

FOLHA DE ROSTO

Título do artigo: DO MODELO PRESTACIONAL À RECUPERAÇÃO DE CUSTOS: UMA RELEITURA DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DA AÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO CONTRA AS TABAGISTAS

Nome completo: Yago Santos Rossini

Titulação: Mestrando em Função Social do Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil. MBA em Gestão Pública.

Instituição: Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP)

Ocupação: Servidor público federal.

Telefone: 17 99711-5627

Contato eletrônico: yagosantosrossini@yahoo.com.br

Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7809270519211262>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-2809-8691>

DO MODELO PRESTACIONAL À RECUPERAÇÃO DE CUSTOS: UMA RELEITURA DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DA AÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO CONTRA AS TABAGISTAS

RESUMO

O presente artigo propõe uma releitura do controle judicial de políticas públicas a partir da ação civil pública ajuizada pela Advocacia-Geral da União contra as fabricantes de cigarro, na qual se busca o ressarcimento dos gastos do Sistema Único de Saúde com doenças relacionadas ao tabagismo. Partindo da observação de que o modo como o instituto costuma ser descrito, centrado no cidadão que aciona o Estado para obter uma prestação, não abrange bem hipóteses como essa, o trabalho examina uma segunda face do controle judicial, a de recuperação de custos, em que é o próprio Estado quem recorre ao Judiciário para que a indústria assuma os custos que sua atividade impõe à coletividade e que hoje recaem sobre o poder público. Em seguida, enfrentam-se as objeções que o caso suscita: a de que a crítica ao protagonismo do juiz perde força quando quem litiga é o próprio Estado, a de que a tributação e a regulação já teriam dado conta desses custos, e a comparação com as experiências norte-americanas e canadenses, em que resultado parecido se alcançou por acordo e por lei, e não por sentença. Com base em revisão bibliográfica, análise do caso e cotejo de direito comparado, e tomando a função social do direito como fundamento, conclui-se pela legitimidade dessa modalidade, desde que preservado o limite que a distingue da substituição da política pública pela via processual, para cuja aferição se sugere um critério.

Palavras-chave: Controle judicial de políticas públicas. Recuperação de custos. Litigância estatal. Função social do direito. Direito comparado.

SUMÁRIO

- 1 Introdução
 - 2 O modelo prestacional do controle judicial de políticas públicas: pressupostos e limites clássicos
 - 3 A recuperação de custos como segunda modalidade: a ação da Advocacia-Geral da União e a internalização de custos
 - 4 O deslocamento da objeção democrática: a separação de poderes quando o autor é o próprio Estado
 - 5 A objeção da suficiência regulatória e tributária
 - 6 Direito comparado: acordo e legislação como alternativas à sentença
 - 7 Um critério de limite: litigância legítima e substituição da política pela via processual
- Conclusão
Referências

FROM THE PROVISION MODEL TO COST RECOVERY: A REREADING OF JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES BASED ON THE BRAZILIAN GOVERNMENT'S LAWSUIT AGAINST THE TOBACCO INDUSTRY

ABSTRACT

This article proposes a rereading of the judicial control of public policies based on the public civil action filed by the Brazilian Federal Attorney General's Office against cigarette manufacturers, seeking reimbursement of the Unified Health System's expenditures on tobacco-related diseases. Starting from the observation that the way the institute is usually described, centered on the citizen who sues the State to obtain a benefit, does not adequately encompass cases such as this one, the study examines a second face of judicial control, that of cost recovery, in which it is the State itself that turns to the Judiciary so that the industry assumes the costs its activity imposes on society and which today fall upon the public purse. It then addresses the objections the case raises: that the criticism of judicial protagonism loses force when the litigant is the State itself; that taxation and regulation would already have accounted for these costs; and the comparison with the United States and Canadian experiences, in which a similar result was reached by settlement and by statute, and not by judgment. Based on a literature review, case analysis and comparative law, and taking the social function of law as its foundation, it concludes for the legitimacy of this modality, provided that the limit

distinguishing it from the substitution of public policy by the judicial route is preserved, for the assessment of which a criterion is suggested.

Keywords: *Judicial control of public policies. Cost recovery. State litigation. Social function of law. Comparative law.*

1 INTRODUÇÃO

Em maio de 2019, a Advocacia-Geral da União ajuizou, na Justiça Federal do Rio Grande do Sul, ação civil pública¹ em face das maiores fabricantes de cigarro do país e de suas controladoras no exterior, para que essas empresas ressarcam o Sistema Único de Saúde pelos gastos com o tratamento de doenças relacionadas ao tabagismo, cumulando o pedido com indenização por dano moral coletivo. O argumento central é o de que a atividade, embora lícita e submetida a intensa tributação, gera custos elevados para a saúde pública, custos que hoje recaem sobre toda a sociedade enquanto o resultado econômico da venda permanece com as empresas. Depois de anos de instrução, encerrada com as alegações finais das partes e o parecer do Ministério Público, os autos foram conclusos para sentença em 20 de julho de 2026, e o desfecho tende a repercutir para além do caso concreto, tanto pela magnitude dos valores discutidos quanto pela possibilidade de que venha a servir de referência a litígios de idêntica natureza.

O caso interessa a este trabalho menos pelo seu mérito e mais pela dificuldade de situá-lo entre as categorias com que o direito costuma operar. À primeira vista, cuida-se de demanda de responsabilidade civil como tantas outras: aquele que causa um dano é chamado a repará-lo. Uma observação mais detida, contudo, mostra que a moldura da responsabilidade civil não abrange por inteiro o que ali se passa. O que a União persegue não é apenas a reparação de um dano determinado, mas a redistribuição, por via judicial, dos custos de um problema de saúde pública, deslocando-os de quem hoje os suporta, o poder público, para quem exerce a atividade que os provoca. Há, nesse pedido, uma decisão sobre política pública sendo tomada no interior de um processo, o que aproxima o caso do campo do controle judicial de políticas públicas.

Essa aproximação, no entanto, não se faz sem atrito. Quando se fala em controle judicial de políticas públicas, o que em geral se tem em vista é uma situação de contornos bem conhecidos: a do cidadão que, diante da omissão ou da insuficiência do Estado, recorre ao Judiciário para obter a prestação que lhe foi negada, um medicamento, uma vaga, um leito.

¹BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100. 1ª Vara Federal de Porto Alegre. Autora: União Federal. Rés: Souza Cruz S.A., Philip Morris Brasil S.A., Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda., British American Tobacco PLC e Philip Morris International. Ajuizada em 21 de maio de 2019. Já na petição inicial, a União qualifica os gastos do SUS como externalidade negativa da atividade das rés, fundando o pedido na responsabilidade objetiva dos arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil, e projeta a liquidação pelo nexo causal epidemiológico e pela teoria do *market share liability*. Conforme o andamento processual da 1ª Vara Federal de Porto Alegre, os autos foram conclusos para sentença em 20 de julho de 2026, após a apresentação das alegações finais e do parecer do Ministério Público Federal.

Nessa situação, o particular é autor e o Estado é réu, e o debate se concentra nos limites da atuação do juiz que determina à Administração aquilo que ela deixou de fazer.² A ação da Advocacia-Geral da União inverte as posições: o Estado é quem figura como autor, e o particular é quem responde. Por isso o caso não se acomoda com facilidade no formato pelo qual o instituto é habitualmente descrito, e é dessa inadequação aparente que o trabalho parte.

A questão que o organiza pode ser enunciada de modo direto: uma ação em que o Estado busca do particular o ressarcimento de custos gerados por uma atividade lícita constitui controle judicial de políticas públicas, ou se resume a responsabilidade civil? A hipótese que se pretende sustentar é a de que se trata, também aqui, de controle judicial de políticas públicas, ainda que em uma face menos frequentada pela doutrina. Propõe-se compreender o caso como expressão dessa segunda face do instituto: enquanto o modelo mais conhecido cuida do cidadão que aciona o Estado para obter uma prestação, este cuida do Estado que recorre ao Judiciário para que a indústria assuma os custos que a sua atividade gera e que hoje são pagos pela saúde pública. A essa modalidade o trabalho dá o nome de recuperação de custos.

O tema, assim recortado, encontra tratamento apenas indireto na produção nacional. A doutrina brasileira sobre controle judicial de políticas públicas amadureceu em torno do modelo prestacional, e os debates recentes sobre litígios estruturais, ainda que renovem a discussão dos limites da atuação judicial, permanecem voltados à relação entre o Judiciário e a Administração.³ A hipótese em que o próprio Estado litiga contra o particular para reaver custos de uma atividade lícita, familiar à experiência estrangeira desde os acordos norte-americanos com a indústria do tabaco,⁴ carece de exame específico entre nós. É essa lacuna que justifica o presente estudo, cuja contribuição está menos em defender ou censurar a ação concreta e mais em oferecer uma chave para compreendê-la, situando-a no lugar que lhe cabe dentro do instituto e submetendo-a às perguntas que dele decorrem.

²A referência fundadora do tema na doutrina brasileira é GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, na qual se firmam os parâmetros clássicos do modelo prestacional, como o mínimo existencial e a reserva do possível. Sobre a dificuldade contramajoritária e os limites institucionais do Judiciário, ver BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

³O debate recente sobre a intervenção judicial em políticas públicas concentra-se nos litígios estruturais, sempre na relação entre o Judiciário e a Administração. Ver VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider; KOZICKI, Katya. Litígios estruturais e controle judicial de políticas públicas no Brasil: do monólogo ao diálogo. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 137-173, 2025; e ARAUJO, Valter Shuenquener de; PORFIRO, Camila Almeida. O procedimento e a efetividade dos litígios estruturais: os modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 89-122, 2024.

⁴Sobre a experiência estrangeira, ver VISCUSI, W. Kip. Tobacco: Regulation and Taxation through Litigation. In: VISCUSI, W. Kip (ed.). *Regulation through litigation*. Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002. p. 22-66. Nos Estados Unidos, o resultado adveio do *Master Settlement Agreement*, de 1998, celebrado entre quarenta e seis estados e as principais fabricantes; no Canadá, de planos de reestruturação sancionados em 2025 pela Corte Superior de Justiça de Ontário, sob o regime de insolvência empresarial, no valor global aproximado de trinta e dois bilhões e meio de dólares canadenses. Em ambos os casos, o desfecho decorreu de composição negociada, e não de sentença de mérito, dado que este trabalho reputa decisivo.

Reconhecer a existência dessa segunda face, todavia, não encerra a discussão, apenas a inicia, pois a modalidade suscita objeções que precisam ser enfrentadas com franqueza. A primeira diz respeito à separação de poderes: a crítica clássica ao protagonismo do juiz perde parte de sua força quando quem provoca a jurisdição é o próprio Estado, mas, no mesmo passo, surge outra dificuldade, a de saber se é dado ao Executivo obter por sentença a imposição de um dever de restituição que redistribui custos entre a indústria e o poder público, quando esse mesmo resultado poderia ter sido instituído pelos poderes políticos por outra via. A segunda questiona se a tributação e a regulação já não teriam dado conta desses custos, de modo que a via judicial seria desnecessária ou mesmo indevida. A terceira provém do direito comparado: nas experiências norte-americana e canadense, resultado semelhante se alcançou por acordo e por lei, e não por sentença, o que recoloca, sob outro ângulo, o problema da escolha do instrumento. A essas objeções o trabalho procura responder tomando a função social do direito como fundamento, para daí extrair não uma legitimação incondicionada da modalidade, mas o limite que a torna admissível.

Para percorrer esse caminho, o trabalho vale-se de pesquisa jurídico-dogmática, de caráter qualitativo, exploratório e analítico, articulando revisão bibliográfica, estudo do caso e cotejo de direito comparado, e organiza-se em seis seções de desenvolvimento, além desta introdução e da conclusão. A primeira recompõe o modelo prestacional do controle judicial de políticas públicas, com seus pressupostos e seus limites clássicos. A segunda apresenta a ação da Advocacia-Geral da União como expressão da segunda face do instituto e esclarece em que sentido a recuperação de custos pode ser tratada como política pública. A terceira examina o deslocamento da objeção democrática quando o autor da demanda é o próprio Estado. A quarta enfrenta a objeção de que a tributação já teria dado conta desses custos, e nela se assenta, na função social do direito, o fundamento de legitimidade da modalidade. A quinta recorre ao direito comparado, para confrontar a recuperação de custos por sentença com as soluções obtidas, alhures, por acordo. A sexta propõe um critério destinado a distinguir a litigância estatal legítima daquela que apenas substitui, pela porta do processo, a deliberação que competia aos poderes políticos. Encerra-se com a síntese dos resultados e o retorno à questão inicial.

2 O MODELO PRESTACIONAL DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PRESSUPOSTOS E LIMITES CLÁSSICOS

Para medir o que há de peculiar na ação da Advocacia-Geral da União, é preciso primeiro reconstituir o modo como a doutrina brasileira firmou a compreensão do controle judicial de políticas públicas, porque é sobre esse pano de fundo que a peculiaridade se recorta. O tema ganhou sistematização entre nós sobretudo a partir do reconhecimento de que os direitos sociais consagrados na Constituição de 1988, notadamente a saúde e a educação, não se realizam por si mesmos, mas dependem de prestações estatais que a Administração nem sempre entrega, seja por omissão, seja pela insuficiência dos programas existentes, seja pela falta de

recursos para custeá-los. Diante dessa falha, abriu-se ao cidadão a possibilidade de recorrer ao Judiciário para obter aquilo que o Estado deveria ter prestado e não prestou, e coube à doutrina examinar em que medida o juiz pode, legitimamente, determinar à Administração que cumpra esse dever.⁵

Essa construção doutrinária encontrou correspondência na jurisprudência, que cedo foi chamada a definir se, e até onde, o Judiciário poderia intervir na concretização das políticas sociais. A referência recorrente do debate tornou-se a decisão que, ao tratar do tema, afirmou a possibilidade de o Poder Judiciário controlar políticas públicas quando os órgãos competentes descumprem os encargos político-jurídicos que sobre eles recaem, ao mesmo tempo em que introduziu, no vocabulário da matéria, a cláusula da reserva do possível como ponderação a ser considerada.⁶ A partir daí, formou-se uma jurisprudência que oscila entre dois polos, o do reconhecimento de que as omissões estatais em matéria de direitos sociais podem ser submetidas ao controle do Judiciário e o da preocupação com os limites institucionais dessa intervenção, oscilação que é, ela mesma, o retrato da dificuldade que o instituto procura administrar.

A configuração típica desse modelo é a que lhe empresta o nome de prestacional, e vale detê-la, porque é justamente ela que a ação examinada neste trabalho inverte. Nela, o particular figura como autor e o Estado como réu, e o pedido tem por objeto uma prestação positiva: o fornecimento de um medicamento, a disponibilização de uma vaga, a garantia de um leito. O que se discute, nesse arranjo, é até onde pode ir o juiz ao impor à Administração uma conduta que ela não adotou, e a dificuldade não é pequena, pois a decisão que determina a prestação tem, quase sempre, repercussão orçamentária e efeito redistributivo que, em circunstâncias ordinárias, competiriam aos poderes eleitos. É desse ponto que emerge a objeção de fundo do modelo, a chamada dificuldade contramajoritária: o juiz, que não recebe seu mandato do voto, estaria decidindo sobre a alocação de recursos escassos, tarefa que a separação de poderes reserva, em princípio, ao legislador e ao administrador, dotados de legitimidade democrática para as escolhas de distribuição que ela envolve.⁷

Foi para conter essa dificuldade que a doutrina e a jurisprudência construíram os parâmetros clássicos do controle, e o primeiro deles é a reserva do possível. Por ela se afirma que a efetivação dos direitos sociais está condicionada à disponibilidade de recursos, de modo que ao Judiciário não seria dado ignorar os limites orçamentários ao determinar prestações.

⁵A sistematização do tema na doutrina brasileira tem como referência fundadora GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Na mesma direção, ver CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶A referência é à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29 abr. 2004, cuja fundamentação, embora tenha a ação sido julgada prejudicada por perda de objeto, tornou-se o marco doutrinário do tema.

⁷Sobre a dificuldade contramajoritária e os limites institucionais do Judiciário, ver BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

Convém registrar, porém, que a reserva do possível não é um dado neutro nem incontroverso: formulada na Alemanha, em contexto constitucional e social diverso do brasileiro, ela tem sido invocada entre nós, por vezes, de maneira que não corresponde à sua origem, e há quem advirta, com razão, contra a sua importação acrítica como argumento para afastar o controle judicial dos direitos sociais.⁸

Como contrapeso à reserva do possível, a doutrina desenvolveu a noção de mínimo existencial, o núcleo de condições materiais básicas abaixo do qual a dignidade humana resta comprometida e que, por isso, se teria por imediatamente exigível, ainda que sob a alegação de escassez. A tensão entre os dois parâmetros organiza boa parte do debate: de um lado, a advertência de que os recursos são finitos e as escolhas sobre eles pertencem aos poderes políticos; de outro, a afirmação de que existe um piso de proteção que não se sujeita a essa contingência, sob pena de esvaziar-se a própria normatividade dos direitos sociais.⁹ O ponto de equilíbrio entre um e outro é, precisamente, o terreno em que a jurisprudência do controle prestacional se move.

O que interessa reter, para o argumento deste trabalho, é menos o conteúdo de cada parâmetro e mais o pressuposto que todos compartilham. A dificuldade contramajoritária, a reserva do possível e o mínimo existencial são respostas a uma única pergunta, sempre a mesma: até onde pode o juiz compelir a Administração a prestar aquilo que o cidadão reclama? Todo o instrumental do controle judicial de políticas públicas, tal como consolidado, foi edificado para responder a essa pergunta e pressupõe, portanto, uma configuração determinada, a do particular que demanda do Estado uma prestação positiva. É exatamente esse pressuposto que a ação da Advocacia-Geral da União desloca, ao inverter os polos da relação e colocar o Estado a demandar do particular, e é desse deslocamento que se ocupa a seção seguinte.

3 A RECUPERAÇÃO DE CUSTOS COMO SEGUNDA MODALIDADE: A AÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E A INTERNALIZAÇÃO DE CUSTOS

Reconstituído o modelo prestacional, é possível voltar ao caso e enfrentar a inadequação de que o trabalho parte. Um dado ajuda a delimitá-la, e vem de onde menos se esperaria, da defesa das rés. Ao contestarem, elas não tratam a demanda como responsabilidade civil comum: sustentam que se trata, na verdade, de um imposto travestido de responsabilidade civil, de uma tentativa de instituir ou majorar tributo por via judicial, matéria que a Constituição

⁸A crítica é de KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, para quem a reserva do possível, desenvolvida em contexto diverso, tem sido invocada de modo inadequado para restringir a efetivação dos direitos sociais no Brasil.

⁹Sobre o mínimo existencial, ver TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989; e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

reserva à lei.¹⁰ A afirmação é feita para desqualificar a ação, imputando-lhe uma inconstitucional usurpação da competência do legislador, mas dela se extrai algo que interessa ao argumento: também as rés reconhecem que a moldura da responsabilidade civil não capta o que ali se passa. Há, portanto, uma concordância implícita entre as partes, que divergem em tudo, menos no diagnóstico de que a responsabilidade civil, isoladamente, não explica a demanda. A autora a descreve como ressarcimento ao erário por custos que a atividade das rés transfere à saúde pública; as rés a descrevem como tributo disfarçado. O que uma e outra recusam é precisamente a leitura de que se cuidaria de uma indenização como as demais. Resta saber o que há sob a moldura, e é disso que esta seção se ocupa.

A hipótese que se sustenta é a de que, sob ela, encontra-se uma segunda modalidade de controle judicial de políticas públicas, distinta da modalidade prestacional e pouco teorizada pela doutrina brasileira, que este trabalho denomina recuperação de custos. A formulação não é meramente descritiva, é uma proposta analítica: não se trata de encontrar um rótulo mais palatável para a ação, mas de sustentar que o conceito consolidado de controle judicial de políticas públicas, construído em torno do particular que demanda prestação do Estado, deixa de fora uma configuração em que os polos se invertem, e que merece tratamento próprio. Nessa configuração, é o Estado que recorre ao Judiciário para que quem exerce uma atividade lícita assuma os custos que ela gera e que hoje recaem sobre uma política pública de saúde. A própria petição inicial oferece os elementos dessa leitura: qualifica os gastos do Sistema Único de Saúde com o tratamento das doenças do tabaco como externalidade negativa da atividade das rés, e requer que os pagamentos sejam destinados ao Fundo Nacional de Saúde, e não ao caixa geral da União, o que já indica que o objeto não é reparar um prejuízo qualquer, mas recompor o custeio de uma política determinada.¹¹ Vale registrar que essa mesma leitura foi encampada, no processo, pela associação admitida como *amicus curiae*, para quem a União busca que as rés internalizem as externalidades negativas produzidas pelo negócio de que obtêm lucro, retirando esse encargo de terceiro, o Estado e a sociedade.¹²

Tratar a recuperação de custos como política pública, e não como simples dano patrimonial, exige um pressuposto teórico que convém explicitar: o de que política pública é categoria jurídica, dotada de estrutura e de regime próprios, e não apenas objeto de análise

¹⁰A tese é sustentada pela ré Souza Cruz em contestação, sob as rubricas do imposto travestido de responsabilidade civil e da inadequação da via eleita, esta última fundada na alegação de indevida judicialização de política tributária, de competência do Poder Legislativo, com invocação do art. 150, I, da Constituição. BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100. Contestação da Souza Cruz Ltda.

¹¹BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100. Petição inicial. A inicial qualifica os gastos do Sistema Único de Saúde como externalidade negativa da atividade das rés, funda o pedido na responsabilidade objetiva dos arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil, requer a destinação dos pagamentos ao Fundo Nacional de Saúde e estrutura a liquidação pela fração atribuível populacional de cada doença e pela teoria do *market share liability*.

¹²BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100. Petição da Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos, admitida como *amicus curiae*.

administrativa ou de ciência política. É a lição que permite deslocar o exame do caso do plano do dano individual para o plano do funcionamento de um programa estatal, e sem a qual a expressão recuperação de custos não passaria de metáfora.¹³ Assumido esse pressuposto, é possível propor os elementos que identificam a modalidade e a distinguem de uma ação indenizatória comum.

O primeiro elemento é a existência de uma política pública preexistente, cuja continuidade se pretende resguardar. Na ação examinada, é o Sistema Único de Saúde, política de estatura constitucional, que presta o tratamento das doenças relacionadas ao tabaco independentemente da causa de cada enfermidade. O segundo é a geração de custos públicos mensuráveis: não danos difusos e inapuráveis, mas gastos que se pode estimar, no caso pela via epidemiológica, que permite calcular a fração de cada doença atribuível ao consumo do produto e, com ela, a parcela dos gastos do sistema imputável à atividade das rés. O terceiro é a existência de uma relação demonstrável entre a atividade privada e esses custos, sem a qual a recomposição careceria de fundamento, relação que, no caso, a autora sustenta com base no nexos causal epidemiológico. O quarto é a utilização do Judiciário como via para deslocar ou recompor esses custos, transferindo-os de quem hoje os suporta, o poder público, para quem os provoca. O quinto, e é aqui que reside o cerne da modalidade, é que a decisão pretendida incide sobre as condições de financiamento de uma política pública: não sobre a criação da política, não sobre a forma de empregar o recurso público, mas sobre a preservação de sua base de custeio, ameaçada pela transferência sistemática de custos que a atividade privada lhe impõe. O sexto elemento é negativo, e fecha o conjunto: a ausência de mera reparação individual, isto é, a circunstância de que o que se busca não é indenizar um titular determinado, mas proteger um bem, o financiamento de um sistema, que não pertence a ninguém em particular.

Presentes esses elementos, impõe-se a pergunta que dá sentido à distinção: por que se estaria diante de controle judicial de políticas públicas, e não de responsabilidade civil? A resposta está na natureza do que se protege. A responsabilidade civil, na sua função típica, repara um dano sofrido por um titular determinado, recompondo o patrimônio de quem foi lesado. A recuperação de custos opera em outro registro: não repara o dano de um lesado, mas recompõe uma transferência contínua e sistemática de custos que atinge o financiamento de uma política, bem de titularidade difusa que não se deixa reconduzir a nenhum sujeito específico. Não se trata de um dano, no sentido pontual do termo, mas de uma externalidade estrutural, de um custo que a atividade produz de modo reiterado e empurra para o poder público. Essa diferença não é de grau, é de espécie, e foi percebida, no processo, pela voz institucional mais próxima da imparcialidade. Ao opinar sobre a causa, o Ministério Público Federal consignou que a ação não se volta a estabelecer indenização aos fumantes, diretos e

¹³BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. A autora sustenta a compreensão da política pública como categoria jurídica, dotada de estrutura própria, o que fornece o instrumental para qualificar a recuperação de custos como espécie de política pública, distinguindo-a da simples reparação de dano.

indiretos, nem aos usuários do Sistema Único de Saúde, mas ao próprio sistema, hipoteticamente desfalcado em suas bases financeiras, e qualificou o objeto como direito difuso a uma reparação financeira ao sistema de saúde, bem cuja titularidade não pode ser atribuída a indivíduos específicos.¹⁴ É a tradução, em linguagem processual, da distinção aqui proposta.

Convém, ainda, antecipar uma objeção que reduziria a distinção a mera nomenclatura: a de que toda indenização de vulto repercute no orçamento público, de sorte que a recuperação de custos não passaria de responsabilidade civil com efeitos sobre política pública, e não de modalidade distinta. A resposta está no lugar que o financiamento da política ocupa em cada caso. Na responsabilidade civil, ainda quando a condenação atinge o erário, esse efeito é contingente: repara-se o dano de um titular, e a repercussão orçamentária é consequência accidental da reparação. Na recuperação de custos, ao contrário, a incidência sobre a estrutura de financiamento e continuidade de uma política preexistente não é efeito colateral, é o próprio objeto da demanda, aquilo que se pede e que a sentença decide. É a diferença entre uma ação que atinge a política por acidente e uma que a tem por alvo, e é ela que faz da recuperação de custos uma categoria, e não um rótulo.

Dessa distinção decorre, ainda, a resposta a uma objeção que as rés antecipam e que será retomada adiante, a de que a ação instituiria tributo por via judicial. A recuperação de custos não se confunde com a tributação, e não por sutileza terminológica, mas por estrutura. O tributo é prestação compulsória que independe de dano e de nexo causal: paga-se o tributo porque a lei o institui sobre um fato gerador, não porque se causou um prejuízo a alguém. A recuperação de custos, ao contrário, depende inteiramente da demonstração de um custo gerado e de sua ligação com a atividade que o gerou, elementos que lhe são constitutivos e sem os quais a pretensão ruiria. É a lógica que a literatura estrangeira identificou ao estudar as demandas dessa natureza, observando que, nelas, o Estado busca recuperar o valor de uma externalidade financeira, teoria jurídica mais nova e distinta da responsabilidade civil clássica, e que a litigância desloca para o processo a discussão sobre quem arca com os custos sociais de um produto.¹⁵ Proteger a base de custeio de uma política contra quem a drena não é instituir tributo novo, é impedir que o financiamento de um serviço público seja, na prática, transferido de quem o onera para toda a coletividade.

¹⁴BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Parecer nos autos da Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100. Porto Alegre, 7 out. 2022. O parecer, de caráter opinativo, manifesta-se pela rejeição da maioria das preliminares suscitadas pelas rés e caracteriza o objeto da ação como reparação ao próprio Sistema Único de Saúde, e não aos fumantes ou aos usuários do serviço.

¹⁵VISCUSI, W. Kip. Tobacco: Regulation and Taxation through Litigation. In: VISCUSI, W. Kip (ed.). *Regulation through litigation*. Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002. p. 22-66; do mesmo autor e na mesma obra, ver ainda Overview, p. 1-21. O autor, examinando as demandas norte-americanas de recuperação de custos, observa que nelas o Estado busca recuperar o valor de uma externalidade financeira, teoria mais nova que a da responsabilidade civil clássica, e adverte que a litigância desloca para as partes do processo a discussão sobre a distribuição de custos, ponto que o próprio trabalho retomará ao tratar dos limites.

Compreendido dessa forma, o caso deixa de ser uma anomalia a ser forçada para dentro do conceito e passa a revelar a segunda face do controle judicial de políticas públicas anunciada na introdução. Na face prestacional, consolidada, o Judiciário é acionado para que uma política se realize, determinando ao Estado que preste aquilo que deixou de prestar. Na face que aqui se descreve, ele é acionado para que uma política já existente não se esvazie, impedindo que sua base financeira seja corroída por custos que uma atividade privada lhe transfere. As duas compartilham o gênero, são modos de o Judiciário incidir sobre políticas públicas, e se separam pela posição das partes e pelo objeto da decisão. Em nenhuma delas o juiz formula a política ou define o emprego do recurso público, o que o afastaria para o terreno próprio dos poderes eleitos. Reconhecer essa segunda face, porém, apenas inicia a discussão, pois é ela que faz nascer as objeções, de separação de poderes, de suficiência da tributação e de escolha do instrumento, que as seções seguintes enfrentam.

4 O DESLOCAMENTO DA OBJEÇÃO DEMOCRÁTICA: A SEPARAÇÃO DE PODERES QUANDO O AUTOR É O PRÓPRIO ESTADO

Reconhecida a recuperação de custos como segunda modalidade do controle judicial de políticas públicas, reabre-se, por outro ângulo, a questão que acompanha o instituto desde a sua origem, a da separação de poderes. Seria natural esperar que a objeção clássica, a dificuldade contramajoritária examinada na segunda seção, se aplicasse também aqui, e com a mesma força: se ao juiz não eleito não cabe substituir os poderes políticos nas escolhas sobre a alocação de recursos, tampouco lhe caberia decidir sobre a redistribuição de custos que a ação da Advocacia-Geral da União persegue. Sucede que a inversão dos polos, que define a modalidade, altera os termos da objeção, e o exame atento revela que ela não se aplica do modo como se aplicaria no modelo prestacional. Não desaparece, é preciso dizê-lo desde já, mas muda de lugar, e essa migração é o que esta seção procura descrever.¹⁶

Convém, primeiro, precisar contra quem se dirige a dificuldade contramajoritária no modelo clássico. Ela se dirige ao juiz que, sem mandato eleitoral, impõe à Administração uma escolha distributiva que os poderes eleitos não fizeram, decidindo, no lugar deles, como os recursos escassos serão empregados. O reparo que se lhe opõe é o da legitimidade democrática: quem não foi eleito não deveria decidir o que a Constituição reservou a quem o foi. Ora, na ação examinada, quem provoca a jurisdição não é o particular contra o poder político, mas a própria União, representada pela Advocacia-Geral da União, órgão do Poder Executivo cuja autoridade decorre de governo democraticamente eleito. O juiz, nessa

¹⁶Sobre o ativismo judicial, a judicialização da política e a determinação judicial de políticas públicas, ver TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 129-143, out./dez. 2015. Sobre a dificuldade contramajoritária, ver ainda BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

configuração, não substitui os poderes políticos nem decide contra eles: responde a uma demanda que o Executivo lhe trouxe. Por isso a objeção contramajoritária, na sua formulação corrente, perde o ponto de apoio, pois não há, aqui, o juiz não eleito impondo a sua preferência distributiva ao poder político, há um órgão do Executivo, dotado de respaldo democrático, pedindo ao juiz que aplique o direito. Convém, desde já, uma ressalva que a seção reencontrará adiante: esse respaldo democrático legitima o ajuizamento da demanda, mas não se transfere, por si, à sentença, cuja legitimidade é de outra ordem.

A objeção, contudo, não se dissolve com essa constatação, apenas se desloca para outro eixo. Ela deixa de ser uma questão entre o juiz e os poderes eleitos e passa a ser uma questão interna à separação de poderes, entre o Executivo e o Legislativo. E convém enunciar esse novo eixo com precisão, porque a sua formulação apressada conduziria ao lugar errado: o ponto não é que o Legislativo poderia ter legislado e não legislou, do que se seguiria, indevidamente, que ao Executivo estaria vedado suprir a omissão pela via judicial. A controvérsia verdadeira é outra, e mais estreita: saber se a ausência de uma lei específica sobre esses custos impede o Executivo de buscar em juízo a aplicação de normas gerais que já existem no ordenamento. É nesse ponto que a defesa das rés concentra a sua resistência, e com precisão. O que ela sustenta não é que o juiz seja ilegítimo, mas que a demanda configura uma inconstitucional judicialização, uma tentativa de instituir ou majorar tributo por via judicial, matéria que a Constituição reserva à lei, e que caberia, portanto, ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário a pedido do Executivo, decidir se a indústria deve suportar tais custos.¹⁷

Essa reformulação precisa ser levada a sério, porque é a versão mais forte da objeção, e enfrentá-la de outro modo seria fugir do problema. O Legislativo, com efeito, poderia ter instituído sobre a indústria do tabaco um encargo específico, destinado a custear o tratamento das doenças que o produto provoca, e escolheu não o fazer: optou por manter a atividade lícita, tributá-la e regulá-la. Obter por sentença o que o Legislativo, podendo, deixou de estabelecer pareceria, à primeira vista, usar o Judiciário para realizar a tarefa que competia aos poderes políticos, e é essa aparência que a objeção explora.

A resposta a essa objeção supõe identificar a norma que a União invoca, pois é dela que depende saber se há aplicação de direito existente ou criação de direito novo. A pretensão não se apoia num vazio a ser preenchido pelo juiz, mas em dispositivos gerais da responsabilidade civil: o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que impõe o dever de reparar, independentemente de culpa, o dano gerado por atividade que, por sua natureza, implica risco para os direitos de outrem, e o art. 931, que responsabiliza as empresas pelos danos causados pelos produtos que põem em circulação.¹⁸ É nesses preceitos, que existiam

¹⁷A objeção é assim formulada pela defesa. Contestação da Souza Cruz Ltda., que qualifica a demanda como inconstitucional judicialização e como tentativa de instituir ou majorar tributo por via judicial, matéria reservada ao Poder Legislativo, com invocação do art. 150, I, da Constituição. BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100.

¹⁸BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. O art. 927, parágrafo único, prevê a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar,

antes da demanda e não foram criados para ela, que a União funda a pretensão de que a indústria assuma os custos transferidos à saúde pública. Convém deixar claro, porém, o que essa constatação estabelece e o que não estabelece: ela mostra que a pretensão se deduz de norma preexistente, e não da criação de um encargo novo, mas não decide, por si, a controvérsia de mérito, que é precisamente a de saber se esses dispositivos gerais alcançam a hipótese e comportam a metodologia de apuração que a União propõe. Essa é a disputa jurídica de fundo, e o seu deslinde pertence ao julgamento da causa, não a este ensaio.

Fixado esse ponto, a distinção entre legislar e litigar recupera o seu valor, desde que enunciada com a devida medida. O fato de a pretensão ser deduzida com fundamento em normas preexistentes afasta a identificação imediata entre a demanda e a criação legislativa de um novo encargo: o Executivo, ao litigar, não pede ao juiz que institua a regra, pede que aplique a que já existe. Isso não significa, todavia, que a aplicação de uma norma geral a uma situação nova seja um ato mecânico e sem consequências distributivas, pois aplicar direito pode envolver construção judicial de efeitos relevantes. Por isso a distinção afasta a objeção na sua forma mais grosseira, a de que se estaria legislando por sentença, mas não dispensa o exame dos limites da atuação do juiz, que a seção final retomará. O que ela assenta, por ora, é apenas isto: pedir a aplicação de um dever que a lei já prevê não é o mesmo que instituir esse dever, e a atividade tributada não se torna, por ser tributada, imune à responsabilidade civil. Foi o que o Ministério Público Federal, ao opinar sobre a causa, registrou com clareza: valer-se do argumento de que a tributação não faz frente a esses custos não significa postular a substituição do legislador, e o pleito de indenização por danos decorrentes de uma atividade tributada não se exclui da análise do Judiciário, porque a legislação civil sobre a reparação de danos não excepciona as atividades tributadas.¹⁹

Há, ainda, uma dimensão que qualifica a atuação judicial, embora não a legitime por si só, a do modo como a decisão se constrói. Quando o Estado leva a questão ao Judiciário e este, em vez de decidir isoladamente, abre o processo à participação da sociedade e ao aporte técnico, a decisão perde o caráter monológico e forma-se sob contraditório mais amplo. Foi o que ocorreu no caso, em que o juízo admitiu a associação da sociedade civil como *amicus curiae*, reconhecendo expressamente que a tutela pretendida adentra o mérito da formulação de políticas públicas, e invocando uma atuação judicial dialógica e o dever de considerar as

por sua natureza, risco para os direitos de outrem; o art. 931 responsabiliza os empresários individuais e as empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. A inicial funda nesses dispositivos a pretensão de ressarcimento, e a existência e o alcance da metodologia de apuração são matéria controvertida, cujo deslinde compete ao julgamento da causa.

¹⁹BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Parecer nos autos da Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100. Porto Alegre, 7 out. 2022. O parecer, de caráter opinativo, rejeita a preliminar de usurpação da competência legislativa, registrando que valer-se do argumento tributário não significa postular a substituição do legislador, e que o pleito de indenização por danos decorrentes de atividade tributada não se exclui da análise judicial, pois a legislação civil sobre a reparação de danos não a excepciona.

consequências práticas da decisão.²⁰ Convém, no entanto, precisar o alcance desse dado, para não lhe emprestar mais do que ele comporta: a construção plural da decisão reduz o que a atuação judicial tem de solitário e atenua, nessa medida, a preocupação democrática, mas não confere à sentença a legitimidade própria do processo legislativo, que continua sendo de outra ordem. O diálogo processual melhora a qualidade e a permeabilidade da decisão, não a converte em lei.

Chega-se, assim, ao ponto que separa o que esta seção pode afirmar do que ela não deve pretender. A autoria estatal da demanda desloca a objeção contramajoritária, retirando-lhe o alvo clássico, o juiz não eleito que se substitui ao poder político, mas não elimina o problema institucional, apenas o transforma. Uma coisa é reconhecer que não há, na modalidade, a violação da separação de poderes que a objeção clássica denuncia; outra, bem diversa, é supor que disso decorra a ausência de qualquer limite à atuação do juiz. O limite permanece, e a sua localização depende de uma variável que as próximas seções irão perseguir, o grau de determinação jurídica da pretensão. Se a lei já fornece os elementos essenciais da obrigação, o dever de reparar, o critério de imputação, o parâmetro do dano, então o juiz aplica direito, e a litigância é legítima. Se, ao contrário, o juiz tiver de criar esses elementos essenciais, arbitrando quem paga, quanto e segundo qual critério, uma distribuição que a lei não traçou, então a decisão terá se convertido em substituto da escolha política, e a objeção retornará com toda a força. Determinar onde, entre esses dois polos, se situa a ação examinada, é o que reclama o enfrentamento das objeções remanescentes, a da suficiência da tributação, a da escolha do instrumento à luz do direito comparado, e, ao cabo, a formulação de um critério, tarefas de que se ocupam as seções seguintes.

5 A OBJEÇÃO DA SUFICIÊNCIA REGULATÓRIA E TRIBUTÁRIA

Entre as objeções que a modalidade suscita, nenhuma é tão imediata quanto a que se apoia na carga tributária do produto. Se o cigarro é dos bens mais pesadamente tributados do país, argumenta-se, os custos que ele impõe à sociedade já estariam compensados pela arrecadação, de modo que a ação seria, na melhor das hipóteses, desnecessária, e, na pior, uma dupla cobrança sobre a mesma atividade. É o que sustenta a defesa das rés, ao qualificar a demanda como espécie de *bis in idem*, uma segunda incidência sobre custos que a tributação já teria coberto, e ao invocar parecer segundo o qual o pedido não se ajusta às regras de

²⁰BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100. Decisão que admite a Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos como *amicus curiae*, na qual se reconhece que a tutela adentra o mérito da formulação de políticas públicas e se invocam a atuação judicial dialógica e o dever de consideração das consequências práticas da decisão (arts. 20 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Sobre a passagem do monólogo ao diálogo no controle judicial de políticas públicas, ver VAN DER BROECKE, Bianca Maruszczak Schneider; KOZICKI, Katya. Litígios estruturais e controle judicial de políticas públicas no Brasil: do monólogo ao diálogo. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 137-173, 2025.

financiamento da saúde nem ao Sistema Tributário Nacional.²¹ A objeção é séria e merece ser enfrentada em seus próprios termos, e não contornada, porque, se procedente, retiraria da recuperação de custos a sua razão de ser. Ela reúne, na verdade, três perguntas distintas, que convém separar: quem suporta economicamente o tributo, para onde vai a sua receita, e que função a tributação cumpre diante dos custos discutidos.

A primeira pergunta, a de quem efetivamente suporta o tributo, desfaz a leitura mais imediata da objeção. Os tributos que mais pesam sobre o cigarro incidem sobre o consumo e se agregam ao preço, e tributos dessa natureza têm por característica transferir o encargo financeiro ao consumidor final: quem os recolhe aos cofres públicos é a indústria, mas quem os paga, ao comprar o maço, é o fumante. O ordenamento reconhece essa distinção entre o contribuinte de direito, que recolhe, e aquele que arca com o encargo econômico, ao disciplinar a restituição dos tributos que comportam tal transferência.²² Disso não se deve extrair a afirmação, excessiva, de que a indústria não suporta parcela alguma da carga, pois a repartição do ônus entre produtor e consumidor depende de condições de mercado que variam. O que daqui se extrai é mais estreito, e é o suficiente para a objeção: a intensidade da tributação sobre o produto não demonstra, por si só, que a indústria tenha internalizado os custos sociais de que trata a ação, porque parte expressiva dessa carga é, por concepção, repassada a quem consome, e não retida por quem produz. Afirmar que a indústria já paga muito imposto, portanto, não responde à pergunta que a recuperação de custos coloca, a de saber quem suporta os custos de saúde gerados pela atividade, e não quanto se tributa o seu consumo.

A segunda pergunta, a do destino da receita, revela uma diferença de função que a objeção não enxerga. Ainda que se admitisse, por hipótese, que a indústria suporta parte da carga, restaria o fato de que a receita dos impostos, por regra constitucional, não é vinculada a uma despesa específica: ingressa no caixa geral e financia o que o orçamento determinar.²³ O tributo arrecadado sobre o cigarro não constitui, por sua natureza, receita vinculada especificamente ao custeio do tratamento das doenças que o produto causa; ele compõe a receita geral, sujeita às ressalvas que a própria Constituição estabelece, mas sem destinação necessária ao sistema de saúde. Já o ressarcimento tem destino certo, recompor a fonte de custeio que a atividade drena, e a própria ação o requer com pagamento ao Fundo Nacional de Saúde. Tributo e ressarcimento cumprem, assim, funções distintas: um é instrumento fiscal de arrecadação

²¹A objeção é sustentada pela defesa. Contestação da Souza Cruz Ltda., que qualifica a demanda como *bis in idem*, ao argumento de que a carga tributária do tabaco já consideraria os custos da atividade, e invoca parecer no sentido de que o pedido não se ajusta às regras constitucionais de financiamento da saúde nem ao Sistema Tributário Nacional. BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100.

²²A distinção entre o contribuinte de direito, que recolhe o tributo, e o contribuinte de fato, que suporta o seu encargo econômico, é própria dos tributos indiretos e encontra eco no art. 166 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), que condiciona a restituição dos tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro.

²³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 167, IV, que veda a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as exceções constitucionais, no que se traduz o princípio da não afetação da receita de impostos.

geral e, quando muito, de desestímulo ao consumo; o outro é a recomposição de um custo específico imposto a um sistema específico. Ainda que a arrecadação fosse vultosa, ela não reverteria, por força da regra da não vinculação, ao sistema efetivamente onerado, e é esse descompasso que a recuperação de custos corrige.

A terceira pergunta, a da função da tributação, conduz ao argumento mais recente e mais forte da objeção, o que se apoia na reforma tributária. Poderia sustentar-se que, ao criar o Imposto Seletivo, destinado a onerar bens prejudiciais à saúde, entre os quais o tabaco, o próprio legislador terá indicado que a internalização dessa externalidade cabe ao sistema tributário, e não à via judicial: se há um tributo pensado exatamente para gravar o que faz mal à saúde, a recuperação de custos por sentença seria supérflua, ou usurparia a função que o Seletivo veio cumprir.²⁴ O argumento tem peso e precisa ser respondido, não afastado. A resposta está em que o Imposto Seletivo, por mais que enderece a externalidade, não a endereça no mesmo plano em que a recuperação de custos opera. Ele é, primeiro, tributo, e não ressarcimento: incide sobre o consumo, embute-se no preço, é pago pelo consumidor e ingressa como receita não vinculada, de modo que não recompõe, nem se destina a recompor, os gastos que o sistema de saúde já teve. Ele atua, além disso, sobre o consumo futuro, que desestimula, ao passo que a recuperação de custos volta-se aos custos já gerados e ainda em curso. O Seletivo, portanto, internaliza a externalidade de modo prospectivo, encarecendo o produto para reduzir o consumo de amanhã, mas nada faz quanto aos custos de ontem e de hoje, que continuam a recair sobre o sistema de saúde. Longe de tornar a ação supérflua, a criação do Seletivo confirma que o ordenamento reconhece a externalidade que a ação busca internalizar, e apenas evidencia que tributação e ressarcimento operam em tempos e funções diferentes, um sobre o consumo por vir, o outro sobre o custo já produzido.

Esse raciocínio jurídico encontra correspondência no plano empírico, embora dele não dependa. Estudo elaborado no âmbito do Instituto Nacional de Câncer, com base em dados de 2015, estimou em cerca de R\$ 57 bilhões anuais os custos do tabagismo no país, somados os gastos de saúde e as perdas de produtividade, ao passo que a arrecadação tributária sobre o produto alcançava cerca de R\$ 13 bilhões, cobrindo pouco menos de um quarto daquele total.²⁵ O dado não é aqui invocado como prova da tese, que se sustenta no plano conceitual, mas como sua tradução: se o argumento jurídico mostra que arrecadação e ressarcimento não

²⁴BRASIL. Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023, que instituiu o Imposto Seletivo sobre a produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente. A regulamentação do tributo, em curso, não é aqui examinada em suas alíquotas, mas apenas em seu desenho normativo.

²⁵INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA (INCA). *Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos*. Rio de Janeiro: INCA, 2017; e PINTO, Márcia et al. Carga do tabagismo no Brasil e benefício potencial do aumento de impostos sobre os cigarros. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 8, e00129118, 2019. Os estudos, com base em dados de 2015, estimam custos anuais de aproximadamente R\$ 57 bilhões e arrecadação tributária sobre o produto de cerca de R\$ 13 bilhões, cobertura em torno de vinte e três por cento. Estimativa posterior, referente a 2022, elevou a cifra dos custos. Trata-se de dado de natureza estimativa, referido a título ilustrativo.

se equivalem em função, a estimativa mostra que tampouco se equivalem em grandeza, e que a suposição de suficiência tributária não se confirma nem mesmo em valores. Convém tratar tais números com a cautela que os estudos de custo exigem, pois dependem de metodologia e variam conforme as premissas, razão pela qual servem de ilustração, e não de fundamento.

Resta a raiz normativa da objeção, e é aqui que a função social do direito fornece a resposta última. A objeção tributária pressupõe que uma atividade lícita e tributada estaria, por isso, quite com a coletividade, como se o recolhimento de tributos exaurisse os deveres de quem exerce atividade econômica. A ordem constitucional, porém, não trata a atividade econômica como esfera imune a deveres para além do fiscal. Ela submete a propriedade e a livre iniciativa a uma função social, que condiciona o seu exercício ao respeito dos interesses da coletividade sobre a qual repercutem, como se extrai da função social da propriedade e dos princípios que a Constituição impõe à ordem econômica.²⁶ Essa exigência, positivada quanto à propriedade e à ordem econômica, é manifestação de uma diretriz mais ampla, a de que os direitos e as posições jurídicas não se exercem apenas no interesse do seu titular, mas em vista da função que cumprem no todo social, diretriz que fornece o fundamento normativo desta análise e que a doutrina reconhece como função social do direito. Sob essa luz, transferir de modo sistemático à coletividade os custos de saúde que a atividade gera, retendo para si os ganhos, é precisamente o que a função social não admite, independentemente de a atividade ser lícita e de ser tributada. O tributo satisfaz uma obrigação fiscal; não satisfaz, nem substitui, o dever de não fazer da sociedade a portadora dos custos de um empreendimento privado. Licitude e tributação, invocadas como escudo, dizem respeito à conformidade formal do exercício da atividade, não à distribuição dos seus custos, que é o que a recuperação de custos disputa, e que a função social do direito submete a um parâmetro que o pagamento de impostos não alcança.

6 DIREITO COMPARADO: ACORDO E LEGISLAÇÃO COMO ALTERNATIVAS À SENTENÇA

O direito comparado entra nesta análise não como ornamento, mas por imposição do próprio caso, já que a ação da Advocacia-Geral da União invoca, entre os seus fundamentos, os precedentes estrangeiros de responsabilização da indústria do tabaco, com destaque para a experiência norte-americana, a única que, ao tempo do ajuizamento, em 2019, já se achava consolidada. O cotejo, porém, revela algo que interessa menos ao mérito e mais à tese deste trabalho e ao limite que ela persegue: a questão decisiva não é tanto a de saber se o Estado pode reaver os custos que a atividade lhe transfere, mas a de saber por qual instrumento.

²⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, XXIII, e art. 170, III, quanto à função social da propriedade, esta última como princípio da ordem econômica. Sobre a função social da propriedade e a submissão da ordem econômica a finalidades sociais, ver TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

E é justamente no instrumento que as experiências estrangeiras se afastam da via tentada no Brasil, pois nelas a recuperação de custos veio, predominantemente, por acordo, e a sentença, quando empregada, apoiou-se em fundamento diverso, e não na recuperação de custos considerada em si mesma.

O modelo de referência é o norte-americano, e nele o marco é o *Master Settlement Agreement*, de novembro de 1998, pelo qual quarenta e seis estados e as maiores fabricantes puseram fim aos litígios então em curso, mediante o compromisso de pagamentos anuais, sem termo final, destinados a ressarcir os gastos públicos com o tratamento das doenças do tabaco.²⁷ Dois traços desse arranjo importam ao argumento. O primeiro é que a recuperação de custos, ali, não resultou de sentença de mérito, mas de transação: as partes acordaram o ressarcimento, encerrando as demandas. O segundo é que os valores pactuados não foram vinculados à prevenção ou ao tratamento, e relatórios de acompanhamento apontam que os estados destinaram à efetiva política de controle do tabaco parcela reduzida do que receberam, o que ecoa, no plano comparado, a distinção que a seção anterior traçou entre arrecadar e recompor uma fonte de custeio.²⁸

A experiência norte-americana, contudo, não se resume ao acordo, e o que nela ocorreu pela via judicial é ainda mais eloquente para a tese. Quando o governo federal levou a indústria a juízo, os pedidos que buscavam reaver os gastos federais já realizados com o tratamento das doenças do tabaco foram julgados extintos logo no início do processo, e a causa prosseguiu apenas nos fundamentos de fraude.²⁹ A condenação que sobreveio, na sentença da magistrada Gladys Kessler, de 2006, assentou-se na legislação federal antifraude, o *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, conhecido como RICO, e reconheceu que as fabricantes haviam enganado o público por décadas quanto aos riscos do produto; mas, por força da interpretação de que aquela lei só comporta remédios voltados ao futuro, a condenação traduziu-se em medidas de conduta e em declarações corretivas, não em ressarcimento dos custos de saúde. Vale reter o que isso significa: no país que mais litigou contra a indústria, a

²⁷O *Master Settlement Agreement* (MSA), de novembro de 1998, foi celebrado entre quarenta e seis estados norte-americanos e as principais fabricantes de cigarro, obrigando-as a compensar os estados pelos custos de saúde relacionados ao tabaco mediante pagamentos anuais sem termo final, estimados em cerca de duzentos e quarenta e seis bilhões de dólares nos primeiros vinte e cinco anos; os quatro estados restantes haviam firmado acordos individuais anteriores. O texto oficial é mantido pela National Association of Attorneys General.

²⁸Segundo relatório anual de acompanhamento, entre os anos fiscais de 2000 e 2019 os estados receberam cerca de 453 bilhões de dólares em receitas do tabaco, somados o acordo e os tributos, e destinaram a programas de prevenção e cessação apenas cerca de 11,8 bilhões, o equivalente a 2,6% do total. CAMPAIGN FOR TOBACCO-FREE KIDS et al. *Broken Promises to Our Children: a State-by-State Look at the 1998 Tobacco Settlement 20 Years Later*. Washington, D.C., 2018.

²⁹Os pedidos de recuperação dos gastos médicos federais foram afastados na fase inicial do processo (*United States v. Philip Morris USA, Inc.*, 116 F. Supp. 2d 131, D.D.C. 2000), prosseguindo a causa nos fundamentos de fraude. A condenação final consta de *United States v. Philip Morris USA, Inc.*, 449 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2006), da magistrada Gladys Kessler, com fundamento no *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO). Em grau de recurso, assentou-se que o RICO comporta apenas remédios voltados a prevenir violações futuras, razão pela qual se afastou a devolução dos lucros passados e se mantiveram medidas de conduta e declarações corretivas, de caráter prospectivo (*United States v. Philip Morris USA, Inc.*, 566 F.3d 1095, D.C. Cir. 2009).

recuperação de custos por sentença não vingou, foi afastada, e a sentença que se firmou apoiou-se na fraude, não na recuperação de custos, que veio, quando veio, pela via do acordo.

A experiência canadense, posterior ao ajuizamento da ação brasileira e por isso não invocada por ela, confirma o padrão, embora por caminho processual próprio. As províncias, que desde o final da década de 1990 litigavam para reaver os custos públicos do tabagismo, alcançaram o resultado em março de 2025, não por sentença condenatória de mérito, mas pela homologação judicial de planos de reestruturação das empresas, apresentados sob o regime de insolvência do *Companies' Creditors Arrangement Act*, o CCAA. A Corte Superior de Justiça de Ontário sancionou os planos, no valor global aproximado de trinta e dois bilhões e meio de dólares canadenses, dos quais mais de vinte e quatro bilhões destinados aos governos provinciais e territoriais, em troca da quitação de todas as pretensões relativas ao tabaco.³⁰ Também no Canadá, portanto, a recuperação de custos se deu por composição negociada, ainda que sob a moldura da recuperação empresarial, e não por um julgamento que condenasse as rés ao ressarcimento.

O padrão que emerge do cotejo é revelador, e é ele, mais do que qualquer dos casos isoladamente, que interessa. Nas experiências estrangeiras aqui examinadas, o ressarcimento dos custos de saúde veio por acordo ou por composição, e a rota da sentença, quando adotada, ou repeliu os pedidos de recuperação de custos, como nos Estados Unidos, ou a eles não chegou. Isso põe em relevo exatamente aquilo que a Advocacia-Geral da União tenta no Brasil: a recuperação de custos por sentença, sem o atalho do acordo e sem a âncora da fraude, o que a coloca no terreno mais delicado, em linha com a preocupação formulada por Viscusi, para quem a litigância desloca para as partes do processo a fixação daquilo que, de ordinário, seria matéria de política regulatória ou tributária.³¹ Há, ainda, um contraste que vale registrar, com a cautela de quem o colhe de fonte engajada no debate: noticia-se que, nos acordos norte-americano e canadense, as empresas abriram mão de opor a licitude da atividade como excludente de responsabilidade, ao passo que, no Brasil, seguem a sustentá-la. O comparado, assim, não entrega ao caso brasileiro um modelo pronto a ser copiado; ao contrário, mostra que o instrumento aqui escolhido é o menos percorrido, e é essa escolha de instrumento que o critério da próxima seção precisa enfrentar.

³⁰*Imperial Tobacco Canada Limited (Re)*, 2025 ONSC 1358. Em 6 de março de 2025, a Corte Superior de Justiça de Ontário sancionou três planos de compromisso ou arranjo (*plans of compromise or arrangement*) sob o *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA), no valor global aproximado de trinta e dois bilhões e meio de dólares canadenses, dos quais mais de vinte e quatro bilhões destinados às províncias e territórios, mediante quitação das pretensões relativas ao tabaco.

³¹VISCUSI, W. Kip. Tobacco: Regulation and Taxation through Litigation. In: VISCUSI, W. Kip (ed.). *Regulation through litigation*. Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002. p. 22-66; do mesmo autor e na mesma obra, ver ainda Overview, p. 1-21. O autor, crítico da técnica, sustenta que a litigância desloca para as partes do processo a fixação daquilo que seria, de ordinário, matéria de política regulatória e tributária.

7 UM CRITÉRIO DE LIMITE: LITIGÂNCIA LEGÍTIMA E SUBSTITUIÇÃO DA POLÍTICA PELA VIA PROCESSUAL

As seções anteriores deixaram assentado que a recuperação de custos é modalidade legítima de controle judicial de políticas públicas, mas que a sua legitimidade não é incondicionada: ela cessa no ponto em que a decisão judicial deixa de aplicar um dever que a lei já contém e passa a instituir, por sentença, a escolha distributiva que compete aos poderes políticos. Resta traçar, com a precisão possível, onde corre essa fronteira, convertendo em critério o que até aqui se enunciou como limite. O eixo desse critério já foi anunciado ao fim da quarta seção: o grau de determinação jurídica da pretensão, isto é, a medida em que os elementos essenciais da obrigação de ressarcir já se encontram balizados pelo ordenamento e pela técnica, ou, ao contrário, precisam ser criados pelo juiz. Quanto mais esses elementos preexistem à decisão, mais o que o juiz faz é aplicar direito, e mais legítima é a litigância; quanto mais ele precisa construí-los sem parâmetros preexistentes, mais a decisão se aproxima de uma escolha política feita por sentença, e mais a objeção da separação de poderes recupera a sua força.

Esse grau de determinação pode ser aferido por três fatores, que operam em conjunto. O primeiro é a mensurabilidade do custo: se o custo público que se pretende recompor pode ser estimado por métodos reconhecidos, ou se depende de arbitramento sem parâmetro seguro. O segundo é a atribuíbilidade do custo à atividade: se existe, entre a atividade e o custo, um nexos que a técnica permita estabelecer e quantificar, ou se a relação é difusa e se dilui entre causas concorrentes indiscerníveis. O terceiro, que decorre dos dois primeiros e é decisivo, é a natureza da operação exigida do juiz: se a decisão apenas recompõe um custo cuja existência e extensão a técnica já permite balizar, aplicando a norma de responsabilidade a uma situação mensurada, ou se ela reclama do juiz que arbitre quem paga, quanto e segundo qual rateio, definindo uma repartição que a lei não traçou. Convém, aqui, evitar um mal-entendido: a fronteira não separa o juiz que interpreta do juiz que não interpreta, pois interpretar a norma e valorar a prova é inerente a todo julgar, e nenhuma decisão prescinde disso. O que o terceiro fator isola é algo mais específico, a criação, pelo juiz, dos critérios distributivos essenciais que a lei não forneceu, e é essa criação, e não a interpretação, que ultrapassa a fronteira.

Postos assim, os três fatores não classificam os casos em duas caixas estanques, mas os distribuem ao longo de um espectro, cujos polos convém descrever antes de neles situar os exemplos.³² No polo da litigância legítima estão as ações em que o custo é mensurável por método reconhecido, o nexos com a atividade é técnica e cientificamente estabelecível, e a decisão se limita a recompor o que se apurou, sem que o juiz precise inventar critério de

³²A graduação da intensidade da intervenção judicial dialoga com a distinção, corrente na literatura sobre litígios estruturais, entre modelos forte e fraco de atuação do juiz em políticas públicas. Cf. ARAUJO, Valter Shuenquener de; PORFIRO, Camila Almeida. O procedimento e a efetividade dos litígios estruturais: os modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 89-122, 2024.

repartição. No polo oposto, o da substituição da política pela via processual, estão as ações em que o custo é incerto ou inaparável, o nexo se perde entre múltiplas causas, e a condenação só se torna possível se o juiz arbitrar uma distribuição de encargos que, por envolver escolha entre interesses e alternativas, pertence ao legislador. Entre um polo e outro, os casos se graduam, e o critério serve justamente para localizar cada um deles.

A ação da Advocacia-Geral da União contra a indústria do tabaco situa-se, à luz desse critério, próxima do polo legítimo, e é instrutivo ver por quê. Quanto à mensurabilidade, os custos que o tabagismo impõe ao sistema de saúde são estimáveis por métodos epidemiológicos consagrados, que partem dos gastos registrados no tratamento de doenças identificadas por seus códigos e permitem calcular, para cada uma, a fração atribuível ao consumo do produto. Quanto à atribuíbilidade, o nexo entre o tabaco e as doenças que provoca é dos mais bem estabelecidos na literatura médica, o que oferece parâmetros objetivos não apenas para afirmar a relação, mas para quantificá-la por meio da fração atribuível populacional, e para imputar às fabricantes a parcela correspondente à sua participação no mercado. E quanto à operação exigida do juiz, ela tende a ser de recomposição, e não de arbitramento: o magistrado não precisa definir, sem parâmetro, quanto cada empresa deve pagar, porque a metodologia epidemiológica e a participação de mercado lhe oferecem parâmetros objetivos de apuração, cabendo-lhe aplicar a norma de responsabilidade a uma grandeza que a técnica permite balizar.³³ É certo que a exatidão dessa apuração é matéria controvertida, e que a sua validação depende da prova a ser produzida, mas isso concerne à procedência da demanda, não à sua natureza: mesmo contestada nos números, a pretensão se estrutura sobre parâmetros que preexistem à decisão do juiz, e é isso que a coloca no polo legítimo.

No polo oposto, imagine-se uma ação em que o Estado pretendesse reaver da indústria automobilística os custos de saúde decorrentes da poluição do ar nas grandes cidades. À primeira vista, a estrutura seria a mesma: uma atividade lícita que gera custos de saúde suportados pelo poder público, e não há dúvida de que a poluição atmosférica os gera, em escala expressiva.³⁴ O critério, porém, revela a diferença decisiva. A mensurabilidade já é problemática, pois os custos de saúde atribuíveis à poluição atmosférica, embora reais, dependem de estimativas muito mais incertas do que as do tabaco. A atribuíbilidade é o ponto crítico: a poluição do ar resulta da soma de inúmeras fontes, fixas, como a indústria e a geração de energia, e móveis, como os veículos, de modo que isolar a parcela imputável a um setor, e dentro dele a cada fabricante, exige escolhas que a técnica não determina sozinha. E a operação exigida do juiz seria, então, de arbitramento: para condenar, o magistrado teria de definir que

³³ A apuração por fração atribuível populacional e por participação de mercado consta da petição inicial e ampara-se nos estudos epidemiológicos referidos na nota 25, *supra*.

³⁴ O exemplo é hipótese de trabalho, e não ação existente. A premissa de fato, contudo, é assente: a poluição atmosférica resulta de fontes fixas e móveis e gera custos de saúde de grande monta, associando-lhe a Organização Mundial da Saúde cerca de sete milhões de mortes anuais no mundo. A multiplicidade de fontes, que dificulta a atribuição a um setor determinado, é justamente o que distingue a hipótese do caso do tabaco.

fração do dano cabe aos automóveis, e não às demais fontes, e como reparti-la entre as fabricantes, fixando critérios de imputação que a lei não fornece. Nesse ponto, a decisão deixaria de recompor um custo balizável e passaria a criar uma política de distribuição de encargos, tarefa que, por envolver a escolha entre alternativas e a ponderação de interesses, pertence ao legislador. Uma ação assim, ainda que movida pelo mesmo propósito da que examinamos, cairia no polo ilegítimo, não porque o Estado não possa reaver custos, mas porque, para reavê-los ali, o juiz teria de criar os critérios de repartição que a lei não lhe deu.

Entre esses dois extremos, os demais setores que se costuma cogitar se distribuem conforme o mesmo teste, e basta situá-los. A indústria do álcool aproxima-se do polo do tabaco quanto à atribuíbilidade, dada a robustez do nexos entre o consumo e determinadas doenças, mas dele se afasta um tanto na mensurabilidade, pela maior dificuldade de isolar os padrões de consumo e os seus efeitos, o que a mantém em posição intermediária, ainda que mais próxima do legítimo. A indústria de ultraprocessados ocupa o meio do espectro, porque, embora cresça a evidência que os associa a doenças crônicas, o nexos ainda é menos específico, e a atribuição a produtos e a fabricantes determinados é mais difícil, o que aproxima a hipótese do arbitramento. E a mineração, quando o custo público decorra de um dano ambiental delimitado, de fonte e área identificáveis, pode aproximar-se do polo legítimo, ao passo que, tratando-se de danos difusos e de longo prazo, desliza para o polo oposto, o que mostra que um mesmo setor pode ocupar posições distintas conforme a concretude do dano de que se cuida.

O que o critério oferece, portanto, não é uma resposta única para toda litigância estatal de recuperação de custos, mas um modo de discriminá-la, distinguindo aquela em que o Judiciário aplica um dever preexistente a um custo que a técnica permite balizar daquela em que só condena ao preço de arbitrar uma repartição que compete aos poderes políticos. Aplicado à ação da Advocacia-Geral da União, ele a situa no campo da litigância legítima, porque nela os parâmetros essenciais da obrigação, o custo, o nexos, a parcela imputável, são balizados pela técnica e pelo ordenamento, e não criados pela sentença. Isso não antecipa o resultado do processo, que depende da prova e do convencimento do juízo sobre a exatidão da apuração, questão de mérito que a este trabalho não cabe resolver; afirma, antes, que a via escolhida não usurpa a função legislativa, e que a objeção da separação de poderes, examinada em sua melhor formulação, não a alcança. Distinguir a litigância legítima da substituição da política pela via processual é, no fim, uma distinção de grau, e não de natureza: não a que separa o juiz que interpreta do que aplica de modo mecânico, distinção que a teoria do direito há muito desfez, mas a que separa a decisão em que predomina a aplicação de critérios que o ordenamento já oferece daquela em que predomina a criação, pelo juiz, dos critérios que a lei deixou de fornecer. É nessa gradação, e não na recusa apriorística da modalidade, que reside o limite que a função social do direito autoriza e a separação de poderes exige.

CONCLUSÃO

Este trabalho partiu de uma dificuldade de classificação: a de saber se a ação em que a Advocacia-Geral da União busca das fabricantes de cigarro o ressarcimento dos gastos do Sistema Único de Saúde constitui controle judicial de políticas públicas ou mera responsabilidade civil. A resposta que se sustentou foi a de que o conceito consolidado do instituto, fixado no modelo prestacional em que o cidadão demanda do Estado uma prestação, é estreito demais para apreender o que ali se passa, e que o caso revela uma segunda face do controle judicial de políticas públicas, menos teorizada pela doutrina brasileira, a que se deu o nome de recuperação de custos.

Convém reafirmar, ao fim, o que essa formulação pretendeu e o que não pretendeu. Ela não é uma defesa da ação concreta, cujo mérito permanece em aberto, embora os autos já se encontrem conclusos para sentença, mas uma proposta de compreensão: a de que existe uma modalidade em que não é o particular que aciona o Estado para obter uma prestação, e sim o Estado que recorre ao Judiciário para que quem exerce uma atividade lícita assumam os custos que ela transfere a uma política pública. A ação da Advocacia-Geral da União foi, aqui, menos o objeto e mais o caso revelador dessa modalidade, o que permitiu isolá-la e submetê-la às perguntas que dela decorrem.

Ao percorrê-las, procurou-se mostrar que a modalidade encontra fundamento na função social do direito, que não admite que o exercício de uma atividade econômica transfira sistematicamente à coletividade os custos que gera, e que ela sobrevive às objeções que suscita: a de que a objeção democrática a inviabilizaria, quando na verdade essa objeção se desloca, sem alcançar o juiz provocado pelo próprio Estado; a de que a tributação já daria conta desses custos, quando tributo e ressarcimento cumprem funções distintas; e a de que a via da sentença seria imprópria, quando o que o direito comparado revela é apenas que o instrumento aqui escolhido é o menos percorrido, não o vedado. Sobre todas, prevaleceu a distinção que organiza o argumento: a de que aplicar um dever que a lei já contém não é o mesmo que criar, por sentença, a escolha que compete aos poderes políticos.

Dessa distinção resultou o limite, que se procurou converter em critério operacional. A recuperação de custos é legítima enquanto os elementos essenciais da obrigação, o custo, o nexos, a parcela imputável, são balizados pela técnica e pelo ordenamento, e deixa de sê-lo quando a condenação só se torna possível ao preço de o juiz arbitrar uma repartição que a lei não traçou. Entre esses polos, os casos se graduam, e o critério proposto, assentado na mensurabilidade do custo, na sua atribuíbilidade à atividade e na natureza da operação exigida do juiz, serve para localizá-los, distinguindo a litigância que aplica direito daquela que, sob a aparência de aplicá-lo, cria política. Aplicado à ação examinada, ele a situa no campo da litigância legítima, sem que isso anteceda o mérito.

O que fica, mais do que uma resposta sobre um processo, é uma chave de leitura. Reconhecer a recuperação de custos como segunda face do controle judicial de políticas públicas, e nomear o limite que a acompanha, é reabrir um capítulo que a doutrina brasileira,

fixada no modelo prestacional, ainda não percorreu, e cujo desenvolvimento outros litígios, para além do tabaco, hão de exigir. A tarefa que aqui se cumpriu foi a de abrir esse capítulo e oferecer-lhe um primeiro critério; a de refiná-lo, à medida que a litigância estatal se multiplique, é convite que se deixa em aberto.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Valter Shuenquener de; PORFIRO, Camila Almeida. O procedimento e a efetividade dos litígios estruturais: os modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 89-122, 2024.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Petição inicial da Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100*. 1ª Vara Federal de Porto Alegre. Porto Alegre, 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023*. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, 2023.
- BRASIL. Justiça Federal da 4ª Região. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. *Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100*. 1ª Vara Federal de Porto Alegre. Autora: União; rés: Souza Cruz S.A. e outras. Porto Alegre, 2019.
- BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Brasília, 1966.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília, 2002.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. *Parecer na Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100*. Porto Alegre, 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMPAIGN FOR TOBACCO-FREE KIDS et al. *Broken Promises to Our Children: a State-by-State Look at the 1998 Tobacco Settlement 20 Years Later*. Washington, D.C., 2018.
- CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA (INCA). *Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos*. Rio de Janeiro: INCA, 2017.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- PINTO, Márcia et al. Carga do tabagismo no Brasil e benefício potencial do aumento de impostos sobre os cigarros. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 8, e00129118, 2019.

SOUZA CRUZ LTDA. *Contestação apresentada na Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100*. 1ª Vara Federal de Porto Alegre. Porto Alegre, 2020.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 129-143, out./dez. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989.

VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider; KOZICKI, Katya. Litígios estruturais e controle judicial de políticas públicas no Brasil: do monólogo ao diálogo. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 137-173, 2025.

VISCUSI, W. Kip. Tobacco: Regulation and Taxation through Litigation. In: VISCUSI, W. Kip (ed.). *Regulation through litigation*. Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002. p. 22-66.