repetida – e intempestiva – inovação. Trata-se de teoria doutrinária referente a direito ambiental, sem aplicação jurisprudencial pelas cortes brasileiras e que não guarda qualquer relação com a hipótese dos autos. Mesmo porque não houve qualquer “*negligência da empresa-mãe em aconselhar a empresa subsidiária em relação a assuntos sobre o qual possui um melhor know how*” (p. 48), como posto pela doutrina citada. A Souza Cruz tem completo *know how* sobre a sua atividade, sendo ela a fabricante de cigarros com operação no Brasil. A Souza Cruz, inclusive, preexiste à própria constituição da BAT plc (1997), pois foi fundada no Rio de Janeiro, Brasil, em 1903. Ou seja, quando a BAT plc “nasceu”, a Souza Cruz já fabricava cigarros há 94 anos.

2.71. Também deve ser repisado que o fato de pertencer ao mesmo grupo econômico e o fato de receber lucros de sociedades subsidiárias não conferem à sociedade controladora legitimidade para responder pelos atos da subsidiária, nem sob a lei brasileira e nem sob a lei inglesa, aplicável no particular. Nesse ponto, defende o **Professor Vedovato** em parecer anexado pela ACT, que as sociedades estrangeiras seriam solidariamente responsáveis com as brasileiras em razão da sua “atuação coordenada”. Sucede que a pretensa “atuação coordenada” referida no parecer parte de alegações iniciais cuja prova em contrário consta dos autos, como antes referido. Mesmo nesse caso, ainda deve ser lembrado que a solidariedade não presume (art. 265, do Código Civil), isso nem mesmo no caso de grupo empresarial, em que as sociedades dele integrantes mantém a completa autonomia de suas personalidades jurídicas e separação patrimonial, como no caso da BAT plc e da Souza Cruz.

2.72. Alegação similar foi formulada em réplica, onde a União justificou a legitimidade da controladora no “exercício da direção estratégica do grupo”, “valores” e “governança”, anexando um relatório anual da BAT aos acionistas do ano de 2018 contendo essas expressões (evento 98, out12). O estabelecimento de diretivas gerais e valores comuns ao grupo empresarial, entretanto, são atividades típicas de uma sociedade investidora controladora, sem que, todavia, interfiram na autonomia gerencial da subsidiária, conduzida de acordo com a legislação local.

2.73. Simples aplicação dos princípios basilares da autonomia de personalidades jurídicas e separação patrimonial, inerentes às pessoas jurídicas, sendo o recebimento de lucros decorrente da condição de sócio. Tais princípios prevalecem no que diz respeito às sociedades integrantes do mesmo grupo econômico, conforme previsto no **art. 266, da Lei 6.404/76**¹⁵ e pacificado pela jurisprudência.¹⁶

¹⁵ “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.).

¹⁶ “(...) Ainda que a sociedade comercial seja controlada por outra, as obrigações que assume são dela, e não da sociedade controladora, esta ilegítimada, conseqüentemente, para responder à demanda que deveria ter sido ajuizada contra aquela” (STJ. 3ª Turma. REsp 782.810/MA, Rel. Ministro Ari Pargendler, j. em 07/05/2007, p. 04/06/2007, p. 343).

2.74. Esses basilares princípios só poderiam ser excepcionados nas hipóteses restritas de exercício abusivo do poder de controle (arts. 116 e 117, da Lei das S/A) ou de desconsideração da personalidade jurídica (da Souza Cruz e de todas as sociedades existentes entre ela e a BAT plc), a qual depende da demonstração de severos e específicos requisitos (**art. 50 e parágrafos, do Código Civil**¹⁷). Nenhuma dessas hipóteses foi sequer aventada na inicial, embora o tenham sido tardiamente na réplica, em inadmissível alteração da causa de pedir, com a qual a peticionante não concorda, requerendo a pronta desconsideração do alegado (art. 329, II, do CPC).

2.75. Corroborando o aqui afirmado, vale conferir novamente os ensinamentos precisos do **Professor NELSON EIZIRIK**, notável especialista em direito societário, em parecer anexado à contestação, *verbis*:

“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 Civil, 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)”.

(...) De qualquer forma, **ainda que ficasse caracterizado que a BAT plc orientava a atuação dos administradores da Souza Cruz e conduzia os negócios de tal sociedade (o que não fazia, segundo o affidavit assinado pelo Sr. Paul McCrory), isto não constituiria motivo suficiente para justificar a responsabilização da BAT plc no âmbito da Ação Civil Pública.**

(...) Além disso, **também não há como se cogitar, no presente caso, em responsabilidade da BAT plc por danos decorrentes de eventual exercício abusivo do poder de controle da Souza Cruz, nos termos do artigo 117 da Lei das S.A..**

¹⁷ Destacando-se o art. 50, §4º, que dispõe: “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”.

O abuso do poder de controle fica caracterizado quando o acionista controlador adota conduta, na direção dos negócios, que não tenha como objetivo o interesse da companhia, mas vise a beneficiar exclusivamente os seus próprios interesses, em detrimento da sociedade e dos acionistas minoritários.

No entanto, não ficou configurada nenhuma atuação abusiva por parte da BAT plc no exercício apropriado das suas funções como sociedade que figura no topo do grupo empresarial do qual a Souza Cruz faz parte, assim como não ficou demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses listadas no rol exemplificativo do artigo 117 da Lei das S.A

“(…) 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” (g.n.)

2.76. No que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica, por sua vez, a petionante anexou a sua defesa o parecer do **Professor Emérito da Universidade de Oxford, DANIEL PRENTICE**, devidamente acompanhado de tradução juramentada, a respeito da excepcionalidade da desconsideração da personalidade jurídica segundo a lei inglesa, aqui aplicável. Também o **Professor NELSON EIZIRIK** explica no parecer antes citado que, igualmente de acordo com a Lei brasileira, prevalece o princípio da autonomia da pessoa jurídica mesmo entre sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico ou empresarial. Não há, assim, razão jurídica ou justificativa fática para a BAT plc ser incluída no polo passivo desta ação, tanto pela lei inglesa como pela lei brasileira, já que não lhe cabe responder por eventuais atos da Souza Cruz ou de quaisquer outras sociedades do mesmo grupo, antigas ou atuais¹⁸.

2.77. Patente, pois, por todas essas razões, a ilegitimidade da BAT plc para responder esta demanda, pelo que a petionante requer a sua imediate exclusão do feito, nos termos do art. **485, VI c/c art. 354**, do CPC.

(ii.iii) Ausência de interesse-adequação

2.78. As duas preliminares acima suscitadas dizem respeito especificamente à BAT plc e o seu acolhimento levará à sua exclusão do feito. Caso, todavia, tais preliminares não sejam acolhidas, o que não se está concedendo, a BAT plc também reitera a preliminar de falta de interesse-adequação suscitada na sua contestação.

¹⁸ De acordo com a lei inglesa, aqui aplicável como referido no texto, a BAT plc não sucede as sociedades anteriores do grupo em suas obrigações e nem responde pelas obrigações de outras sociedades do grupo (*affidavit* anexado à contestação).

2.79. A AGU requer indenização por supostos gastos do SUS com o tratamento de doenças associadas ao consumo de cigarros, tratando-se de típico interesse próprio e individual do ente público (**interesse público secundário**) e não de interesse público primário, ou seja, aquele genuíno interesse público/coletivo/metaindividual que justificaria o manejo de Ação Civil Pública. A indenização perseguida nesta demanda, portando, haveria de sê-lo por meio de ação individual proposta pela União Federal pelo rito comum e não por meio do rito especial da Ação Civil Pública.

2.80. A roupagem de “transindividualidade” que a AGU tenta conferir à demanda na sua réplica, alegando que atua na defesa do interesse da coletividade e da saúde pública ao buscar recursos para o SUS, está equivocada e **contradiz as alegações iniciais**, configurando nova alteração da causa de pedir, com a qual esta Ré não concorda (art. 329, II, do CPC). Na inicial, a União confessa em diversas passagens (abaixo identificadas em citação do parecer do Professor **Luiz Rodrigues Wambier**), e repete na réplica, **que atua em interesse próprio**, tanto que pretende o ressarcimento apenas de recursos federais, reconhecendo a ostensiva ilegitimidade de fazê-lo em relação a recursos estaduais e municipais. Se é assim, evidente que o interesse em jogo não é da coletividade, mas da própria União, configurando-se em interesse público meramente secundário, como explicado na contestação.

2.81. Confrontada com a preliminar, a União recheia toda a réplica com expressões como “danos à coletividade” ao invés de “danos à União”, arvorando-se agora como defensora “de toda a população” (p. 60/61). Todavia, os limites da causa de pedir já haviam sido estabelecidos na petição inicial, quando a União consignou – várias vezes – que busca com esta ação o ressarcimento pelos recursos federais que é obrigada a aportar ao SUS, ou seja interesse próprio, conforme bem notado pelo Professor **LUIZ RODRIGUES WAMBIER** – citado pela AGU em sua réplica – em parecer acostado à petição de evento 105 (parecer5), em que ele explica precisamente a inadequação da via eleita por ausência de interesse processual, confira-se:

“Segundo a petição inicial da ação civil pública aqui analisada, a atividade empresarial das Rés causaria danos patrimoniais à União (Autora da demanda), na medida em que se vê obrigada a despender valores expressivos na rede de saúde pública para custear os tratamentos das doenças supostamente decorrentes do tabagismo. Isso é afirmado em diversos trechos da petição inicial, dentre os quais

destaco os seguintes, extraídos da fundamentação e transcritos com grifos que tomo a liberdade de inserir:

“No que interessa a esse ponto da demanda, grifou-se o relacionado ao nexu causal. Os outros argumentos dessa decisão ou não se aplicam, visto que se está aqui a falar do Estado, como terceiro prejudicado (e não o fumante em si), ou estão devidamente contrapostos no corpo desta peça inicial” (p. 191).

“É patente o dano causado à União pelas condutas dos grupos empresariais ora demandados. A União arca com altos custos na rede de saúde pública por tratamentos de doenças atribuíveis ao cigarro, enquanto as requeridas, dessa atuação, retiram apenas lucros” (p. 221).

“Assim, a União requer a condenação das demandadas pelos danos materiais sofridos [pela própria União]...” (p. 222).

“Finalizada a exposição dos fatos e do direito, com a demonstração de que as requeridas devem ser condenadas a ressarcir a União pelas despesas [desta] com o tratamento de doenças atribuíveis ao cigarro por elas produzido...” (p. 226).

“A pretensão da União, nesta fase de conhecimento, é fixar a responsabilidade das empresas réas, através do reconhecimento do seu dever de ressarcir o Ente político federal pelos gastos com o tratamento das doenças aqui mencionadas, causadas pelos seus produtos” (p. 228).

“Por tal razão, no caso em tela, não há que se falar em dúvida quanto à autoria das atividades e condutas que produziram danos à União...” (p. 234).

Em todas essas passagens, a União confessa de modo explícito que a pretensão ressarcitória deduzida na petição inicial decorre de um alegado direito individual seu, o que torna evidente o fato de que essa dimensão da demanda diz respeito a direito individual próprio da União e não a qualquer direito transindividual (coletivo, difuso etc.).

Isso é dito pela União de forma ainda mais clara e contundente no seguinte trecho, que decidi citar à parte exatamente por sua clareza e contundência: ‘Aqui se esclarece que a União, na presente demanda, atua em nome próprio e busca um comando ressarcitório que somente abarca a parte que ela aporta para o financiamento do SUS, sendo que não se imiscui na competência que, igualmente, possuem para tanto os estados federados e os municípios’. Ela mesma diz, portanto, estar defendendo direito próprio.

(...) Por tudo isso, a conclusão que se impõe nas reflexões a respeito deste primeiro quesito da consulta, é a seguinte: ao pedir ressarcimento de danos financeiros que alega ter individualmente sofrido, a União pleiteou direito individual próprio em ação civil pública, o que constitui hipótese clara de inadequação da via processual eleita e, conseqüentemente, de ausência de interesse processual. Por isso, o processo, nessa parte (do pedido ressarcitório), deve ser extinto sem resolução do mérito (art. 485, VI, do CPC)” (g.n.).

2.82. Evidente que se a ação foi intentada por um ente federativo, espera-se que a indenização dela eventualmente proveniente seja usada para a consecução de interesses públicos

em geral, pois essa deveria ser a função dos entes federativos, qual seja, bem administrar a coisa pública e os recursos públicos, provendo serviços públicos para a coletividade (saúde, educação, segurança, etc.). Mas isso não transmuda o interesse em jogo nesta demanda de individual para coletivo, pois o que a União pretende é uma **indenização em nome próprio** referente aos recursos que ela aporta ao SUS em cumprimento de lei. Recursos esses, não se olvide, provenientes sobretudo do pagamento de tributos por todos os particulares, incluindo os tributos gerados pelo setor fumageiro, elevadíssimos justamente em razão da não essencialidade e das “externalidades negativas” do produto (desta forma internalizadas).

2.83. A massiva tributação do setor é apenas uma faceta da extensa regulação imposta pela União há décadas, ratificando reiteradamente a legalidade da conduta das Rés. O Governo Federal, vale frisar, sempre abocanhou a maior fatia da receita proveniente da atividade por meio da arrecadação de bilhões de reais das fabricantes de cigarros licitamente constituídas no país, como é o caso das duas Rés brasileiras.

2.84. Não fosse assim e a distinção entre interesse primário e secundário amplamente encampada pela doutrina e jurisprudência não teria razão de existir, pois bastaria que a ação indenizatória fosse intentada por qualquer ente federativo, que ela automaticamente veicularia um interesse público e seguiria o rito da ACP, o que definitivamente não ocorre.

2.85. Diferentemente do que alega em réplica, em nada socorre à União ter havido a intervenção do Ministério Público Federal como custos legis na ação, pois isso ocorre em qualquer demanda autointitulada como coletiva (art. 5º, §1º, LACP).

2.86. Tampouco a socorre o julgado no RE 244.217 (inutilmente anexado à réplica), em que o STF reconheceu a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública com o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público decorrente de contratação de hospital privado pelo SUS sem licitação. Ou seja, hipótese completamente distinta desta inusitada ação, pois lá se tencionava evitar ato de improbidade e contra a moralidade administrativa, apto a lesar efetivamente o patrimônio público. Na verdade, o julgado serve para demonstrar a distinção em relação ao caso dos autos, em que a União busca uma (descabida) indenização por recursos próprios que aporta ao SUS, interesse meramente patrimonial e individual do ente público, logo secundário.

2.87. Curiosa, por outro lado, a menção da União à situação da Covid-19 para defender ser dispensável a comprovação das limitações do SUS. Todo e qualquer sistema universal de saúde terá limitações, pois as necessidades de saúde são ilimitadas e os recursos materiais para atendê-las não o são. O que chama atenção, todavia, é a gestão lamentável dos recursos do SUS por parte da União, que historicamente tolera ineficiências, fraudes e desperdícios que geram ao sistema prejuízos anuais de bilhões, conforme analisado em dois pareceres a respeito do assunto que serão abaixo referidos (capítulos vi.iv e vi.v *infra*).

2.88. Com o devido respeito, o interesse da coletividade estaria sendo defendido pela União se ela bem gerisse a coisa pública, aí incluído o SUS, ao invés de ter gastado mais dinheiro público com a propositura desta ação descabida, constringendo empresas legítimas, envolvidas em atividade legal (conforme reconhece a AGU), da qual a União fica com a maior parte dos lucros.

2.89. O pretense objetivo de “implementar” o art. 19 da CQCT por meio desta demanda, tampouco lhe confere natureza coletiva que justifique a ACP, pois o pedido consiste apenas em um ganho monetário para a União. Ademais, a CQCT não é autoaplicável, dependendo de edição de lei formal por parte do Poder Legislativo. Nesse contexto, o art. 19 da Convenção Quadro não confere fundamento válido para esta demanda, seja ou não qualificada como ACP, dado o seu conteúdo programático e não gerador de obrigações ou responsabilidades. A matéria, por dizer respeito ao mérito, será tratada nos itens 5.42/5.53 *infra*.

2.90. De outra parte, o pleito da AGU por inespecíficos “danos morais” à coletividade deve ser recebido apenas como uma estratégia para se utilizar do rito da Ação Civil Pública para formular pedido indenizatório estritamente individual. Claramente, a AGU está motivada pelo intuito de afastar a sua responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência no caso de seus pedidos serem rejeitados, já que o art. 18 da LACP isenta o vencido de tais ônus, conforme percebido pelo professor **LUIZ RODRIGUES WAMBIER** em parecer a acima referido e abaixo novamente invocado (item 4.56 *infra*).

2.91. Incompatível, ademais, com o pedido de dano material (em nome próprio), o pedido acessório de danos morais coletivos (em nome da coletividade) formulado na inicial, pois

a União não pode atuar ao mesmo tempo como legitimada ordinária e extraordinária, além do que os pedidos sequer seguem o mesmo rito. Não socorre, no ponto, a constatação óbvia da União de que a ACP pode abarcar vários pedidos, e tampouco o julgamento invocado (p. 62 da réplica) sobre a possibilidade de cumulação pedido de dano moral coletivo com pedido de tutela inibitória, pois, naquele caso, o substituído era coincidente, o que não ocorre neste caso, impedindo a cumulação.

2.92. Tampouco ampara a AGU o art. 327, §2º, do CPC, pois esse somente permite a cumulação de pedidos compatíveis (não é o caso) se adotado o procedimento comum, e não o procedimento específico da Ação Civil Pública, devendo-se repisar aqui o caráter individual (e não coletivo) do pedido de ressarcimento. A ação, pois, merece a extinção nos termos do **art. 330, II** e seu **§1º, IV c/c art. 485, I**, do CPC.

(ii.iv) Prescrição

2.93. A BAT plc suscitou na contestação a prescrição da pretensão inicial, pois a União persegue indenizações pelos gastos do SUS em relação aos cinco anos anteriores à propositura da ação e, quanto ao futuro, em caráter perpétuo, quando, contudo: **(i)** incorre nos alegados ‘danos’ pelos quais requer a indenização ao menos desde 1990, quando a Lei nº 8080/90 regulou o SUS; e **(ii)** desde muito antes disso, União Federal tem conhecimento especializado da notória circunstância de que fumar associa-se a riscos para saúde (inclusive utilizada como motivo de elevação da tributação). Tal ciência é impossível de ser negada mesmo antes de 1988, ano em que começaram a ser veiculadas as cláusulas de advertência sobre os riscos do consumo de cigarros, em cumprimento à Constituição Federal e a uma Portaria editada pelo Ministério da Saúde, órgão da União, depois sucedida por outras Portarias, Resoluções e Leis.

2.94. Portanto, invocando-se o prazo prescricional apontado na inicial, **a pretensão inicial prescreveu cinco anos após a regulamentação legal do SUS**, ou seja, em 1995, pois o prazo deve ser contado desde a pretensa violação ao direito (princípio da *actio nata*, conforme veio a ser positivado no **art. 189**, do **Código Civil**), o que – se admitidas as premissas iniciais – já ocorria naquela época.

2.95. Além disso, todos os supostos eventos e teorias jurídicas invocados pela AGU na inicial estão há muito tempo disponíveis. Conforme referido na contestação da BAT plc, ações semelhantes de recuperação de custos de saúde foram intentadas por estados brasileiros já em 1999, além de os “documentos internos” da “indústria do tabaco” descritos na petição inicial estarem publicamente disponíveis na *internet* há mais de vinte anos, sendo acessíveis por qualquer pessoa.

2.96. A AGU refere-se repetidamente na inicial ao *Master Settlement Agreement* celebrado entre os estados americanos e fabricantes americanas de cigarros, inclusive como forma de justificar seu pedido de indenização perpétua. Tal acordo foi finalizado e tornado público em novembro de 1998, de modo que estava imediatamente disponível para a AGU que, todavia, decidiu intentar esta ação somente em 2019. Sobretudo considerando o seu corpo jurídico altamente qualificado e os recursos disponíveis, a AGU claramente adormeceu sobre a sua pretensão durante muitos anos, que agora está há muito prescrita, como decorrência da aplicação do brocardo de que “o direito não socorre aos que dormem”.

2.97. Trata-se aqui de **prescrição integral**, ou do “fundo de direito”, como reconhecido pela jurisprudência, devendo-se rechaçar a tese do “dano continuado” como motivo de afastamento da prescrição integral.

2.98. A alegação de dano continuado foi reeditada em réplica, onde a União alega, por exemplo, que os danos ao SUS ocorrem continuamente, pois “*cada nova despesa feita pela União no tratamento de pacientes vitimados por doenças decorrentes do fumo caracteriza uma nova lesão ao erário*” (pg. 113, mas repetido em vários pontos). Isso é irrelevante, eis que a suposta lesão pela qual a União busca indenização remonta à regulamentação do SUS, em 1990, sendo os aportes federais realizados desde então meros desdobramentos de um mesmo fato e não novos “danos” aptos a inaugurarem novos prazos prescricionais.

2.99. Conforme demonstrado na contestação, aplica-se o entendimento do STJ manifestado nas ações de regresso do INSS contra o empregador do beneficiário acidentado, em que a prescrição é contada desde a concessão do benefício, mesmo sendo ele pago mensalmente. A própria União reconhece esse entendimento (pacificado no STJ), pois cita na página 244 da

inicial julgado proferido no Resp. 1709453/SP, que o aplica, valendo inclusive citar o seguinte trecho:

“(...) ‘Quanto ao prazo prescricional aplicável à espécie, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o prazo prescricional quinquenal das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública deve ser aplicado aos casos em que a Fazenda Pública é autora, como nas ações regressivas por acidente de trabalho:

(...) Dessa forma, aplica-se ao caso o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, em detrimento do lustro trienal disposto no Código Civil. **Ato contínuo, impõe-se a análise do termo inicial da prescrição.** Conforme se verifica do art. 120 da Lei nº 8.213/91, o fundamento da ação regressiva proposta pela Previdência Social em face daquele que negligencia as normas padrões de segurança e higiene do trabalho é a concessão do benefício acidentário. Assim, por força do princípio da *actio nata*, **a partir da data da concessão do benefício surge para o INSS a pretensão de ser ressarcido dos valores despendidos para o pagamento dos benefícios em favor do segurado ou seus dependentes.**

Portanto, não se aplica ao caso a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que ‘nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação’. Isso porque a relação jurídica de trato sucessivo existente dá-se, apenas, entre o segurado ou seus dependentes e a Previdência, consubstanciada na prestação devida a título de benefício decorrente do acidente de trabalho. No entanto, não existe relação jurídica de trato sucessivo entre o causador do acidente, por dolo ou culpa, e a Previdência Social.

Em casos análogos, a jurisprudência tem assentado o entendimento de que **a prescrição atinge o fundo de direito**, afastando a relação de trato sucessivo. (...) Com tais considerações, conclui-se que a contagem do quinquídio prescricional para a pretensão da Autarquia Federal se ver ressarcida dos valores despendidos a título de benefício previdenciário, decorrente de acidente de trabalho, inicia-se a partir da data da concessão do benefício. No caso dos autos, a data de início do benefício acidentário foi 21/07/1998 (fls. 08/09), portanto, desde essa data, o INSS já dispunha de todos os elementos para a propositura da ação, de forma que o prazo prescricional de cinco anos findou-se em 21/07/2003. Assim, ajuizada a ação em 26/06/2012 (fls. 02), já havia se consumado a prescrição quinquenal’.

O STJ possui entendimento de que, 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” (REsp 1709453/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 19/12/2017)

2.100. Como se vê, mesmo sendo o benefício pago pelo INSS mensalmente ao beneficiário, o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento perante o empregador (causador do dano) **conta-se da concessão do benefício e atinge integralmente a pretensão** (fundo de direito), não apenas os valores pagos mais de cinco anos antes da propositura da ação. Isso porque

o STJ entende que **a relação de trato sucessivo ocorre entre o INSS e o beneficiário, não entre o INSS e o empregador (causador do acidente).**

2.101. Da mesma forma no presente caso, no que diz respeito ao custeio do SUS, **não existe relação continuada entre a União Federal e as fabricantes de cigarros.** Portanto, pela mesma razão, **há prescrição integral da pretensão inicial neste caso** – e não apenas das despesas incorridas pela União mais de cinco anos antes da propositura da ação – eis que ela custeava o SUS ao menos desde 1990, quando surgiu a sua pretensão contra as Rés brasileiras (*actio nata*).

2.102. Aplica-se, também, o entendimento do STJ, manifestado nas ações indenizatórias movidas por fumantes contra as fabricantes de cigarros, em que aquela E. Corte afastou a alegação de “dano continuado” como óbice ao fluxo do prazo prescricional¹⁹. Diferente do que alega a União, nem sempre os danos alegados pelo fumante nas ações individuais ocorrem um momento específico. O diagnóstico da doença ocorre em um momento específico, mas muitas vezes se trata de doença crônica que se alonga no tempo. Nem por isso o STJ deixa de considerar o diagnóstico como termo *a quo* da prescrição, sob de pena de transformar em imprescritível a pretensão. O mesmo no caso dos autos, em que o “dano” alegado pela União teria ocorrido desde 1990, a partir da regulamentação do SUS, mas se protraí no tempo, o que é insuficiente para afastar a prescrição.

2.103. As relevantes razões que levam ao reconhecimento da prescrição neste caso, vale dizer, restaram inabaladas pela réplica, na verdade saíram fortalecidas dada a miríade de argumentos desarrazoados e contraditórios suscitados neste ponto. A alegação de ‘renovação do dano’ foi refutada acima, devendo-se rebater as demais alegações a respeito.

2.104. Após advogar claramente na inicial a aplicação do prazo prescricional de cinco anos anteriores à distribuição da ação para seu pedido de ressarcimento, a União alega em réplica que, na verdade, a pretensão seria imprescritível, assim como é imprescritível a reparação do

¹⁹ “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.).

dano ambiental, dada a convergência entre o meio ambiente e a saúde (pg. 108). Acresce que limitou o pedido aos cinco anos anteriores à ação de boa-fé, para não soar desproporcional, no contexto de uma ponderação de princípios que considerou inclusive a “legalidade formal” da atividade (pg. 110).

2.105. São muitos absurdos sintetizados em só parágrafo, mas vamos a eles. Primeiro, a prescrição é matéria de ordem pública (arts. 191 a 193, do CC), então a União não poderia escolher aplicar o prazo de cinco anos “de boa-fé” e “ponderando princípios”, caso a hipótese fosse de imprescritibilidade; segundo, é óbvio que não há imprescritibilidade e a União sabe disso (tanto que limita o requerimento aos cinco anos anteriores à propositura da ação). A hipótese de dano ambiental não guarda relação com estes autos, em que, vale lembrar, sequer está em debate o direito à saúde, mas o inexistente direito da União de ver-se ressarcida por aportes que faz ao SUS conforme exigido na Constituição Federal. Mesmo no direito ambiental, vale dizer, o que não prescreve é a reparação do dano ambiental em si, não a eventual indenização pecuniária dele decorrente²⁰. Neste caso, o que a União persegue é exclusivamente uma indenização pecuniária, logo prescritível, mesmo sob as teorias da AGU sobre prescritibilidade; quarto, a legalidade (inequívoca, repetidamente afirmada por diversos julgados, e não meramente “formal”) da atividade das demandadas não guarda relação com o com prazo prescricional para a propositura desta ação, embora de fato fundamente a improcedência do pedido.

2.106. Outro argumento suscitado na réplica para afastar a prescrição, em contradição com o argumento rebatido acima, é no sentido de que a prescrição deve ser contada da constatação do dano e da sua extensão em razão do princípio da *actio nata*, acolhido por ampla jurisprudência (pg. 93). Em complemento, a AGU acrescenta que a jurisprudência não considera suficiente o mero conhecimento da potencialidade danosa, tanto que, em caso envolvendo direito ambiental, o STJ julgou que o dano ecológico não faz presumir o conhecimento dos efeitos da contaminação, devendo ser a prescrição contada da ciência inequívoca destes (pg. 104).

²⁰ Por exemplo, dentre muitos outros: “(...) Nesse passo, ainda que tenha havido dano ambiental de caráter continuado e permanente com o represamento da água, este fato não pode ser considerado como pretexto para tornar imprescritível ou fazer perdurar, por anos a fio, a pretensão de indenização, repita-se, notadamente de índole individual e patrimonial”. (AgInt no AREsp n. 1.644.145/MA, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1/3/2021, DJe de 15/3/2021, g.n.)

2.107. Novamente, entendimentos que não socorrem à União, mais interessada em trazer questões de direito ambiental do que em debater aspectos referentes ao pedido formulado nesta demanda indenizatória (quicá convencida da sua improcedência). No caso, foi desde a regulamentação do SUS, em 1990, que a União teria suportado os tais “danos” decorrentes do tratamento das 27 doenças alegadamente associadas ao consumo de cigarros e que tem o dever de contabilmente conhecer. Daí porque o termo *a quo* da prescrição deve ser desde a regulamentação do SUS. Situação claramente distinta, portanto, do desconhecimento da extensão dos efeitos de um dano ambiental em dada comunidade.

2.108. O fato de a União não ter revelado na inicial e não ter trazido qualquer evidência do montante despendido, nos últimos cinco anos, com o tratamento pelo SUS das 27 doenças enumeradas configura falha processual que justifica a improcedência da demanda, mas não interfere na prescrição. A uma porque, tratando-se de verba pública federal já aportada ao SUS, a União deveria conhecer e ter indicado o valor na inicial. Se não o fez, seja por estratégia, seja por falhas de controle e fiscalização nas aplicações dos repasses, essas são questões somente atinentes à sua esfera e que não podem ser usadas em seu benefício, por exemplo, para afastar prescrição. A duas, defender que a “extensão do dano” corresponde ao seu exato montante para fins de fluência do prazo prescricional seria tornar imprescritível qualquer ação que necessitasse, por exemplo, de uma perícia contábil para a apuração do valor devido, pois o prazo prescricional começaria a correr somente após a propositura da ação e a conclusão da prova pericial, quicá da sentença que homologasse o valor do laudo! Por mais absurdo que possa parecer, é literalmente o que a União sustenta.

2.109. No caso dos autos, o contrassenso é ainda mais evidente, pois a União pretende relegar a uma cômoda liquidação de sentença o cálculo do dano e de sua extensão (juntamente com outros elementos essenciais à configuração do próprio *an debeat*), de modo que, se o conceito de “conhecimento da extensão do dano” coincidissem com o conceito de “conhecimento do próprio dano” para fins de contagem da prescrição, estaríamos diante de uma absurda situação em que a prescrição começaria a correr após a própria sentença. Enfim, outro argumento indefensável formulado pela União, que, portanto, não tem qualquer serventia para análise da prejudicial de prescrição suscitada pelas demandadas ou das regras legais referentes à aplicação da prescrição.

2.110. Por último, a União qualifica a prescrição da pretensão à indenização por “danos futuros” como uma “autorização legal para causar danos” (pg. 117). Não é o caso, pois os tais “danos futuros”, segundo a inicial, referem-se ao financiamento do SUS em cumprimento da Constituição, logo, também consistem em mero desdobramento da sua obrigação (impropriamente qualificada como “dano” pela União) de realizar aportes ao SUS, nascida com a sua regulamentação.

2.111. Destarte, resta evidenciada, sob qualquer ângulo, a prescrição integral da pretensão demandada nestes autos, que a réplica nem de longe conseguiu arranhar, razão pela qual a peticionante requer a extinção do feito com fundamento no **art. 487, II, do CPC**.

2.112. Portanto, demonstrada a ocorrência das hipóteses de extinção previstas no **art. 485, incisos I, IV e VI, do CPC** (extinção sem julgamento do mérito), bem como a hipótese prevista no **art. 487, II, do CPC** (prescrição), a BAT plc requer seja o processo extinto, quando menos em relação a ela, neste momento processual, nos termos do **art. 354, do CPC**.

III – JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO PELA IMPROCEDÊNCIA

A IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA DA AÇÃO E A AUSÊNCIA DE PROVA MÍNIMA DAS ALEGAÇÕES INICIAIS

3. Conforme esclarecido na defesa, a BAT plc somente contestou o mérito do pedido inicial, repita-se, em observância ao art. 336, do CPC, sem que isso em absoluto signifique voluntária submissão à jurisdição brasileira, **com o que, como acima demonstrado, definitivamente não concorda.**

3.1. Feita a ressalva e ainda que – por absurdo – as preliminares acima sintetizadas fossem superadas (o que não se concede), deve ser destacado que **o pedido de ressarcimento da União pelos gastos do SUS com o tratamento de doenças tabaco relacionadas, s.m.j., não merece acolhida pelo Poder Judiciário brasileiro, pois manifestamente contrário ao ordenamento jurídico.** Nesse sentido, é tão evidente a improcedência do pedido inicial, que esta pode ser reconhecida em sede de **juízo antecipado**, com fundamento nos relevantes óbices estritamente de direito que foram demonstrados na contestação (**art. 355, I, do CPC**). O

juízo antecipado do mérito é a segunda hipótese de julgamento conforme o estado do processo, previsto na Seção II do Capítulo X, do CPC. A Seção I se refere à extinção do processo, tratada no capítulo anterior.

3.2. No que diz respeito ao mérito da demanda, não cabe às fabricantes de cigarros (e menos ainda às suas controladoras) pagarem à União Federal indenização fundada nos gastos com o tratamento de doenças associadas ao consumo do produto, **em síntese** porque:

(I) É dever do Estado, e não dos indivíduos ou das sociedades privadas, arcar com as despesas relacionadas à saúde da população, conforme consta expressamente da Constituição Federal (art. 196). Precisamente para suprir esse dever do Estado é que foi criado o SUS, regulamentado pela Lei 8.080/90, que garante acesso universal e igualitário aos serviços de saúde (igualmente para fumantes e não fumantes). Não cabe aos particulares o custeio do SUS, pois estes já participam do financiamento da máquina pública por meio do pagamento dos tributos legalmente instituídos, cabendo ao Governo a sua destinação e aplicação eficientes. Em suma, o pedido formulado pela União é inconstitucional e a sua procedência implicará estrondosa violação ao art. 196 da Constituição Federal.

(II) Não existe qualquer lei que autorize a União buscar junto aos particulares o ressarcimento pelos gastos do SUS com o tratamento das doenças tabaco relacionadas, o que seria necessário em virtude do **Princípio da Legalidade** aplicado à administração pública. Tanto assim que a lei prevê claramente as hipóteses restritas e específicas em que o SUS está autorizado a buscar algum tipo de ressarcimento de despesas do particular²¹, nenhuma delas nem de longe aplicáveis ao caso.

(ii.i) Ao contrário do que a inicial sustenta, a Convenção Quadro para Controle do Tabaco não ampara ou autoriza a propositura desta ação, tratando-se de norma meramente programática (decorrente justamente da sua natureza de “tratado-quadro” ou de “convenção-quadro”), que, portanto, não cria nenhuma causa de pedir ou embasamento legal para a causa ajuizada pela AGU,

²¹ Ressarcimento ao SUS por parte de operadoras de plano de saúde por atendimentos do SUS prestados a consumidores do plano (art. 32 da Lei 9.656/98); ressarcimento à Previdência social pelos responsáveis em caso de negligência quanto à segurança do trabalho e violência doméstica (art. 120 da Lei 8.213/90); ressarcimento ao SUS por parte do ofensor, em caso de violência à mulher, dos custos referentes ao tratamento de saúde prestado pelo SUS (art. 9º da Lei 11.340/06 com redação da Lei 13.871/19).

sobretudo considerando os vastos precedentes rejeitando os fundamentos para a responsabilização pela venda de cigarros no Brasil pelas Rés brasileiras. Para que o pleito da AGU pudesse ser examinado por esse i. Juízo, seria primeiro necessária a existência de legislação brasileira específica, que inexistente e foi deliberadamente rejeitada pelo Poder Legislativo (e mesmo que existisse tal legislação, ela teria que estar de acordo com a Constituição Federal). Voltar-se-á a este tema nos itens 5.42/5.53 *infra*;

(III) A indenização requerida pela União tenta disfarçar inegável **caráter tributário**, quando se sabe que **os tributos somente podem ser instituídos por Lei** e, no caso, inexistente Lei autorizando a cobrança de tributos decorrentes de danos associados ao consumo de cigarros, o que torna o pleito da AGU ilegal e inconstitucional. Por outro lado, releva notar que a carga tributária incidente sobre o setor de tabaco já é virtualmente confiscatória, fato que, aliás, incentiva sobremaneira o mercado ilegal do produto no país, o que causa enorme danos ao fisco, aos consumidores, à sociedade em geral e à indústria legal. Voltar-se-á a este tema nos itens 4.22/4.33 *infra*;

(IV) De todo modo, ainda que superados os óbices constitucionais e legais ao pleito da AGU, **estão manifestamente ausentes TODOS elementos da responsabilidade civil**, a saber:

(iv.i) **Está ausente o ato ilícito**, dada a incontestável licitude da fabricação e venda de cigarros no Brasil, sendo certo que os arts. 927, p. único e 931 do CPC, ao preverem a responsabilidade objetiva, **não dispensam a ilicitude ou antijuridicidade**, ou seja, a atuação desconforme com o direito, dispensando somente a culpa. A culpa também está ausente na hipótese, especialmente no que diz respeito à BAT plc, sociedade inglesa, criada no Reino Unido em 1997, sem jamais ter praticado qualquer ato no Brasil. A esse respeito, as alegadas condutas inapropriadas narradas no capítulo 5.6 da inicial além de não terem sido associadas pela AGU a qualquer aumento do consumo de cigarros no Brasil (onde ao invés disso a prevalência do fumo caiu dramaticamente), referem-se a outras sociedades e a período anterior à existência da BAT plc.

(iv.ii) **Está ausente o dano**, pois a União Federal incorre em despesas com o SUS **em estrito cumprimento de dever constitucional e legal**, o que definitivamente não se confunde com o dano elemento do dever de indenizar. Não bastasse, não houve qualquer especificação das tais despesas, o que seria condição necessária (mas não suficiente) para a prova indiciária de existência do “dano”. Este, portanto, não foi minimamente, nem mesmo de maneira indiciária, substanciado na

inicial (a despeito de a AGU ter declarado que preparou durante dois anos a ação), de modo que não pode ser objeto de prova *a posteriori*, como será detalhado a seguir (itens 4.48/4.57 *infra*). Simplificando, a AGU nem mesmo tentou demonstrar com a inicial e a réplica o quanto gastou tratando fumantes acometidos das 27 doenças listadas na inicial (despesas), muito menos tentou provar que gastou mais com o SUS no mundo real (população composta por fumantes, ex-fumantes e pessoas que nunca fumaram) do que gastaria em um mundo contrafactual em que nenhum brasileiro jamais tivesse fumado – em outras palavras, não há nenhuma prova nos autos sobre as despesas e, muito menos, prova indiciária sobre a existência de qualquer dano;

(iv.iii) Está ausente o nexo de causalidade entre as atividades de fabricar e comercializar cigarros (exercidas pelas Rés brasileiras) e o gasto do SUS com o tratamento das doenças associadas ao consumo deste produto. O **comportamento voluntário e informado do fumante (terceiro) de decidir ou não começar e continuar a fumar se interpõe entre as duas pontas**, rompendo qualquer alegado e aparente elo causal entre a conduta das Rés (ainda que ilícita fosse, quando não é) e as doenças em fumantes para as quais a União requer o reembolso de custos. Além disso, a atividade tem sido minuciosamente regulamentada e taxada há décadas pelo governo federal e as empresas locais produzem, rotulam e vendem cigarros em estrita observância à regulamentação imposta (incide aqui o princípio do *venire contra factum proprium*, que representa mais um óbice ao pleito da AGU). Em outras palavras, presentes a excludente denominada **culpa exclusiva de terceiro** e configurado o *venire contra factum proprium*, são desnecessárias maiores incursões sobre o nexo causal por se saber de antemão que este foi **rompido** pela culpa exclusiva do fumante/estrita observância das regulamentações legais.

(V) Aplica-se a este caso, inclusive por um imperativo do art. 926, do CPC²² – o entendimento **pacificado** pelas Cortes brasileiras, sobretudo pelo **STJ**, no sentido de não ser devida aos fumantes (ou ex-fumantes ou seus familiares) indenização por morte/doenças imputadas ao consumo de cigarros, aí incluído o reembolso de despesas médicas. Um dos fundamentos de improcedência sempre invocado pela jurisprudência é a culpa exclusiva do fumante, que, transportada para este caso, como mencionado, configura a culpa exclusiva do terceiro e rompe o nexo causal entre a fabricação/venda de cigarros pelas Rés brasileiras e os gastos do SUS com o tratamento das doenças associadas ao seu consumo.

²² Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e **mantê-la estável, íntegra e coerente** (g.n.).

(v.i) Neste ponto, deve-se ponderar que se a indenização não é devida ao Estado de São Paulo por qualquer despesa do SUS para tratar doenças tabaco-relacionadas²³ e nem ao próprio fumante, parte diretamente afetada pela doença ou aos seus familiares/herdeiros, não há que se falar em uma obrigação de reembolsar a União, que está constitucionalmente obrigada a prover a saúde de seus cidadãos, independentemente da causa da doença²⁴! Não há qualquer razão, portanto, para se afastar o entendimento já consagrado pela jurisprudência, merecendo este caso, com ainda maior razão, o mesmo destino das centenas de ações individuais e coletivas já rechaçadas pelo Poder Judiciário em todas as instâncias, como extensamente documentado pelas Rés e ignorado pela AGU.

(v.ii) Mencione-se, ainda nesse ponto, **que grande parte das ações individuais tem sido julgada improcedente em sede de julgamento antecipado**, com base em alguns dos óbices jurídicos também aqui aplicáveis, como a licitude do produto e da atividade das suas fabricantes (somada à periculosidade inerente ao cigarro há muito reconhecida pela sociedade e pelo governo, assim como à ausência do defeito exigido pela legislação consumerista) e a culpa exclusiva do fumante;

(v.iii) 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 de indenização aos Estados e Municípios referente aos gastos com o tratamento de doenças associadas ao fumo, assim como o mesmo entendimento externado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em ação movida por aquele Estado, ambos mencionados na contestação.

(v.iii.i) A réplica qualifica a ação do Ministério Público de São Paulo como “apenas” uma ação que requereu danos morais para fumantes e seus herdeiros (p. 83), mas, na verdade, o caso incluiu pedido expresso de ressarcimento de custos de saúde pública, equivalente ao pedido formulado

²³ STJ. RESP 1.573.794/SP. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, pub. 19/11/18.

²⁴ A AGU alega em réplica que, ao tratar fumantes por doenças tabaco relacionadas, faltam recursos para tratar outros pacientes. Esse argumento não faz sentido, pois o SUS existe para pagar por tratamentos de saúde para todos os brasileiros, não apenas para aqueles que adotam estilos de vida saudáveis. De fato, o mesmo argumento poderia ser usado para buscar reembolso de fabricantes de alimentos com alto teor de gordura, açúcar e sal, porque brasileiros obesos e não saudáveis estão sendo tratados pelo SUS e usando recursos para tratamento de pacientes mais “merecedores”, por adotarem estilos de vida mais saudáveis.

pela AGU nesta ação. Ao julgar o Recurso Especial do Ministério Público, o STJ manteve a decisão das instâncias inferiores, entendendo que os arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil não respaldavam a pretensão inicial, dentre outros fundamentos, como a ampla regulamentação governamental, ratificadora da legalidade da conduta dos réus (*venire contra factum proprium*). A decisão representa a palavra final do Poder Judiciário, pois transitou em julgado após o Ministério Público exaurir o seu direito de recurso, confira-se o seguinte ponto:

“(…) 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.).

(v.iv) Mas não é só. Neste caso, há também culpa exclusiva da União em razão da sua gestão negligente, imperita e imprudente decorrente de: (i) falhas no combate ao mercado ilícito de cigarros, ironicamente descumprindo o único protocolo consequente à ratificação da CQCT e gerador de obrigação aos Estados signatários, levando à perda multibilionária de receita tributária e danos às atividades legítimas das Rés; (ii) imposição de políticas fiscais desproporcionais sobre o consumo de cigarros, que agravam os problemas advindos do comércio ilícito e dos altos custos fixos estruturais relacionados aos gastos do SUS; (iii) não prevenção e combate de fraudes que desviam enormes quantias de recursos federais do SUS. Com o devido respeito, os recursos federais empregados na propositura dessa ação, que busca reverter décadas de precedentes judiciais e constranger empresas que exercem atividade lícita, seriam melhor gastos na redução do comércio ilícito de cigarros e na melhoria da gestão do SUS.

3.3. As constatações antes enumeradas, vale frisar, demandam somente a análise do ordenamento jurídico e da ampla jurisprudência existente em ações individuais e coletivas de causa de pedir correlata, **sendo absolutamente despicienda a produção de qualquer prova para se concluir pela improcedência desta demanda.**

3.4. Assim é que: (i) mesmo que fosse comprovado o exato montante gasto pelo SUS pela União com o tratamento das 27 doenças alegadamente tabaco-relacionadas enumeradas na inicial (sequer revelado na inicial); (ii) mesmo que fosse comprovada a parcela deste gasto

atribuível ao consumo dos cigarros de fabricação de cada Ré brasileira e às condutas ilícitas alegadas na inicial (levando-se em conta outros produtores domésticos e os níveis absurdos de cigarros provenientes do mercado ilegal tolerado pela União); **(iii)** mesmo que fosse comprovado que a tributação incidente sobre o setor não é suficiente para cobrir tal montante e que continuaria sendo insuficiente se a União Federal combatesse de forma efetiva o estratosférico mercado ilegal de cigarros (que não recolhe tributos); **(iv)** mesmo que fosse comprovada uma política racional de taxaço do produto proporcional, uma eficiente política de combate ao mercado ilegal de cigarros, a inexistência de percentual absurdamente elevado de custos fixos e de ineficiências, uma boa gestão dos recursos pelo SUS, inexistência de fraudes, de modo que a sua eventual insuficiência não lhe pudesse ser atribuída, e; **(v)** mesmo que fosse comprovado que cada paciente atendido pelo SUS adoeceu em virtude do cigarro de fabricação das Rés brasileiras e não de qualquer outro fator de risco e, ainda em virtude das “más condutas” alegadas na inicial que teriam ocorrido há muitas décadas em outros países; **(vi)** mesmo que a União comprovasse que gastou mais recursos com o SUS em razão do consumo de cigarros do que ela gastaria caso os cigarros não existissem ou caso não existissem os cigarros de fabricação das Rés ou o seu alegado consumo ilicitamente induzido; **(vii)** mesmo que se pudesse aplicar as estatísticas epidemiológicas (e ainda por cima estrangeiras) para a presunção da causalidade como elemento de reponsabilidade civil – **mesmo em tal absurdo e hipotético cenário, imaginado com finalidade meramente argumentativa – o pedido inicial continuaria improcedente!**

3.5. Ainda que fossem concretizadas as hipóteses acima, o custeio da saúde – independentemente da causa da doença – continuaria sendo dever do Estado e não do particular, além do que continuariam **ausentes TODOS** os elementos da responsabilidade civil, a saber: **(i)** o **ato ilícito** (pois inquestionavelmente lícitas no Brasil a fabricação e a comercialização de cigarros); **(ii)** o **dano indenizável** (pois os gastos do SUS em cumprimento de dever constitucional e legal assim não se qualificam); e **(iii)** o **nexo causal** (rompido pela culpa exclusiva de terceiro, qual seja, o indivíduo fumante, que se interpõe entre as atividades das Rés brasileiras e os gastos do SUS e também pela incidência do princípio *nemo potest venire contra factum proprium* em desfavor da União, bem como pela maciça e confessada presença do mercado ilegal). A ausência de todos esses elementos foi muito bem explicada por **JUDITH MARTINS-COSTA** em detalhado parecer anexado à petição de evento 105 (parecer2), cujos trechos serão citados no item 5.8 *infra*.

3.6. Portanto, o julgamento antecipado pela improcedência desta demanda é de rigor, pois desnecessária a produção de provas para que se alcance esse resultado, já que a improcedência se funda em questões eminentemente de direito já pacificadas pela jurisprudência.

3.7. Relevante esclarecer, todavia, que o julgamento antecipado **não** é possível para o caso de procedência dos pedidos iniciais, vez que os elementos do dever de indenizar devem estar **cumulativamente**²⁵ presentes para que este se configure e, aqui, constatações meramente jurídicas demonstram a ausência de todos eles, quando bastaria a ausência de um.

3.8. Para um julgamento de procedência, se eventualmente fossem afastados os óbices jurídicos antes referidos, a União ainda precisaria comprovar, nos termos do **art. 373, I**, do **CPC**, os três elementos da responsabilidade civil, a saber, o ato ilícito e culposo praticado por cada uma das Rés; o dano por ela sofrido, que não se confunde nem de longe com o simples gasto com o tratamento de doenças tabaco relacionadas, mas somente o gasto a maior decorrente diretamente de uma conduta ilícita e comprovada das Rés; e, o nexos causal direto e imediato entre uma coisa e outra. Não há nem indício de prova relativamente a esses pontos na inicial ou na réplica.

3.9. Fossem superados os flagrantes obstáculos jurídicos aqui rememorados (o que nem minimamente se concede), a União haveria de comprovar nesta ação **cada um** desses complexos pontos controvertidos, razão pela qual o julgamento antecipado é inconcebível para o caso de procedência. Sucedem que a União confessa em réplica que não pretende produzir tais provas (pg. 146/147), dando nova razão para o julgamento de improcedência de seus pedidos, mesmo porque precluso o seu direito produção probatória.

3.10. Repise-se, nesse ponto, que, a despeito de ter afirmado que preparou a causa por mais de dois anos, a União não juntou aos autos *nenhuma prova* sequer das despesas efetuadas com o tratamento das tais 27 doenças nos últimos cinco anos. Muito menos ainda fez

²⁵ “11. (...) Antijuridicidade (isto é: ilicitude do ato), dano e nexos de causalidade são, portanto, os três pressupostos gerais elementares, presentes tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual; tanto na responsabilidade subjetiva (informada pela culpa como fator de imputação) quanto na responsabilidade objetiva (informada pelo risco como fator de imputação). Ainda como regra, **a presença cumulativa desses três elementos é imprescindível para atribuir-se o efeito consistente no pagamento de indenização por perdas e danos**” (parecer de **Judith Martins Costa**, anexado à petição de evento **105**, parecer², p. 9, g.n.).

qualquer prova, ainda que indiciária, da existência de qualquer dano (fatos, aliás, atestados pelo eminente economista **GESNER OLIVEIRA** no seu parecer anexado à petição de evento 105 (parecer6), que analisou pormenorizadamente *todos* os documentos anexados aos autos pela AGU).

3.11. Tratam-se, evidentemente, de documentos absolutamente necessários à propositura da ação, já que constitutivos do pretense direito da União Federal, que não foram juntados aos autos, a despeito de necessariamente estarem (ou deverem estar) na posse da AGU e de serem de seu conhecimento. Caso contrário estaríamos diante de situação inusitada em que a União teria proposto a ação desconhecendo as suas próprias despesas e não tendo a mais mínima ideia se possui qualquer dano.

3.12. De todo modo, se a União possui os dados das despesas e não os forneceu, a demanda deve ser julgada improcedente por falta de prova necessária à propositura da ação, e se a União não tem os dados sequer relativos às despesas, qualquer tentativa de cálculo de dano seria inútil, já que a despesa se trata de condição necessária (mas não suficiente) para a aferição da eventual existência de dano. Portanto, com a máxima vênia, o presente processo tem que ser julgado, de forma imediata, improcedente por falta de provas necessárias à propositura da ação, cujas ausências impossibilitam qualquer defesa das Rés nesse particular.

3.13. Mesmo porque as iniciativas probatórias por parte da União no que diz respeito às suas despesas com o SUS encontram-se cobertas pela preclusão (trazer aos autos elementos a esse respeito após as contestações implicaria inadmissível alteração da causa de pedir com inegável prejuízo à defesa). Por outro lado, despesas claramente não se confundem com danos no direito brasileiro (não existe qualquer previsão legal que pudesse dar embasamento a uma pretensão de reembolso de meras despesas) e, de todo modo, não há um pedaço de papel sequer nos autos fazendo prova das tais despesas, o que seria *condição necessária* (mas não suficiente), repita-se, para qualquer demonstração, mesmo que perfunctória, da existência de dano.

3.14. **Tampouco é legítimo o recurso à liquidação de sentença antes de demonstrar suficientemente cada elemento de seu pleito**, conforme simploriamente alegado pela União na inicial e insistido em réplica. A liquidação de sentença reserva-se a exclusiva apuração do *quantum debeatur*, sendo certo que todos os elementos do *an debeatur*, devem ser

necessariamente comprovados no processo de conhecimento, conforme magistralmente demonstrado pelo Professor **LUIZ RODRIGUES WAMBIER** em parecer anexado à petição de evento 105 (parecer5) e que será abaixo citado (itens 4.48/4.57 *infra*).

3.15. Em uma ação na qual a União alega perseguir a reparação civil, o mínimo a ser comprovado são os seus elementos inafastáveis e multicitados acima, que são o ato ilícito/culposos, o dano e o nexo causal (*an debeat*). Todos esses elementos, incluindo a existência de um dano indenizável, devem de ser provados no processo de conhecimento caso este não seja julgado extinto, prescrito ou improcedente de plano, pois somente o montante do dano – jamais a sua própria existência ou os demais elementos do dever de indenizar – poderia ser relegado a eventual liquidação de sentença. Definitivamente, a complexidade da prova ou o seu custo, ao contrário do que foi sugerido na página 159, não justifica que a União se exima dos seus ônus processuais legais, mesmo porque, neste caso específico, tal complexidade é diretamente proporcional ao absurdo da demanda intentada, data maxima venia.

3.16. Lembre-se, ademais, que ainda que fosse possível o deferimento do excêntrico pedido de liquidação formulado pela AGU (*quod non*), ele somente poderia ser contemplado se presentes os requisitos legais (completamente ausentes na espécie) para a quantificação do valor exato do dano e já tendo sido feitas, com a inicial, as provas das despesas e a prova indiciária da existência de dano (ausentes, como já dito).

3.17. Decerto a pretendida liquidação de sentença seria de todo inapropriada para se vasculhar, primeiro, o montante das despesas para, depois, a existência efetiva de algum dano (e existem diversos fatos provados, como será explicado, que militam contra tal existência, de resto não minimamente demonstrada) e, depois ainda, o seu valor exato. No entanto, é exatamente isso que a AGU quer numa autêntica (e surreal) *fishing expedition*, completamente ilegal e inconstitucional.

3.18. Destarte, Exa., caso as preliminares por absurdo não sejam acolhidas (sobretudo as atinentes à esta Ré estrangeira), esta ação é de improcedência manifesta o que deverá ser reconhecido em julgamento antecipado, com fundamento no **art. 355, I, do CPC**, já que constatável a partir da mera aplicação do direito à espécie, sobretudo diante da ausência de todos os elementos da responsabilidade civil. O julgamento antecipado só se aplica à

improcedência por serem cumulativos os elementos da responsabilidade civil. Não ocorrendo este, caberá à União comprovar na fase de conhecimento todos esses elementos, sendo inviável a pretendida a liquidação de sentença que se reserva ao mero cálculo do *quantum debatur*, do aqui não se trata.

IV – SOBRE OS PARECERES ANEXADOS AOS AUTOS PELA ACT (EVENTO 71)

SOBRE A RÉPLICA E DOCUMENTOS (EVENTO 98)

OS PARECERES JURÍDICOS ANEXADOS PELA SOUZA CRUZ

4. Sintetizadas nos capítulos anteriores as razões pelas quais a demanda merece imediata extinção ou rejeição – as quais restaram inabaladas pela réplica – a peticionante manifesta-se, em cumprimento à decisão de **evento 85**, a respeito dos pareceres trazidos aos autos no evento 71 pela ACT – Promoção da Saúde (“ACT”), admitida como *amicus curiae* na demanda, bem como as questões correlatas referidas na réplica. O viés antitabaco e contrário às Rés da ACT já era conhecido e ficou mais claro a partir do conjunto de pareceres apresentado pela referida associação, que incitam o Tribunal a ignorar a lei existente em prol do resultado almejado por ela e pelos professores signatários.

4.1. Tais pareceres, de todo modo, encontram-se amplamente refutados pela jurisprudência existente e pelos pareceres anexados à petição de **evento 105**, dos ilustres Professores **JUDITH MARTINS COSTA, ANDERSON SCHREIBER, CARMEN TIBÚRCIO, MICHAEL REISMAN e MAHNOUSH H. ARSANJANI e LUIZ RODRIGUES WAMBIER**, todos demonstrando a improcedência desta demanda a partir de cada um dos temas abordados.

(iv.i) O Parecer do Professor Luís Renato Vedovato: Jurisdição

4.1.1. O parecer do Professor Luís Renato Vedovato versa sobre jurisdição, de modo que já foi devidamente refutado nos capítulos (ii.i) e (ii.ii) *supra*, em que a preliminar de ausência de jurisdição brasileira sobre a BAT plc foi reiterada com fundamento nos pareceres da Professora **NÁDIA DE ARAÚJO** e da Ministra **ELLEN GRACIE**. Ambos os pareceres anexados às contestações da BAT plc e da PMI trataram do tema sob sólidos fundamentos, os quais restaram inabalados pelas insustentáveis premissas do parecer acostado pela ACT.

(iv.ii) O parecer da Professora Tathiane Piscitelli: Tributação

4.2. A professora Tathiane Piscitelli discorre sobre os aspectos tributários da ação em seu parecer. Na primeira parte do trabalho, a parecerista aborda o financiamento do SUS, a acachapante carga tributária incidente sobre o cigarro e a sua incontroversa finalidade extrafiscal, para depois diferenciar o tributo do ressarcimento e concluir – de forma equivocada, *data venia* – que o pedido formulado na inicial não teria natureza tributária, como defendido pelas Rés nas suas contestações, com amparo em parecer elaborado pelo douto Professor **HUMBERTO ÁVILA**, anexado à defesa da Souza Cruz e que será explorado adiante.

4.3. No que diz respeito à primeira parte do parecer, a Professora reconhece que a prevalência de fumantes vem caindo vertiginosamente no Brasil (o que, de novo, serve para rechaçar qualquer insinuação da AGU de que as alegadas condutas ilícitas teriam levado a um aumento do consumo de cigarros) e que a tributação gravosa do cigarro tem sido largamente empregada em todo o país, em razão de uma política de extrafiscalidade, usada como forma de desincentivo ao consumo de cigarros. Ainda, a parecerista refere que a carga tributária incidente sobre o setor estaria adequada em relação a outros países (uma afirmação de quem desconhece por completo a realidade da região, como será sobejamente demonstrado), mas refere que isso não impediria a revisão de tributos, a criação de novos tributos ou algum tipo de ressarcimento pela indústria.

4.4. Está correta a percepção da Professora a respeito da carga tributária incidente sobre o cigarro, indiscutivelmente elevada por razões de política extrafiscal, porém, as suas considerações sobre eventual aumento, criação de novo tributo ou ressarcimento ao erário não levam em consideração (i) a realidade muito particular do mercado brasileiro de cigarros, qual seja, o **tamanho do mercado ilegal**, nem (ii) a realidade da região, posto que parece ignorar a existência do Paraguai, a tributação infinitamente menor dos produtos naquele país, o contrabando de produtos que vem de lá e a oferta praticamente infinita de produtos ilícitos que o Brasil enfrenta sem a adequada ação policial preventiva.

4.5. Conforme referido na contestação, cigarros falsificados e contrabandeados ocuparam uma fatia de **57% do mercado de cigarros** no ano de 2019, como comprova a pesquisa do IBOPE Inteligência anexada à contestação da Souza Cruz (evento 54) como doc. 22,

não impugnada pela réplica. Ou seja, **mais da metade do mercado é tomada pela ilegalidade em razão da negligência da União**, ironicamente a Autora da ação, no que diz respeito ao combate ao contrabando, tráfico e controle de fronteiras. E isso apesar de a União ter se obrigado, ainda que tardiamente, a atuar contra o mercado ilegal de cigarros com a assinatura de Protocolo específico da CQCT sobre este tema, mas na prática tem falhado gritantemente em cumprir os seus deveres (como será sobejamente demonstrado mais adiante)²⁶.

4.6. Nesse cenário assombroso, *data venia*, não há espaço para cogitar qualquer aumento da carga tributária/criação de novo tributo e nem tampouco de “indenização” à União para fazer frente aos custos do SUS com o tratamento de doenças (custos que o SUS está constitucionalmente obrigado a suportar). Todas essas medidas não teriam como consequência o implemento de política extrafiscal de diminuição do consumo de cigarros, mas sim a majoração ainda mais acentuada da fatia do mercado ilegal, que o Brasil está obrigado a combater por força do Protocolo, eis que somente a indústria legalmente estabelecida arcaria com o ônus, aumentando ainda mais diferença de preço em relação aos produtos da ilegalidade. Em outras palavras: haveria simples migração de consumidores de cigarros lícitos para o mercado ilícito, com aumento de risco para o consumidor (já que os produtos do mercado ilegal não estão sujeitos aos controles de qualidade/requerimentos regulatórios), aumento do financiamento de gangues criminosas e encorajamento de comportamentos ilegais pelos consumidores, além de queda ainda mais acentuada de arrecadação!

4.7. Essa, a “calibragem” que precisa ser feita na tributação para que os objetivos da política pública sejam atingidos, como refere a parecerista na página 18. Na hipótese, considerando a queda vertiginosa no número de fumantes e a pesadíssima carga tributária do setor – ambos aspectos demonstrados na contestação e reconhecidos no parecer – qualquer novo ônus (mesmo que se queira chamá-lo de “indenização”) que se imponha sobre o mercado legal, só poderá resultar no incremento da ilegalidade, sobretudo em um país de baixa renda com um suprimento aparentemente infinito de cigarros ilícitos, como o Brasil.

²⁶ Por ocasião da assinatura do Protocolo para o combate ao mercado ilegal, a União enviou documento à OMC reconhecendo que o percentual do mercado ilegal chegava então a 42% do mercado total (veja documento anexo ao parecer do Dr. Luiz Pontel de Souza, petição de **evento 105, parecer28, anexo III – parecer31**).

4.8. Por meio da pesada tributação e uma miríade de restrições ao marketing e ao uso do produto, a União já sujeita as Rés à internalização das alegadas “externalidades negativas” de seus produtos referidas tantas vezes na inicial e na réplica, em concretização da política extrafiscal.

4.9. A parecerista refere-se ao mercado ilegal, mas sustenta de maneira pueril que a sua existência não deveria influenciar as decisões sobre tributação porque o combate ao mercado ilegal está previsto da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), havendo inclusive protocolo específico para a sua eliminação, como se a mera existência/assinatura do protocolo, sem mais, seria capaz (i) de resolver o grave problema do mercado ilegal no país e (ii) seria capaz de conter um aumento ainda maior da fatia de mercado ilegal derivado de uma taxa extra, que somente impactaria as empresas que operam na legalidade.

4.10. *Data venia*, a Professora desconhece por completo a realidade do país e da região, conforme já dito, e as dinâmicas do mercado (inclusive do ilegal), sendo o seu “parecer” um exemplo perfeito de uma peça acadêmica totalmente divorciada da verdade. A Professora desconsidera por completo o tamanho da fatia ocupada pelo mercado ilegal no caso específico do cigarro ou o tamanho do mercado ilícito de cigarros enfrentado por outras nações ou o efeito sobre as nações vizinhas ao Brasil de permitir o enriquecimento de gangues de criminosos em seus territórios. Nesse cenário, é evidente que decisões sobre tributação devem levar em consideração essas lamentáveis realidades, sob pena de alcançarem objetivos opostos aos perseguidos (queda na arrecadação tributária, fomento da criminalidade e manutenção do patamar de fumantes dada a sua simples transferência ao mercado ilícito, aonde o consumidor é encorajado a um comportamento ilegal que beneficia gangues criminosas).

4.11. A questão foi explicada de forma técnica, porém bastante didática, nos pareceres da **FTI e da Oxford Economics**, o primeiro a anexado pela Souza Cruz à petição de evento 105 (parecer142) e o segundo ora anexado (**doc. 03**), os quais analisaram em profundidade o mercado ilegal de cigarros no Brasil e as suas devastadoras repercussões econômicas (capítulos vi.ii *infra*).

4.12. A parecerista alude ao empenho “ao menos em patamar normativo” (p. 23) para controlar o mercado ilegal, mas o fato é que tais esforços limitam-se ao patamar normativo, o

que não é novidade em um país conhecido pela sua voracidade legiferante e pelas “leis que não pegam”. De nada adiantam protocolos, leis e decretos se esses instrumentos legislativos não são acompanhados de uma política eficiente da União Federal de combate ao mercado ilegal de cigarros, por meio de controle de fronteiras, persecução e punição de infratores. A simples existência da lei, como já dito, não faz com o que os contrabandistas paraguaios, num passe de mágica, deixem de escoar ilicitamente a sua produção para o Brasil (em função da diferença brutal do nível de tributação, muito menor no Paraguai – veja, a esse respeito, os pareceres econômicos mencionados no capítulo vi.ii *infra*), sem sequer observar as normas sanitárias da ANVISA aplicáveis ao mercado lícito.

4.13. Nesse ponto, a própria parecerista ressalva, como não poderia deixar de fazer, que o controle de fronteiras é um problema grave que exige a atuação do Poder Público, no caso, a União, que, todavia, preferiu ingressar com esta ação ao invés de bem executar tal mister. A esse respeito, vale conferir o parecer de **Luiz Pontel de Souza**, anexado à petição de evento 105 (parecer38) e referido no capítulo (vi.iii) *infra*, que elenca as variadas deficiências da União no combate a mercado ilegal de cigarros (mesmo depois da assinatura do Protocolo), destacando, ainda, que os consumidores de cigarros ilegais, de menor poder aquisitivo, coincidem majoritariamente com os usuários do SUS. A circunstância, somada a uma política irracional de taxaço, s.m.j., são suficientemente graves a ponto de configurar a **culpa exclusiva da União** pela perda bilionária de arrecadação, pelo aumento da exposição a risco maior do consumidor menos abastado, pelo aumento da criminalização associada ao mercado ilegal, entre outros prejuízos.

4.14. Na página 17/18 do parecer, a Professora Tathiane Piscitelli apresenta um quadro com a evolução dos preços das marcas dos cigarros mais vendidos no Brasil entre 2000 e 2016, que, segundo o gráfico, seriam as marcas Derby e Minisiter, ambas de fabricação da Souza Cruz, tratando-se de marcas de cigarro com preços mais acessíveis. Vale lembrar que os cigarros devem observar no Brasil o preço mínimo de R\$ 5,00 (Decreto Federal 8656/2016), conforme mencionado no parecer.

4.15. Pois bem, tais marcas foram as mais vendidas no período se for considerado somente o mercado legal de cigarros, pois a pesquisa do IBOPE antes referida demonstra que, tomando em conta o mercado total de cigarros, a marca mais vendida no Brasil entre 2015 e 2019

(período abrangido pela pesquisa) foi a marca “Eight”. Trata-se de marca contrabandeada do Paraguai, que tinha 10% do mercado em 2015 (contra 5% da Minister, em segundo lugar) e aumentou a sua participação para 16% em 2019 (contra 12% da Minister, ainda em segundo lugar). Quantos consumidores não migrariam para a marca Eight se a Minister ficasse mais cara, seja em razão da tributação, seja em razão de uma condenação nesta demanda? Afinal, os cigarros ilegais não cumprem o preço mínimo de R\$ 5,00.

4.16. Enfim, Exa., qualquer decisão a respeito do aumento de ônus imposto ao setor tabaqueiro, levando ao aumento de preços dos produtos lícitos, necessariamente passa pela discussão do mercado ilegal, que aumenta em proporção direta ao aumento de preço dos produtos lícitos. Diz a Professora parecerista que não se pode extinguir uma medida correta em termos de política pública (no caso, a tributação elevada do cigarro) por causa das suas externalidades negativas (no caso, o mercado ilegal), se elas forem passíveis de enfrentamento.

4.17. No entanto, tendo em vista: (i) o problema crônico do mercado ilegal no Brasil, com percentuais elevadíssimos por várias décadas (culminando nos 57% recentes); (ii) a ausência de adoção de medidas eficazes para seu combate (como demonstrado pelo ex-delegado da Polícia Federal **Luiz Pontel de Souza** em parecer que será abaixo referido), a despeito da assinatura do Protocolo da CQCT; (iii) a presença do Paraguai na região com nível de taxaço infinitamente menor do que o do Brasil e com empresas paraguaias produzindo cigarros em volumes muito acima das suas vendas domésticas justamente para inundar o mercado brasileiro; vê-se claramente que a AGU esbanja recursos públicos ao propor a presente ação apesar de não policiar adequadamente o comércio ilícito, violando também a obrigação assumida sob o Protocolo da CQCT.

4.18. Na segunda parte do parecer, a Professora defende que o pedido de indenização formulado pela União Federal não tem natureza tributária, mas de ressarcimento, pois a indenização por ato lícito encontraria previsão nos arts. 884, 927 e 931, do Código Civil. Os dispositivos fundamentariam a conclusão de que a indústria deve reparar o dano ainda que não tenha praticado atividade ilícita por se tratar de responsabilidade objetiva e que as empresas são estritamente responsáveis pelo pagamento de indenização ao governo por todas as “externalidades negativas” identificadas.

4.19. A conclusão está equivocada, notoriamente equivocada, provavelmente em razão das incursões da tributarista na seara do direito civil, sem pudor. A réplica e os pareceres da ACT deixam claro que seus autores pretendem que este Juízo despreze a jurisprudência e as leis existentes para tornar as sociedades automaticamente responsáveis pelo pagamento de indenizações ao governo federal por qualquer impacto na sociedade decorrente de atividades corporativas legítimas e ainda requerem que esse entendimento inédito seja aplicado retroativamente. A pretensão é insustentável, ainda mais à míngua de iniciativa legislativa.

4.20. A indenização por ato lícito é hipótese raríssima no ordenamento, sempre dependente de lei. Afora essas hipóteses (nas quais não se encontra o pedido inicial), não se trata de indenização, mas de tributo, que incide sobre atividades lícitas, mas depende de lei para ser criado. O dever de indenizar depende da presença cumulativa de três elementos essenciais que são o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, isso mesmo na responsabilidade objetiva, em que somente o elemento culpa é dispensado (como se vê, ademais, da mera leitura dos dispositivos citados pela Professora). O ato ilícito, elemento objetivo consistente na violação de um dever legal (antijuridicidade), deve estar necessariamente presente para a configuração da responsabilidade civil de quem quer que seja, mesmo se for objetiva a natureza desta responsabilidade.

4.21. Nesse sentido os ensinamentos dos civilistas citados na contestação, a saber, Carvalho Santos, Sergio Cavaliere Filho e Sálvio Figueiredo Teixeira, valendo acrescer, dada a confusão conceitual cometida pela tributarista, as didáticas lições de **JUDITH MARTINS-COSTA** em parecer elaborado para este caso (anexado à petição de evento 105, parecer2), citadas no item 5.8 *infra*²⁷. A peticionante cita, outrossim, o **Enunciado 661**, aprovado na **última Jornada de Direito Civil**, cujo teor não poderia ser mais claro, *verbis*: “A aplicação do art. 931 do Código

²⁷ No ponto: “11. Como regra, há dever de indenizar apenas quando comprovado o dano e o vínculo causal entre este e a conduta ilícita (antijurídica) do lesante, ou de quem por ele responde. **Antijuridicidade (isto é: ilicitude do ato), dano e nexo de causalidade são, portanto, os três pressupostos gerais elementares, presentes tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual; tanto na responsabilidade subjetiva (informada pela culpa como fator de imputação) como na responsabilidade objetiva (informada pelo risco como fator de imputação).** Ainda como regra, a presença cumulativa desses três elementos é imprescindível para atribuir-se o efeito consistente no pagamento de indenização por perdas e danos” (p. 9, g.n.). E mais: “18. (...) não apenas a ilicitude e dano são fenômenos diversos, como também há distinção entre culpa e ilicitude, de modo que a responsabilidade objetiva prescinde da culpa, mas não da antijuridicidade, é dizer: do contraste entre a conduta e o determinado, previsto ou permitido pelo Ordenamento jurídico” (p. 12, g.n.).

Civil para a responsabilização dos empresários individuais e das empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação não prescinde da verificação da antijuridicidade do ato” (g.n.).

4.22. No caso, demonstrou-se na defesa a ausência de qualquer ato ilícito que enseje o dever de indenizar das Rés (em especial da BAT plc, que sequer atua no país), de modo que o pedido de indenização sem a presença deste elemento, na verdade, contém nítida natureza tributária. E tampouco há que se falar em dano a ser indenizado, eis que os gastos do SUS com o tratamento de doenças, tabaco-relacionadas ou não, são incorridos em cumprimento de dever constitucional e legal, consistindo na própria razão de existência da entidade. Ausente, pois, o próprio dano, sem o que não há o que indenizar, reforçando-se o caráter tributário da demanda, que tenciona impor uma cobrança anual perpétua, baseada no *market share*.

4.23. O acórdão proferido no RE 597.064, invocado no parecer e também na réplica, em nada altera as ponderações até aqui trazidas. O julgado reconheceu a constitucionalidade do art. 32 da Lei 9.656/98, que prevê o ressarcimento ao SUS, pelas operadoras de planos de saúde, das despesas com atendimento aos seus segurados. O dispositivo foi inclusive citado na contestação da peticionante para demonstrar a necessidade de existência de uma lei específica prevendo as hipóteses de reembolso ao SUS pelo particular, em razão do princípio da legalidade, estejam presentes ou não os clássicos elementos da responsabilidade civil.

4.24. Na réplica, a AGU sustenta a natureza indenizatória (e não tributária) do seu pedido, traçando um paralelo com o ressarcimento realizado pelos planos de saúde ao SUS em observância ao mencionado art. 32 da Lei 9.656/98 e anexa, a respeito, o acórdão proferido pelo STF na ADI 1391, o mencionado acórdão proferido pelo STF no RE 597.064 e parecer do Professor Carlos Mário da Silva Velloso que serviu de subsídio a esse último julgado.

4.25. Ocorre que o paralelo com estes autos não se sustenta. Naquele caso, o STF afastou o caráter tributário do ressarcimento feito ao SUS pelos planos de saúde com fundamento no enriquecimento sem causa do plano de saúde, uma vez que este recebe a mensalidade do segurado, mas não prestaria o correspondente atendimento médico, uma vez que o usuário foi atendido pelo SUS. Na hipótese, haveria, então, enriquecimento sem causa do plano de saúde em

detrimento do SUS, razão pela qual se reconheceu a natureza indenizatória deste ressarcimento ao invés de tributária.

4.26. No caso dos autos, além de não haver uma disposição legal, como o art. 32 da lei 9.656/98, que fundamente o pedido da União, também não há que se falar em enriquecimento sem causa das demandadas em detrimento da União, em razão da utilização do SUS. As demandadas não estão na mesma posição dos planos de saúde, pois não recebem dinheiro dos seus consumidores para prestar-lhes atendimentos médicos que acabam sendo prestados pelo SUS.

4.27. As demandadas brasileiras vendem cigarros, mas o produto dessa venda não lhes acarreta enriquecimento sem causa, e sim, lucros perfeitamente lícitos, decorrentes de atividade econômica legal e regulamentada, da qual o Poder Público é o maior sócio, já que os tributos incidentes sobre a atividade superam em muito os 50% (podendo chegar a 88% a depender do estado). Ou seja, não há o enriquecimento sem causa de um em detrimento do empobrecimento do outro que, no caso dos planos de saúde, afastou o caráter tributário do ressarcimento ao SUS previsto na lei. As hipóteses são completamente distintas.

4.28. De outra parte, a alegação da União de que a indenização aqui perseguida não porta caráter tributário porque *“não serve para financiar a prestação do serviço, mas sim promover a reparação patrimonial de danos que já impactaram negativamente o Sistema Único de Saúde”* (pg. 70) está em contradição tanto com o seu pedido indenização futura e perpétua (em relação ao qual o caráter tributário é ainda mais evidente) como com a alegação de que os recursos serão utilizados no SUS para atendimento aos usuários (logo, fonte de custeio). A União nega essa segunda assertiva (pg. 71), mas sem qualquer fundamento para tanto.

4.29. O exemplo da indenização devida pela empresa poluidora, citado na sequência e extraído do parecer da Professora Tathiane Piscitelli (pg. 71) não agrega, pois na hipótese havia um ato ilícito que fundamentava a indenização e a reparação do dano ambiental. No caso, até a AGU reconhece que as atividades da Rés são e sempre foram lícitas.

4.30. Em relação à indenização pelos “danos futuros”, a inicial não forneceu qualquer parâmetro para o seu cálculo, razão pela qual as demandadas apontaram que, no ponto,

a União pretenderia uma liquidação permanente. Em réplica, a União nega que seria esse o caso, mas segue sem esclarecer como seria calculada a requerida indenização perpétua para o futuro, simploriamente comparando-a como uma “pensão vitalícia” (página 171). A comparação não tem qualquer cabimento, pois as pensões são fixadas a partir de montantes determinados (normalmente a remuneração do devedor ou do credor) e, no caso, nada foi afirmado, determinado ou provado pela União, nem mesmo custos passados com o SUS (que dirá futuros). O que a União antecipou em réplica foi que não pretende produzir qualquer prova a esse respeito!

4.31. No particular, aliás, as demandadas não admitem que “*causam e querem continuar causando danos à sociedade brasileira que financia e utiliza o Sistema Único de Saúde*” (pg. 172), como alega a União em mais uma frase de efeito carregada de impropriedades conceituais. Apesar do aparente inconformismo, é certo que a União deverá continuar a financiar o SUS (art. 196, CF), a não ser que se implemente uma nova ordem constitucional eximindo-a dessa obrigação. Também é certo que a fabricação de cigarros, não obstante a notória e conhecida periculosidade inerente do produto (sobretudo pela União) é lícita (inclusive com assento Constitucional, art. 220, para. 4º) e altamente tributada, sendo os tributos a forma pela qual são “internalizadas” as multicitadas externalidades negativas do produto.

4.32. Por fim, a ora peticionante não poderia deixar de recorrer às precisas lições do Professor **HUMBERTO ÁVILA** (em parecer anexado à contestação da Souza Cruz, evento 54, doc. 11), que diferentemente da Professora Piscitelli, e sob argumentos, *data venia*, bem mais robustos, concluiu pela indisfarçável natureza tributária do pedido “indenizatório” formulado na demanda, por meio da qual a União tenciona criar nova fonte de custeio ao SUS, não prevista na Constituição Federal ou na lei, confira-se:

“Com a devida vênia à Advocacia Geral da União, é inconstitucional a exigência pela União de uma nova forma de financiamento do SUS das empresas fabricantes de cigarro por duas razões principais. A primeira razão para esta conclusão diz respeito à forma como o sistema constitucional brasileiro foi posto. Nossa Constituição, ao contrário da maioria das demais, tem um sistema marcado pela rigidez e pela especificidade (...). Desse modo, **no que tange ao financiamento do SUS, há regra constitucional específica determinando os meios (constitucionalmente autorizados) para o financiamento deste tipo de gasto público, inexistindo hipótese vinculada à proposta pela União nesta ação**, como será diante demonstrado.

A segunda razão para este desfecho diz respeito à tributação do cigarro enquanto única forma constitucionalmente autorizada para internalização dos custos relacionados às externalidades negativas de uma mercadoria. A tributação

extrafiscal das mercadorias é a forma escolhida pela Constituição para o Estado intervir no preço de um produto para internalizar este tipo de externalidade. Noutro dizer, inexistente autorização constitucional para que se busque, por meios transversos, o aumento da alíquota tributária incidente sobre uma determinada mercadoria. (...) (p. 08, g.n.).

“A intenção da referida Ação Civil Pública, portanto, não poderia ser mais clara: criar, por via transversa, uma nova espécie de tributo para a indústria do cigarro, por meio do qual seriam internalizados custos que a União entende que lhe são devidos para o financiamento da saúde pública. Como a própria União reconhece, ela não está satisfeita com as receitas arrecadadas com os tributos já incidentes sobre a fabricação de cigarro e considera referidos valores insuficientes (...)” (p. 26).

“(...) Em que pese a União não denomine a obrigação pecuniária que pretende impor como tributária, mas sim como indenizatória, o seu pedido solicita o reconhecimento de uma obrigação que seja também para o futuro e que sirva de forma de financiamento contínuo do serviço público de saúde. Na prática, portanto, o que a União pretende é estabelecer um tributo indireto, novo e sem autorização constitucional, sobre as empresas pertencentes à indústria do cigarro. Tributo este cujas receitas seriam direcionadas ao sistema único de saúde, de forma similar ao que foi estabelecido pela Constituição Federal para uma espécie tributária específica – as contribuições sociais. Noutro dizer, o pedido formulado na Ação Civil Pública aqui discutida envolve criação de uma contribuição social de modo indireto, por meio de ação judicial, e que teria como contribuinte as empresas fabricantes de cigarro, como base de cálculo a produção de cigarros e como alíquota um valor em aberto, a ser determinado pela União.

Com a devida vênia ao posicionamento da União, a gravidade este pedido e sua inconstitucionalidade saltam aos olhos: independentemente das questões relacionadas a responsabilidade civil e ao ônus da prova vinculado à relação entre a fabricação de cigarro e as doenças mencionadas na Petição Inicial (que não são objeto deste parecer), a formulação judicial de um pedido de reconhecimento de uma obrigação pecuniária para garantir o financiamento da saúde pública para fabricantes de um produto lícito, cuja carga tributária extrafiscal alcança 300%, exatamente para a internalização das suas possíveis externalidades negativas, com base em princípios da solidariedade e da boa-fé ignora totalmente o sistema constitucional brasileiro como posto” (p. 40/41, g.n.).

4.33. Destarte, o parecer da Professora não socorre ao pleito inicial e não se sobrepõe ao parecer do Professor **HUMBERTO ÁVILA** que já consta dos autos. Assim, a demanda deve ser rejeitada por se caracterizar como instituição de imposto por via indireta, o que é ilegal e inconstitucional.

(iv.iii) O parecer do Professor Cassio Scarpinella Bueno

Liquidação de sentença

4.34. O Professor **SCARPINELLA** dedica a maior parte do seu parecer a discorrer sobre a liquidação de sentença e suas modalidades no ordenamento brasileiro. Cita diversos

doutrinadores para dizer o óbvio, ou seja, que se admite a liquidação de sentença para provar o *quantum debeatur*, ou seja, o valor devido, quando “*não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido*” ou “*a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença*” (art. 491, incisos I e II, do CPC, sublinhamos).

4.35. Não era preciso rios de tinta para explicar que o *quantum debatur* pode ser relegado à liquidação de sentença nas hipóteses acima. As Rés jamais defenderam o contrário (por isso não referiram ao art. 491 do CPC em suas defesas, como notaram o parecerista e a réplica), o que demonstraram foi que a União, a pretexto de relegar o cálculo do montante do suposto dano para liquidação de sentença, pretende na verdade relegar para tal fase a comprovação de todos os elementos da responsabilidade civil (ato ilícito, nexos causal e existência do dano), ou seja, o próprio *an debeatur*, o que não se admite.

4.36. A respeito, o próprio Professor reconhece que “*se juiz estiver convencido **ao término da instrução do an debatur**, mas não puder precisar o quantum poderá proferir sentença condenatória genérica*” (página 21, grifamos). Também afirma que “***se todos os elementos já estão definidos, a falta de definição do valor** pode ser protraída para um momento posterior, que é o da liquidação*” (página 23, grifamos).

4.37. É precisamente por esta razão que o cômodo recurso da inicial à liquidação de sentença não permite que seja proferida uma sentença de procedência, que apenas reconheça a responsabilidade civil das Rés, como quer a União. Isso dependeria da comprovação, pela União Federal, dos atos ilícitos específicos praticados pelas Rés (valendo lembrar que a ilicitude/antijuridicidade é elemento exigido tanto na responsabilidade subjetiva como na objetiva - cf. itens 4.20/4.22 *supra* e 5.8/5.10 *infra*), do dano em sua existência (somente a quantificação pode ser relegada à liquidação de sentença) e do nexo de causalidade entre esses dois elementos. **Não há a mais mínima prova desses elementos nos autos e a União esclareceu na réplica que não pretende produzi-las!**

4.38. Apesar de plenamente ciente desta realidade, diz estranhamente o parecerista que “*não há razão, contudo, para concordar com o entendimento de que não haveria elementos suficientes para definição de sua responsabilidade e que os critérios e modelos propostos são*

vocacionados para a fixação da própria responsabilidade e não para a quantificação dos danos. Nem responsabilidade objetiva nem subjetiva exigem a prova da quantificação dos danos” (p. 30).

4.39. O argumento é falso e revela que o parecerista sequer se deu ao trabalho de examinar os autos, ou se os examinou não entendeu o que lá viu, pois não falta apenas a prova do pagamento pela União de quaisquer despesas, o que seria condição necessária, porém não suficiente, para a prova da existência de danos, conforme já explicado pormenorizadamente, mas falta também a prova de todos os elementos da responsabilidade civil necessários à constituição do *an debeatur*. O parecerista sintomaticamente não aponta porque entendeu que existiriam nos autos elementos suficientes para a definição da responsabilidade civil das Rés e não aponta onde estariam tais elementos, apesar de reconhecer à página 31 que a discussão das condutas realizadas pelos agentes causadores é inerente ao dever de reparar e *“insita à fase de conhecimento”* (g.n.).

4.40. Na justificativa da União para a liquidação, aliás, que vem transcrita nas páginas 32 e 33 do parecer, claramente se verifica a pretensão de relegar à liquidação de sentença **também a prova do nexo de causalidade**, quando a União diz que pretende postergar inclusive a *“parcela atribuível do produto das empresas Rés”* para tal fase, o que repete em réplica (pg. 175).

4.41. Como já dito, tampouco os *“valores aportados pela União ao sistema público de saúde”* para tratamento das 27 doenças listadas na inicial poderia ser provado na fase de liquidação, pois se trata de valor já incorrido pela União e, portanto, tem que ser de pleno conhecimento da AGU, como, aliás, foi por ela própria confessado na inicial²⁸. Deveria ter sido, então, provado com a petição inicial, ainda mais considerado que a União demorou dois anos para prepará-la, como alardeado, e que nada menos do que 15 advogados assinam a peça. Ainda assim, não foi trazida pela AGU evidência de um único pagamento efetuado pelo SUS e, pior, não foi mencionado nem um valor sequer despendido pelo SUS nos cinco anos anteriores à propositura da demanda.

²⁸ *“Para o momento, tem-se por necessário demonstrar a viabilidade dessa futura quantificação do dano a ser ressarcido, o que se vislumbra facilmente a partir das seguintes proposições: a) do conhecimento das informações referentes aos gastos da União com saúde e, em específico, com o tratamento das doenças causadas pelo consumo de – ou contato com – cigarros”* (p. 228 da inicial, g.n.).

4.42. Novamente, o CPC prevê as circunstâncias em que o autor pode formular um pedido genérico, levando à necessidade de liquidação de sentença (como poderia ser o caso de uma ação comercial complexa envolvendo os danos decorrentes de inadimplemento contratual). No entanto, o pleito da AGU é relativamente simples no que diz respeito às verbas já pagas pela União e, ainda assim, a AGU se recusa a fornecer a informação, não podendo invocar sua omissão deliberada como motivo para se eximir de indicar e comprovar os pretendidos danos.

4.43. Tal valor, como já esclarecido, **não corresponde ao suposto dano da União**, mas seria o ponto de partida para a prova indiciária da sua existência para fins de propositura da ação. No caso concreto, há total ausência de elementos para se aferir sequer as despesas e, sem elas, não há como se aferir a existência (ou não) de dano, conforme explicado didaticamente pelo renomado Gesner Oliveira em parecer que será abaixo referido).

4.44. Nesse ponto, a União incorre em enorme confusão conceitual ao equiparar os seus custos no âmbito do SUS com alegado o dano, elemento da responsabilidade civil, quando alega que, *verbis*: “*não há dúvidas de que o tabagismo causa doenças cujo tratamento se realiza no âmbito do sistema público de saúde de maneira custeada pela União e, dessa forma, pela população brasileira. Esse fato é reconhecido de forma confessa pelas Rés, bem como por amplo consenso científico. Logo, o dano existe*” (página 144, g.n.). Já na página 171, a União volta a reconhecer que, na verdade, “*pretende o ressarcimento dos custos suportados pela coletividade...*” (g.n.).

4.45. Ora, o que as Rés reconhecem, pois fato notório, é que a União incorre em despesas/custos para financiamento do SUS e que parte dessas despesas/custos (não relevada pela União) possivelmente destina-se ao tratamento das 27 doenças listadas na inicial (diz-se possivelmente pois inexistente a mais mínima prova disso na inicial). Os custos da União com o tratamento das referidas doenças, todavia, ainda que revelados e provados nos autos (*quod non*) só seriam indício de prova da existência de dano na medida em que, com base neles, fosse demonstrado que superariam os custos que a União incorreria independentemente da existência das Rés e dos ilícitos que lhes são imputados. Esse era o ônus da prova mínimo, relativamente ao dano, para fins de propositura da presente ação, ônus do qual a AGU não se desincumbiu,

preferindo arriscadamente formular o pedido estapafúrdio de liquidação de sentença. A causa agora tem que ser, com a devida vênia, julgada improcedente por falta de provas mínimas.

4.46. Com efeito, importa que a União não alegou e não trouxe sequer a prova indiciária dos gastos com o tratamento das doenças listadas na inicial. A falha processual justifica a improcedência de plano da demanda, pois impede que se realize prova respeito, já que somente os fatos efetivamente alegados podem ser objeto de prova. No caso, como dito, falta a própria alegação quanto ao primeiro elemento para o cálculo de “dano” alegado, qual seja, as despesas já incorridas pela União com o tratamento das doenças listadas na inicial, que, por se tratarem de despesas incorridas, tem que ser por ela conhecidas e indicadas na inicial. Diante disso, ao contrário do que a União insiste em réplica (por exemplo na página 167) era desautorizado o pedido genérico, pois ausentes os excepcionais requisitos do art. 324, 1º do CPC.

4.47. Tanto o dano em sua existência, como o nexos causal, como, ainda, o ato ilícito, **são matéria de prova para o processo de conhecimento**, pois em muito extrapolam a simples quantificação de danos. O que a União realmente pretende é obter contra as Réis uma condenação abstrata e sem provas, fundada somente nas suas vagas alegações iniciais de que a “indústria do tabaco” incorreu em má conduta em algum lugar ao redor do mundo em determinados anos, sob a escusa de que tudo seria provado em liquidação de sentença. Isso não é possível, pois somente a quantificação do dano pode ser realizada na liquidação de sentença, como explica o próprio SCARPINELLA. Todo o resto deve ser provado no processo de conhecimento.

4.48. A esse respeito, a ora peticionante ampara-se no parecer do Professor LUIZ RODRIGUES WAMBIER, anexado à petição de evento 105 (parecer5). Trata-se, dispensável dizer, de consagrado processualista inclusive citado no parecer do Professor SCARPINELLA e que, diferentemente deste último, aplicou as lições teóricas sobre liquidação de sentença ao caso concreto para concluir, sob impecáveis razões, pela impossibilidade de se recorrer ao procedimento como substituto do dever da União de provar as suas alegações, confira-se:

“No capítulo 9 da petição inicial, a União se dedica a argumentar que a quantificação do dano material sofrido por ela individualmente poderá ser feita em sede de liquidação de sentença. (...)

Ocorre que, a rigor, a União pretende, com isso, que na liquidação se apure não apenas a quantificação dos supostos danos materiais que individualmente alega ter

sofrido, mas, principalmente, a presença de elementos constitutivos do an debeatúr, o que sabidamente não é possível.

(...) Aqui, é muito clara a confusão – no sentido técnico da expressão – entre quantificação dos danos e a própria configuração ou existência desses mesmos danos e a sua relação de causalidade com a atividade empresarial da Consulente. Ou seja: a União trata como uma simples questão de quantificação o que, em verdade, constitui uma complexíssima atividade cognitivo-judicial destinada a se apurar a ocorrência dos danos e a sua decorrência de atos ilícitos atribuíveis à Consulente (ou seja, ‘dano’ e ‘nexo causal’, enquanto pressupostos da responsabilidade civil atinentes ao an debeatúr).

Ora, é óbvio – e até intuitivo – que, quando muito, apenas os gastos da União que tenham sido direta e exclusivamente ocasionados por atos ilícitos de alguém é que seriam ‘ressarcíveis’. Quais dos gastos da União com as doenças referidas no pedido decorreram efetiva, direta e exclusivamente da atividade exercida pelas Rés e, ainda, de algum ato ilícito praticado pelas Rés? A resposta a essa pergunta passa necessariamente pela aferição (a) da ilicitude da conduta das Rés, (b) do nexo causal efetivo e específico entre essa conduta ilícita e as decisões dos fumantes de começar e continuar a fumar (em oposição a outros fatores que podem justificar essas decisões, como a própria decisão voluntária e consciente dos indivíduos), (c) o nexo causal direto e imediato entre esse alegado consumo de cigarros resultante de condutas ilícitas e os gastos da União com o tratamento pelo SUS das doenças indicadas na petição inicial (ainda que pudesse isso ser considerado um ‘dano’) e (d) da identificação de quais foram efetivamente os danos supostamente sofridos pela União, se houve algum.

Note-se como essas difíceis questões são todas tratadas, na petição inicial, como se fossem meros problemas de quantificação, o que evidentemente não é o caso.

(...) Em suma: a aferição do nexo de causalidade e do dano em sua existência diz respeito ao an debeatúr, e não à mera quantificação deste último (ou seja, ao quantum debeatúr), razão pela qual não pode ser relegada à liquidação de sentença.

*(...) Com base nesses fundamentos, respondo, por fim, ao quarto e último quesito formulado pela Consulente, nos seguintes termos: **não é processualmente possível que a aferição do an debeatúr (sobretudo o nexo de causalidade necessária e a própria configuração do dano) seja remetida à fase de liquidação da sentença, pouco importando se se trata de processo individual ou de processo coletivo.***

*(...) Ademais, o art. 491 do CPC confirma e sustenta essa conclusão, pois, expressamente, **exige que a condenação seja líquida sempre que possível**, mesmo nos casos de pedido genérico. Tal dispositivo é claro ao determinar que a sentença será líquida (caput), **salvo quando não for possível apurar ‘o montante devido’ (inc. I)**, o que significa, mais uma vez, que a exceção, aqui, diz respeito apenas à quantificação, e jamais a outros pressupostos fundamentais da responsabilização civil, como quer a União” (g.n.).*

4.49. Como se vê, não é possível, como volta a defender a União na réplica (pg. 166/167), primeiro estabelecer a responsabilidade das Rés, para depois proceder a uma liquidação de sentença, ocasião em que a União diz que demonstraria os elementos para o reconhecimento da responsabilidade previamente estabelecida. Total subversão da lógica desaguando em intolerável cerceamento de defesa, já que a obrigação de reparar que a União

quer ver reconhecida nesta primeira fase depende das provas que ela quer produzir somente após uma sentença de procedência!

4.50. Diz a União que o “*receio das demandadas repousa na a simplicidade do pedido que solicita ao Poder Judiciário, nesta primeira fase, que apenas reconheça a existência de danos, a obrigação de reparar considerado que, de diversas formas, seu estabelecimento e quantificação se mostra possível*” (pg. 166). O receio das demandadas é precisamente uma condenação simplista e sem fundamento em qualquer prova (logo, *contra legem*), eis que tudo seria postergado, concedendo-se a União verdadeiro cheque em branco. Frise-se, a “existência de danos” e “a obrigação de reparar”, para serem reconhecidas, dependem da devida comprovação dos elementos da responsabilidade civil e da superação de todos os óbices jurídicos resumidamente listados no item 3.2 *supra*.

4.51. Indefensável, nesse cenário, a alegação de que as demandadas não teriam prejuízo com a determinação de liquidação de sentença, onde poderiam se defender (pg. 163). O prejuízo de se defender *após* uma condenação sem provas salta aos olhos e evidentemente não pode ser justificado pela economicidade e razoável duração do processo (pg. 159). Aliás, o processo seria mais eficiente e econômico se a União tivesse formulado e demonstrado com a inicial todos os elementos necessários a amparar o seu pedido e que, cumprindo a ordem judicial, tivesse especificado devidamente as provas que pretende produzir, ao invés de ter apresentado um requerimento vago e enigmático no intuito de surpreender as Rés. Daí se vê que a alegação de “eficiência” pela AGU se revela como mais um pretexto para se eximir de seus ônus processuais.

4.52. Voltando ao parecer do Professor **LUIZ RODRIGUES WAMBIER**, vale referir, outrossim, ao ponto em que o Professor diferencia a liquidação da sentença individual da liquidação da sentença coletiva (resposta ao terceiro quesito). A primeira é mais restrita e somente permite a comprovação do *quantum debeatur*, como se viu até aqui, enquanto a segunda permite também a aferição da titularidade do crédito (*cui debeatur*).

4.53. Isso, todavia, ocorre nas ações genuinamente coletivas, que tutelam direitos transindividuais, como por exemplo os direitos individuais homogêneos, caso em que os

indivíduos favorecidos pela sentença coletiva genérica devem comprovar em sede de liquidação que se enquadram na situação ali reconhecida.

4.54. Conforme explicado no parecer de **WAMBIER** (resposta ao primeiro e terceiro quesitos), mesmo tendo sido nomeada como uma “Ação Civil Pública”, o pedido de ressarcimento da União Federal não tem natureza coletiva, mas individual, não se aplicando a ela a regra da sentença genérica proferida nas ações coletivas verdadeiras, mesmo porque não há qualquer dúvida quanto à titularidade da indenização perseguida, qual seja, a própria União, como ela confessa.

4.55. A diferenciação conceitual é relevante, não apenas por causa da inadequação da via processual eleita pela União Federal, já referida nas contestações apresentadas e no capítulo (ii.iii) *supra*, mas também porque o Professor **SCARPINELLA** desavisadamente recorreu à doutrina aplicável às ações coletivas na página 22 do seu parecer, aqui de todo inaplicável.

4.56. No ponto, o Professor **WAMBIER** parece ter desvendado a estratégia maliciosa da União Federal com o seu descabido requerimento de liquidação de sentença, que, por isso mesmo, não merece acolhimento, confira-se:

*“A estratégia da União parece-me clara, aqui: ao tentar postergar tudo para a liquidação, **pretende ela simplificar artificialmente a atividade jurisdicional cognitiva** destinada ao julgamento dos pressupostos de eventual condenação da Consulente ao pretendido ressarcimento, visando assim obter, a seu respeito, **condenação genérica e fundada em frouxas presunções relativas ao nexo de causalidade** entre a atividade da Consulente e os gastos que a União tem com doenças em tese imputáveis ao tabagismo*

*(...) Mesmo que frontalmente incompatível com o sistema, se a sua estratégia lograr êxito, terá ela duas vantagens cumulativas e **igualmente imerecidas** para o caso de direitos meramente individuais: a blindagem preventiva contra o risco financeiro sucumbencial e a obtenção de sentença favorável que, por seu caráter genérico, poderia se apoiar em uma carga de cognição sensivelmente menor que a de um processo individual, por dispensar, ao menos na fase de conhecimento, o exame de determinados elementos constitutivos do dever de ressarcir, tais como a quantificação da obrigação e a titularidade do crédito.*

(...) Então, respondendo ao terceiro quesito formulado pela Consulente, conclui-se ser processualmente impossível que, em processos nos quais se discutem direitos estritamente individuais, haja condenação genérica, tal como ocorre no processo coletivo. No caso, ademais, embora se trate nominalmente de processo coletivo, o pedido ressarcitório, como venho demonstrando desde a resposta ao primeiro quesito,

é, em verdade, meramente individual, pelo que não se lhe pode aplicar o regime diferenciado da cognição e da liquidação do processo coletivo” (g.n.).

4.57. Portanto, definitivamente, a liquidação de sentença não pode ser admitida no presente caso como uma solução para as deficiências probatórias da União Federal e a demanda, com a devida vênua, merece a improcedência.

4.58. Quanto à teoria do *market share liability*, mencionada no parecer do Professor SCARPINELLA, trata-se de tese não adotada pelo direito civil brasileiro, que exige o nexo causal direto e imediato (art. 403, do CC) para a configuração de dever de indenizar. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul citado no referido parecer (p. 34), que fez uso desta teoria (AC 7005.9502898), foi reformado integralmente pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp. 1.483.850-RS), como já havia sido informado na contestação (item 13.20), não sendo crível que o parecerista não soubesse de tal fato. Mesmo em casos estrangeiros, a teoria foi aplicada em circunstâncias extraordinárias, como um desvio das regras normais, quando o produto havia sido totalmente removido do mercado relevante.

4.59. Por fim, o professor SCARPINELLA recorre ao julgamento parcial do mérito (art. 356, do CPC) para defender a possibilidade de *“reconhecimento da responsabilidade das Rés independentemente (e antes) de qualquer pesquisa em relação à descoberta do seu respectivo valor”* (página 46).

4.60. No ponto, o parecerista finge esquecer que não estão provados os elementos que permitiriam “o reconhecimento da responsabilidade civil”, como exaustivamente referido, afastando-se qualquer possibilidade de um julgamento parcial e antecipado de procedência nos termos do art. 356, II, do CPC para posterior pesquisa de valor. Repita-se: o reconhecimento da responsabilidade das Rés – objetiva ou subjetiva – depende da presença **necessária** de **cumulativa** dos seus três elementos essenciais, que são o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade. Todos esses elementos, inclusive o dano em sua existência, precisam ser provados pela União na fase de conhecimento para que se cogite de reconhecer a responsabilidade civil, podendo ser postergada somente a prova da quantificação do dano, ou seja, do valor eventualmente devido, do que aqui definitivamente não se trata.

4.61. Na verdade, como referido no capítulo III *supra*, a possibilidade de julgamento antecipado restringe-se à **improcedência** dos pedidos iniciais, que decorre da mera aplicação do direito ao caso concreto, sem a necessidade de produção de provas (**art. 355, I, do CPC**). Isso porque o dever do Estado (art. 196, da CF) de prover a saúde universal aos cidadãos não pode ser transferido ao particular, ao passo em que, sob a ótica da responsabilidade civil, os seus elementos são **cumulativos** e, no caso, verifica-se *prima facie* a ausência de **todos** eles por meio das constatações meramente jurídicas já enumeradas no item 3.2 *supra*.

4.62. Já a procedência do pedido inicial não pode ser reconhecida em sede julgamento antecipado seguido de determinação para uma liquidação de sentença, pois para tanto, todos os óbices de direito antes enumerados haveriam de ser superados e a União teria que fazer a prova, na fase de conhecimento, de ato ilícito, dano e nexos causal, o que ela não fez.

4.63. Enfim, essas as razões pelas quais o parecer completamente genérico, teórico e divorciado da realidade dos autos do Professor **CASSIO SCARPINELLA BUENO** não ampara a tese inicial.

V – SOBRE OS DOIS PARECERES DE RESPONSABILIDADE CIVIL ANEXADOS PELA ACT

Opiniões não respaldadas pela jurisprudência pacífica sobre a matéria

Os pareceres jurídicos anexados pela Souza Cruz

5. Além dos pareceres antes referidos, sobre temas específicos (jurisdição, natureza tributária do pedido e liquidação de sentença), a ACT anexou aos autos outros dois longos pareceres que versam sobre a responsabilidade civil das fabricantes de cigarros pelos danos imputados ao consumo do produto. Trata-se do parecer elaborado por **CLÁUDIA LIMA MARQUES** juntamente com **BRUNO MIRAGEM** e do parecer elaborado por **OSCAR VILHENA** juntamente com **ANDRÉ CORREA**. Por se tratar de matéria absolutamente surrada pela Jurisprudência, especialmente do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, como exposto na contestação, tais pareceres merecem uma ressalva comum.

5.1. A jurisprudência existente nas ações individuais já enfrentou e afastou cada um dos argumentos suscitados nos dois pareceres. Decidiu-se, por exemplo, que além de lícito, o cigarro é um produto de periculosidade inerente, não se tratatando, só por essa circunstância, de

produto defeituoso (arts. 8º a 12 do CDC). Como o defeito no produto é elemento necessário à responsabilização objetiva do fornecedor (trata-se do ato ilícito na responsabilidade pelo fato do produto), a sua ausência acarreta a improcedência dos pedidos indenizatórios.

5.2. Além disso, a periculosidade inerente do cigarro é característica amplamente conhecida por toda a sociedade há mais de um século, outra razão pela qual está ausente o defeito no produto, o qual pressupõe a quebra de uma expectativa legítima do consumidor (art. 12 e parágrafos do CDC). Não é legítimo a quem quer que seja esperar segurança absoluta de um produto intrínseca e notoriamente associado a risco.

5.3. Jamais houve violação ao dever de informar por parte das fabricantes de cigarros, que passaram a veicular cláusulas de advertência assim que instadas pelo Poder Público, no ano de 1988. Antes disso, não havia dever legal que fundamentasse a obrigação (**Princípio da Legalidade**). O Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor em 1991, quando as advertências já eram veiculadas, valendo lembrar que o referido diploma legal não tem aplicação retroativa (**Princípio da irretroatividade**). O princípio da boa-fé objetiva não fundamenta a exigência da prestação de uma informação preteritamente ao nascimento da obrigação, ainda mais em se tratando de uma informação conhecida.

5.4. O consumidor exerce seu livre-arbítrio ao decidir fumar e continuar fumando, de modo que eventuais danos decorrentes da sua escolha decorrem de fato exclusivo da vítima, excludente de responsabilidade do fabricante (art. 12, §3º, do CDC). A nicotina é substância naturalmente presente na planta do tabaco que, embora contribua para o prazer de fumar, não impede que o fumante tome a decisão de parar de fumar e seja bem sucedido na sua implementação, como inclusive comprovam as elevadas taxas de cessação do fumo referidas na contestação.

5.5. O nexo causal exigido para a configuração da responsabilidade civil no direito brasileiro é aquele direto e imediato (art. 403, do Código Civil), o que não se verifica entre o consumo de cigarros e as doenças a ele associadas, que são multifatoriais. Isso significa que as mesmas doenças associadas ao consumo de cigarros também se associam a outros fatores de risco, de modo que podem se desenvolver em não fumantes, além de não acometerem todos os fumantes (fumar não é condição necessária ou suficiente para o adoecimento).

5.6. Essas as principais razões que tem justificado a improcedência dos pedidos indenizatórios formulados pelos fumantes e seus familiares nos mais de 25 anos de litígio, valendo transcrever as ementas dos dois principais acórdãos proferidos pelo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. O primeiro deles é o *leading case* na matéria, já tendo sido proferidos 25 julgados por aquela E. Corte a esse respeito, sempre rechaçando os pleitos de indenização²⁹.
 Confirmam-se:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.

(...) **O cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma 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.

4. Não é possível simplesmente aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos supostamente ilícitos imputados à indústria tabagista, ocorridos 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.

²⁹ (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. 17/08/20).

5. 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 passadas.

6. 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.**

7. A boa-fé não possui um conteúdo per se, a ela inerente, mas contextual, com significativa carga histórico-social. Com efeito, em mira os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, **não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais preexistiam de séculos, para se chegar à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma, quer advinda de lei, quer dos princípios gerais de direito, quer dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento.**

8. Além do mais, somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexos causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento. Nesse passo, vigora do direito civil brasileiro (art. 403 do CC/02 e art. 1.060 do CC/16), sob a vertente da necessidade, a ‘teoria do dano direto e imediato’, também conhecida como ‘teoria do nexos causal direto e imediato’ ou ‘teoria da interrupção do nexos causal’.

(...)

10. **A arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, álcool, carga genética e o modo de vida. Assim, somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexos causal juridicamente satisfatório. (...)**

(REsp 1113804/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010, g.n.).

“RECURSO ESPECIAL. (...) DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. FABRICANTE DE CIGARRO. MORTE DE FUMANTE. TROMBOANGEÍTE OBLITERANTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. LIVRE ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA. ATIVIDADE LÍCITA. MODIFICAÇÃO DOS PARADIGMAS LEGAIS. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. CASO CONCRETO. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO. (...) AUTORIA. NÃO COMPROVAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURAÇÃO.

“(...)”

4. Controvérsia jurídica de mérito exaustivamente analisada pela Quarta Turma nos leading cases REsp nº 1.113.804/RS e REsp nº 886.347/RS. Resumo das teses firmadas, pertinentes à hipótese dos autos: (i) periculosidade inerente do cigarro; (ii) licitude da atividade econômica explorada pela indústria tabagista, possuindo previsão legal e constitucional; (iii) impossibilidade de aplicação retroativa dos

parâmetros atuais da legislação consumerista a fatos pretéritos; (iv) necessidade de contextualização histórico-social da boa-fé objetiva; (v) livre-arbítrio do indivíduo ao decidir iniciar ou persistir no consumo do cigarro; e (vi) imprescindibilidade da comprovação concreta do nexo causal entre os danos e o tabagismo, sob o prisma da necessidade, sendo insuficientes referências genéricas à probabilidade estatística ou à literatura médica.

5. A configuração da responsabilidade objetiva nas relações de consumo prescinde do elemento culpa, mas não dispensa (i) a comprovação do dano, (ii) a identificação da autoria, com a necessária descrição da conduta do fornecedor que violou um dever jurídico subjacente de segurança ou informação e (iii) a demonstração do nexo causal.

6. No que se refere à responsabilidade civil por danos relacionados ao tabagismo, é inviável imputar a morte de fumante exclusiva e diretamente a determinada empresa fabricante de cigarros, pois o desenvolvimento de uma doença associada ao tabagismo não é instantâneo e normalmente decorre do uso excessivo e duradouro ao longo de todo um período, associado a outros fatores, inclusive de natureza genética.

(...)

11. Aquele que, por livre e espontânea vontade, inicia-se no consumo de cigarros, propagando tal hábito durante certo período de tempo, não pode, doravante, pretender atribuir a responsabilidade de sua conduta a um dos fabricantes do produto, que exerce atividade lícita e regulamentada pelo Poder Público. Tese

análoga à firmada por esta Corte Superior acerca da responsabilidade civil das empresas fabricantes de bebidas alcóolicas.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou improcedente a demanda indenizatória” (REsp 1322964/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 01/06/2018, g.n.).

5.7. Diferentemente do que tenta convencer a União, tal jurisprudência, colhida das ações individuais, fundamenta igualmente a improcedência dos pedidos formulados nesta ação, pois se não é dado ao próprio fumante receber indenização pelos danos imputados ao consumo de cigarros (inclusive referentes a despesas com tratamento médico), com maior razão, o direito não pode ser reconhecido à União Federal, que sequer é parte na relação de consumo, mas sujeito apenas remotamente atingido em razão da sua obrigação constitucional de custeio do SUS.

5.8. Não obstante a jurisprudência pacificada, a corrê Souza Cruz anexou como doc. à sua petição de **evento 105** (parecer2), o irretocável parecer da Professora JUDITH MARTINS COSTA, que analisou os pleitos formulados pela União nesta demanda sobre a ótica da responsabilidade civil, esclarecendo em profundidade as razões pelas quais estão efetivamente ausentes no caso todos os seus elementos. O parecer merece a leitura na íntegra, mas por dever de brevidade, a ora peticionante pede vênias para transcrever nesta sede trechos das respostas a

alguns dos quesitos, suficientes para derrubar as teses mirabolantes sustentadas nos pareceres anexados pela ACT e na réplica, confirmam-se:

“1. É correto afirmar que, a configuração da responsabilidade objetiva prescinde do requisito da ilicitude?”

R.: Não. (...) Na responsabilidade objetiva o fator de imputação é, normalmente, o risco, então se prescindindo da culpa, mas não da contrariedade a direito, isto é: da ilicitude, também dita ‘ilicitude objetiva’ ou antijuridicidade.
(vide, supra, itens 11 a 29).

2. A atividade desenvolvida pela Souza Cruz é capaz de ensejar a sua responsabilidade objetiva, na forma pretendida pela União, com fundamento nos arts. 927, par. ún., e 931 do Código Civil?

R.: Trata-se de atividade que, a teor do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, não implica ‘por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem’. Trata-se, também, de atividade lícita, inclusive regulada por lei. (...) Portanto, a qualificação como responsabilidade objetiva, fundamentada no risco como seu fator de imputação, é insuficiente para, per se, gerar o dever de indenizar.

3. A noção de ‘risco-controle’ pode ser utilizada para justificar a atribuição de responsabilidade civil à Souza Cruz?

R.: Não. (...) Não há razões para admitir-se criada, na ausência de lei, uma nova categoria de risco, idiossincrática às fabricantes de cigarro. Se compreendido o controle como conhecimento e possibilidade de agir quanto aos efeitos de fumar, deve-se admitir que ao Estado, como um todo, por suas várias instâncias, cabe também o risco-controle, pois sabe dos efeitos do consumo e tem a possibilidade de adotar medidas em relação à vedação ou à restrição da comercialização de cigarros.
(vide, supra, itens 38 a 51).

4. O SUS sofre danos indenizáveis quando arca com despesas relacionadas à saúde?

R.: Não. O dano, na acepção jurídica da palavra, não se confunde com ‘qualquer prejuízo’ ou ‘qualquer despesa’: trata-se do efeito (diminuição ou subtração) de lesão a interesse juridicamente tutelado pelo Direito.

Em relação à população à qual presta serviços de saúde, o SUS tem despesas, não dano. Custear despesas com a saúde de todos os brasileiros é a função primordial do SUS, a qual justifica a sua própria existência. O custeio dessas despesas é dever, constitucionalmente determinado, não se qualificando como lesão a interesse juridicamente tutelado. (...).

Ademais, mesmo que pudesse converter o cumprimento de seu dever constitucional de arcar com os custos de saúde do SUS em um dano a um interesse legalmente protegido, a União Federal, ainda assim, precisaria demonstrar que sofreu de fato um dano por ter incorrido em maiores custos com o tratamento público de saúde do que teria despendido se não houvesse o consumo de cigarros no Brasil.

(vide, supra, itens 72 a 90).

5. O cigarro consiste em produto defeituoso à luz do Código de Defesa do Consumidor?

R.: Não. O cigarro é, uma vez considerada a regra do art. 12 da lei consumerista, um produto de ‘periculosidade inerente’, o que não constitui defeito: legitimamente, ninguém pode esperar que o ato de fumar não traga qualquer risco para a saúde, assim como a ninguém é permitido esperar que automóveis, defensivos agrícolas, medicamentos, vinhos, cachaças e facas de cozinha não tragam, insitivamente, riscos.

(vide, supra, itens 63 a 70).

6. Independentemente da caracterização de defeito ou do risco na comercialização de cigarro, existe nexo de causalidade, do ponto de vista jurídico, entre a atividade de produção e comercialização de produtos derivados do tabaco e as despesas incorridas pelo SUS no tratamento de doenças associadas ao tabaco?

R.: Não. No Direito brasileiro, a teoria que dá suporte ao nexo causal, pressuposto ineliminável ao nascimento do dever de indenizar, exige uma causa adequada à produção do dano, assim sendo considerada aquela necessária (quando 'o evento danoso é efeito necessário de certa causa'), direta e imediata, não interrompida em sua trajetória causal entre a apontada causa e o evento chamado 'dano'.

No caso em exame, o apontado 'dano' é constituído pelas despesas arcadas pelo SUS com tratamentos de saúde para fumantes que tenham desenvolvido doenças supostamente associadas ao fumo. Estas despesas não têm como causa direta, imediata e necessária o fato da produção e comercialização de cigarros, mas a doença alegadamente causada pelo ato de fumar, sendo essa conduta imputável aos fumantes, que optam por fumar, conquanto devidamente informados sobre os malefícios associados ao consumo de cigarros. Esta ação – a de fumar – qualifica-se como 'ato de terceiro', causa interruptiva da trajetória de qualquer nexo causal eventualmente iniciado entre a fabricação e comercialização de cigarros e as despesas havidas pelo SUS, caso os fumantes sejam efetivamente pelo atendidos pelo SUS e não pela rede privada de saúde.

(vide, supra, itens 103 a 117).

(...)

9. Diante da regra prevista no art. 403 do Código Civil, mostra-se possível recorrer a modelos econométricos e/ou a dados epidemiológicos para estabelecer o nexo causal entre o ato de fumar e o desenvolvimento de doenças associadas ao tabaco, sem que se proceda ao exame causal individualizado?

R.: Não. A norma legal é clara ao referir a noção de 'causalidade', a qual é diversa da noção de 'probabilidade' seja na linguagem científica, seja na linguagem jurídica. Na responsabilidade civil, exige-se, ademais, a causalidade específica, que induz ao exame causal singularizado, e não a causalidade epidemiológica – espécie de 'causalidade probabilística' –, que mensura frequências e tendências de modo abstrato e, portanto, apenas se presta a firmar a idoneidade da produção de determinado resultado por determinada causa.

(vide, supra, itens 119 a 131).

(...)

11. É aplicável ao Direito brasileiro a teoria da Market Share Liability?

R.: (...) A pretensão da União de responsabilizar as fumageiras segundo essa teoria encontra óbice nas regras legais atinentes à configuração do nexo causal e à sua prova, especialmente em face do reconhecido alto volume de contrabando de cigarros, fato admitido pela própria União Federal.

(vide, supra, itens 139 a 146).

13. É possível afirmar que a Autora viola o princípio da boa-fé objetiva tendo em conta a licitude da atividade de produção e comercialização do tabaco, bem como a alta carga tributária sobre ela incidente?

R.: Sim. O princípio da moralidade administrativa, de estatura constitucional, veicula, no âmbito da Administração Pública, as funções da boa-fé objetiva, impondo àquela um dever de coerência que impede a contradição consistente em, ao mesmo tempo, permitir a venda de cigarros, auferindo lucros com essa permissão, e, por

outro, sancionar, com indenização, quem desenvolve a atividade permitida, sem que se verifique defeito no produto e sem a prova do nexo causal entre o suposto defeito e o dano alegado pelo SUS (vide, supra, itens 147 a 152).

5.9. Em adendo às conclusões da parecerista, é oportuno transcrever dois dos enunciados sobre responsabilidade civil aprovados na IX Jornada de Direito Civil, realizada em maio de 2022 e organizada pelo Conselho da Justiça Federal, dada a sua relevância para o caso:

“Enunciado 659 – Art. 927: O reconhecimento da dificuldade em identificar o nexo de causalidade não pode levar à prescindibilidade da sua análise.

Justificativa: O contínuo desenvolvimento tecnológico trouxe, a reboque das forças produtivas, inúmeros riscos decorrentes desse progressivo processo de modernização, caracterizando uma ameaça aos interesses juridicamente protegidos no ordenamento, gerando as mais variadas lesões, quantitativa e qualitativamente consideradas. Nesse sentido, é necessário reconhecer a dificuldade em identificar o nexo de causalidade. Tal reconhecimento, contudo, não pode levar à ideia de que se pode prescindir ou, sequer, flexibilizar o nexo de causalidade (Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Rafael Viola. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 29, p. 234), o que na prática judiciária tem legitimado o investigador a abandonar a própria investigação, prescindindo do elemento causal, o que viria a encerrar uma responsabilidade independentemente do responsável ser o seu causador. É preciso compreender, dessa forma, que o elemento causal não é meramente naturalístico, mas detém aspectos normativos, exigindo que o investigador adentre o campo da causalidade, justificando do ponto de vista axiológico e teleológico de que modo o campo normativo influencia decisivamente a causa concretamente considerada. Assim, ao magistrado, na investigação do nexo de causalidade, caberá fundamentar adequadamente como alcançou a causa juridicamente válida à atribuição do dever de indenizar” (g.n.).

“Enunciado 661 – Art. 931: A aplicação do art. 931 do Código Civil para a responsabilização dos empresários individuais e das empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação não prescinde da verificação da antijuridicidade do ato.

Justificativa: O art. 931 do Código Civil prevê hipótese de responsabilidade objetiva, mas não dispensa o exame da antijuridicidade do ato. O afastamento da culpa como fator de imputação não equivale à atribuição de responsabilidade por atos lícitos. Afinal, do ‘fato de desempenhar-se normalmente atividade capaz de produzir riscos aos direitos de outrem não decorre, ipso facto, o dever de indenizar por todo e qualquer dano porventura decorrente da atividade’ (MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO. Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). Jurisdição e Direito Privado: Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andriighi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 389-418, em especial p. 404). É preciso examinar, igualmente, se foi praticado um ato ilícito, pois este é um dos pressupostos do dever de indenizar (afastado apenas nas hipóteses em que a lei permite a responsabilização por atos lícitos)” (g.n.).

5.10. Portanto, diferentemente do que foi defendido na réplica (pg. 148), os arts. 927 e 931 do Código Civil não fundamentam a responsabilidade civil objetiva das demandadas, e nem tampouco a interpretação que lhes foi conferida pelo enunciado 42 da I Jornada de Direito Civil (pg. 149), que **não** dispensa a necessidade da antijuridicidade do ato para a sua configuração.

5.11. Ausente a hipótese de responsabilidade objetiva, deve-se atentar ao fato de que **a União desistiu da causa de pedir referente à alegada responsabilidade subjetiva** (capítulo 6.4 da inicial que remete ao capítulo 5.6 da mesma peça), eis que em réplica não teceu uma linha sequer a respeito do capítulo IX.II da contestação da peticionante, em que esta Ré esclareceu jamais ter cometido quaisquer dos ilícitos enumerados no capítulo 5.6 da inicial, embora as condutas ali enumeradas não lhe tenham sido especificamente imputadas. A Souza Cruz, por sua vez, esclareceu na sua contestação (a partir da página 169) e comprovou documentalmente o não cometimento das condutas que lhes foram atribuídas, de modo que o silêncio eloquente da réplica a respeito de alegações de fato desconstituídas com as contestações (art. 373, II, do CPC), tornou incontroversa a **inexistência** dos atos ilícitos enumerados na inicial.

5.12. Incontroversa a ausência de qualquer ato ilícito e inaplicável ao caso a responsabilidade objetiva, **esta ação merece a improcedência de plano.**

5.13. O Professor **ANDERSON SCHREIBER** também elaborou parecer abordando, na mesma linha, a ausência dos elementos da responsabilidade civil na hipótese dos autos, com ênfase no desrespeito à boa-fé objetiva pela União com a propositura desta demanda, sobretudo sob a ótica do *venire contra facium proprium* e do abuso de direito, valendo destacar o seguinte trecho, *verbis*:

“Como se vê, não só as atividades de fabricação e comercialização de cigarros são consideradas lícitas no Brasil como também são permanentemente controladas pela Administração Pública Federal, por meio de suas entidades e órgãos que, periodicamente, as fiscalizam e aprovam de maneira específica as diferentes variações do produto. Todos os atos praticados pela Administração Pública Federal têm como sentido objetivo a chancela específica à produção e comercialização de cigarros como atividades lícitas e fortemente regulamentadas. Nesse contexto, a formulação pela União Federal de pretensão indenizatória, calcada em danos supostamente derivados das referidas atividades, configura comportamento contraditório (venire contra factum proprium) da Administração Pública Federal que, por um lado, aprova e regulamenta a fabricação e comercialização de cigarros,

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

5.14. Aliás, a réplica também foi completamente silente a respeito do *venire contra factum proprium* em que a União incorre ao ter fomentado e ao autorizar, regulamentar e tributar vorazmente a produção de cigarros, mesmo ciente dos riscos associados ao produto, o que, no entanto, é mais uma das razões de improcedência desta demanda.

5.15. Destarte, nem os pareceres anexados pela ACT nem a réplica trouxeram argumentos hábeis a abalar os fundamentos da jurisprudência ou as conclusões dos pareceres anexados pela Souza Cruz. Ainda assim, a peticionante tece alguns comentários pontuais em relação a cada um desses dois pareceres e as alegações a eles relacionadas tecidas na réplica.

(v.i) O parecer dos Professores Claudia Lima Marques e Bruno Miragem

5.16. Os Professores CLÁUDIA LIMA MARQUES e BRUNO MIRAGEM centram sua argumentação no “risco controle” que fundamentaria a responsabilidade objetiva das Rés porque elas deveriam ter mitigado os riscos associados ao tabagismo. Também recorrem a teoria do “risco proveito” por causa do lucro auferido com a venda de cigarros e acrescentam que o livre arbítrio não se configura neste caso porque a União não pode decidir sobre como empregar os recursos públicos.

5.17. Mais do mesmo, com alguma diferença de roupagem. Independentemente da teoria a que se aluda para fundamentar a responsabilidade objetiva das Rés, o ato ilícito, como já se expôs, será necessário à sua configuração. A obtenção de lucro com a prática de atividade econômica lícita e extremamente regulamentada e taxada, por si só, ainda é permitida no Brasil e por isso não é fator de imputação de responsabilidade.

5.18. No que diz respeito à mitigação de riscos, a jurisprudência já estabeleceu que o cigarro é um produto de periculosidade inerente, por apresentar riscos indissociáveis do produto, muitos decorrentes da combustão, que libera alguns constituintes nocivos (assim como a queima de outros componentes orgânicos). Apesar dos volumosos recursos empregados pela indústria do tabaco, pesquisadores acadêmicos e várias iniciativas governamentais, o *state of the art* ainda não permite a fabricação de cigarros que não apresentem os riscos à saúde há muito conhecidos.

5.19. De outra parte, embora negar aos fumantes atendimento pelo SUS, de fato não seja uma opção para a União, a boa gestão desses recursos pelo SUS o é. Nesse mister, a União falha exemplarmente, como comprovam as lamentáveis notícias de fraude no SUS, desvio de verba ou simples incompetência gerencial, referidas nos pareceres do professor **Denizar Vianna Araújo** e do **delegado aposentado da Polícia Federal Dr. Luiz Pontel de Souza** (parecer⁷ e parecer³⁸, **evento 105**) e que serão explorados nos capítulos (vi.v e vi.iv) *infra*, além das já mencionadas políticas irracionais de taxação e de combate ao mercado ilegal de cigarros.

5.20. A afirmação do parecer de **CLÁUDIA LIMA MARQUES** e **BRUNO MIRAGEM** de que o SUS deveria arcar somente com “riscos ordinários”, como atropelamentos, não faz qualquer sentido. Os professores pareceristas também ignoram que desprezar a lei a respeito da responsabilidade civil das empresas levaria à responsabilização dos fabricantes de automóveis, ônibus, caminhões, bebidas alcoólicas, doces, sal, armas, facas e tantos outros produtos de risco inerente. O risco associado ao consumo de cigarros é tão inerente quanto o risco de atropelamento e o risco associado a esses outros produtos de consumo. A vingar à tese inicial, tal risco poderia ser imputado aos fabricantes e montadores de veículos, que então seriam chamados a arcar com os custos suportados com o tratamento médico dos atropelados. O mesmo em relação a várias outras indústrias, como apontado no item 7.12 da contestação. Absurdo, mas é isso que a União sustenta.

5.21. Os pareceres trazidos pela ACT se esforçam para revestir as alegações iniciais com algum respaldo em princípios jurídicos, mas o parecer somente apela para argumentos não jurídicos com o intuito de que se excepcionem as regras de direito brasileiras e de que as Rés sejam responsabilizadas neste caso particular, a partir das visões pessoais e políticas dos signatários. Essa abordagem enfatiza que a ACT pretende atuar neste caso, não como *amicus*

curiae, qualidade na qual foi recebida, mas como defensora das suas teses ideológicas sustentadas de longa data (e nunca emplacadas justamente por serem contrárias ao ordenamento jurídico), já que sustentada por fundos antitabagistas.

5.22. De se notar, todavia, no que diz respeito à prova da existência do **dano**, que o parecer trazido pela ACT concorda que este não se confunde com as despesas da União com o SUS e que a sua demonstração (ainda que indiciária) partiria da comprovação, pela União, de que ela gasta mais recursos com o SUS do que gastaria caso não existissem cigarros, exatamente como foi demonstrado na contestação e tal qual explicado acima³⁰ pela Professora **JUDITH MARTINS-COSTA** (sob a ótica jurídica) e abaixo pelo Professor **GESNER OLIVEIRA** (sob a ótica econômica).

5.23. A União, inclusive, embora defenda de forma bizarra ser “desnecessária” e “diabólica” a prova do dano (página 147 da réplica), transcreve o trecho do parecer onde **CLÁUDIA LIMA MARQUES** e **BRUNO MIRAGEM** abordam o ponto, *verbis*: “*em tese custo poderia ser quantificado como dano, desde quando admitido que, se não houvesse o evento atribuível aos fabricantes de cigarros ou mesmo aos próprios consumidores (ad argumentandum em razão do próprio consumo), não haveria diminuição ou sacrifício de recursos públicos no custeio do*

³⁰ E, em maior profundidade, no seguinte ponto do seu exaustivo parecer:

“80. À toda evidência, ao atender quem vai em busca de assistência à saúde, os entes federados, por meio do SUS, estão cumprindo dever jurídico, constitucionalmente fixado. Trata-se de prestação de serviço público que justifica a criação e existência de tal conjunto de ações e serviços, aliás, aos quais direcionados os recursos patrimoniais que curam. É mesmo de espantar o paradoxo consistente no intuito de encontrar ‘violação a interesse legítimo’ quanto o alegado prejuízo é traduzido por despesas que constituem, afinal, não apenas o cumprimento de dever, mas, igualmente, a própria razão de ser daquela rede pública de saúde, cabendo registrar outra distinção relevante, qual seja, a existente entre dano e despesa.

81. Ao arcar com gastos para o atendimento de seu dever constitucional, os cofres públicos não sofrem dano – têm despesas. No caso em exame, inclusive, trata-se de dispêndios que compõem a despesa pública, isto é, ‘a soma dos gastos realizados pelo Estado para a realização de obras e para a prestação de serviços públicos’. (...)

85. Seja pela distinção conceitual entre dano e despesa, seja pela qualificação legal das despesas incorridas pelo SUS, essas não podem ser qualificadas como danos, isto é, como ‘lesões a interesses juridicamente protegidos’. Ligam-se a implementação de políticas públicas, não à responsabilidade civil. A alegação de o SUS ter despesas ‘majoradas’ em razão dos dispêndios de recursos para o tratamento de doenças associadas ao tabaco, com o que o dinheiro público deixaria de ser alocado para outros setores, é meramente retórica, não afastando a questão dogmática de relevo sob a ótica do Direito: sendo a obrigação de indenizar efeito do dano indenizável (e não de ‘qualquer prejuízo’), as despesas suportadas por ente estatal de saúde no cumprimento de seu dever constitucional e atenção à finalidade que justifica a sua existência, não podem ser qualificadas como ‘danos indenizáveis’. 86. Alocadas lá ou cá, as despesas as despesas peculiares ao SUS não são danos indenizáveis, pois o seu dispêndio ilustra o cumprimento de um dever constitucional, e não a violação a interesse jurídico. (...)” (p. 36/37, g.n.).

tratamento da saúde das vítimas de doenças causadas ou favorecidas pelo tabagismo” (página 157 da réplica).

5.24. Ou seja, nem mesmo o parecer trazido pela ACT em amparo à tese inicial corrobora a alegação da AGU de que ela estaria dispensada de demonstrar com a inicial a existência indiciária de dano alegado nesta demanda (ainda que assim pudessem ser juridicamente qualificados os aportes federais feitos ao SUS em cumprimento de lei). O parecer também esclarece que a prova indiciária da existência de dano partiria da diferença entre o que a União gasta com o SUS e o que gastaria de todo jeito, não fossem o cigarro e as alegadas condutas das Rés, devendo ainda ser excluídos outros fatores econômicos destrelados das Rés.

5.25. Não poderia ser diferente, já que o dano é elemento indispensável e essencial à responsabilidade civil, sendo por isso insustentável e chocante a posição da União de que a sua prova seria desnecessária ou diabólica. Eventual dificuldade da União de produzir tal prova essencial (na fase de conhecimento) somente a ela pode ser imputada, pois decorrente da natureza inusitada do pedido de ressarcimento formulado na inicial, mas as Rés não têm nada a ver com isso e o seu direito de defesa tem que ser assegurado, inclusive por força constitucional.

5.26. Ainda sobre dano, diferentemente do alegado em réplica (página 140), não existe “dano injusto” sofrido pela União em razão de a sua obrigação de custear o SUS decorrer da Constituição Federal, como explicado pela Professora **JUDITH MARTINS-COSTA**. O dever reparatório, assim, não encontra fundamento nas “*previsões legais sobre responsabilidade civil e enriquecimento ilícito*” (página 140), pois ausentes **todos** os elementos desses institutos, como por diversas vezes aqui referido.

5.27. Tal constatação não significa que “*nenhum dano à saúde da população provocado por atividade econômica ou produto seria indenizável*”, como afirmado na página 141 da réplica, mas apenas que o dever de indenizar efetivamente depende da presença de um ato ilícito, de um dano injusto e do nexos causal entre um e outro, como dispõe o Código Civil. Deve-se apenas lembrar, porque a União se esqueceu novamente, que ela não busca com esta ação reparar qualquer “dano à saúde da população”, mas ressarcir-se indevidamente das **despesas** federais que a Constituição determina que ela aporte no SUS.

5.28. De novo: a comercialização lícita de produto de periculosidade inerente, por si só, não gera dano indenizável, nem aos fumantes, nem à União, não havendo *in casu*, exercício “desvalioso” da livre iniciativa (página 142 da réplica). Por meio da tributação escorchantes, as Rés internalizam as conhecidas e toleradas externalidades negativas do produto.

5.29. Em relação ao **nexo causal**, a União tenta eximir-se do seu ônus de demonstrá-lo sob as alegações de que “*não se cogita perquirir o nexo causal vinculado à situação individual do paciente, mas permite-se a sua análise a partir do conjunto de dados, a serem aferidos através de um meio comprovadamente eficaz*” (p. 146, g.n.), seja lá o que isso significa. Mais à frente recorre à inexistente “transindividualidade” da demanda para sustentar que “*o que importa é o percentual dessas patologias atribuível ao produto das demandadas a nível populacional, jamais a nível individual*” (página 156). Vale perguntar qual será o “meio comprovadamente eficaz” ao qual alude a AGU. Mais uma vez, jogo de retórica.

5.30. A União também afirma que o (ausente) caráter coletivo da demanda “*assusta as Rés, visto que não se mostra possível a utilização das suas estratégias de defesa usuais*”, embora reconheça na sequência que persegue “danos” ao “*erário federal*” (página 155), logo interesse individual, não coletivo, como antes demonstrado (capítulo ii.iii *supra*). Finalmente, cita trecho do parecer de **CLAUDIA LIMA MARQUES e BRUNO MIRAGEM** que defende explicitamente a **presunção de causalidade, teoria não admitida no direito brasileiro**, mas que revela o que a União realmente pretende neste feito. Essas, resumidamente, as alegações da União sobre o nexo causal, repetidas em outros pontos da réplica.

5.31. As alegações são contra *legem* e jurisprudência pacificada, não merecendo maiores delongas.

5.32. Por mais que a União tente se esquivar da prova de causalidade individual amparada em um caráter coletivo da demanda que não existe (pois os recursos federais são usados em tratamentos de indivíduos), a sua postura não é autorizada pelo ordenamento jurídico, que exige a prova do nexo causal **direto e imediato (art. 403, do CC)** para fins de reparação civil, independentemente de se tratar de um pedido de indenização formulado pelo próprio fumante ou um pedido de indenização formulado pela União, como no caso.

5.33. Aliás, não faria o menor sentido exigir do consumidor um *standard* de causalidade mais severo do que aquele exigido da União, já que o fumante é quem suporta diretamente o dano (doença) que imputa ao consumo de cigarros em ações individuais. A União apenas arcaria parcialmente (e em montante, repita-se, não relevado) com as despesas de tratamento médico daqueles indivíduos atendidos no SUS, em razão de obrigação constitucional. Daí porque a peticionante defendeu que são aplicáveis a este caso todas as razões de improcedência solidamente reconhecidas pela jurisprudência nas demandas individuais, nos últimos mais de 20 anos de litígio, o que volta a reforçar nesta sede. Não por estar “assustada”, mas por ser essa a consequência decorrente do ordenamento jurídico.

5.34. Vale repetir, nesse passo, a clareza do **enunciado 659**, da última jornada de direito civil, também afastando as alegações da União: “**Art. 927: O reconhecimento da dificuldade em identificar o nexo de causalidade não pode levar à prescindibilidade da sua análise**”.

5.35. As estatísticas epidemiológicas, ainda mais importadas, não servem ao estabelecimento do nexo causal exigido para a reparação civil, nem no que diz respeito aos fumantes, nem no que concerne à União, que também persegue uma indenização de caráter individual, válido frisar. O entendimento contrário corresponde a admitir uma causalidade probabilística ou uma presunção de causalidade (como reconhece a réplica), o que não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. A esse respeito, vale conferir novamente o Parecer da Professora **JUDITH MARTINS-COSTA**, cujas conclusões foram antes transcritas. No ponto a respeito do nexo causal e da impossibilidade de configurá-lo (ou presumi-lo) a partir das estatísticas epidemiológicas, a Professora ensina o seguinte:

“131. (...) Logo, estudos científicos que estabelecem a probabilidade de determinada doença ser causada pelo consumo de cigarro, embora relevantes, não são suficientes para estabelecer o nexo causal, seja em um único indivíduo, seja, principalmente, em grandes populações com indivíduos com características diversas, com históricos demográficos e médicos muito distintos, inclusive com diferenças relacionadas ao consumo (ou ausência de consumo) de cigarros” (g.n.).

(...) 135. O mais relevante é ter em mente o que prova a probabilidade estatística: esta nada diz sobre os fatos, apenas diz respeito a frequências. No caso específico, estudos epidemiológicos comprovadamente confiáveis e relevantes para uma população determinada, que levem em consideração todas as características demográficas da população considerada, podem servir para estimar o risco e auxiliar na valoração das condições que, potencialmente, poderão se revelar

como causas, mas não a relação de causalidade particular. Isto porque, sendo objeto da prova o enunciado fático específico relativo ao nexo causal, ‘qualquer prova que tenha a finalidade de aferir a probabilidade ex ante, isto é, em termos estatísticos de que a hipótese venha a ocorrer, não serve para demonstrar o nexo de causalidade concreto’. Como a relação entre o suposto prejuízo e o dano deve ser ‘direta e imediata’ – o que só pode ser afirmado segundo um juízo concreto – a epidemiologia não é elemento apto a servir como prova da relação de causalidade, juridicamente considerada” (g.n.).

5.36. Além disso, não se pode perder de vista que o nexo causal a ser comprovado individualmente pela União encontra-se rompido de antemão por fato exclusivo do próprio fumante. Como exposto no item 3.2 *supra*, trata-se de constatação meramente de direito apta a excluir o nexo causal que a União não pretende mesmo demonstrar, autorizando por isso a imediata improcedência desta demanda (art. 355, I, do CPC). No ponto, a Professora **JUDITH MARTINS-COSTA** destaca o seguinte:

107. Incontroversamente, o fato de a Souza Cruz fabricar e vender cigarros, tal como a lei autoriza, não tem relação direta e imediata com o pagamento de despesas médicas e hospitalares, dela não decorrendo necessariamente o dano alegado (isso é, as despesas suportadas pelo ente de saúde) (...). “102. Entre a comercialização do produto e o gasto do SUS para tratar a doença do fumante que venha a ocorrer aos serviços do SUS, se interpõe evento da maior relevância, qual seja, o fato do consumo de cigarros pelo consumidor, bem como os fatos a essa conduta associados, como exemplificativamente, a quantidade de cigarros fumado; o tempo que perdurou o ato de fumar (...)”

5.37. **Portanto**, sobre o nexo causal: este encontra-se sumariamente **rompido** pelo comportamento do fumante, fato de terceiro que se interpõe entre a atividade das Rés brasileiras e o “dano” alegado pela União (despesas com o SUS). A constatação fundamenta o julgamento antecipado de improcedência dos pedidos iniciais (item 3.2 ‘iv.iii’ e ‘v’ *supra*). Caso assim, não se entenda, *ad argumentandum*, então cabe a União provar o nexo causal caso a caso, demonstrado o quanto gastou para tratar fumantes pelo SUS e que cada uma das 27 doenças enumeradas na inicial foi causada pelo consumo dos cigarros fabricados pelas Rés e por elas ilicitamente induzido, dada a exigência do **art. 403**, do **CC**, sob pena de se atingir o mesmo resultado de improcedência também por falta de prova (**art. 373, I**, do **CPC**). Como se trata da prova do nexo causal e não de mero cálculo do montante do “dano”, a prova não pode ser relegada à liquidação de sentença.

(v.ii) O parecer de Oscar Vilhena e André Correa

5.38. OSCAR VILHENA e ANDRÉ CORREA não elaboraram um parecer jurídico, mas um manifesto ideológico antitabaco de conteúdo panfletário. Para se ter ideia, o parecer começa com a frase “*We don’t smoke that shit. We just sell it. We just reserve the right to smoke for the young, the poor, the black and the stupid*”, supostamente atribuída a um executivo da indústria de tabaco americana. A afirmação não provém de qualquer registro legal documentado e, portanto, carece de qualquer conteúdo probatório. O fato de esse “parecer jurídico” utilizar-se de expediente tão rasteiro, além de sequer estar relacionado às Rés deste processo, é suficiente para demonstrar que o parecer não pode e não deve ser sequer considerado.

5.39. Em suas 142 páginas, os autores, que são Professores de direito constitucional e direito civil, e **não de direito internacional público**, note-se desde já, reconhecem extrapolar em muito qualquer análise jurídica ao confessarem que “*o juízo de imputação de responsabilidade realizado neste parecer será realizado tomando por suporte enunciados de fatos (relativos à atuação das fabricantes de cigarros tanto durante o processo de concepção e produção quanto no processo de comercialização e distribuição de seus produtos) e assumindo-se que tais fatos ocorreram da forma idêntica em nosso país e/ou tiveram repercussão direta sobre a produção/comercialização do produto em nosso país*” (p. 40, g.n.). Na sequência, citam como fontes os “*the cigarette papers*” e “*documentos internos de várias empresas do setor*”.

5.40. A esse respeito, as contestações apresentadas já demonstraram que assunção está completamente equivocada, eis que os diversos ilícitos alegados, referidos nos tais documentos, não dizem respeito a empresas brasileiras, não ocorreram no Brasil e nem aqui tiveram repercussão e tampouco dizem respeito a esta Ré, BAT plc.

5.41. Talvez por isso o asterisco na primeira página do parecer informando que “*o conteúdo deste documento expressa a opinião pessoal dos autores*”. Com o devido respeito, a opinião pessoal (e não técnica) dos Professores de nada interessa ao presente feito, sobretudo sabendo-a completamente enviesada.

5.42. Feita a ressalva, um ponto que merece comentários deste parecer refere-se à **Convenção-Quadro para Controle do Tabaco**, que, na opinião pessoal (e completamente

atécnica) dos pareceristas, teria “aplicabilidade imediata” e fundamentaria a propositura desta ação (páginas 29 e 131). A réplica, de forma não menos espantosa, sustenta o mesmo a partir da página 124, revelando ou má-fé ou profunda ignorância jurídica. A questão já havia sido tratada na contestação e brevemente no início desta tréplica, mas vale, em adendo, recorrer às lições da Professora de Direito Internacional **CARMEN TIBURCIO** em parecer a esse respeito anexado à petição de **evento 105 (parecer3)**.

5.43. Após discorrer sobre os tipos de tratados e a sua incorporação ao direito brasileiro³¹, a Professora esclarece que “*a convenção-quadro – gênero no qual se inclui a CQCT – é uma espécie de tratado que tipicamente veicula normas de textura aberta, elaboradas visando à **fixação de metas políticas e objetivos amplos** sobre determinado tema, bem como ao assentamento de princípios gerais que deverão orientar as iniciativas de cada Estado-Parte no tratamento do assunto*” (parágrafo 28). Ou seja, ao contrário do que alega a União na réplica (pg. 125), o simples fato de ser reconhecida na comunidade internacional como um tratado-convenção-quadro, não lhe confere força normativa direta para o estabelecimento de obrigações, muito menos para revisar completamente as leis de responsabilidade civil. Por isso mesmo, frise-se, **as Convenções-quadro não são autoaplicáveis e não geram obrigações específicas aos Países signatários**. Confira-se:

*“(...) a juridicidade particular das convenções-quadro descrita acima não significa que o tratado em questão não seja juridicamente vinculante. A partir do momento em que a parte a ratifica, quando cabível, estará sujeita às sanções pelo seu descumprimento no plano internacional, como ocorre com qualquer tratado. **No plano interno, uma vez internalizada, a convenção-quadro produz rigorosamente os efeitos que afirma pretender produzir** – e com os quais, note-se, a República Federativa Brasileira concordou por meio de suas autoridades competentes. Como referido, **a convenção-quadro pretende veicular uma norma convocatória à atuação dos Poderes Públicos do Estado-Parte e fomentar o debate sobre o tema de que se ocupa. Esses são, portanto, os efeitos que ela produzirá internamente**; a convenção-quadro é juridicamente vinculante apenas na medida em que conclama os Estados-Parte à atuação. Não obstante inexistirem medidas legislativas direcionadas à responsabilização civil ou criminal das fabricantes de cigarro mencionadas no art. 19 da CQCT, ninguém poderá dizer que o Brasil – um dos países pioneiros na regulação do tabaco – não cumpriu as diretrizes estabelecidas na CQCT. **Ou seja: os objetivos, parâmetros e princípios consagrados em uma convenção-quadro consolidam opções políticas sobre determinada matéria que deverão orientar a produção legislativa interna dos países membros e a atuação de suas autoridades executivas e administrativas (cada qual nos limites de sua competência,***

³¹ Esclarecendo, inclusive, que a CQCT não foi incorporada com o *status* de norma supralegal.

nos termos das normas nacionais que distribuem o exercício do poder político pelos órgãos estatais).

“41. Não é correto, porém, extrair diretamente da convenção-quadro obrigações específicas, e exigíveis, dirigidas às autoridades públicas, ao Poder Judiciário e menos ainda aos particulares. Não é isso o que a convenção-quadro pretende porque não foi isso o que pretenderam os Estados-Partes ao celebrá-la: e, por natural, as autoridades nacionais, ao internalizá-la, sequer poderiam atribuir à convenção-quadro efeitos diversos. (...).

(...) 54. Em resumo, a CQCT é uma típica convenção-quadro que estabelece metas em matéria de políticas públicas de controle do tabaco e convoca os Poderes Executivo e Legislativo dos Estados-Partes a atuarem de modo a implementar as medidas que considerarem pertinentes nesse contexto. A CQCT, como as convenções-quadro em geral, procura orientar, fomentar e induzir o debate – no caso, sobre a questão do controle do tabaco – de modo a que as instâncias decisórias nacionais implementem políticas na matéria” (g.n.).

5.44. Em resposta a quesito indagando especificamente sobre a necessidade de regulamentação da CQCT por parte dos Poderes Legislativo e Executivo para que ela seja aplicável (quesito II), gerando deveres e obrigações, a Professora respondeu:

“R: Sim. As disposições da CQCT não são autoaplicáveis, não servindo como fonte normativa direta e imediata, mas apenas como fonte interpretativa. A internalização da CQCT no ordenamento nacional vincula o Estado brasileiro a agir visando à implementação das políticas públicas e objetivos nela estabelecidos, na medida de sua conveniência e oportunidade e respeitada a repartição interna de competências, tudo em conformidade com a Constituição Federal. Nessas condições, a efetividade de seu conteúdo dependerá, via de regra, da edição de leis pelo Poder Legislativo, estabelecendo regras jurídicas específicas em matéria de controle do tabaco.

5.45. Por sua vez, em relação ao **artigo 19 da CQCT**³², invocado na inicial como fundamento para esta demanda, **CARMEN TIBURCIO** conclui que o dispositivo tampouco é autoaplicável e que não seve de fundamento à responsabilização das empresas fabricantes de cigarros, confira-se:

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

62. Nesse cenário, a eficácia da CQCT, inclusive como vetor interpretativo, está limitada às normas que atualmente disciplinam o tema da responsabilidade civil no direito brasileiro. Se a conduta descrita na petição inicial não revela, à luz do direito brasileiro, a existência de ato ilícito, de nexo de causalidade e de dano indenizável,

³² “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” (g.n.).

não há que se falar na responsabilização da consulente. Afinal, como se vem de dizer, o art. 19 da CQCT não criou nova hipótese de responsabilidade civil.

(...) 74. Ora, haveria usurpação das competências do Executivo e, sobretudo, do Legislativo caso o intérprete pretendesse extrair diretamente da CQCT obrigações específicas exigíveis do Estado ou dos particulares, sem que o Legislativo brasileiro houvesse editado norma específica na matéria prevendo tal obrigação ou aprovado algum protocolo firmado. Ao aprovar os termos da CQCT, o Legislativo aprovou os termos da Convenção – e não outros quaisquer –, sendo certo que, como se viu, a Convenção reiteradamente submete a implementação das medidas a serem adotadas por cada Estado-parte à deliberação posterior e específica de seus órgãos próprios” (g.n.).

5.46. O ponto é resumido com eficiência na resposta ao quesito IV, *verbis*:

“(IV) O art. 19 da CQCT é suficiente para autorizar a União Federal a propor ação judicial requerendo das fabricantes de cigarros indenização pelos supostos gastos do Sistema Único de Saúde (SUS) com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas, como é requerido na Ação Civil Pública, processo nº 5030568-38.2019.4.04.7100?”

***R: Não.** O dispositivo se adequa ao contexto geral de uma convenção-quadro, estabelecendo apenas um objetivo genérico e balizas amplas para a atuação do Legislativo e do Executivo na matéria. Suas disposições não são autoaplicáveis, dependendo da edição de lei formal emanada do Legislativo para que se traduzam em direitos e deveres para as autoridades públicas e os particulares, razão pela qual o art. 19 não criou no direito brasileiro novas hipótese de responsabilidade civil e muito menos obrigou os Estados-parte a ajuizarem ações indenizatórias como aquela objeto da consulta” (g.n.).*

5.47. Também a respeito da inaptidão da Convenção-Quadro para Controle do Tabaco para legitimar esta ação, vale conferir os pareceres de **NÁDIA DE ARAÚJO** e **FRANCISCO REZEK** anexados à contestação da Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Philip Morris Brasil S/A (evento 55) como docs. 72 e 73.

5.48. Ainda sobre esse assunto (CQCT), a peticionante pede vênias para trazer aos autos o parecer dos doutos **W. MICHAEL REISMAN** e **MAHNOUSH H. ARSANJANI**, devidamente acompanhado de sua tradução juramentada (**doc. 02 ora anexado**). O primeiro é Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito de Yale, nos Estados Unidos, e a segunda trabalhou por três décadas no departamento jurídico da ONU, com vários livros e artigos publicados na área de direito internacional.

5.49. Os pareceristas analisam o art. 19 da CQCT, tendo como ponto de partida a sua interpretação literal, e concluem categoricamente que o dispositivo não cria um novo regime de

responsabilidade civil, não obriga os Estados signatários a fazê-lo e tampouco autoriza decisões judiciais que introduzam um regime de responsabilidade civil nele fundadas. Confira-se:

D. Conclusões da análise do texto em inglês do Artigo 19.

42. *O significado natural e ordinário do Artigo 19 é que ele não cria um regime internacional de responsabilidade por si só. Nem exige que um Estado-Membro promulgue uma lei nacional de responsabilidade civil. De fato, a repetição ao ponto de redundância de palavras que renuncie obrigação mostra uma decisão firme de não criar uma obrigação em relação a um regime internacional de responsabilidade. O Artigo 19 apenas solicita que um Estado-Membro considere adotar a legislação nacional para um regime de responsabilidade quando considerar necessário e adequado. Sendo assim, o Artigo 19 não cria, por si só, um regime nacional de responsabilidade, mesmo que em um sistema monista. Mesmo em países monistas, nos quais uma obrigação de tratado tem efeito direto, mesmo sem a implementação de uma legislação, a obrigação que é incorporada é a medida no tratado e não algo diferente. (...) Se um Estado-Membro da FCTC [CQCT em português] optar por criar qualquer forma de responsabilidade, ele pode fazê-lo por meio do processo legislativo normal que seja aplicável naquele país. Como o Artigo 19 não estabelece tal regime de responsabilidade, esse regime não pode ser introduzido por decisão judicial supostamente interpretando o Artigo 19.*

(...)

VIII. CONCLUSÕES

86. *A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco é o primeiro tratado negociado e adotado sob o amparo da OMS. Enquanto Convenção-Quadro, ela foi capaz de fomentar um acordo entre 182 Estados-Membros sobre alguns efeitos econômicos e à saúde do tabaco e estabeleceu certas obrigações, algumas das quais requerem uma elaboração mais profunda por meio da adoção de protocolos conforme previsto na própria Convenção, sendo que algumas delas exigem que os Estados-Membros tomem ou considerem tomar várias medidas nacionais. O Artigo 19 é distinto em somente chamar os Estados-Membros para considerar a adoção de uma legislação nacional ou, conforme necessário, aprimorar sua legislação nacional existente que trata de responsabilidade civil e criminal, incluindo compensação. O próprio Artigo 19 não prevê tal regime. Ele não identifica quem é o responsável, em que circunstâncias a responsabilidade existe, quais as bases da responsabilidade, quem pode apresentar uma ação civil, o que constitui dano, quais as medidas de compensação, etc. Tudo o que o Artigo 19 faz é exigir que os Estados-Membros considerem adotar uma legislação ou aprimorar a sua legislação existente ao abordar as questões de responsabilidade e compensação. A obrigação não se estende à adoção real de tal legislação nacional.*

87. *Evidentemente, espera-se que todos os estados-membros do tratado cumpram suas obrigações de boa-fé. Portanto, espera-se que um Estado-Membro da Convenção-Quadro cumpra o art. 19. Porém, a obrigação do Artigo 19 é uma obrigação de conduta ('considerar tomar uma medida legislativa...') e não uma obrigação de resultado ('tomar uma medida legislativa...'). (...).*

5.50. Como se vê, doutrina nacional e internacional, ambas do mais alto renome e qualificação em termos de Direito Internacional Público, demonstra ser absolutamente insustentável, e francamente constrangedora, a posição da União e dos Professores Oscar Vilhena e André Correa de que esta ação encontraria amparo no art. 19 da CQCT.

5.51. Esclareça-se, de outra parte, que o preâmbulo da CQCT não é nem “temido” nem “atacado” e menos ainda “desacreditado” pelas Rés, como alegado pela União na réplica (pg. 131). O preâmbulo reforça tudo o quanto aqui exposto a respeito da natureza programática da convenção, fornecendo as razões pelas quais os países signatários decidiram atuar no sentido de implementar, levando em consideração, no entanto, suas leis e circunstâncias específicas, medidas de controle do tabaco, produto lícito, mas inquestionavelmente associado a notórios riscos para a saúde. Vale dizer, a CQCT deixa claro, como não poderia deixar de ser, que antes de mais nada devem ser respeitadas as leis locais especiais e as constituições locais, bem como tratados vinculantes internacionais, que se sobrepõem à CQCT, quando da consideração pelos países signatários das políticas estimuladas pela convenção-quadro, e, mais ainda, devem ser observadas as situações particulares de cada país signatário quando da implementação das políticas.

5.52. Nesse particular, o ponto do preâmbulo destacado na réplica (“*o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade ...*”) em nada confronta com a defesa das demandadas no sentido de que não se configura o nexo de causalidade exigido pelo ordenamento jurídico para fins de responsabilidade civil. Conforme esclarecido na defesa e repisado acima (itens 5.29/5.35 *supra*), a causa epidemiológica, referida no preâmbulo da CQCT, não prova a causa de uma doença tabaco-relacionada nem no caso individual e nem nesta demanda, pois as doenças associadas ao consumo de cigarros são multifatoriais e, tanto num como noutro caso, exige-se o nexo causal **direto e imediato (art. 403, do Código Civil)**, assim entendido como nexo causal necessário.

5.53. Considerando, entretanto, o grande interesse da União pelo preâmbulo da CQCT, deve-se ressaltar o seguinte *consideranda*: “*Reconhecendo que uma ação cooperativa é necessária para **eliminar todas as formas de tráfico ilícito de cigarros e de outros produtos de tabaco, incluídos contrabando, fabricação ilícita e falsificação***” (g.n.).

5.54. Sobre esse tema – mercado ilícito – a réplica é de um **silêncio sepulcral e eloquente**, não obstante os cigarros ilegais respondam por mais da metade do mercado; não recolham tributos; estimulem a violência e o crime organizado; não respeitem às normas sanitárias e de rotulagem da ANVISA e não veiculem as mesmas advertências veiculadas nos

cigarros lícitos; além de serem consumidos majoritariamente pela camada menos favorecida da população, coincidente em maior número com os usuários do SUS.

5.55. Aqui, duas considerações são relevantes: a primeira é que, por um lado, e como já dito, a CQCT adverte que, na adoção das políticas estimuladas pelo tratado, os países signatários devem levar em consideração as circunstâncias locais e, no Brasil, o percentual de mercado ilegal, conforme demonstrado e reconhecido pelo Governo Federal, já atingiu patamares intoleráveis. Por outro lado, o Brasil assinou o Protocolo vinculante de Combate ao Mercado Ilegal, de modo que não pode adotar medidas, como a presente ação, que, caso bem sucedidas, teriam o condão de aumentar ainda mais o percentual de mercado ilegal no país, já que aumentaria o *gap* de preço entre o produto legal e o ilegal. Ademais, é importante frisar também que o Brasil sempre esteve na vanguarda em termos de adoção de medidas antitabagistas, já tendo aplicado a maioria esmagadora das medidas sugeridas pela CQCT.

5.56. Com efeito, o combate ao mercado ilegal foi o único ponto da CQCT objeto de um protocolo específico, assinado ainda que tardiamente pelo Brasil, a saber, o “Protocolo para o Combate ao Mercado Ilegal”, única fonte de obrigações vinculantes decorrentes da CQCT, tendo sido elevado como prioridade máxima do tratado por expor a população a risco elevado e fomentar a criminalidade internacional. A União, todavia, **falha acintosamente** nesse mister, como demonstrado pelo percentual absurdo de mercado ilegal existente (corroborado por documentos do próprio Governo Federal), cujas causas (inação, negligência da União combinada com a sua política irracional de taxação do produto) são precisamente apontadas em extenso relatório e parecer do delegado aposentado da Polícia Federal, **Dr. Luis Pontel de Souza** (capítulo vi.iii *infra*).

5.57. Juridicamente, a falha da União em combater o mercado ilegal de forma minimante eficaz configura culpa exclusiva da vítima pelo suposto “dano” pelo qual ela pretende ser indenizada, rompendo assim o nexos causal. Isso em razão da bilionária perda de arrecadação gerada por esse mercado e da coincidência, em maior grau, entre os usuários do SUS e os consumidores de cigarros ilegais, mais baratos e não sujeitos aos regramentos sanitários da ANVISA. Ou seja, de uma só vez, o mercado ilegal acarreta perda de receita para União e, em maior grau, a suposta despesa com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas (aqui *ad*

argumentadum, pois não se pode esquecer que, mesmo nesse caso, tal nexa é rompido pelo comportamento do próprio fumante, além da questão da multifatorialidade das doenças).

5.58. Ao invés de realizar um trabalho sério de combate ao mercado ilegal, a União Federal preferiu gastar recursos públicos perseguindo empresas legalmente constituídas, que recolhem tributos elevados e seguem a regulamentação da própria União (por meio da ANVISA, autarquia federal), fato que, com o devido respeito, escancara a hipocrisia desta demanda, ressaltada pela omissão sobre esse tema na réplica.

5.59. Quanto às questões de responsabilidade civil referidas no parecer de **Oscar Vilhena e André Correa**, essas repetem, em essência, as considerações do parecer de **Claudia Lima Marques e Bruno Miragem** antes tratadas, ou seja, sustentam posições de *lege ferenda*, que não podem ser legalmente consideradas. Repita-se, no particular, que a eminente Professora **JUDITH MARTINS-COSTA** analisou a demanda sob essa ótica e concluiu sob fundamentação impecável estarem ausentes **todos** os elementos necessários à configuração do dever de indenizar, no percuciente parecer anexado à petição de **evento 105** (parecer2) e referido no item 5.8 *supra*.

5.60. Portanto, os pareceres trazidos pela ACT sobre a questões de fundo da demanda não amparam as alegações iniciais, já amplamente rechaçadas pela jurisprudência e pelos pareceres jurídicos anexados às contestações, à petição de **evento 105** e à presente petição.

VI – OS PARECERES TÉCNICOS ANEXADOS PELA SOUZA CRUZ

6. Por meio da petição de **evento 105**, a Souza Cruz anexou aos autos relevantes pareceres de juristas renomados que amparam, sob os diversos aspectos que tratam, a improcedência desta inusitada demanda. Nos tópicos acima, a ora peticionante já se referiu aos pareceres de **JUDITH MARTINS COSTA** e de **ANDERSON SCHREIBER** (ambos sobre a improcedência da ação sob a ótica da responsabilidade civil); de **CARMEN TIBÚRCIO** e de **MICHAEL REISMAN** e **MAHNOUSH H. ARSANJANI** (ambos sobre a CQCT, o primeiro sob a ótica do direito brasileiro e o segundo, anexado a esta manifestação, sob a ótica do direito internacional) e de **LUIZ RODRIGUES WAMBIER** (sobre o descabimento da liquidação de sentença neste processo).

6.1. Neste capítulo, a peticionante pede vênia para destacar os pareceres técnicos anexados à mesma petição de **evento 105** e o parecer anexado pela ora peticionante a esta manifestação, todos sobre temas relevantes para a presente demanda, a saber: **(i)** o parecer do PhD em economia, Dr. **GESNER OLIVEIRA** (que explica a diferença entre gasto e dano); **(ii)** os pareceres da **FTI CONSULTORIA** e da **OXFORD ECONOMICS** (ambos sobre diferentes aspectos econômicos do mercado ilegal de cigarros no Brasil); **(iii)** os dois pareceres de **LUIZ PONTEL DE SOUZA**, delegado aposentado da Polícia Federal, o primeiro sobre as falhas da União Federal no combate ao ilegal e o segundo sobre as fraudes no SUS;e, finalmente, **(iv)** o parecer do médico e PhD em saúde coletiva, Dr. **DENIZAR VIANNA ARAÚJO** (sobre as ineficiências do SUS).

(vi.i) Parecer econômico de Gesner Oliveira e FTI

Diferença entre gastos e danos

6.2. Inicialmente, esta Ré destaca o parecer econômico de **GESNER OLIVEIRA** (petição de evento 105, **parecer6**), PhD em economia pela Universidade de Califórnia/Berkeley, Professor da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo/SP e ex-presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

6.3. O parecer corrobora, sob a ótica econômica, o parecer jurídico do professor **WAMBIER** a respeito da a **inviabilidade da liquidação de sentença**, na medida em que o economista, tendo examinado todos os documentos juntados aos autos com a petição inicial, ressalta não haver qualquer indicação, muito menos comprovação, nos autos das despesas incorridas pela União com o tratamento das doenças pelas quais ela pretende ser ressarcida, menos ainda (por decorrência lógica) qualquer indício de dano (na sua existência).

6.4. Mesmo que se pudesse superar a constatação jurídica de que os gastos incorridos pela União no âmbito do SUS não se qualificam como danos, por se tratarem de mero adimplemento de obrigação constitucional (itens 1.3, 5.8 item 5 e 3.2 ‘i’ *supra*), o parecerista acrescenta que, na seara estritamente econômica, a demonstração indiciária quanto à existência de dano necessariamente dependeria, a partir da comprovação das despesas, de uma comparação entre o cenário real e um cenário contrafactual (hipotético) em que não existissem os cigarros

fabricados pelas Rés brasileiras ou o seu consumo ilicitamente induzido (considerando as alegações iniciais).

6.5. Isso porque, do ponto de vista econômico, só haveria que se falar em prova indiciária de dano se as despesas da União fossem efetivamente menores no cenário contrafactual, caso em que o dano corresponderia à diferença entre as despesas nos dois cenários, sendo certo que, para o cálculo final do seu montante, outros fatores econômicos teriam que ser considerados (por exemplo, a arrecadação tributária com a atividade).

6.6. Ocorre que, como já dito, a União sequer indicou/comprovou as despesas efetivamente incorridas com o tratamento das doenças elencadas na inicial, muito menos fez qualquer prova indiciária da existência de dano, que, quando menos, dependeria da comparação acima referida. Vejam-se alguns trechos elucidativos do parecer:

“(…) Em resumo, o SUS tem o encargo de financiar a prestação de serviços de saúde à sociedade brasileira e o governo arrecada tributos e outras receitas governamentais para prestar tais serviços. O mero fato de o SUS despende verbas com o tratamento de doenças não transforma tais despesas em ‘danos’. A caracterização do dano, pela AGU, do ponto de vista econômico, exigiria a prova de que a União teria gastado menos recursos com tratamentos de saúde caso os cigarros fabricados pelas Rés brasileiras não existissem ou, ainda, caso não existisse o consumo de tais cigarros que teria sido supostamente induzido de forma ilícita pelas Rés. A análise econômica é o único método pelo qual tais danos podem ser demonstrados e tal processo analítico essencial será descrito detalhadamente abaixo. (...) A questão que a AGU ignorou na petição inicial pode ser formulada da seguinte maneira: ‘em um mundo em que não existissem os cigarros fabricados pelas Rés da ação, o SUS teria incorrido em custos globais mais baixos com tratamento de saúde?’ Ou ainda, considerando as alegações da inicial sobre as condutas ilícitas imputadas à indústria do tabaco: ‘sem essa alegada conduta ilícita que supostamente induziu ao consumo de cigarros, o SUS teria incorrido em custos globais mais baixos com tratamento de saúde?’

Se tal consumo de cigarros, alegadamente induzido de forma ilícita, fosse suficientemente identificado e comprovado e as respostas a essas perguntas fossem afirmativas, o indício do dano econômico pleiteado pela AGU partiria da diferença entre as despesas reais e as despesas incorridas no mundo contrafactual, para um determinado período, em que o consumo dos cigarros das Rés alegadamente induzido de forma ilícita não existisse. Se as despesas fossem as mesmas no mundo contrafactual e no mundo real, ou se fossem mais altas no mundo contrafactual do que no real, a União não teria qualquer aumento nos gastos gerais e, portanto, do ponto de vista estritamente econômico, não haveria necessariamente dano algum.

(…) Seria necessário, indagar, por exemplo: se a Souza Cruz e a Philip Morris Brasil não existissem, os gastos do SUS com o tratamento de doenças tabaco-relacionadas seriam menores? Se a Souza Cruz e a Philip Morris Brasil não existissem, as pessoas que fumam ou fumaram os cigarros fabricados por essas duas fabricantes não

seriam fumantes? Ou fumariam os cigarros produzidos por outros fabricantes? Ou fumariam cigarros produzidos por fabricantes ilegais (contrabandeados, falsificados), que ocupam mais de 50% (cinquenta por cento) do mercado de cigarros?

Se as Rés não tivessem incorrido em qualquer conduta alegadamente ilícita, que a Autora atribui à indústria do tabaco, as pessoas que fumam ou fumaram não teriam tomado a mesma decisão de fumar? Todas as pessoas teriam deixado de fumar ou apenas parte delas o faria? Se parte delas, em qual proporção?

No limite: se os cigarros das Rés não existissem como produto, o SUS gastaria menos recursos com o tratamento de doenças? Ou isso não ocorreria considerando que as doenças também acometem não fumantes e que o SUS continuaria tendo que prestar atendimento de saúde a todas as pessoas, que continuariam envelhecendo e adoecendo?

Novamente, a petição inicial não arrisca nenhum tipo de resposta para as perguntas acima, o que seria indispensável para a caracterização do dano, do ponto de vista econômico, uma vez que seria determinado o papel do fator hipotético a partir da necessária comparação com o cenário contrafactual” (g.n.).

6.7. Acrescente-se que o “dano” da União não pode ser *presumido* a partir da constatação de que o cigarro está associado a algumas doenças, pois isso não quer necessariamente dizer que o SUS reduziria despesas caso as pessoas não fumassem (ou se não fumassem os produtos de fabricação das Rés brasileiras ou se não tivessem sido alegadamente induzidas de forma ilícita a fazê-lo, segundo a inicial) – já que existem diversos fatores relevantes que têm que ser levados em consideração, tais como custos fixos, ineficiências, fraudes, o mercado ilegal, entre outros. Mesmo na ausência de fumantes ou das Rés (cenários hipotéticos), o SUS poderia gastar a mesma quantidade de recursos ou ainda mais recursos – hipótese em que não haveria qualquer “dano” – pois é fato que as pessoas continuariam adoecendo, envelhecendo e recorrendo ao SUS. No ponto:

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

*(...) Examinamos o estudo Carga Global de Doenças no Brasil (GBD Brazil Collaborators – 2018), como exemplo empírico. Esse estudo observou os padrões de saúde de cada estado brasileiro ao longo de 26 anos e levou em consideração indicadores importantes, como expectativa de vida e mortalidade. Os resultados do estudo demonstraram que **a saúde da população brasileira melhorou em todas as regiões**, o que pode ser explicado pelas mudanças políticas, estruturais, econômicas e epidemiológicas ao longo dos anos.*

Em razão de todas essas melhorias, o estudo indicou que a mortalidade e a fecundidade diminuíram e, conseqüentemente, houve uma expansão da população idosa e uma diminuição da força de trabalho. No estudo, argumenta-se que essas

mudanças demográficas acabaram sendo um desafio para o sistema de saúde, impondo-lhe ônus adicional, visto que houve aumento nos custos relacionados à saúde e na carga de doenças crônicas” (g.n.).

6.8. Destarte, o **PROFESSOR GESNER OLIVEIRA** demonstra à exaustão que não há qualquer prova (nem mesmo indicação) da despesa incorrida pela União e menos ainda qualquer indício da existência de dano econômico, pois inexistente qualquer tentativa da União de demonstrá-lo.

6.9. O parecer da **FTI Consulting** (petição de evento 105, **parecer193**), empresa de consultoria global especializada em análise econômica e financeira, chega às mesmas conclusões quanto à necessidade de comparação entre o cenário real e um cenário contrafactual sem cigarros para a caracterização indiciária do dano econômico, exercício sequer cogitado pela AGU.

6.10. O parecer também explica que em um cenário contrafactual sem cigarros, o SUS provavelmente não reduzida seus gastos com saúde, pois é razoável supor que “*os gastos fixos³³ do SUS no cenário contrafactual [sem cigarros] permaneçam iguais aos do cenário real, devido ao excesso de demanda por serviços do SUS e fatores demográficos*” (item 3.1 - i). Mesmo a eventual redução dos custos variáveis com o tratamento de doenças associadas ao consumo de cigarros seria compensada com o aumento dos “*gastos variáveis com tratamentos de outras doenças ou das mesmas 27 doenças (eis que multifatoriais)*” (item 3.20)”, também em razão do excesso de demanda no SUS e fatores demográficos (como aumento e envelhecimento da população), somados à baixa produtividade e desperdício de recursos observados nos hospitais públicos brasileiros (itens 4.26, 4.29, 4.37).

6.11. Tanto é assim que “*as taxas de tabagismo caíram fortemente no Brasil nas últimas décadas, enquanto os custos do SUS continuaram a subir rapidamente, bem acima da taxa geral inflação. Essa análise mostra a razoabilidade de se assumir que a potencial redução (em um mundo sem cigarros) dos custos variáveis associados ao tratamento de fumantes nas 27*

³³ Ou seja, custos que não variam conforme o volume do serviço prestado, como custos com edifícios e equipamentos, mão de obra, etc. (item 4.7 do parecer).

DRTs provavelmente não seria suficiente para reduzir os gastos totais de saúde do SUS” (item 3.21).

6.12. Por fim, o parecer destaca que os custos fixos representam entre 60 e 90% dos custos hospitalares (item 4.36) e que esses custos não poderiam ser considerados entre os (não revelados) gastos incorridos pela União com o tratamento das 27 doenças, dada a ausência patente de causalidade (itens 4.35 e 4.38).

6.13. Destarte, resta novamente evidenciada a ausência de qualquer perspectiva de existência de dano no sentido econômico, cuja demonstração não foi sequer ensaiada pela União.

(vi.ii) Pareceres da Oxford Economics e da FTI
Repercussões econômicas do mercado ilegal de cigarros
causado pela negligência/imperícia da União

6.14. *A Oxford Economics é uma das principais empresas globais independentes de consultoria na área econômica. O relatório preparado pela referida consultoria analisa o impacto da política tributária e do descontrole do mercado ilegal na arrecadação de tributos sobre o cigarro. Uma vez que apenas cigarros lícitos recolhem tributos no Brasil, o relatório **estima em nada menos do que R\$ 10,4 bilhões a perda de arrecadação do governo (o que se deixou de arrecadar) somente no ano de 2020 em razão do mercado ilegal, o que corresponde a 77% de todo valor arrecadado naquele mesmo ano com o setor (R\$ 13,5 bilhões).***

6.15. Tais perdas poderiam ser ainda maiores não fosse o fechamento de fronteiras decorrente da pandemia de COVID-19 em 2020, acarretando a diminuição do fluxo para o Brasil de cigarros contrabandeados do Paraguai (responsável por 78% do abastecimento do mercado brasileiro). Naquele ano, somente em razão da pandemia, houve pequena queda da participação do mercado ilegal (de 57% para 49%), permitindo alguma recuperação da arrecadação tributária (R\$ 12,9 para R\$ 13,5 bilhões). Ainda assim, entre 2013 e 2020, a receita tributária do governo decorrente do setor legal caiu 30% em termos reais, de R\$ 19,3 bilhões para R\$ 13,5 bilhões.

6.16. O relatório, lastreado em dados robustos, também demonstra que os cigarros ilegais são consumidos majoritariamente por pessoas de baixa renda, já que 69% do consumo de cigarros ilegais ocorre nessa faixa de renda contra apenas 11% na faixa de maior renda, dada a

questão acessibilidade de preços, que atinge mais as famílias de menor poder aquisitivo (aquelas que majoritariamente recorrem ao SUS). Confirmam-se alguns trechos do relatório:

“A reforma do sistema tributário de 2011 introduziu o aumento dos impostos sobre o cigarro, impulsionando o aumento nos preços dos cigarros. À medida que as classes socioeconômicas menos favorecidas se voltaram para o mercado ilegal, as receitas fiscais provenientes da venda de cigarros legais caíram (...). No geral, os cigarros DNP [ilegais] compõem até 57% do mercado brasileiro de cigarros nos últimos anos, embora em 2020 os cigarros DP [lícitos] tenham constituído uma estreita maioria do mercado brasileiro.

(...)

Como o preço do tabaco legal aumentou (em termos reais), conforme descrito no item anterior, a venda de cigarros legais (DP no Brasil) caiu 34% entre 2013 e 2019, passando de 72,1 bilhões para 47,3 bilhões de unidades (ver Fig. 3). No mesmo período, as vendas de cigarros ilegais aumentaram 80% (de 35,3 bilhões para 63,4 bilhões de unidades).

(...)

O mercado ilegal de tabaco no Brasil é amplamente dominado por produtos contrabandeados (principalmente do Paraguai), que em 2020 representavam 78% do mercado ilegal. (...) Isso corrobora fortemente a teoria de que o fechamento de fronteiras relacionado à pandemia da Covid-19 foi o principal fator por trás da queda da participação dos cigarros ilegais em 2020, incluindo os cigarros ilícitos do Paraguai.

(...)

Como se pode ver abaixo, as famílias de classe socioeconômica menos favorecida apresentam maior percentual de consumo de cigarros ilícitos. Em média, entre 2017-2020, apenas 11% do consumo de cigarros por aquelas famílias da faixa de renda mais alta foi de cigarros DNP [ilegais], em comparação com 69% do consumo de cigarros pelas famílias da faixa de renda mais baixa.

(...)

Apesar dos aumentos dos tributos descritos no item 2.1, as receitas geradas para o governo a partir da venda de cigarros legais caíram nos últimos anos em termos reais (...). Isso aponta para um problema significativo para as finanças públicas: como a parcela anual de cigarros ilícitos consumidos aumentou de 33% em 2013 para 49% em 2020, a receita do governo proveniente dos tributos sobre o cigarro caiu 30% em termos reais (de R\$ 19,3 bilhões para R\$ 13,5 bilhões).

(...)

Somando todos esses tributos, estimamos que o valor total da perda tributária no Brasil em 2020, em decorrência do consumo de cigarros ilícitos, foi de R\$ 10,4 bilhões (a Fig. 7 contém o detalhamento por tipo fiscal). Isso representa 77% do total dos R\$ 13,5 bilhões efetivamente arrecadados em impostos sobre cigarros em 2020” (doc. 03 anexo, g.n.)

6.17. Diante do cenário verificado, o relatório conclui que *“se o governo brasileiro tivesse sido mais eficaz em seus esforços para reduzir o mercado ilegal de cigarros no Brasil, é provável que não só aumentaria suas receitas, mas também reduziria o tabagismo (na medida em que alguns fumantes de produtos ilícitos poderiam decidir não fumar em vez de gastar mais em cigarros lícitos)”* (doc. 03 anexo). Ou seja, dois resultados positivos em termos de política

pública, que não se implementaram exclusivamente em razão dos equívocos da União tanto no combate ao mercado ilegal (em violação ao protocolo da CQCT) como na sua política tributária sobre o cigarro.

6.18. No mesmo sentido são as conclusões do robusto parecer econômico da FTI Consulting (petição de evento 105, **parecer142**), valendo transcrever esse ponto:

“(…) 2.19. O Brasil tem um grande e duradouro mercado ilícito de cigarros, que a União falhou em coibir e reduzir usando o seu poder de polícia. **Um controle policial maior e mais eficaz teria o efeito de reduzir os incentivos econômicos aos contrabandistas de cigarros; elevar a arrecadação tributária (por meio de maiores vendas lícitas) e/ou reduzir a prevalência do tabagismo (devido ao aumento do preço médio dos cigarros).**

2.20. No Brasil, **o consumo de cigarros ilícitos (que não geram receitas fiscais) está concentrado nas classes de renda mais baixas, que são também aquelas que tendem a usar mais o SUS do que as classes mais altas.** Isso leva a uma situação em que a União não tem arrecadação fiscal proveniente de cigarros ilícitos, mas ainda assim precisa financiar os tratamentos de saúde no SUS relacionados ao uso de cigarros ilícitos.

2.21. **Por fim, os altos impostos sobre cigarros lícitos no Brasil, combinados com a abundância de cigarros ilícitos substitutos, provavelmente contribuíram para a queda da arrecadação tributária e para um crescente mercado ilegal ao longo dos períodos relevantes para o presente processo”.**

(…) 2.3. **A maioria dos cigarros ilícitos vendidos no Brasil é originária do Paraguai, onde os fabricantes de cigarros ilícitos se utilizam de uma espécie de arbitragem de impostos. Essa oportunidade de arbitragem de impostos existe porque as alíquotas sobre cigarros no Brasil estão entre as maiores do mundo. Estima-se que mais de 70% do preço de compra de cigarros vendidos no Brasil seja composto por impostos. Em contrapartida, o vizinho Paraguai tem impostos sobre o cigarro muito menores, o que cria uma elevada diferença de impostos de ~50% a 70% e uma oportunidade para que o bastante lucrativo negócio de cigarros ilegais prospere no Brasil” (g.n.).**

6.19. Como se vê de ambos os pareceres, o colossal mercado ilegal de cigarros impõe prejuízos bilionários que impactam as receitas da União e, por extensão, o SUS e as empresas legais. De outra parte, favorecem as empresas ilegais e os criminosos, bem como expõe a risco superior os consumidores, tudo em razão da negligência e da imperícia da própria União, que rompem qualquer eventual nexos de causalidade entre imaginários “danos” e as condutas das Rés.

(vi.iii) Relatório e Parecer do Dr. Luiz Pontel de Souza:

Negligência e imperícia da União no combate ao mercado ilegal de cigarros

6.20. O relatório e parecer do Dr. Luiz Pontel de Souza, delegado aposentado da Polícia Federal, logo, com amplo conhecimento de campo, analisa com autoridade e em profundidade o comércio ilegal de cigarros no Brasil, sobretudo sob a ótica do seu combate extremamente deficitário por parte dos órgãos públicos (petição de evento 105, **parecer28**).

6.21. O parecerista refere tratar-se de problema crônico no Brasil, tendo o mercado de ilegal atingido a **“estratosférica fatia de 57% do mercado total de cigarros no ano 2019”** e se tratando de *“atividade criminosa que traz expressivo prejuízo ao país e à sociedade consumidora”*. Acrescenta que *“os cigarros ilicitamente fabricados ignoram as rígidas regras de controle sanitário e de qualidade”*, acarretando *“prejuízos econômicos na arrecadação de impostos, desequilíbrio ao mercado do tabaco, além de fomentar crimes como lavagem de dinheiro, crime organizado, corrupção entre outros, que, não há dúvidas, representam uma ameaça constante ao sistema legal e à saúde pública no Brasil e em outros países”*.

6.22. O parecer vem acompanhado de 8 anexos, incluindo dois acórdãos do Tribunal de Contas da União – TCU *“que aludem a um prejuízo anual projetado em **R\$ 100 bilhões** decorrente do contrabando, de modo geral, em razão de falhas nos controles das fronteiras (acórdãos 2252/2015 e 1995/2016)”*. Ainda, o parecer constata que **os espantosos níveis de ilegalidade que atingem o mercado de cigarros podem ser imputados ao próprio governo federal**, confira-se:

“Lamentável constatar, nesse particular, que os espantosos níveis de ilegalidade que afetam o mercado de cigarros podem ser imputados ao próprio Governo Federal.

(...) De fato, foi o próprio Governo quem criou um círculo vicioso em que, em função da elevadíssima carga tributária incidente sobre o setor de cigarros combinada com as ineficazes medidas de combate ao mercado ilegal, acarreta privação bilionária de arrecadação pelos governos federal e estaduais, já que os fumantes de cigarros legais migram para a ilegalidade atraídos pelo preço mais baixo. Com isso, a ilegalidade é fortalecida e os consumidores conseguem acesso a um produto que, além de não recolher tributos, não observa as regras sanitárias aplicáveis aos cigarros legais e fomenta a criminalidade e a violência.

A incidência do contrabando de cigarros decorre, portanto, em larga medida, das falhas do Estado em fiscalizar o fluxo desses produtos contrabandeados ou contrafeitos e frear adequadamente o progresso desse fenômeno criminoso,

adotando uma política de tributação racional, que leve em consideração os países vizinhos, em especial, o Paraguai” (g.n.).

6.22.1. Prossegue:

*“Embora a atuação dos órgãos de fiscalização e combate ao mercado ilegal de cigarros até tenha se intensificado um pouco nos últimos anos, com um aumento expressivo nas apreensões de tal produto, ainda é completamente insuficiente para coibir a produção e estancar o contrabando de cigarros clandestinos que continua a ser um grave problema no Brasil, afetando a economia e a saúde pública nacionais (aliás, os níveis atuais de mercado ilegal são, como já dito, superiores ao do mercado legal). **O próprio aumento das apreensões decorre em maior grau do incremento do contrabando e do comércio ilegal de cigarros em todo o País, especialmente nas fronteiras, sem que os contingentes das forças de segurança pública tenham conseguido fazer frente a esse crescimento.** Mais grave ainda é que esse aumento expressivo de apreensões representa apenas uma pequena parcela de todo o cigarro ilegal que entra no País e que é consumido pelos brasileiros” (g.n.).*

6.23. Na sequência, o parecer exemplifica, com base em documentos comprobatórios, diversas deficiências nas políticas públicas combate ao mercado ilegal de cigarros, a saber: **“1. Falta de governança nas ações e políticas do poder público; 2. Efetivo reduzido das forças de segurança responsáveis pelo enfrentamento; 3. Redução do número de unidades de polícia; 4. Ausência de investimentos adequados; 5. Orçamentos insuficientes; 6. Bases de dados não integradas e sectarismos institucionais; 7. Descontinuidade de concursos públicos para a recomposição dos efetivos das forças de segurança; 8. Entraves políticos e institucionais que comprometem avanços legislativos para melhor tratar da temática; 9. Falta de planejamento, de ações conjuntas e de integração entre as forças de segurança e fiscalização; 10. Carência de coordenação e de sistemas de monitoramento, avaliação, desempenho e gestão de riscos das ações dos diversos órgãos e instituições; 11. Funções concorrentes, sobreposição de esforços e não definição legal dos limites de atuação entre os entes federais e estaduais”** (g.n.).

6.24. Destaca, ainda, que o problema já foi por inúmeras vezes debatido em sede legislativa e executiva, mas sem soluções a vista. Relevante, no particular, o Relatório Final do Grupo de Trabalho³⁴ formado no âmbito do Ministério da Justiça e segurança Pública (2019) para avaliar *“a conveniência e oportunidade da redução da tributação de cigarros no Brasil e,*

³⁴ Integrado por setores governamentais variados, quais sejam, representantes da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), Assessoria Especial de Assuntos Legislativos (AEAL), Ministério da Saúde, Ministério da Economia (Receita Federal) e Ministério das Relações Exteriores.

assim, diminuir o consumo de cigarros estrangeiros de baixa qualidade, o contrabando e os riscos à saúde dele decorrentes” (Anexo I do parecer em comento).

6.25. O Grupo de Trabalho reconheceu a gravidade e prejuízos causados pelo mercado ilegal de cigarros e sugeriu outras iniciativas concretas para reprimi-lo, tais como a intensificação da repressão policial, o aperfeiçoamento legislativo, recrudescimento de penalidades e a implementação do Protocolo para eliminar o comércio ilícito de produtos do tabaco decorrente da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco.

6.26. O referido protocolo, aliás, foi promulgado pelo Decreto nº 9.516/2018 da presidência da república e reconhece em seus *consideranda* a gravidade para a sociedade do problema referente ao mercado ilegal de cigarros, confira-se:

“Profundamente preocupadas pelo fato de que o comércio ilícito de produtos de tabaco contribui para propagar a epidemia de tabagismo, que é um problema mundial com graves consequências para a saúde pública, e exige respostas eficazes, adequadas e integrais, nacionais e internacionais;

Reconhecendo também que o comércio ilícito de produtos de tabaco debilita as políticas de preços e as medidas fiscais concebidas para reforçar a luta antitabagista e, conseqüentemente, aumenta a acessibilidade material e econômica de seus produtos;

Seramente preocupadas com os efeitos adversos que o aumento da acessibilidade material e econômica dos produtos de tabaco objeto de comércio ilícito ocasiona à saúde pública e ao bem-estar, em particular dos jovens, dos pobres e de outros grupos vulneráveis;

(...) Conscientes também de que o comércio ilícito de produtos de tabaco gera benefícios financeiros utilizados para financiar atividade criminosa transnacional, que interfere nos objetivos dos governos;

Reconhecendo que o comércio ilícito de produtos de tabaco debilita a execução dos objetivos sanitários, supõe carga adicional para os sistemas de saúde e gera redução de suas receitas” (g.n.).

6.27. Embora preveja que, dentre outras providências, os países signatários da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco devam *“adotar e implementar medidas eficazes para controlar ou regular a cadeia de suprimento dos bens ao quais se aplica o presente Protocolo para prevenir, desencorajar, detectar, investigar e processar o comércio ilícito de tais artigos”*, o fato é que, lamentavelmente, até o momento o Protocolo não resultou nem na adoção de medidas eficazes nem, muito menos, em resultados práticos para o alcance da finalidade prevista, como exaustivamente demonstrado no relatório e parecer do Dr. Luiz Pontel de Souza.

6.28. Diante de todos os documentos públicos, muitos oficiais, analisados no parecer, o especialista conclui que *“diante do cenário demonstrado neste trabalho, de **pesada tributação sobre a indústria regularmente estabelecida e de completo descontrole do mercado ilegal por ineficiência do Governo, a ação intentada pela União Federal visando a recuperação de custos do SUS é manifestamente descabida, mais ainda se considerada a coincidência em sua maioria entre os consumidores dos cigarros ilegais e os usuários do SUS, como antes referido”*** (g.n.).

6.29. Mais uma vez, verifica-se que a desídia e negligência da União são as causas primeiras do percentual inacreditável de mercado ilegal, o que, por sua vez, causa prejuízos bilionários aos seus cofres e, por extensão, ao SUS e às empresas que operam na legalidade. Não bastasse, expõem o consumidor a risco exacerbado, não só por conta de falta de qualquer controle relativo aos cigarros de mercado ilegal, mas também em razão do aumento da criminalidade daí decorrente. Tudo a romper o nexo de causalidade com os imaginários danos que teriam sido causados por não especificadas condutas antijurídicas das Rés.

(vi.iv) Relatório e Parecer do Dr. Luiz Pontel de Souza

Fraudes no SUS – mais negligência da União

6.30. Além de ter discorrido sobre as falhas da União no combate ao mercado ilegal de cigarros, na qualidade de delgado aposentado da Polícia Federal, Dr. Luiz Pontel de Souza também elaborou detalhado relatório e parecer a respeito das fraudes no SUS para desvio de dinheiro público da saúde (petição de evento 105, **paracer38**). O parecer encontra-se subsidiado por vários documentos publicamente disponíveis, dentre os quais relatórios de operações da Polícia Federal, denúncias, relatórios e pareceres do MPF, relatórios finais de CPMIs, relatórios da CGU, relatórios do Ministério da Saúde, dentre outros, todos comprovando os impactos da fraude, corrupção e falhas de gestão no atendimento prestado pelo SUS aos cidadãos brasileiros.

6.31. No resumo do parecer, o delegado aposentado da Polícia Federal informa que, *“no Brasil, a corrupção na saúde se alastrou nas últimas décadas, atingindo severas proporções, embora, como afirmado ao longo deste relatório, estimar a proporção precisa dessa corrupção é uma tarefa muito difícil, devido à natureza criminosa dessa atividade e às suas múltiplas formas de fraude perpetradas, tanto de expressiva como de pequena monta, contra o SUS”* (g.n.).

6.32. O parecerista destaca que as fraudes ocorrem sobretudo nos municípios, destinatários de repasses federais, verificando-se ***“a incapacidade da União de fiscalizar e acompanhar adequadamente a desejável correta aplicação desses recursos, que saem dos cofres do governo federal para atendimento ao cidadão”*** (g.n.). Ou seja, ineficiência patente nos controles da União.

6.33. Informa que ***“dados oficiais fornecidos pela CGU, baseados em operações de fiscalização que ocorreram entre 2010 e 2021, assinalam a significativa cifra de R\$ 1.786.934.602,53 (um bilhão, setecentos e oitenta e seis milhões, novecentos e trinta e quatro mil, seiscentos e dois reais e cinquenta e três centavos), em valor histórico, de potenciais prejuízos à União”***, ressaltando, todavia, que o valor referido ***“é apenas uma pequena parcela de fundos identificados por investigações governamentais como perdidos para as fraudes e que, de novo, parecem ser apenas uma pequena fatia do valor total desviado por práticas criminosas no âmbito do sistema de saúde pública”*** (g.n.).

6.34. Segundo o Dr. Pontel, ***“uma estimativa mais próxima da realidade da percentagem dos recursos do SUS em geral (ou fundos do Governos Federal alocados ao SUS em particular) ilicitamente desviada não é fornecida em base sistemática por nenhum órgão governamental”*** e ***“as deficiências identificadas, que ao fim e ao cabo são de responsabilidade da União Federal pela incapacidade da adequada execução, acompanhamento e controle do orçamento da saúde, permitem e contribuem para a continuidade desse círculo vicioso que desperdiça dinheiro público”*** (g.n.).

6.35. O parecer refere-se, ainda, à publicação oficial em que ***“o Instituto Ética Saúde–IES, que reúne importantes entidades de saúde, laboratórios, hospitais e indústrias farmacêuticas, calcula e alerta que anualmente em torno R\$ 14,5 bilhões são desviados ou desfalcados da saúde”***.

6.36. Também refere que, embora não exista uma estimativa oficial no Brasil dos recursos desviados do SUS, dados internacionais sobre fraudes na saúde pública estimam que ***“para uma nação como os Estados Unidos, até 10% (dez por cento) dos recursos federais com saúde pública são desviados por fraude”***, podendo-se, todavia, ***“assumir que os montantes no***

Brasil sejam ainda mais altos do que o acima apontado, especialmente diante da falta de transparência e responsabilidade pelos fundos destinados ao SUS e, outrossim, pela já conhecida corrupção endêmica no setor público, inclusive no próprio SUS (...) (g.n.).

6.37. Diante de toda a pesquisa documentada e analisada ao longo do parecer, em sua conclusão, Dr. Pontel consigna o seguinte:

“A comprovação e conclusão a que se chega, mais uma vez para contextualizar o cenário em que a União pretende reembolsar-se das despesas do SUS com o tratamento de doenças alegadamente associadas ao consumo de cigarros, após restar demonstrado que a corrupção, os desvios, as irregularidades e a má administração da saúde são uma relevante realidade negligenciada pela União Federal, é de que a pretensão é inadequada e descabida” (g.n.).

6.38. Destarte, o parecer demonstra o volume de recursos públicos federais perdidos para a corrupção e fraudes no SUS, em virtude de falhas da União no rastreamento e na fiscalização da aplicação desses recursos. A triste realidade demonstra a hipocrisia desta ação, por meio da qual a União persegue, indevidamente, uma complementação por parte do particular, sem que tenha capacidade de gerir de forma eficiente os recursos públicos que já tem a sua disposição, tudo, mais uma vez, a romper o nexo de causalidade com os imaginários danos que teriam sido causados por não especificadas condutas antijurídicas das Rés.

(vi.v) Parecer do Dr. Denizar Vianna Araújo

Ineficiências do SUS

6.39. O Dr. Denizar Vianna Araújo, PhD em saúde coletiva, e até pouco tempo atrás executivo sênior do Ministério da Saúde, analisou a literatura existente a respeito da (in)eficiência do SUS, bem como os Relatórios Anuais de Gestão do Ministério da Saúde publicamente disponíveis a respeito do controle dos repasses de recursos da União Federal no âmbito do SUS, chegando a conclusões preocupantes em seu parecer (petição de evento 105, **parecer7**).

6.40. A União Federal pede por meio desta ação ressarcimento dos recursos federais com o tratamento de 27 doenças específicas, supostamente associadas ao consumo de cigarros, realizado pelo SUS, no entanto, a literatura disponível revela que, “o Ministério da Saúde é

ineficiente na gestão, fiscalização e aplicação dos recursos públicos no âmbito no SUS. O sistema de transferência de recursos federais diretamente do fundo nacional de saúde para diversos fundos estaduais e municipais de saúde torna bastante complexo o rastreamento da aplicação desses recursos. A prestação de contas dos entes federativos, quando ocorre, realiza-se por meio de relatórios de gestão sem padronização e documentação de suporte, o que em muito dificulta uma análise efetiva por parte dos órgãos de controle” (g.n.), conforme aponta o parecer em seu sumário executivo.

6.41. O parecer também relata, amparado em farta documentação, casos de fraudes pelos controladores do sistema, “*sendo as mais comuns, o pagamento por serviços não prestados ou por procedimentos mais caros do que aqueles efetivamente realizados”* (g.n.).

6.42. Ainda, Relatório do Banco Mundial reporta que “*o SUS apresenta nada menos do 71% (setenta e um por cento) de ineficiência na média e alta complexidade”*, que, se corrigidas, poderiam “*resultar em ganhos históricos de até R\$ 115 bilhões até 2030”* (g.n.). Ou seja, a ineficiência do SUS causa prejuízos bilionários e somente pode ser imputável à União, rompendo qualquer eventual relação de causalidade com os imaginários danos que teriam sido causados por não especificadas condutas antijurídicas das Rés.

6.43. O parecerista destaca, outrossim, a partir de extenso acórdão do TCU trazido com parecer (anexo 7) que “*os grandes desafios para o custeio de um sistema universal de saúde não se relacionam ao consumo de cigarros a fatores de risco comportamentais similares, mas ao crescimento e ao envelhecimento da população, como consta em detalhada análise do TCU, além de outras questões como a inflação médica, o alto custo de medicamentos e a judicialização da saúde”* (g.n.).

6.44. Por sua vez, “a análise e objetiva dos **Relatórios Anuais de Gestão (RAGs) do Ministério da Saúde**³⁵ dos anos de 2014 a 2020, segundo o parecer, “*em tudo confirma as conclusões dos estudos analisados a respeito da ineficiência do SUS na aplicação dos recursos*

³⁵ Ferramenta que avalia o desempenho anual dos indicadores e das metas traçadas pelo Plano Nacional de Saúde (“PNS”) para cada ano

públicos em saúde”. Os relatórios demonstram que, apesar das reclamações quanto a falta de recursos no SUS, “*em todos os anos analisados, a União não executou todo o orçamento disponível para as ASPS [Ações e Serviços Públicos de Saúde]. Este volume de recursos liberados para o Ministério da Saúde, mas não gasto, é um fenômeno recorrente, que reflete uma combinação de fatores, desde problemas de competência gerencial e trâmites burocráticos, até amarras legais, como, por exemplo, as vinculações de algumas receitas*” (grifos nossos e no original).

6.45. Além disso, o parecer explica que o **aumento dos restos a pagar** no decorrer dos anos, que “*demonstra despesas empenhadas e não pagas até o final do exercício dos respectivos anos (...) sugere a ineficiência na gestão dos recursos do Ministério da Saúde*”. Tanto é assim que o DENASUS (Departamento Nacional de Auditoria do SUS) detectou número de inconformidades superior ao de conformidades nos Relatórios de Gestão analisados, os quais tem sido por isso mesmo “*sistematicamente reprovados pelo Conselho Nacional de Saúde, órgão de controle social externo, por meio de pareceres técnicos amplamente fundamentados e que inclusive apontam medidas corretivas a serem adotadas, lamentavelmente sem êxito, o que novamente demonstra o quadro de ineficiência do Ministério da Saúde na gestão dos recursos públicos destinados à saúde da população brasileira*” (g.n.).

6.46. Essas, portanto, as conclusões do parecer a respeito da ineficiência da União Federal também no que diz respeito à gestão e aplicação dos recursos destinados ao SUS, de modo que, ao invés de gastar recursos públicos para ingressar com esta demanda inusitada, *data venia*, a União deveria preocupar-se em corrigir tais ineficiências, como aconselham os seus próprios órgãos de controle, o que geraria fundos bilionários para garantir à população um melhor sistema de saúde.

6.47. As evidências, s.m.j., retiram qualquer resquício de credibilidade do pedido inicial, afinal, escapa à razoabilidade supor que a União faria jus a um inédito ressarcimento pelas despesas com o SUS para o tratamento de doenças tabaco-relacionadas (quando o governo está constitucionalmente obrigado a garantir o acesso cidadão à saúde independentemente da natureza ou da causa da doença), diante do lamentável histórico de tolerância quanto ao desperdício da verba pública em cada nível do sistema.

6.48. Portando, os pareceres jurídicos e os pareceres não jurídicos trazidos aos autos após as defesas, complementam e aprofundam os variados argumentos que fundamentam a improcedência desta demanda.

VII – DUAS DECISÕES SOBRE A QUESTÃO EM DEBATE

7. Conforme antes referido, a jurisprudência formada nas milhares de ações individuais em que os próprios fumantes ou os seus familiares requereram indenização por danos atribuídos ao consumo de cigarros pacificou-se pela improcedência dos pedidos, tendo sido citados na contestação diversos julgados a respeito.

7.1. Em adendo às mencionadas decisões, vale referir especificamente ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, recentemente transitado em julgado (em setembro de 2020), em ação coletiva movida pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante – ADESF (proc. 0523167-59.1995.8.26.0100), por meio da qual a Associação buscava indenização por danos morais e materiais a toda uma coletividade de fumantes e não fumantes. O Tribunal manteve a sentença de improcedência dos pedidos iniciais, proferida em 2011, pedindo-se vênias para transcrever os seguintes e judiciosos fundamentos, em todo aplicáveis ao presente caso, *verbis*:

“(…) Cabe timbrar que não é possível atribuir às Rés a responsabilidade por doenças eventualmente relacionadas ao fumo, tendo em conta todas as variáveis que devem ser sopesadas quando do diagnóstico de determinada enfermidade, tais como hereditariedade, alimentação, uso de álcool e drogas, prática de atividade física (estilo de vida como um todo).

Ademais, é inegável o conhecimento, generalizado e profundamente difundido na sociedade, dos danos que o cigarro gera à saúde, incluindo-se a dependência sugerida pela nicotina, não sendo crível o argumento das Rés de ignorância do usuário sobre este fato público e notório.

Daí se extrai que a decisão de aderir ao fumo é individual e voluntária por parte de seu consumidor, relacionada, pois, ao livre arbítrio inerente a todos os indivíduos.

Dessa forma, a assunção livre e espontânea dos riscos à saúde afasta a responsabilidade das Rés quanto à indenização vindicada.

(…) A fabricação e comercialização de cigarros é legal, sendo que tal questão aqui não se discute, pois está longe de ser o cerne da reivindicação autoral, que envolve, frise-se, pedido indenizatório.

Desta feita, reputada lícita tal atividade comercial e amplamente regulamentada, não se cogita de responsabilidade na medida em que caracterizado está **o exercício regular de direito.**

(...) Chega a ser **risível imputar às propagandas o início de um consumo que se tem enraizado na sociedade como nocivo à saúde**, subestimando-se, via de consequência, a capacidade intelectual da pessoa humana.

A responsabilidade pela tomada de decisão é exclusiva do indivíduo, que se discerne dos demais animais justamente por ostentar um profundo desenvolvimento racional (ressalvados os casos específicos de deficiência mental), podendo optar por aquilo que julga lhe fazer bem ou mal.

(...) É sabido que a publicidade praticada em nosso país utiliza elementos de fantasia, fruto da imaginação humana. As pessoas iniciaram o fumo por influência de seu meio social, vale dizer, dos amigos e familiares, como também filmes, novelas e séries antigas (época em que a maioria dos atores e modelos fumava).

(...) **Considerando a licitude da produção e distribuição de cigarros; a hodierna legislação, que determina as proibições relativas ao fumo e a informação pelas fabricantes de advertência sobre os riscos associados ao tabaco; a adesão espontânea ao vício, sendo que cada pessoa tem suas peculiaridades e modo de vida distinto; a inexistência de propaganda abusiva ou enganosa, seja por ação ou omissão; as informações ostensivas nas embalagens do produto, notadamente quanto ao alerta de que a nicotina causa dependência, não há que se cogitar em indenização por danos morais ou materiais**” (TJSP. 7ª Câmara de Direito Privado. AC 0523167-59.1995.8.26.0100. Rel. Des. Henrique Nelson Calandra, julg. 25/02/15, g.n. – petição de evento 105, out225).

7.2. Evidentemente a AGU está ciente do acórdão referido, eis que proferido no ano de 2015, todavia, preferiu omitir desse i. Juízo a sua existência, optando somente por transcrever no item 5.6.1.1 da sua inicial (página 72) trecho pinçado do laudo pericial publicitário produzido naquela demanda. Se é assim, era um imperativo de lealdade processual que informasse o resultado final do processo, que como dito, teve a sentença de **improcedência** inteiramente mantida pelo acórdão proferido pelo TJSP (acima citado) e que recentemente transitou em julgado.

7.3. Ainda, o processo movido pela ADESF no ano de **1995** trazia muitas das causas de pedir reprisadas pela AGU na presente ação, sobretudo quanto aos alegados “atos ilícitos” da indústria do tabaco. Tais alegações foram rechaçadas, como se viu, mas o fato de terem sido veiculadas por associação de defesa de consumidores no ano de 1995 ressalta que os elementos usados pela AGU para a propositura desta ação estavam disponíveis há décadas, reforçando a prescrição da sua pretensão suscitada na contestação e reiterada nesta peça.

7.4. Ademais, considerando que a União Federal invocou na inicial ações de ressarcimento movidas em outras jurisdições, como aquela em curso na Coréia do Sul, a ora peticionante pede vênias para respeitosamente informar que a referida ação foi recentemente

julgada improcedente naquele país. Como dito na defesa, decisões estrangeiras, dadas as diferenças de legislação, partes e cultura dos povos não servem de precedentes para uma ação brasileira, mas dado que o tema foi introduzido pela União, a BAT plc faz referência à sentença coreana, anexada à petição de **evento 105, out226**.

7.5. Naquele caso, o serviço Nacional de Seguro Saúde requereu de algumas tabaqueiras (a *holding* BAT plc não é ré naquela ação) o reembolso de pagamentos referentes ao tratamento de algumas doenças tabaco-relacionadas. A sentença concluiu que o reembolso não é devido, vez que os pagamentos foram realizados de acordo com as normas gerais da lei de seguros lá vigente, de modo que, ao realizá-los, a seguradora apenas cumpriu as obrigações inerentes à sua qualidade de seguradora, não havendo que se confundir tal redução de patrimônio com uma “*violação ao interesse legal da Autora*” (dano indenizável).

7.6. Note-se que o argumento jurídico é bastante similar ao deduzido neste caso, no sentido de que a União Federal não suporta qualquer dano ao cumprir a sua obrigação constitucional e legal de prover à saúde, o que faz por meio do SUS. Juridicamente, as despesas incorridas pela União para financiamento do SUS, não se qualificam como dano, pois está ausente a violação a um interesse legítimo, exatamente como explicado com maestria pela professora **JUDITH MARTINS-COSTA** no parecer antes citado (item 5.8 *supra*).

7.7. Também merece menção o fato de que, na Coréia do Sul, pelo que se depreende da sentença, há uma lei que autoriza à seguradora exigir de terceiro uma indenização pelos valores pagos em razão de ilícitos cometidos por este terceiro, contanto que a seguradora se sub-rogue nos direitos do lesado. Não há similar autorização legal no Brasil, o que seria necessário para que a União formulasse o pedido inicial em virtude do princípio da legalidade aplicado à administração pública (item 3.2 ii *supra*).

7.8. Mesmo assim, a sentença coreana foi de improcedência, sob o entendimento de que a indenização só seria cabível à seguradora se o fosse aos próprios segurados, o que não se verifica em razão da ausência dos elementos de imputação lá exigidos (coincidentes com os daqui), a saber, ato ilícito, nexo de causalidade e defeito no produto. Vejam-se alguns trechos da versão traduzida da sentença:

“Para se caracterizar a obrigação da indenização do prejuízo em função dos atos ilícitos, exige-se a ocorrência concreta do ‘prejuízo’ para os prejudicados, bem como deve ser reconhecido o nexa causal de causa-efeito entre os atos ilícitos dos causadores de prejuízo e a ocorrência do prejuízo. O ‘prejuízo’ neste mencionado significa a lesão ao interesse legal protegido, usufruído pelos prejudicados, sendo certo que não se pode concluir que houve a ocorrência de prejuízo que implica a responsabilidade pelos atos ilícitos em função apenas da ocorrência de redução de patrimônio ou desvantagem patrimonial aos prejudicados. (...) o ato de Autora realizar o pagamento dos gastos dos benefícios de seguro para os órgãos de recuperação é o ato de cumprimento das obrigações na qualidade de seguradora conforme prescrito na Lei do Seguro de Saúde do Povo e é apenas mero ato de execução dos fundos oriundos de cobrança ou de apoio, de acordo com a Lei do Seguro de Saúde do Povo.

*(...) Houve várias publicações de pesquisa epidemiológica em termo da relação entre o fumar e o câncer de pulmão, desde 1950 (...) 4) nesta época, no nosso país também houve publicações, nos jornais, dos conteúdos dos relatórios do Reino Unido e EUA, e desde então até época do ano 1990, **houve dezenas publicações nos jornais de conteúdos de que o cigarro é prejudicial à saúde, que é a causa de câncer e outras doenças e aumenta a mortalidade,** (...) 5) E ainda mais, **as Rés colocaram no maço de cigarro a indicação com conteúdo de advertência de que o fumar é prejudicial à saúde e de que é proibida a venda para jovens com idade menor de 19 anos, nos termos da legislações correlatas** (...) 6) **Através de publicações nas mídias e restrições legais etc., alcançou uma conscientização ampla e geral por meio da ampla divulgação para a sociedade em geral, inclusive os fumantes de cigarros, que o ato de fumar pode ser a causa de câncer de órgão respiratório, inclusive o pulmão, e das demais doenças;***

*(...) Em caso de doenças não específica, mesmo que que seja admitida a correlação epidemiológica entre os agentes de risco específico e doença não específica, há sempre a possibilidade de exposição de indivíduo ou de coletividade a outros agentes de risco, de sorte que **esta correlação epidemiológica se limita ao significado de risco de doença ou de aumento de doença, quando da exposição à agente de risco, e, não se pode extrair deste fato a conclusão de que a causa da tal doença seja aquele agente do risco**” (g.n.)*

7.9. A referida sentença também afastou expressamente as alegações quanto as “condutas” que teriam sido praticadas pela indústria, em grande parte coincidentes com as alegações formuladas pela AGU no item 5.6 da inicial.

7.10. Destarte, a sentença coreana afastou a responsabilidade dos fabricantes de cigarros a partir de conclusões comumente invocadas pela ampla jurisprudência brasileira existente sobre a matéria, mesmo em se tratando de uma ação de reembolso proposta por uma seguradora pública nacional, demonstrando novamente que, embora a AGU cite uma variedade de casos estrangeiros envolvendo empresas estrangeiras, nenhum Tribunal, de qualquer parte do globo, deferiu a qualquer seguradora de saúde pública ou privada o pedido de reembolso de

despesas médicas por parte de fabricantes de cigarros. Infelizmente, a AGU optou por não informar tal realidade a este i. Juízo.

VIII – ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS

8. Conforme exposto nos tópicos anteriores, o julgamento do processo no estado em que se encontra, seja pela **extinção sem o julgamento do mérito** (com ainda maior razão em relação à esta Ré, parte estrangeira), seja pelo reconhecimento da **prescrição**, seja pela **improcedência**, é de rigor (capítulos II e III *supra*).

8.1. Frise-se que a **improcedência** dos pedidos iniciais pode e deve ser reconhecida sem a necessidade da produção de qualquer prova (**art. 355, I, do CPC**), que não seria hábil a alterar esse resultado, decorrente das constatações eminentemente jurídicas de que: (i) é dever do Estado, e não do particular, prover a saúde dos cidadãos (**art. 196 da Constituição Federal**); (ii) estão ausentes, de plano, os elementos cumulativos da responsabilidade civil, eis que: (ii.i) ausente o dano, que não se configura como consequência do mero cumprimento da União do seu dever constitucional de garantir a saúde; (ii.ii) ausente o ato ilícito e culposo, em razão da licitude das atividades exercidas pelas Rés; e (ii.iii) ausente o nexa causal, rompido pelo ato de terceiro, qual seja, o fumante, e também pelo comportamento contraditório da União (que autoriza, regula e tributa a atividade das Rés brasileiras, bem como na sua culpa exclusiva consistente na ineficiência patente no combate ao mercado ilegal de cigarros e na gestão dos recursos do SUS).

8.2. A esse respeito, para evitar repetição, a peticionante remete V. Exa., ao item 3.2 *supra*, em que os pontos acima foram enumerados com maior detalhamento.

8.3. Não obstante, caso os óbices jurídicos acima restassem eventualmente superados – o que de modo algum se concede – a União Federal deveria ter realizado a prova de todas as alegações fáticas iniciais, fatos constitutivos do seu pretense direito (**art. 373, I, do CPC**), o que significa que ela deveria provar cumulativamente:

(i) o cometimento de atos ilícitos e/ou culposos por cada uma das Rés, praticados no Brasil;

(ii) a relação causal entre essa suposta conduta ilícita/culposa com o início/manutenção do consumo dos cigarros das Rés pelos indivíduos brasileiros que foram tratados pelo SUS por

alguma das 27 doenças referidas na inicial, nos cinco anos anteriores à propositura da ação, bem como a eventual parcela de causalidade atribuível a tal conduta ilícita/culposa das Rés;

(iii) a relação causal entre o consumo dos cigarros fabricados pelas Rés decorrente da sua suposta conduta ilícita/culposa a ocorrência de cada uma das 27 doenças listadas na inicial em pacientes tratados pelo SUS nos cinco anos anteriores à propositura da ação;

(iv) as despesas federais efetiva e comprovadamente gastas pelo SUS com o tratamento das 27 doenças listadas na inicial nos cinco anos anteriores à propositura da ação (despesas essas sequer indicadas na inicial ou na réplica) a cada ano e com cada doença, vez que isso seria condição necessária, mas não suficiente para a comprovação do dano;

(v) a parcela da despesa referida no item (iv) acima decorrente direta e imediatamente do consumo dos cigarros fabricados pelas Rés e da sua suposta conduta ilícita/culposa;

(vi) as despesas efetiva e comprovadamente gastas pelo SUS nos cinco anos anteriores à propositura da ação, com o tratamento das 27 doenças, como decorrência do consumo dos cigarros de fabricação das Rés em comparação ao consumo de cigarros ilícitos.

(vii) a parcela da despesa referida no item (iv) acima paga pela União Federal (em oposição a Estados, Município, Distrito Federal e outras fontes de financiamento);

(viii) que os valores gastos pela União com o tratamento de pacientes pelo SUS no mundo real foram maiores do que os valores que a União gastaria com o tratamento de pacientes pelo SUS em um cenário contrafactual em que a população brasileira nunca tivesse fumado e/ou nunca tivesse fumado os cigarros fabricados pelas Rés em razão da sua suposta conduta ilícita/culposa, vez que esta é a metodologia apropriada para verificar, ainda que de forma indiciária, se a União sofreu algum dano;

(ix) que os pretensos danos, acaso fossem eventualmente demonstrados, não seriam total ou parcialmente compensados pela bilionária arrecadação tributária da União com a atividade das Rés brasileiras e com a receita que a União auferiria caso combatesse adequadamente o mercado ilegal de cigarros e evitasse as fraudes e desperdícios no SUS.

8.4. Sucede que, como por diversas vezes mencionado ao longo desta petição, o **não** cometimento de atos ilícitos ou culposos pelas Rés (item ‘i’ acima) **restou incontroverso** nos autos, pois a União silenciou em réplica sobre as alegações e documentos apresentados com as defesas, aplicando-se o **art. 374, II e III, do CPC**.

8.5. Não bastasse, tal qual diversas vezes apontado ao longo desta peça, a União deveria ter trazido com a inicial a prova das despesas pretéritas incorridas com o tratamento das doenças enumeradas na inicial (item iv acima), o que não fez oportunamente, estando precluso o direito. A despesa, como antes exposto, não se confunde com o **dano** (itens viii e ix acima), cuja prova, no presente caso, dependia da realização de prova pericial (**arts. 156 e 443, II, do CPC**), por necessidade de conhecimento técnico. Tal prova não foi requerida pela União, que esclareceu entender “desnecessária” e “diabólica” a prova do dano (página 147 da réplica), não obstante se trate de elemento essencial e indispensável ao dever de indenizar, que carrega no próprio nome tal noção. Precluso, portanto, o direito da União de produzir prova a esse respeito, o que novamente só pode levar à improcedência da demanda.

8.6. O mesmo se diga quanto o nexo causal (itens ii, iii e v acima), outro elemento da responsabilidade civil cuja prova depende da realização de perícia técnica (**arts. 156 e 443, II, do CPC**), não requerida pela União. A União limita-se a requerer prova documental e testemunhal na sua especificação de provas (página 185 da réplica), incabíveis para a perquirição de questões técnicas, de modo que também precluiu a sua oportunidade de se desincumbir de seu ônus probatório nesse particular.

8.7. Não socorre à União a marota ressalva de que “*caso Vossa Excelência entenda por conduzir caso de forma distinta do aqui requerido [liquidação de sentença], a União entende que necessitará do saneamento do processo e indicação dos pontos controvertidos para especificação das demais provas que pretende produzir*” (página 186 da réplica).

8.9. Ora, esse d. Juízo claramente determinou a especificação de provas na decisão de evento 85, que restou irrecorrida pela AGU. Diante disso, não pode ela agora formular *pedido condicional* de prova, a ser eventualmente suplementado a *posteriori*. Ademais, a AGU não precisa que esse d. Juízo estabeleça os pontos controvertidos da lide, para então formular novos

requerimentos de prova, pois basta que ela leia a petição inicial e a confronte com as defesas apresentadas, o que, se não o fez, foi por sua conta e risco, não afastando a preclusão do seu direito à produção de provas.

8.10. Repare-se, ademais, que o pedido condicional da AGU é formulado para o caso desse i. Juízo não deferir a liquidação de sentença. No entanto, quando muito, a liquidação seria apropriada para a aferição do montante exato do dano somente, caso estivessem comprovadas nos autos ao menos as despesas incorridas, o que não se verifica. A liquidação de sentença, além disso, não é autorizada para a demonstração dos demais elementos da responsabilidade civil (integrantes do *an debeatur*), como o ato ilícito, o nexo de causalidade e o próprio dano em sua existência, conforme demonstrado no parecer de ninguém menos do que o Professor **LUIZ RODRIGUES WAMBIER** (itens 4.48 e 4.52/4.57 *supra*), especialista neste tema, tanto que invocado na réplica e no parecer do Professor Cássio Scarpinela Bueno, anexado pela ACT, como antes referido.

8.11. Feitas essas ressalvas, a peticionante relembra que se trata de parte estrangeira, de modo que, dado o seu distanciamento dos fatos alegados, por ora não tem provas a requerer. Informa, não obstante, estar de acordo com as provas requeridas pela Souza Cruz, empresa brasileira pertencente ao mesmo grupo empresarial. Caso o processo realmente siga para a fase instrutória, apesar de todos os seus óbices processuais e materiais, a peticionante participará da instrução, apresentando documentos e pareceres, formulando quesitos às perícias e perguntas em audiências. Frisa novamente que sua participação na instrução não importa em reconhecimento quanto à jurisdição brasileira.

IX – CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS

9. Pelo exposto acima, a BAT plc requer, respeitosamente, nos termos do **art. 354**, do **CPC**, o juízo conforme o estado do processo a fim de que ele seja extinto sem o julgamento do mérito, quando menos em relação a ela (**em virtude das ostensivas ausência de jurisdição e ilegitimidade passiva**), acolhendo-se as **preliminares suscitadas** ou a **prescrição** resumidas no capítulo II *supra* (**arts. 485, I, IV e VI e art. 487, II**, todos do **CPC**).

9.1. Caso as preliminares ou a prescrição não sejam acolhidas, o que se vislumbra em respeito à eventualidade, a BAT plc requer o juízo conforme o estado do processo nos termos do art. 355, I, do CPC a fim de que esta demanda seja julgada antecipadamente improcedente, dados os manifestos e relevantes óbices à pretensão autoral, eminentemente jurídicos e por isso verificáveis de plano, independentemente da produção de qualquer prova (capítulo III *supra*).

9.2. Todavia, caso este i. Juízo entenda não ser o caso de extinção ou de imediata improcedência – o que também se menciona por excesso de respeito ao princípio da eventualidade – a BAT plc protesta pela participação na fase instrutória, bem como que sejam fixados os pontos controvertidos da lide sobre os quais incidirá a atividade probatória, consignando-se, ainda, nos termos dos arts. 357 c/c art. 373, I, do CPC, que a União Federal já deveria ter feito a prova de todos os fatos constitutivos do seu pretense direito (exemplificadas no item 8.3 *supra*), nesta fase processual e não em liquidação de sentença, já que ausente a prova do próprio *an debeatur*, como antes demonstrado, e não somente do *quantum debeatur*.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Porto Alegre, 26 de agosto de 2022.


PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO
OAB/RJ nº 33.996


ELIANE LEVE
OAB/RJ nº 117.534

Documentos anexados

- 1) Parecer de Michael Todd QC e tradução juramentada
- 2) Parecer do Professor W. Michael Reisman e de Mahnoush H. Arsanjani e tradução juramentada (art. 19 da CQCT)
- 3) Análise Oxford Economics: “A Economia do mercado ilegal de tabaco no Brasil”, julho de 2022