

Direito à saúde e nocividade do tabaco: discrepâncias entre a jurisprudência do STF e do STJ

Right to health and tobacco harmfulness: discrepancies between the jurisprudence of the Supreme Court and the Superior Court of Justice

Adalberto de Souza Pasqualotto*

RESUMO

O Superior Tribunal de Justiça – STJ – tem remansosa jurisprudência negando direito de indenização aos fumantes e às suas famílias quando buscam reparação dos danos à saúde causados pelos produtos derivados do tabaco. Para o STJ, prevalece o livre arbítrio do fumante ao decidir fumar, ainda que conhecendo os riscos à saúde inerentes ao consumo de tabaco. O tribunal também considera que, à luz do Código de Defesa do Consumidor, o cigarro não é um produto defeituoso, por não oferecer legítima expectativa de segurança ao consumidor. Aparentemente, a orientação do STJ contrasta com decisões do Supremo Tribunal Federal – STF – que dão primazia à proteção de bens como a saúde e o meio ambiente quando colocados em risco por interesses econômicos. O presente artigo procura enfatizar o contraste entre as duas orientações, especialmente após a decisão do STF que considerou constitucional a proibição da publicidade de tabaco.

Palavras-chave: indenização para fumantes; direito à saúde; proibição da publicidade de tabaco; defesa do consumidor.

ABSTRACT

The Superior Court of Justice - STJ - has a long-standing case law denying the right to compensation to smokers and their families when they seek compensation for damage to health caused by tobacco products. For the STJ, the free will of the smoker prevails when deciding to smoke, even if he/she knows the health risks inherent in tobacco consumption. The court also considers that, under the Consumer Protection Code, cigarettes are not defective products, as they do not offer legitimate expectations of safety to the consumer. Apparently, the STJ's orientation contrasts with decisions of the Federal Supreme Court - STF - which give primacy to the protection of goods such as health and the environment when put at risk by economic interests. The present article seeks to emphasize the contrast between the two orientations, especially after the STF decision that considered constitutional the prohibition of tobacco advertising.

Keywords: compensation for smokers; right to health; ban on tobacco advertising; consumer protection.

1 Introdução

O presente artigo trata de um aparente paradoxo na observação comparativa entre a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal – STF – sobre o direito à saúde em situação de conflito com a livre iniciativa e decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ – que indeferem pleitos indenizatórios em favor de vítimas de doenças causadas pelo tabaco. Enquanto o STF tem proclamado a primazia do direito à saúde sobre interesses da iniciativa privada, o STJ não confere valor preferencial à proteção da saúde dos fumantes, em que pese o reconhecimento científico da alta nocividade do tabaco, dando maior relevância à decisão individual de fumar.

Talvez o STJ ainda esteja vivendo o que já se designou como “processo digestório” dos direitos fundamentais, do mesmo modo que aconteceu com a doutrina e com o próprio STF¹. A doutrina predominante, nos primeiros tempos de vigência do texto constitucional de 1988, falava no caráter meramente programático de certas normas de

  Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ex-presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. Professor Titular de Direito do Consumidor nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PUCRS. Email: propesq@puhrs.br

¹ Sobre a lenta assimilação do novo paradigma constitucional de 1988: PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, [s. l.], v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99.

direitos fundamentais, tendo passado por um processo de adaptação até o reconhecimento pleno da nova ordem constitucional. Semelhante processo ocorreu com a nossa jurisprudência constitucional. Somente onze anos depois da promulgação da Constituição, em 1999, o STF adotou uma primeira decisão de reconhecimento da efetividade do direito à saúde². A partir desse julgado, a jurisprudência do STF passou por uma fase de amadurecimento até se tornar enfática no sentido de que “[O] direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” e o poder público que denegá-lo incidirá “em grave comportamento inconstitucional”³.

Ainda que as decisões do STF se refiram ao direito à saúde relacionada a políticas públicas, estas servem de parâmetro para os propósitos deste estudo, e talvez com sobra de razão, pois enquanto nos casos julgados pela Corte Constitucional o custo do socorro aos afetados é solidariamente distribuído por toda a sociedade, as decisões do STJ, ao contrário, oneram a sociedade toda, na medida em que as doenças causadas pelo tabaco sobrecarregam o sistema público, causando prejuízos diretos e indiretos que chegam à ordem de 57 bilhões de reais, enquanto a arrecadação de tributos pagos pela indústria tabaqueira limita-se a 13 bilhões de reais⁴. Essa carga poderia ser consideravelmente aliviada se as ações individuais de indenização propostas pelos fumantes adoecidos ou por suas famílias fossem julgadas procedentes.

Valendo-se do método dedutivo e tendo como base pesquisa bibliográfica realizada na jurisprudência do STF e do STJ, em doutrina jurídica e sanitária publicada em periódicos nacionais e estrangeiros e em documentos e sítios eletrônicos de organismos nacionais e internacionais ligados ao tema, o presente artigo se propõe a evidenciar a divergência da orientação do STJ nas demandas indenizatórias relativas a doenças causadas pelo tabagismo quando confrontadas com os valores que emanam das decisões do STF a respeito do direito à saúde.

2 Produtos nocivos: níveis de risco e de advertência

O Recurso Especial nº 1.113.804-RS, julgado em 27/4/2010, tornou-se o *leading case* do STJ, isentando a indústria do tabaco de responsabilidade por danos à saúde causados pelo tabagismo. Um dos fundamentos da decisão é considerar o cigarro como produto *potencialmente* nocivo (art. 9º, do Código de Defesa do Consumidor [CDC]), rejeitando a classificação do produto como *altamente* nocivo ou perigoso para a saúde (nos termos do art. 10). Aduz a decisão:

- a) a Constituição, no art. 220, § 4º, explicitamente, “chancela a comercialização do cigarro no território nacional, impondo restrição apenas à publicidade do produto”;
- b) pensar de modo contrário seria “interpretar a Constituição à luz do Código de Defesa do Consumidor, o que é, à evidência, impraticável”;
- c) além disso, se estaria ressuscitando o vetado art. 11, do CDC⁵;

² “COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. [...] SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a síndrome da imunodeficiência adquirida”. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em agravo de instrumento n. 238.328-0/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Carlos Fernando Becker. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, 18 fev. 2000. O roteiro das primeiras decisões de STF em matéria de saúde foi registrado por Pedron e Duarte Neto no artigo citado.

³ Supremo Tribunal Federal. Agravo no recurso extraordinário n. 271.286-8/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 24 nov. 2000.

⁴ Dados reportados a 2017, segundo o Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/custos-atribuveis-ao-tabagismo>. Acesso em 31 jul. 2022. Visando corrigir a apontada distorção, a Advocacia-Geral da União ajuizou ação de reparação em favor contra os dois maiores fabricantes de cigarros instalados no Brasil, em razão das despesas suportadas pelo Sistema Único de Saúde – SUS – no tratamento de doenças tabaco relacionadas. Notícia a respeito no sítio eletrônico da AGU. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/fabricantes-de-cigarros-tem-30-dias-para-responder-acao-da-agu-877836>. Acesso em 31 jul. 2022. O nexo entre tributos da indústria do tabaco e custeio das despesas com o tratamento das doenças dos fumantes foi ressaltado no julgamento da Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.657 pelo Min. Joaquim Barbosa: “[...] há as vicissitudes e as idiosincrasias próprias do mercado da indústria do cigarro, que segundo se alega podem justificar o tratamento fiscal diferenciado e mais rigoroso, tanto por questões de saúde pública (custeio dos serviços de profilaxia e tratamento das doenças causadas pelos produtos da indústria do tabaco)[...]” (STF. Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.657-MC, relator para o acórdão Min. Cezar Peluso, j. 27/06/2007). Alusão semelhante foi feita no julgamento do mérito, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que deu pela legalidade do cancelamento de registro especial de empresa do ramo por inadimplemento tributário: “O Estado aceita o desenvolvimento da atividade [de fabricação de cigarros] em comento especialmente pela arrecadação tributária dela decorrente, como contrapartida dos malefícios causados pelo produto comercializado”. A decisão do TRF-2 foi posteriormente mantida pelo STF (RE 550.769-RJ, comentado adiante), cujo acórdão cita a decisão aqui mencionada.

⁵ O artigo vetado assim dispunha: “Art. 11 – O produto ou serviço que, mesmo adequadamente utilizado ou fruído, apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade será retirado imediatamente do mercado pelo fornecedor, sempre às suas expensas, sem prejuízo da responsabilidade pela reparação de eventuais danos”.

- d) a história demonstra “os efeitos desastrosos de se proibir a comercialização de produtos intimamente ligados ao cotidiano de um país, como ocorreu nos Estados Unidos da América com a chamada ‘Lei Seca’”.

Embora seja plausível que o art. 220, § 4º, ao impor restrições à publicidade dos produtos e serviços que menciona, implicitamente admite a sua produção e comercialização (sendo, pois, verdadeiro o argumento *a*), as afirmações feitas em *b*, *c* e *d* não são corretas, conforme se pretende demonstrar a seguir.

2.1 Produtos altamente nocivos ou perigosos não são, ipso facto, proibidos

Todos os produtos e serviços mencionados no art. 220, § 4º, da Constituição, são admitidos no mercado, embora ofereçam “malefícios decorrentes de seu uso”⁶. A periculosidade não constitui causa determinante da proibição do produto. A solução é uma adequada regulação e fiscalização. Há um exemplo didático no caso dos agrotóxicos, produtos rigorosamente fiscalizados por representarem ameaça ao meio ambiente. A Lei 7.802/1989 exige que eles sejam previamente registrados em órgão federal – no caso, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

Em fevereiro de 2020, uma portaria ministerial – Portaria MAPA nº 43, de 21/2/2020 – estabeleceu a “aprovação tácita” da liberação de agrotóxicos e outros produtos químicos de alta periculosidade à saúde humana e animal por simples decurso do prazo para manifestação da Secretaria de Defesa Agropecuária.

Em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 656 –, o plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da portaria⁷, não admitindo o afrouxamento das medidas de vigilância. Portanto, não são corretos os argumentos *b* e *c*, ou seja: produtos de alta periculosidade podem ser permitidos, desde que sejam devidamente controlados. Aliás, o veto ao art. 11 deixa claro que a retirada mandatária do mercado de produto altamente nocivo ou perigoso não é necessariamente a política a ser seguida. Se um produto oferece risco grave à vida e à segurança, é imprescindível a atuação do Estado na regulação e na fiscalização para o correto cumprimento das normas de controle. Nesse particular, o CDC, demais leis e regulamentos apenas implementam o disposto na própria Constituição.

2.2 A política de controle do tabaco não cogita de proibir a produção e comercialização do produto

Quanto ao argumento *d* (a história demonstra o desastre da proibição da “comercialização de produtos intimamente ligados ao cotidiano de um país”, como ocorreu com a Lei Seca nos Estados Unidos), o paralelo com o tabaco é impróprio. A proibição da produção e comércio de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos em 1920 ocorreu em contexto histórico, geográfico e social totalmente diverso. Aqui e agora não se cogita do banimento do tabaco⁸. A política em vigência tem por finalidade “reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco”, conforme expressa o art. 3º, da Convenção Quadro de Controle do Tabaco – CQCT⁹ – política à qual o Brasil aderiu e vem implementando vigorosamente, de modo especial a partir da edição da Lei 9.294/1996.

A tolerância com o tabaco, malgrado a sua nocividade, é justamente para evitar resultados colaterais desastrosos de uma política interventiva e radical, como ocorreu com a Lei Seca nos Estados Unidos. A interdição do produto certamente levaria ao incremento do contrabando, elevando os índices de criminalidade. Por isso, a política de Estado mais aconselhável é de aceitação da presença do produto no mercado, em paralelo com políticas que visem à redução do consumo, conforme decidiu exemplarmente a Corte Constitucional da Colômbia em 2010. O julgado proclamou que o Estado deve desestimular determinadas atividades econômicas que, embora lícitas,

⁶ Em julgamento no STF, o Ministro Dias Toffoli disse que a norma do art. 220, § 4º, CF, “não tem o intuito de ser limitativa da restrição a propagandas tão somente dos produtos nela descritos” (ADI nº 4.613-DF, Rel. Dias Toffoli, j. 20/09/2018. Maiores comentários à frente).

⁷ BRASIL. STF. ADPF 656-DF. Plenário virtual. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22/6/2020.

⁸ É bem verdade que disso já se cogita na Austrália – o chamado *tobacco end game* – mas como culminância de uma política pública de longo prazo. A esse propósito: <https://tobacco-endgame.centre.uq.edu.au/>. Acesso em 15 mar. 2023. No Brasil, há autores que defendem a proibição de produtos derivados do tabaco, porque a nocividade não advém “da forma do consumo, mas sim do próprio consumo”. Veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço defeituosos: a questão do tabaco. *Revista Jurídica*, nº 370, agosto 2008, p. 29 a 41.

⁹ OMS. CQCT. Art. 3. Objetivo. O objetivo da presente Convenção e de seus protocolos é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, proporcionando uma referência para as medidas de controle do tabaco, a serem implementadas pelas Partes nos níveis nacional, regional e internacional, a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco.

acarretam prejuízos à sociedade e danos a terceiros, cabendo ao legislador dispor regras que configurem um *mercado passivo* do produto nocivo, permitindo, de um lado, a sua produção e comercialização e, de outro, fixando políticas de desincentivo ao consumo, pois uma interdição total poderia gerar um mercado ilícito¹⁰. Em raciocínio semelhante, o Ministro Cezar Peluso, em *obiter dictum*, declarou que a fabricação de cigarros “é meramente tolerada pelo Poder Público, que a respeito não tem alternativa política e normativa razoável”¹¹.

Na doutrina nacional, Amanda Flávio de Oliveira propõe o desenvolvimento de uma política econômica de desestímulo ao consumo e à produção de tabaco a partir da ponderação entre valores ou vantagens e desvantagens da produção e consumo concorrencialmente livres. Seu fundamento teórico é o “direito de não fumar”, decorrente da conjugação dos direitos à vida e à liberdade, que demandam defesa e prestação por parte do Estado. A política de desestímulo ao tabaco seria uma forma de acesso à vida digna¹².

Outro exemplo de tolerância a produto altamente nocivo, com tendência à eliminação do uso, é o amianto, um mineral de larga utilização industrial. Uma de suas aplicações mais conhecidas ocorre na construção de telhas e caixas d’água. Estimou-se que no Brasil em torno de 50% das residências eram cobertas por telhas onduladas de amianto e 80% das caixas d’água eram fabricadas com o mesmo material¹³. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066, o plenário do STF, levando em consideração o consenso médico sobre a contração de doenças graves como efeito direto à exposição ao amianto e a impossibilidade de sua exploração econômica segura, decidiu que a tolerância ao uso do produto, estabelecida na Lei 9.055/1995, “não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado” e “tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil”¹⁴. A maioria decidiu pela inconstitucionalidade da lei em questão, embora sem quórum suficiente para atribuir eficácia vinculante ao julgado.

O tabaco, assim como o amianto, não oferece possibilidade de consumo seguro. Em razão dos efeitos da nicotina, droga psicoativa causadora de dependência, o tabagismo é classificado como doença e incluído pelo Código Internacional de Doenças (CID-10) no grupo de transtornos mentais e de comportamento. Os afetados não são apenas os fumantes, mas também os que inalam a fumaça involuntariamente por se encontrarem no mesmo ambiente físico de consumo dos produtos derivados do tabaco – os chamados fumantes passivos¹⁵.

A legislação brasileira contempla políticas públicas de prevenção dos efeitos deletérios do tabaco sobre a saúde. Um exemplo é o Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013). A política de atenção à saúde do jovem deve incluir temas e campanhas educativas relativas ao consumo de álcool, tabaco e outras drogas “como causadores de dependência” (art. 20, incisos IV e X). É relevante a causalidade direta estabelecida em lei entre tabaco e dependência, o que apenas reflete o consenso científico na matéria.

2.3 Utilidade e risco de produtos perigosos

Ainda que o uso de um produto comporte certo grau de risco, o que se almeja é a sua utilidade social. Os medicamentos, por exemplo, podem produzir efeitos colaterais indesejáveis, mas o benefício que produzem é bem maior. Não se cuida, portanto, de impedir a circulação de produtos unicamente pelo fato da existência de efeitos adversos implicados no seu uso, mas de controlar a ocorrência das possíveis adversidades. O meio apropriado para alcançar a maximização de benefícios com a minimização de incidentes negativos (além, naturalmente, da adequada tecnologia de produção) é a informação. O consumidor precisa ser informado sobre o modo adequado de usar um produto e a maneira de evitar problemas incidentais ao uso. Para isso, o CDC cuida não só de reparar, mas de prevenir danos, imputando ao fabricante ou produtor o dever de advertência, porque é esse agente econômico que pode “antever o uso ou usos razoáveis que dele [produto] possam vir a ser feitos e prever os riscos conexos, elemento a sopesar na análise da sua utilidade ou custos e benefícios”¹⁶.

¹⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-830/10. J. 20/10/2010. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-830-10.htm>. Acesso em: 25 out. 2021.

¹¹ STF. Ação Cautelar em Medida Cautelar nº 1.657-6-RJ, rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, j. 22/7/2007. Maiores comentários adiante sobre este acórdão.

¹² OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Direito de (não) fumar**: uma abordagem humanista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, especialmente p. 123 e seguintes.

¹³ Conforme afirmado na ADI 4.066-DF.

¹⁴ BRASIL. STF. ADI 4.066-DF. Rel. Min. Rosa Weber, j. 24/8/2017.

¹⁵ Conforme INCA. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/tabagismo/tabagismo-passivo>. Acesso em 26 out. 2021.

¹⁶ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 529. A responsabilidade do produtor (nomenclatura dominante no direito português) é paradigmática de um regime especial de responsabilidade civil relativo à distribuição dos riscos (FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p.128).

Os artigos 8º, 9º e 10 imputam ao fornecedor o dever de informar os riscos dos produtos e serviços. Considerando-se que são diferentes os níveis de periculosidade, esses artigos constituem uma escala progressiva de risco. Cada nível da escala contempla as medidas e advertências capazes de proporcionar um uso seguro dos produtos correspondentes à respectiva categoria de risco.

O art. 8º cuida de produtos que acarretam riscos “considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”. É propriamente o que é chamado de *risco inerente*, como ocorre com as facas de cozinha, que devem ser afiadas para servirem adequadamente à sua finalidade, demandando do consumidor apenas os cuidados próprios à utilização do produto condizente com o seu fim.

O art. 9º contempla produtos detentores de *nocividade potencial*. Assim, compete ao fornecedor prevenir danos mediante informações ostensivas e adequadas a respeito da nocividade ou periculosidade do produto. É o caso dos medicamentos; a bula deverá informar as indicações de uso e as propriedades terapêuticas, assim como as contraindicações, os efeitos colaterais e as interações medicamentosas.

Antônio Herman Benjamin, autor da teoria da qualidade, afirma que os produtos podem apresentar uma periculosidade que lhes é *inerente ou latente* (normal e previsível em decorrência da natureza e fruição do produto) ou periculosidade *adquirida* (adjudicada a produtos que se tornam perigosos em razão de um defeito). Como lembra Bruno Miragem, “a falha que caracteriza o defeito está na anormalidade do risco”; produtos com riscos elevados devem ser avaliados “em comparação à utilidade que deles se obtém”¹⁷.

O defeito pode derivar do projeto, da fabricação ou de informações insuficientes ou inadequadas sobre o uso e os riscos do produto. Produtos úteis podem oferecer riscos por utilização imprópria, como os medicamentos, se administrados em desacordo com as indicações terapêuticas corretas. Por isso, a informação é o meio próprio para prevenir danos ao consumidor.

Já o art. 10 versa sobre produtos com *alto grau de nocividade ou periculosidade*, chamados, por Antônio Herman Benjamin, de produtos com *periculosidade exagerada*, pois a *informação prestada aos consumidores a respeito deles não produz maior resultado na mitigação dos riscos*. Nesses casos, conforme Benjamin, há “imensa desproporção entre custos e benefícios sociais da sua [de tais bens] produção e comercialização”. Inspirado no direito norte-americano, Benjamin indica alguns critérios para identificar produtos de periculosidade exagerada: se o dano hipoteticamente causado pelo produto é de grande gravidade; se o risco do produto não pode ser eliminado pelo exercício de cuidado razoável; e que valor tem a atividade (ou o produto) para a comunidade¹⁸.

Indo por trilha semelhante, João Marcello de Araújo Júnior socorreu-se da *teoria dos padrões* para expressar que a *nocividade de alto grau* estará presente “sempre que o produto ou serviço estiver contido entre aqueles que a experiência internacional ou nacional relacionou dentre os que provocam, necessariamente, danos à vida e à saúde dos consumidores”¹⁹.

Por conseguinte, a classificação de um produto em uma determinada categoria de risco não pode ser arbitrária. O grau de nocividade ou periculosidade deve ser aferido de modo objetivo, de acordo com estudos empíricos sobre a potencialidade e a magnitude dos danos que podem ser causados pelo produto.

O risco de um produto é considerado *objetivo* quando é reconhecido como algo externo à percepção ou interpretação individual ou social; os efeitos associados ao produto são independentes de qualquer avaliação puramente subjetiva; e a magnitude dos danos fundamenta-se em uma noção estatística, universal e absoluta – universal –, porque está presente em todos os países onde o produto ou a técnica a ele inerente é praticada e absoluta por apresentar a mesma incidência e probabilidade de ocorrência do dano em qualquer lugar²⁰.

Um dos modos de avaliação objetiva do risco de um produto se expressa pela fórmula $Rie [t = (Ai, Ve)]t$, em que Ai representa a probabilidade de que ocorra um fato de determinada intensidade – i – durante um tempo de exposição – t –, de algo ou alguém vulnerável – Ve – e exposto ao risco. O risco Rie se expressa como a

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.701.

¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. Comentários aos artigos 12 a 27. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, especialmente p.49a 53. Também pode ser encontrado em: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142 a 145.

¹⁹ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Comentários aos artigos 8º a 17. In: CRETELLA JÚNIOR, José; DOTTI, Renê Ariel (coord.); ALVES, Geraldo Magela (org.). **Comentários ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Ressalte-se que nem Araújo Júnior, nem Benjamin, citado anteriormente, referem-se expressamente ao tabaco ou a outro produto específico. Ambos falam apenas em tese.

²⁰ RAMIREZ, Omar Javier. Riesgos de origen tecnológico: apuntes conceptuales para una definición, caracterización e reconocimiento de las perspectivas de estudio del riesgo tecnológico. **Revista Luna Azul**, [s.l.], n.29, jul.-dez. 2009. Disponível em: http://lunazul.ucaldas.edu.co/downloads/Lunazul29_9.pdf. Acesso em 23/10/2021.

probabilidade de que o elemento e sofra uma perda durante o tempo de exposição como consequência de um fato t com intensidade maior do que i . Assim, o risco é entendido como a probabilidade de perda durante um dado período de tempo t , resultado da concretização da ameaça e da condição de vulnerabilidade. As avaliações de risco são comumente aplicadas ao desenvolvimento de projetos industriais, mas servem de parâmetro para considerar o impacto social do dano. Um estudo de 2019 fez uma revisão integrativa da literatura sobre sistemas de avaliação de riscos para desenvolvimento de novos produtos e ressaltou que a “criticidade do risco” decorre do “cruzamento entre a severidade ou impacto do risco e a probabilidade de ocorrência”²¹.

Conceitos semelhantes são vigentes em ambiente normativo. A União Europeia – UE – designa quatro etapas a serem seguidas na avaliação de riscos, a saber: a) a identificação do perigo (que agentes podem produzir um determinado efeito nocivo); b) a caracterização do perigo (estimar, em termos quantitativos e qualitativos, a natureza e gravidade dos efeitos nocivos); c) avaliação da exposição (estimação quantitativa ou qualitativa da probabilidade de exposição ao agente nocivo, com o aporte de dados relativos à probabilidade de contaminação ou exposição da população ao perigo); d) a caracterização do risco (estimação qualitativa ou quantitativa da probabilidade, frequência ou gravidade do efeito nocivo)²².

Dados fornecidos por diversas instituições internacionais, como a ONU e a Organização Mundial da Saúde – OMS –, e no Brasil pelo Instituto Nacional do Câncer, permitem dimensionar o risco do tabaco. Segundo relatório de 2021 da Organização Mundial da Saúde, há 1 bilhão de fumantes no mundo, sendo o tabaco responsável por 8 milhões de mortes por ano. Por isso, o tabagismo é considerado uma epidemia²³. O tabaco está relacionado a mais de 50 enfermidades, incluindo vários tipos de câncer, doenças do aparelho respiratório e cardiovasculares²⁴. Aplicando esses dados aos quatro critérios de avaliação de risco da União Europeia, temos que:

- a) *identificação do perigo*: o tabaco é uma epidemia global, assim declarada pela OMS, que publica um relatório anual sobre a situação mundial²⁵;
- b) *caracterização do perigo*: a nocividade do tabaco para a saúde humana se manifesta como causa de mais de 50 enfermidades, incluindo vários tipos de câncer, doenças do aparelho respiratório e cardiovasculares²⁶;
- c) *avaliação da exposição*: segundo dados das Nações Unidas, há 1,1 bilhão de fumantes no mundo²⁷, pessoas que estão potencialmente expostas ao risco de doenças relacionadas ao tabaco; além do fumante, o tabaco pode afetar também a saúde de não fumantes; no Brasil, segundo 8,4% da população acima de 18 anos de idade estão expostos ao fumo passivo em casa ou no trabalho²⁸;
- d) *caracterização do risco*: o tabaco produz mais de 8 milhões de mortes por ano em razão das doenças que causa, segundo a OMS²⁹.

A referida Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral da ONU em 2005 e assinada por 168 países, inclusive o Brasil, teve como motivo, precisamente, as evidências

²¹ SOUZA, Sara Marque O. A.; BEAL, Valter Estevão. Avaliação do gerenciamento de riscos para desenvolvimento de novos produtos e tecnologia: revisão integrativa de literatura. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE INOVAÇÃO E TECNOLOGIA, 5., 2019, São Paulo. **Anais eletrônicos** [...]. São Paulo: Blucher, 2019. Disponível em: <https://pdf.blucher.com.br/engineeringproceedings/siintec2019/13.pdf>. Acesso em 31 jul. 2022.

²² Tais critérios constam na Comunicação das Comunidades Europeias relativa ao princípio da precaução. Disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21676661-a79f-4153-b984-aeb28f07c80a/language-pt>. Acesso em 3 ago. 2022.

²³ Conforme OPAS. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/27-7-2021-oms-relata-progresso-na-luta-contras-epidemia-tabaco-e-destaca-ameaca>. Acesso em 27 out. 2021. Relatório completo disponível em: <https://www.who.int/teams/health-promotion/tobacco-control/global-tobacco-report-2021>. Acesso em 27 out. 2021.

²⁴ Conforme o Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/perguntas-frequentes/quais-sao-doencas-causadas-pelo-uso-cigarro-e-outros-produtos-derivados-tabaco>. Acesso em 27 out. 2021.

²⁵ WHO report on the global tobacco epidemic 2021: addressing new and emerging products. WHO, [s. l.], 17 ago. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/teams/health-promotion/tobacco-control/global-tobacco-report-2021>. Acesso em 31 jul. 2022.

²⁶ Conforme o Instituto Nacional do Câncer. **Quais são as doenças causadas pelo uso do cigarro e outros produtos derivados de tabaco?**. Brasília: INCA, jun. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/tabagismo>. Acesso em 27 out. 2021.

²⁷ 1,1 BILHÃO de pessoas fumam no mundo. **ONU News**, [s. l.], 26 jul. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/07/1681511>. Acesso em 31 jul. 2022.

²⁸ Conforme dados publicados pelo Instituto Nacional do Câncer no documento Monitoramento da epidemia de tabagismo no Brasil a partir de dados da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE 2019). Brasília: INCA, set. 2021. Disponível em: https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files/media/document/parceirostobaco_setembro_pense2019_new_1.pdf. Acesso em 31 jul. 2022.

²⁹ World Health Organization. Tobacco. **WHO**, [s. l.], 31 jul. 2022. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>. Acesso em 31 jul. 2022. World Health Organization. Tobacco. **WHO**, [s. l.], 31 jul. 2022. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/>

científicas que atestam a nocividade do tabaco sobre a saúde humana. Os dois primeiros considerados da CQCT aludem à epidemia de tabagismo e às suas “devastadoras consequências sanitárias”:

“*Reconhecendo* que a propagação da epidemia do tabagismo é um problema global com sérias consequências para a saúde pública, que demanda a mais ampla cooperação internacional possível e a participação de todos os países em uma resposta internacional eficaz, apropriada e integral; *Tendo em conta* a preocupação da comunidade internacional com as devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo[...]” (INCA, 2015, p.28).

- Diante desse quadro, não há como não considerar o tabaco um produto apenas *potencialmente nocivo* (art. 9º, CDC), sendo imperioso incluí-lo no patamar de maior risco – produto de *alto grau de nocividade ou periculosidade* (art.10).

2.4 O cigarro é um produto com defeito de concepção

Defeitos podem originar-se da concepção do produto (chamado de *design* no direito norte-americano e de *projeto*, no CDC), do processo de fabricação ou de informações inadequadas ou insuficientes sobre o seu uso e os riscos que apresenta³⁰. Há substancial diferença entre essas três espécies de defeitos. Enquanto os defeitos de fabricação e de informação constituem falhas nos processos de produção e de comercialização – falhas que, uma vez corrigidas, isentam o produto – os defeitos de *design* são originais, estão *no* produto. Por isso, não podem ser corrigidos mediante procedimentos técnicos ou condutas ativas, como os defeitos de fabricação ou de informação.

Os produtos derivados do tabaco apresentam defeito de concepção³¹, uma vez que o tabaco contém nicotina, uma substância psicoativa que produz dependência. Na mais recente revisão da classificação estatística internacional de doenças – CID 11 –, publicada em 2022, e repetindo o que é registrado desde 1992, o tabagismo integra o grupo de “transtornos mentais, comportamentais ou do neurodesenvolvimento”, em razão da presença de nicotina³². Segundo José Rosemberg, professor de Tuberculose e Pneumologia da PUC-SP, “a nicotina contida no tabaco é a responsável pelo desencadeamento da dependência químico-física do tabagista. Se o tabaco não contivesse nicotina, o seu consumo não geraria dependência e fumar não passaria de um hábito que poderia ser abandonado facilmente”³³.

Ao ser inalada, a nicotina atinge rapidamente o cérebro, causando alterações no sistema nervoso central que influenciam o estado emocional e o comportamento do fumante. Por efeito da nicotina, o cérebro libera neurotransmissores que estimulam uma sensação fugaz de prazer. Com a inalação contínua da nicotina, o cérebro reclama doses cada vez maiores para manter o mesmo nível de satisfação. Esse efeito é chamado de tolerância à droga. Com o passar do tempo, o fumante passa a ter necessidade de consumir cada vez mais cigarros³⁴. Informar sobre a periculosidade, como é feito mediante as advertências sanitárias obrigatórias, embora seja positivo para a conscientização pública³⁵, em nada atenua o defeito do produto³⁶, que é inerente à sua natureza, portanto, insuperável.

³⁰ Essa classificação é originária da Seção 402A do *Restatement (Second) of Torts*, que orienta sobre responsabilidade de produtos nos Estados Unidos (mantida na reforma de 1998 – *Restatement [Third] of Torts: Product Liability*), e foi recepcionada no art. 12, do CDC. Nesse sentido, a doutrina nacional é uníssona, desde a obra matriz nessa matéria, editada no alvorecer do CDC: BENJAMIN, Antonio Herman. Comentário aos artigos 12 a 27. In: Juarez de Oliveira (Coord.). **Comentários ao Código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 51.

³¹ “Cigarettes are inherently dangerous products”, disse Gro Harlem Brundtland, discursando como diretora-geral da OMS, em 1999.

³² Conforme o Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/es/node/1797>. Acesso em 22 jul. 2022. Classificação completa disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentfity%2f590211325>. Acesso em 22 jul. 2022.

³³ ROSEMBERG, José. **Nicotina: droga universal**. Brasília: INCA, 2004. *E-book*. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files/media/document/nicotina-droga-universal.pdf>. Acesso em 22 jul. 2022.

³⁴ Conforme Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/advertencias-sanitarias>. Acesso em 28 out. 2021.

³⁵ Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde, estudos realizados no Brasil, Canadá, Singapura e Tailândia demonstraram que os alertas por imagens aumentam significativamente a conscientização das pessoas sobre os danos do uso do tabaco. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/node/4968>. Acesso em 12 mar. 2022.

³⁶ Nesse sentido, decisão do Tribunal da província de Quebec, Canadá, em julgamento de procedência de ações coletivas contra Imperial Tobacco e JTI-MacDonald, duas das maiores fabricantes de cigarros naquele país: “[...] *voici un bien qui, lorsqu'on en fait précisément l'usage auquel il est destiné, de la manière qui convient, présente néanmoins un danger pour la santé. Un tel danger doit être dénoncé à l'acheteur avant même l'acquisition du bien, s'agissant d'une information essentielle à la décision de se le procurer*». Em tradução livre: eis aí um produto [o cigarro] que, ainda que usado precisamente conforme a sua finalidade, representa um perigo para a saúde. Esse perigo deve ser acusado ao comprador, é uma informação essencial à decisão de compra (p. 78). CANADA. Province de Québec. Cour d'Appel. Greffe de Montreal. Nº 500-09-025385-154, 500-09-025386-152 et 500-09-025387-150 (500-06-000070-983 et 500-06-000076-980). 1/3/2019. Disponível em : https://www.tobaccocontrolaws.org/files/live/litigation/2633/CA_Quebec%20Class%20Action%20Appeal.pdf. Acesso em 14 mar. 2022.

2.5 O que se deve entender por “legítima expectativa de segurança”?

Para o Código de Defesa do Consumidor, um produto ou serviço é considerado defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Esse conceito, como é sabido, foi importado do direito norte-americano, uma das fontes de inspiração do codificador brasileiro. Contudo, no direito norte-americano, introduziu-se posteriormente um novo critério para aferição da segurança de um produto. Trata-se de uma relação entre risco e utilidade, que passou a constar em 1998 no *Restatement (Third) of Torts* como uma referência na avaliação de defeito de *design*. Em 2008, dois autores que dez anos antes haviam trabalhado em favor da introdução do critério no *Restatement*, publicaram um artigo de revisão da jurisprudência celebrando o triunfo. Afirmaram nesse artigo que “o padrão que praticamente todos os tribunais usam no julgamento de produtos com defeito de projeto” é saber se “o fabricante poderia ter optado por um projeto alternativo mais seguro e se, não o tendo feito, o produto se tornou não razoavelmente seguro”³⁷.

Conforme o critério risco-utilidade, um produto é portador de defeito de projeto quando oferece risco desproporcional à sua utilidade.

Para o balanceamento entre risco e utilidade, os tribunais norte-americanos costumam levar em consideração circunstâncias como: a utilidade e conveniência do produto; a probabilidade de o produto causar lesão ao consumidor e a provável gravidade da lesão; a capacidade do fabricante de eliminar o caráter inseguro do produto; o conhecimento do consumidor sobre os riscos do produto e a possibilidade de evitar o perigo inerente ao uso pelo exercício de cuidado³⁸.

Em alguns tribunais, o teste risco-utilidade acabou por substituir a legítima expectativa do consumidor. Tal foi o caso da Suprema Corte de New Jersey, porque aquele teste fornece “a flexibilidade necessária para um ajuste adequado dos interesses dos fabricantes, dos consumidores e do público em geral”. Segundo o referido tribunal, se um produto é inevitavelmente inseguro, o fabricante não pode se tornar imune à responsabilidade simplesmente porque adverte sobre os riscos do produto³⁹. O caso julgado nessa ocasião pela corte de New Jersey era sobre riscos do tabagismo e publicidade fraudulenta de cigarro.

O critério risco-utilidade leva à seguinte pergunta: para o que serve um cigarro?

Essa resposta foi dada pela Corte de Apelação da Província de Quebec, no Canadá, em 2019, ao julgar procedentes duas ações coletivas contra três fabricantes de cigarros daquele país. Disse o tribunal:

Se os cigarros são perigosos, e é isso que resulta da prova e do julgamento, não é porque apresentem defeito (ou porque foram mal conservados, outro caso previsto no art. 1.469, do Código Civil do Québec e, implicitamente, nos artigos 1.522 e 1.726), nem porque não correspondem ao que deles se espera. Para o que serve um cigarro? Essencialmente, para fumar, respondeu um dos advogados do apelante, e essa resposta simples, mas correta, demonstra que não estamos no domínio do déficit de uso associado ao vício de um produto, noção que, já se viu, tem um sentido preciso. Um cigarro perfeito não tem nocividade menor: o problema, como no caso em apreço, reside na informação relativa a essa nocividade (tradução nossa)⁴⁰.

Voltando à doutrina norte-americana, no artigo citado Twerski e Henderson Jr. afirma-se que, sob o teste risco-utilidade, um produto pode ser considerado perigoso em duas circunstâncias: a) se o produto deveria ter sido

³⁷ No original: “[...] the standard that virtually all American courts use in judging product designs is the one we included in section 2(b) of the Restatement – whether the defendant manufacturer could have adopted a safer alternative design and whether failure to do so “renders the product not reasonably safe.” TWERSKI, Aaron D.; HENDERSON JR., James A. *Manufacturers’ Liability for Defective Product Designs: The Triumph of Risk-Utility*. **Brooklyn Law Review**, Brooklyn, NY, v. 74, n. 3, p. 1061-1108, 2009. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol74/iss3/16>. Acesso em: 30 out. 2021.

³⁸ PERKINS, Cami. *The Increasing Acceptance of the Restatement (Third) Risk Utility Analysis in design defects claims*. **Nevada Law Journal**, Nevada, v. 4, n. 3, p. 609-625, 2004.

³⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New Jersey Supreme Court. **Dewey v. RJ Reynolds Tobacco Co. 121 N.J.69 (1990)**. Data do julgamento: 18 Jan. 1989. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1990/121-n-j-69-1.html>. Acesso em: 30 out. 2021.

⁴⁰ No original: «Car si les cigarettes sont dangereuses, et c’est bien ce qui ressort de la preuve et du jugement, ce n’est en effet pas parce qu’elles sont défectueuses (ou qu’elles ont été mal conservées, autre cas de figure envisagé par l’article 1469 C.c.Q. et, implicitement, les articles 1522 C.c.B.C. ou 1726 C.c.Q.), ni parce qu’elles ne répondent pas à l’usage qu’on en attend. À quoi sert une cigarette? À fumer, essentiellement, a répondu l’un des avocats des appelantes, et cette réponse sobre, mais juste, montre bien que l’on n’est pas ici dans le domaine du déficit d’usage associé au vice d’un bien, notion qui, on l’a vu, a un sens précis. Une cigarette parfaite n’en est pas moins nocive : le problème, tel qu’en l’espèce, tient à l’information relative à cette nocivité ». CANADA. Province de Québec. Cour d’Appel. Greffe de Montreal. N° 500-09-025385-154, 500-09-025386-152 et 500-09-025387-150 (500-06-000070-983 et 500-06-000076-980). 1/3/2019. Disponível em: https://www.tobaccocontrolaws.org/files/live/litigation/2633/CA_Quebec%20Class%20Action%20Appeal.pdf. Acesso em: 14 mar. 2022.

projetado de forma mais segura; b) se aquele tipo de produto simplesmente não deveria ser comercializado⁴¹. Esta segunda hipótese corresponderia ao art.10, do CDC.

A própria Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – proclama: “Não existe consumo seguro de cigarro ou de qualquer produto derivado do tabaco”⁴², repetindo o consenso internacional. Nenhuma informação é suficiente para evitar a exposição ao risco do produto, sendo o tabaco um caso único de empreendimento sem risco, porque o fabricante fica imunizado a qualquer dano produzido pelos produtos que coloca no mercado.

Nada obstante as abundantes evidências da nocividade do tabaco, a jurisprudência do STJ entende que o livre arbítrio do fumante isenta de responsabilidade o fabricante de cigarros. Entretanto, a decisão do fumante em fumar – a qual, diga-se de passagem, nem sempre é livre, considerando-se que a maioria começa a fumar na adolescência – pode ser levada em conta como culpa concorrente da vítima. Embora o CDC apenas preveja a culpa *exclusiva* do consumidor como causa de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, autores como Flávio Tartuce acolhem a culpa concorrente para atenuar a obrigação de indenização por parte dos fabricantes de cigarro, mas não para excluí-la⁴³. Desse modo, e a partir de um ponto de vista que já obteve acolhimento judicial, a culpa concorrente do fumante foi admitida em julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que condenou o fabricante a indenizar a morte de um fumante⁴⁴. A ação, porém, foi julgada improcedente no STJ, em acolhimento a Recurso Especial do fabricante. O julgamento no STJ ocorreu em decisão monocrática que invocou a jurisprudência dominante no tribunal⁴⁵, sem examinar o argumento da culpa concorrente.

3 Interpretação sistemática e ordenação valorativa como vetores de análise da responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros

As questões envolvendo a responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros precisam ser debatidas além dos limites argumentativos habituais, quais sejam: ausência de nexos causal direto e imediato (porque as doenças relacionadas ao tabaco também podem ser causadas por outros fatores); o cigarro não seria um produto defeituoso (porque não há expectativa legítima na sua segurança); o livre arbítrio do fumante (que afastaria o risco do fabricante). Esses argumentos devem ser analisados na perspectiva dos valores constitucionais. A correta interpretação do direito, conforme Cannaris, exige o entendimento do significado do sistema. O argumento sistemático é uma “forma especial de fundamentação teleológica”, que desperta “uma capacidade de *derivação* teleológica ou valorativa do sistema”, não sendo tal *derivação* entendida “no sentido de dedução lógica, mas sim no de ordenação valorativa”⁴⁶.

⁴¹ No original: Under risk-utility balancing in products litigation, a product may be found to be unreasonably dangerous in only two ways: (1) the product should have been more safely designed; or (2) the product category should not have been marketed at all. TWERSKI, Aaron D.; HENDERSON JR., James A. Manufacturers’ Liability for Defective Product Designs: The Triumph of Risk-Utility. *Brooklyn Law Review*, Brooklyn, NY, v. 74, n. 3, p. 1061-1108, 2009. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol74/iss3/16>. Acesso em 30 out. 2021. Os autores analisam a jurisprudência de vários Estados norte-americanos e concluem que na maioria dos tribunais é exigida a demonstração da viabilidade técnica de outro projeto de maior segurança, o que só se aplica quando há possibilidade de projetos alternativos ou em casos de concorrência. Não é o caso do tabaco, que se enquadraria no segundo caso mencionado acima, de categorias de produtos, espécie de responsabilidade que os autores rejeitam, inclusive em outro artigo escrito preteritamente: HENDERSON, James A. Jr.; TWERSKI, Aaron D. *Closing the American Products Liability Frontier: the rejection of liability without defect*. Cornell Law Faculty Publications, 1991. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/874>. Acesso em: 3 ago. 2022. Nada obstante, o tribunal de Nova Jersey aplicou o critério risco-utilidade ao caso de tabaco comentado acima, embora o foco do julgamento, como se viu, fosse a preempção das ações estaduais em face de lei federal de regulação da publicidade de cigarro e das advertências sanitárias. Pelos dois vieses, a decisão de Nova Jersey desafiou a jurisprudência dominante, o que levou Donna Dever a vaticinar que dificilmente prevaleceria ao chegar na Corte Suprema. Conforme: DEVER, Donna M. Dewey v. R. J. Reynolds Tobacco Company: A Change in Cigarette Labels in New Jersey. *Villanova Law Review*, [s. l.], v. 36, n.2, p.689-711, 1991. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol36/iss2/6>. Acesso em 30 out. 2021.

⁴² “Não existe consumo seguro de cigarro ou de qualquer produto derivado do tabaco”, de acordo com a afirmação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, em página relativa aos danos à saúde causados por diversas formas de consumo de tabaco. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/danos-a-saude>. Acesso em: 12 mar. 2022. A mesma advertência é feita pela Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/324846/WHO-NMH-PND-19.1-por.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴³ “Não se pode admitir que a carga de culpa fique somente concentrada no consumidor, sobretudo se as empresas de cigarro assumem um risco-proveito, altamente lucrativo” (...), “o problema do cigarro deve ser resolvido pela teoria do risco concorrente” (...) “a indenização deve ser fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, aplicando-se a equidade e buscando-se o critério máximo de justiça”. TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011, p. 367-368.

⁴⁴ “Ainda que se defenda a responsabilidade civil da demandada pelos danos descritos na inicial, devendo ela repará-los, há que se considerar a contribuição causal da vítima, pois fumar não é um destino”. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70059502898. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 18/12/2018.

⁴⁵ Recurso Especial nº 1.843.850-RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 2/4/2020.

⁴⁶ CANNARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 153; grifo do original.

Por isso, é indicado examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não se trata de buscar no STF a resposta direta para a responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros, mas de encontrar o norte hermenêutico do sistema constitucional.

A pesquisa, neste ponto, vai ser orientada no sentido de identificar a *ordenação valorativa* que dimana de algumas decisões do STF a respeito dos limites de atuação da livre iniciativa, da liberdade de expressão, da função social da propriedade e da proteção do direito à saúde e culminará com a análise da decisão do STF na ação que questionou diretamente a constitucionalidade da proibição da publicidade de tabaco.

3.1 2.1. Função e limites da livre iniciativa e da liberdade de expressão

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.613-DF, a livre iniciativa e a liberdade de expressão⁴⁷ foram colocadas em xeque frente à imposição legal de mensagens educativas de trânsito, inseridas na publicidade comercial. A Confederação Nacional da Indústria arguiu a inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal, que determinava a veiculação de mensagens educativas de trânsito em campanhas publicitárias de veículos automotores. Por unanimidade, em 20/9/2018, o Pleno julgou improcedente o pedido. O Min. Dias Toffoli, relator, afirmou que:

(...) as propagandas também encerram pretensão comercial que as distancia, nesse ponto, da mera propagação de informação, sendo mais propriamente, quanto a essa faceta, manifestação da livre iniciativa, para a qual se exige a observância de princípios constitucionais como a função social da propriedade e a defesa do consumidor⁴⁸.

Acrescentou que o consumidor tem o direito de “ser informado sobre o produto, suas características e qualidades” e que “[P]or meio da propaganda, pode-se alertar a população sobre os possíveis riscos do uso desmedido dos produtos, ou mesmo sobre comportamentos inadequados em seu manejo”. O julgamento permitiu a análise do art. 220, § 4º, da Constituição, que arrola produtos e serviços que poderão sofrer restrições em sua publicidade, em razão de representarem risco à saúde. Disse o Min. Toffoli que tal:

[...] previsão constitucional *não tem o intuito de ser limitativa da restrição a propagandas tão somente dos produtos nela descritos*, mas sim de estabelecer, quanto a eles, a priori e tendo em vista seus inegáveis potenciais de risco, limitações imediatas a sua propagação, sem prejuízo de que se estabeleçam restrições a propagandas de outros produtos cujo uso também se apresente potencialmente perigoso [grifo nosso].

Reforçou esse argumento lembrando que o art. 220, § 3º, II, CF, determina que a lei estabeleça meios de proteção da pessoa e da família frente à publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Destacou ainda que a dimensão instrumental da liberdade de expressão, ou seja, a forma de exteriorização da manifestação do pensamento não pode ser contraposta ao direito de o consumidor ser devidamente informado dos riscos que os produtos podem acarretar. Por isso, no seu entendimento, o conteúdo da norma impugnada não apresentava um caráter proibitivo ou limitador da liberdade de expressão, mas apenas incorporava o caráter de efetivação dos preceitos constitucionais relativos à proteção do consumidor.

Dias Toffoli enfrentou ainda o argumento de que a inserção de mensagens impositivas não seria admissível em publicidade – dos veículos automotivos – paga pelos fabricantes. Disse o ministro que essa inserção se justifica em razão do princípio constitucional da função social da propriedade⁴⁹, além de não significar qualquer tipo de restrição à comercialização dos automóveis.

Na ADI 1.950-SP, discutiu-se a validade de lei do Estado de São Paulo sobre a concessão de meia-entrada para estudantes em espetáculos esportivos, culturais e de lazer⁵⁰. Por ocasião do julgamento, o Ministro Eros

⁴⁷ A liberdade de expressão, embora não esteja diretamente relacionada à responsabilidade civil, é frequentemente discutida em razão da proibição da publicidade comercial dos produtos para fumar, derivados ou não do tabaco (apanhando os cigarros eletrônicos).

⁴⁸ STF. ADI nº 4.613-DF, Rel. Dias Toffoli, j. 20/9/2018.

⁴⁹ O argumento de lesão ao direito de propriedade já foi usado sem êxito pela indústria tabagista para se opor à divulgação das advertências sanitárias nas embalagens dos cigarros.

⁵⁰ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950-3-SP, rel. Min. Eros Grau j. 3/11/2005. Só mais tarde a matéria foi regulamentada no âmbito federal pela Lei nº 12.933/2013.

Grau, autor de uma das obras de maior referência sobre a ordem econômica na Constituição vigente⁵¹, fez uma análise ampla sobre o lugar e a função da livre iniciativa no plano constitucional. Afirmou que a finalidade da ordem econômica é transformar o mundo do ser, mediante um plano de ação global, com vistas a atingir os fundamentos e os fins definidos nos artigos 1º e 3º, da Constituição. Disse, assim, na condição de relator:

A ordem econômica ou Constituição econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1988 propõe a transformação do mundo do ser. Diz o seu art. 170 que a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos artigos 1º, 3º e 170. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

Citando doutrina, o Min. Eros Grau afirmou ainda que “a intervenção do Estado na vida econômica consubstancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de segurança”, lembrando ainda, de acordo com Natalino Irti, que o mercado não é uma instituição espontânea, mas jurídica, que opera conforme normas reguladoras, que o limitam e conformam. Daí porque – afirmou, enfim –:

(...) de um lado, o art. 1º, IV, do texto constitucional, enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa; de outro, o art. 170, *caput*, coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando, porém no sentido de que o primeiro seja valorizado.

A ação, proposta pela Confederação Nacional do Comércio, foi julgada improcedente por maioria, ficando consignado na ementa que, na composição entre os princípios e regras que, de um lado, asseguram a livre iniciativa e, de outro, garantem o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto, “há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário”.

3.2 O STF e a proteção do direito à saúde

“A saúde é direito de todos e dever do Estado”, proclama o art. 196, da Constituição, e deve ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”. Políticas públicas voltadas à proteção da saúde geralmente desafiam os limites da livre iniciativa, porque podem restringir a liberdade das empresas no mercado, e da liberdade de expressão, porque podem afetar a publicidade de produtos e serviços. Correlatadamente, a função social das empresas torna-se passível de questionamento, uma vez que produtos que representem risco à saúde não causam apenas malefícios aos consumidores afetados, mas também de ordem social, porque impõem ao Sistema Único de Saúde – SUS – e à previdência social o custeio de tratamentos e de aposentadorias precoces⁵².

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. Primeira edição publicada em 1990 pela Editora Revista dos Tribunais. No livro, Eros Grau afirma que “a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”, (p. 200) não se podendo reduzi-la “meramente à feição que assume como *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*” ou a “tão-somente uma afirmação do capitalismo” (p. 202). Dessa perspectiva, cabe questionar que efeitos uma empresa privada produz sobre a sociedade mediante o consumo dos produtos que ela lança no mercado.

⁵² A indústria do tabaco é um exemplo desse resultado social nefasto. O custo do tratamento das doenças geradas pelo tabagismo é de 39,4 bilhões de reais, enquanto que os impostos pagos pelos fabricantes de cigarros somam apenas 13 bilhões, equivalentes a 23% das perdas geradas pelo tabagismo ao país. Se forem computados os custos indiretos decorrentes de morte prematura (9,9 bilhões de reais) e redução ou perda da capacidade laboral dos fumantes (7,5 bilhões de reais), os prejuízos chegam a 56,8 bilhões de reais por ano. Ou seja: os impostos pagos pela indústria (13 bilhões de reais por ano) financiam apenas 23%, aproximadamente, dos malefícios causados pelo tabaco. Dados extraídos do estudo “Carga de doença atribuível ao uso de tabaco no Brasil e potencial no impacto no aumento de preços por meio de impostos”, realizado pelo Instituto Nacional de Câncer. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/publicacoes/livros/carga-de-doenca-atribuivel-ao-uso-do-tabaco-no-brasil-e-potencial-impacto-do> (26/6/2019).

O direito à saúde esteve em questão no julgamento em que se discutiu o dever do SUS em fornecer medicamento de alto custo para tratamento individual de um paciente⁵³. O Min. Gilmar Mendes, relator, consignou no seu voto:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (BRASIL, 2012, p.1)

O acórdão acrescentou que o art. 196 contém tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde, assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Portanto, não é um direito a todo e qualquer procedimento, mas “um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”. E que “[O]s problemas de eficácia social do direito fundamental à saúde devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes (...) do que à falta de legislação específica”.

O caso do tabaco proporciona exemplos díspares: enquanto a saúde dos fumantes no plano individual é um problema de livre arbítrio – de acordo com a jurisprudência do STJ – a Lei 9.294/1996 e modificações posteriores fizeram estrita aplicação de políticas públicas de demonstrada eficácia no combate ao tabagismo, como a proibição de fumar em lugares fechados e a proibição da publicidade de produtos para fumar, derivados ou não do tabaco.

Julgamento significativo sobre produtos nocivos foi o da ADI 4.066-DF, no qual o STF debruçou-se sobre o caso do amianto crisotila, considerando insuficientes as medidas de controle instituídas na Lei 9.055/1999, em face do conhecimento científico acumulado sobre os efeitos nocivos desse produto à saúde humana e ao meio ambiente⁵⁴. A ementa consigna que “[O] direito fundamental à liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da CF) há de ser compatibilizado com a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente”.

Decisão mais diretamente relacionada com os temas aqui em pauta é a relativa à ADI 4.874-DF, que examinou a constitucionalidade da Resolução 14/2012, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa –, que proibia a adição de aditivos de sabor e de aroma aos cigarros⁵⁵. A Confederação Nacional da Indústria, autora da ação, argumentava com a ausência de competência legal da Anvisa para proibir a fabricação e comercialização de produtos e insumos submetidos à fiscalização sanitária. A regulamentação impugnada procurava evitar que o cigarro se tornasse mais atraente e palatável aos jovens iniciantes no tabaco, induzindo-os à dependência de nicotina. Mais uma vez colocava-se a liberdade de iniciativa como fator de proeminência, na busca da promoção de um determinado produto.

A decisão do STF entendeu que a proibição em pauta se conformava “aos limites fixados na lei e na Constituição da República para o exercício legítimo pela Anvisa da sua competência normativa”, consignando-se na ementa:

A liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Lei Maior) não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas tendo em vista sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais, destacando-se, no caso do controle do tabaco, a proteção da saúde e o direito à informação. O risco associado ao consumo do tabaco justifica a sujeição do seu mercado a intensa regulação sanitária, tendo em vista o interesse público na proteção e na promoção da saúde⁵⁶.

Outra decisão paradigmática foi a proferida na ADI 4.306-DF, em que a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC –, questionava a competência do estado do Rio de Janeiro para proibir o uso de produtos fumígenos em ambientes coletivos, o que seria competência privativa da União, segundo a interpretação da autora⁵⁷. A ação foi julgada improcedente, consignando a ementa:

⁵³ STF. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/3/2010.

⁵⁴ STF. Ação Direta e Inconstitucionalidade nº 4.066-DF, rel. Min. Rosa Weber, j. 24/8/2017. Não foi alcançado o quórum suficiente para a declaração de inconstitucionalidade da lei.

⁵⁵ ADI 4.874-DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 1/2/2018.

⁵⁶ Por nove votos a um (o quórum ficou reduzido a dez, em razão do impedimento de um ministro) foi julgado improcedente o pedido principal, que pretendia dar interpretação restritiva à competência legal da Anvisa, decorrente da Lei 9.782/1999, o que implicaria a ilegalidade da Resolução 14/2012. Por conseguinte, nesse ponto a decisão ficou destituída de efeito vinculante. Embargos de Declaração interpostos pela Advocacia-Geral da União foram conhecidos, mas rejeitados (Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874-DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 8/3/2022)..

⁵⁷ STF. Ação Direta e Inconstitucionalidade nº 4.306-DF, rel. Min. Edson Fachin, j. 20/12/2019.

A livre iniciativa deve ser interpretada em conjunto ao princípio de defesa do consumidor, sendo legítimas as restrições a produtos que apresentam eventual risco à saúde. Precedente. É dever do agente econômico responder pelos riscos originados da exploração de sua atividade.

No acórdão, disse o relator, Min. Edson Fachin, que “a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica constitucional, deve observar igualmente o princípio de defesa do consumidor”, sendo “legítimo, dessa forma, o estabelecimento de restrições quanto ao consumo de produtos que possam eventualmente representar risco à saúde”. E referindo-se especificamente à defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, disse Fachin:

Acrescente-se que a defesa do consumidor é princípio orientador da ordem econômica (art. 170, V, da CRFB). Significa que aquele que anseia explorar atividade econômica e, portanto, figurar como agente econômico no mercado de consumo, deve responder pelos riscos originados desta exploração, principalmente naquilo que toca à proteção do consumidor.

O STF sinalizou posição relevante de alguns Ministros relativamente à nocividade do tabaco no julgamento da Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6⁵⁸. Em que pese se deva considerar a mudança da composição da Corte, o recorte é válido como demonstração de coerência na leitura do texto constitucional. Discutia-se a constitucionalidade do Decreto-lei 1.593/1977, que possibilita o cancelamento, pela Receita Federal, do registro especial exigido junto a esse organismo às empresas tabagistas. O argumento pela inconstitucionalidade era fundamentado em jurisprudência do próprio STF, que veda sanções políticas em matéria tributária, tal como medidas administrativas que impeçam o livre exercício da atividade econômica. O plenário, por maioria, manteve a decisão da autoridade fiscal, que implicara o fechamento da fábrica, haja vista a nocividade do produto em questão. O voto vencedor, conduzido pelo Min. Cezar Peluso, registra as seguintes passagens:

Toda a atividade da indústria do tabaco é cercada de cuidados especiais em razão das características desse mercado [...].

Dadas as características do mercado de cigarros, que encontra na tributação dirigida um dos fatores determinantes do preço do produto, parece-me de todo compatível com o ordenamento **limitar a liberdade de iniciativa** a bem de outras finalidades jurídicas tão ou mais relevantes, como a defesa da **livre concorrência** e o exercício da vigilância estatal sobre *setor particularmente crítico para a saúde pública* (AC 1.657 MC, negrito do original; grifo nosso).

Aderindo à divergência aberta pelo Ministro Peluso, o Ministro Carlos Britto afirmou que:

A atividade tabagista, no plano industrial e mercantil, é delicada mesmo. Ela é tão especial que reclama um regime tributário igualmente especial – aliás, como fez esse Decreto nº 1.593. Porque, pelos efeitos nocivos à saúde dos consumidores do tabaco, *é um tipo de atividade que muito dificilmente se concilia com o princípio constitucional da função social da propriedade*. Claro que há o aspecto estritamente econômico e também do emprego, mas *uma função social mais consentânea com os valores perpassantes da Constituição é de difícil conciliação com a atividade tabagista* nesse plano da industrialização, da comercialização e do consumo (AC 1.657- MC/RJ, grifo nossos).

E prosseguiu:

Por outra parte, ela parece mesmo se contrapor a uma política pública explícita na Constituição Federal. Quero me referir ao art. 196, caput, que faz da saúde pública um dever do Estado, exigente de políticas sociais e econômicas de redução do risco da doença e de outros agravos à saúde. Ou seja, *há uma política pública de defesa da saúde expressa na própria Constituição Federal, que parece, também, de difícil conciliação com esse tipo de indústria, de comércio e de consumo tabagista* (RAMOS, 2012, p.5, grifo nosso).

O Ministro Gilmar Mendes, embora se reservando para aprofundar o debate das questões constitucionais para o julgamento da ADI 3.311, que trata da proibição da publicidade de cigarros, fez declarações relevantes sobre valores da ordem econômica e a nocividade do tabaco. A respeito do caso que estava em julgamento, disse haver “um imaneente conflito entre a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, com valores da ordem econômica,

⁵⁸ STF. Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/7/2007

por um lado, e, por outro, a defesa da saúde e do consumidor como princípios justificadores da intervenção do Estado regulador”.

Afirmou, ainda, que a “liberdade de iniciativa não é liberdade absoluta, mas liberdade passível de ser condicionada pela ordem jurídica”, cabendo “ao Estado regulador estabelecer as normas que lastrearão o exercício da atividade econômica, sempre tendo em vista o bem-estar social”.

Situou, a seguir, o que deve ser sopesado para dirimir o conflito:

A questão está em saber quando esta intervenção estatal reguladora da atividade econômica é adequada e necessária e se está justificada por imperativos de saúde pública, defesa do consumidor, valorização do trabalho humano, proteção do meio ambiente etc.; ou seja, se ela corresponde ao princípio da proporcionalidade (RE 550.769-RJ).

Logo adiante, ponderou que “[O]s reconhecidos malefícios à saúde causados por produtos oriundos do tabaco sempre foram utilizados como razão justificadora da intervenção estatal mais rigorosa nesse segmento da economia”, em base do que, afirmou que:

No âmbito dessa atividade, os comprovados e graves danos à saúde pública causados pelo cigarro e outros derivados do fumo, assim como a necessidade de um *plus* de proteção ao consumidor de produtos do tabaco, tendem a funcionar como uma espécie de justificativa geral para a intervenção estatal mais rigorosa (RE 550.769-RJ).

Finalmente, aventou a hipótese de que o Estado possa até mesmo proibir a fabricação e comercialização de produtos derivados do tabaco, dado que é reconhecido o seu “elevado grau de nocividade à saúde”:

A questão central, repito, está em saber se até onde pode ou Estado regulador avançar, nesse intuito de proteger a saúde pública, para restringir ainda mais a liberdade de iniciativa; ou, até mesmo seria o caso de se refletir se, em se tratando de produtos amplamente reconhecidos – tanto no âmbito científico como pelo senso comum – pelo seu elevado grau de nocividade à saúde, a permissão ou a proibição da atividade econômica de sua fabricação e comercialização não estariam num âmbito de privativa discricionariedade do Estado (RE 550.769-RJ).

Considerações da mesma ordem sobre o tabaco podem ser constatadas no diálogo havido a certa altura do voto do Ministro Carlos Britto:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – No fundo, no fundo – isso não é uma observação jurídica, mas extrajurídica –, repugna-me, neste caso, tratar-se, na verdade, de uma briga para saber quem vende veneno mais barato⁵⁹.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Muito bem. A metáfora me parece procedente. Eu a endosso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então, vamos proibir a comercialização; se o Supremo tem poder para tanto, que o faça!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Mas subjaz ao voto do Senhor Ministro Cezar Peluso – quero crer – a afirmativa de que a tributação especial, mais exacerbada, mais elevada, cumpre uma função inibidora da própria atividade [...]”.

Convindo os Ministros Cezar Peluso e Carlos Britto que o tabaco é considerado um veneno, o Ministro Marco Aurélio, a exemplo do que viria a fazer Gilmar Mendes no seu voto, também cogitou da possibilidade de proibição. Sobreveio, contudo, a ponderação do Ministro Carlos Britto, lembrando o voto do Ministro Peluso, que a política fiscal cumpria função inibidora. Nada diferente – acrescenta-se – à decisão acima referida da Corte Constitucional da Colômbia, que cunhou o conceito de mercado passivo. Alusão semelhante fez o Ministro Cezar Peluso no julgamento do Recurso Especial que julgou o mérito da ação cautelar proposta pela empresa tabagista:

O Decreto-Lei nº 1.593/77 outorga **exclusivamente** aos detentores de **registro especial** na Secretaria da Receita Federal o direito de exercer atividade de fabricação de cigarros, cuja produção, como aduz

⁵⁹ A referência do Ministro Peluso era ao fundo da questão: o inadimplemento de obrigações tributárias por parte de uma empresa tabagista como forma de infração à concorrência, o que, em tese, permitira ao fabricante inadimplente uma vantagem frente aos seus concorrentes.

o memorial da Fazenda, é meramente tolerada pelo poder público, que a respeito não tem alternativa política e normativa razoável (negritos do original).

(...) a indústria do tabaco envolve, como é intuitivo, implicações importantes sobre outros atores e valores sociais, tais como os consumidores, os concorrentes e o livre mercado, cujos interesses são também tutelados, com não menor ênfase, pela ordem constitucional⁶⁰.

Como se percebe, a ideia de que a licitude da fabricação e da comercialização do tabaco é meramente tolerada pelo Estado não é estranha ao STF – pelo menos não o era naquela composição – justamente porque era reconhecida, conforme o consenso científico e o senso comum, como literalmente ressaltou Gilmar Mendes, “o elevado grau de nocividade à saúde” dos produtos derivados do tabaco – conceito que corresponde à classificação de risco do art. 10, do CDC.

3.3 A constitucionalidade da proibição da publicidade de tabaco

Em setembro de 2022, após dezoito anos da propositura da ação, o plenário virtual do STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade de autoria da Confederação Nacional da Indústria – ADI nº 3.311 –, que questionava, inicialmente, a constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.294/1966, estendendo-se às modificações subsequentes (Lei nº 10.167/2000 e Medida Provisória nº 2.190-34/2001), que acabaram por proibir a propaganda comercial de produtos, permitindo apenas a exposição do produto nos pontos de venda⁶¹.

Os argumentos de inconstitucionalidade afirmavam a violação do art. 220, § 4º, da Constituição Federal, por permitir apenas a *restrição* da publicidade de determinados produtos, entre os quais o tabaco, mas não a *proibição*. A decisão do STF, porém, afirmou que as restrições à publicidade podem chegar ao grau máximo de prevalência de um direito sobre outro, a depender de circunstâncias concretas, “porque os limites se fazem contextuais, relativos”, sendo destacado, no caso concreto, “a importância da tutela constitucional à saúde e ao meio ambiente no mosaico constitucional de proteção da pessoa humana”.

Além das considerações sobre o art. 220, § 4º, já expendidas na ADI 4.613 (acima citada) e lembradas no julgamento, desta feita a decisão do STF ampliou a análise para o disposto no art. 220, parágrafo 3º, inc. II, que possibilita a defesa da pessoa e da família em face da propaganda de produtos nocivos à saúde e ao meio ambiente. Sendo cientificamente demonstrada a nocividade do tabaco, o incentivo ao seu consumo pela persuasão publicitária pode ser vedado⁶², ainda que se mantenha a licitude da produção e da comercialização do produto⁶³.

Sopesando a saúde pública e a liberdade de expressão na atividade publicitária, o balanceamento feito pelo STF deu maior relevo à primeira, em face da ameaça representada pelo tabaco. Sobre o direito privado à liberdade de fazer publicidade, prevaleceu o dever do Estado de garantir, mediante políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doenças e de outros agravos à saúde, conforme preceitua o art. 196, da Constituição.

A Ministra Rosa Weber, relatora do acórdão, examinou as restrições legais à publicidade de tabaco à luz do princípio da proporcionalidade. Considerou, inicialmente, que as políticas de controle do tabaco e combate ao fumo visam o desestímulo do consumo de produtos fumígenos, visando à redução do risco de doenças, conforme preconiza a Constituição brasileira (art. 196). Uma vez que o propósito primário da publicidade é ampliar as vendas dos produtos que divulga, considerou que as restrições à propaganda, do mesmo modo que as advertências sanitárias (contrapropaganda), são medidas adequadas aos objetivos do legislador. Ressaltou a dimensão informativa

⁶⁰ STF. Recurso Extraordinário nº 550.769-RJ. Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, j. 22/5/2013.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucional nº 3.311**. Rel. Min. Rosa Weber, j. 14/9/2022.

⁶² Nesse sentido, a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que distingue o abuso no exercício do direito de fazer publicidade (o que é coibido no âmbito do Código de Defesa do Consumidor pelos tipos de publicidade enganosa e publicidade abusiva) das “restrições ao próprio direito de divulgação de ideias ou de determinada marca ou produto”. O autor justifica a vedação ao direito “porque há uma política de Estado que busca conscientizar os indivíduos acerca dos riscos do consumo do produto, o que entra em choque com sua divulgação ampla e inteiramente livre” – política essa “firmada na própria Constituição (inc. II, § 3º, do art. 220)”. E acrescenta (com isso rebatendo o argumento recorrente de que, se o produto é lícito, não pode ser tolhida a sua publicidade): “Se o produto é admitido como nocivo, nada obsta que o legislador venha a proibir-lhe a produção, a venda, a comercialização. Mas, se o produto é lícito, cabe à lei pôr à disposição da pessoa e da família os meios legais de proteção” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional**: liberdade de fumar; privacidade; Estado; direitos humanos e outros temas. Barueri, SP. Manole, 2007, p. 223-224).

⁶³ Nesse aspecto, a decisão do STF se assemelhou à da Corte Constitucional da Colômbia (citada expressamente no acórdão), acima referida, que definiu o mercado do tabaco como um mercado passivo, a ser tolerado, mas não incentivado pelo Estado: *es incluso válido que el legislador decida que determinado segmento productivo deba configurarse como un mercado pasivo, en el cual el Estado permite la producción y venta del bien o servicio, pero ejerza simultáneamente medidas para desincentivar su consumo*. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-830/10, 20/10/2010. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2010/C-830-10.htm>. Acesso em 13 nov. 2022.

das advertências sanitárias sobre a nocividade do tabaco, e registrou a importância da Convenção Quadro de Controle do Tabaco – CQCT –, que recomendou expressamente aos países signatários a implementação de medidas para conter a promoção e patrocínio do tabaco e a inclusão de advertências sanitárias nas embalagens, citando estudos realizados em diversos países que constataram expressivas reduções no consumo de tabaco após a implementação das medidas propugnadas. Deu destaque para um trabalho científico levado a cabo na Universidade de Georgetown, que tomou em consideração um universo de 41 países, abrangendo um total de 287,68 milhões de tabagistas, constatando um decréscimo de 14,84 milhões de fumantes no período de 2007 a 2010, após a adoção das medidas para redução do consumo de tabaco conhecidas como MPOWER⁶⁴. O estudo estimou que 7,42 milhões de mortes serão evitadas até 2050 no universo considerado, sendo 613 mil atribuíveis às vedações publicitárias e 1,38 milhão às advertências nas embalagens. Foi citado também um estudo realizado no Brasil entre os anos de 1989 e 2010. Naquele ano, a prevalência de fumantes era de 35,4% da população. Projetado o cenário para 2010 com a adoção das medidas em vigência em 1989, a prevalência cairia para 31% em 2010 e para 24,9% em 2050. Chegando-se a 2010, constatou-se que, com as medidas adotadas no período, a prevalência caiu para 16,8%, significando uma redução de quase 50% e 420 mil mortes evitadas, e 7 milhões de vida poupadas na projeção para 2050. Isoladamente consideradas, a contribuição das restrições publicitárias e das advertências sanitárias nas embalagens na redução da prevalência do fumo na população brasileira até 2010 foi, respectivamente, de 13,7% e de 7,8%. Dessa forma, ficou comprovada a adequação das medidas adotadas para alcançar o fim proposto.

No exame do segundo requisito do princípio da proporcionalidade, o teste de necessidade das medidas adotadas foi assinalado que, não obstante o êxito da política de redução do uso de tabaco, ainda são registradas 161.853 mortes por ano do Brasil em decorrência de doenças tabaco relacionadas, uma média de 443 de mortes por dia ou 18 por hora. Para fazer face a essa realidade, não basta restringir a publicidade e impor advertências sanitárias, mas é necessário conjugar a estas outras medidas de diversa natureza, como a vedação ao fumo em lugares públicos, a fixação de preço mínimo e a extrafiscalidade dos tributos. Quanto à vedação da propaganda, foi argumentado que a medida só é efetiva se compreensiva, pois, do contrário, a verba publicitária apenas seria realocada para as formas e os meios permitidos, comprometendo o objetivo de não incentivar o consumo dos produtos.

A decisão menciona estudo realizado em 22 países de alta renda com base em dados de 1970 a 1992, demonstrando que restrições compreensíveis da publicidade de tabaco de fato contribuem para a redução do fumo. Além disso, uma publicação do Banco Mundial indica que a propaganda e a promoção dos produtos fumígenos têm efeito sobre as crianças, impactando a procura por cigarro e a formação de novos consumidores⁶⁵.

Inserem-se no contexto de extensão das medidas antipromocionais do tabaco as relativas ao conteúdo e ao espaço ocupado pelas mensagens de advertência nas embalagens de produtos derivados do tabaco. A decisão afirma que mensagens sutis não surtem efeito, citando estudo realizado na Polônia com essa conclusão. Quanto ao *design* das embalagens, são feitas diversas referências a leis de países como a Austrália, Canadá, Finlândia e Uruguai, que já decidiram por adotar a embalagem padronizada, com ausência de elementos visuais que possam servir de incentivo ao consumo do tabaco. Considera-se, ainda, o acórdão não adotado pelo Brasil sobre as medidas mais radicais possíveis, como a de sequer permitir a exposição do produto nos pontos de venda ou, até mesmo, proibir a comercialização do produto – o que, acrescenta –, não resolveria o problema. Conclui que as medidas questionadas na ação se mostram necessárias para alcançarem efetividade diante do contexto multidimensional do problema e do inevitável caráter multifacetado da política pública pertinente.

No exame do requisito derradeiro, o de proporcionalidade em sentido estrito, o tribunal cotejou as medidas restritivas impugnadas com outros valores e princípios constitucionais, ressaltando a necessária prevalência, em primeiro lugar, do direito à saúde, posto em risco pela nocividade do tabaco. Deu especial destaque também à proteção constitucional das crianças e dos adolescentes, enfatizando que a epidemia do tabaco é considerada uma doença pediátrica, uma vez que, conforme o Ministério da Saúde, 90% dos fumantes se iniciam no tabagismo

⁶⁴ MPOWER constituem um conjunto de sete medidas para reduzir o consumo do tabaco, consistentes em: monitorar o uso do tabaco e medidas de prevenção; proteger a população contra a fumaça do tabaco; oferecer ajuda para a cessação do fumo; advertir sobre os perigos do tabaco; fazer cumprir as proibições sobre publicidade, promoção e patrocínio; aumentar os impostos sobre o tabaco.

⁶⁵ JHA, Prabhath; CHALOUKKA, Frank J. **Curbing the epidemic: governments and the economics of tobacco control**. Washington DC: The International Bank for Reconstruction, 1999. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/pt/914041468176678949/pdf/multi-page.pdf>. Acesso em 17 nov. 2022.

antes dos 19 anos de idade, sendo que a experimentação inicia por volta dos 13 anos, segundo o Instituto Nacional do Câncer.

Vista a colisão das medidas impugnadas com a livre iniciativa, a decisão considerou que a restrição à liberdade de expressão e comunicação das empresas do setor, embora seja de elevado grau, se justifica pelo perigo à saúde pública representado pelo tabaco, fenômeno que é global, tendo o país o dever de atuar em face dos compromissos assumidos no âmbito da CQCT. Considerou, enfim, as medidas proporcionais e análogas à proibição de fumar em lugares públicos.

Por último, a decisão contestou o argumento de paternalismo da política pública, afirmando que a autonomia do consumidor ao decidir fumar “é reconhecidamente enfraquecida” em face de três circunstâncias relevantes: a) muitas pessoas não estão conscientes de todos os riscos do tabagismo; b) como a maioria começa a fumar muito jovem, crianças e adolescentes não têm condições de realizar uma escolha ponderada; c) o fumo impacta também os não fumantes, seja pela inalação da fumaça, seja pelo impacto econômico no sistema público de saúde.

4 Conclusão

A orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em negar procedência às demandas indenizatórias dos fumantes ou de seus familiares, por doenças relacionadas ao tabaco, causa duas perplexidades: a primeira, porque o tabaco é um fator de risco para diversas doenças graves, mas os fabricantes de cigarros livram-se da obrigação de indenizar os fumantes, não obstante o elevado grau de nocividade e periculosidade dos produtos que vendem; a segunda, porque, em outros países, como o Canadá e os Estados Unidos, ações contra a indústria do tabaco têm sido julgadas procedentes. No Canadá, há o caso recente do julgamento de Quebec, citado neste artigo. Nos Estados Unidos, alguns processos (aqui não referidos) representaram sérios revezes para a indústria do tabaco, especialmente o que se tornou conhecido como *Master Settlement Agreement*, acordo pelo qual as empresas tabagistas se comprometeram a pagar aos Estados uma indenização inicialmente orçada em 246 bilhões de dólares, mais 10 bilhões de dólares ao ano, permanentemente, como ressarcimento pelas doenças causadas pelo tabaco⁶⁶.

De outra parte, os julgamentos do STJ reduzem o grau de nocividade do tabaco frente aos patamares de risco do Código de Defesa do Consumidor, contrariando o consenso científico internacional que levou a Organização Mundial da Saúde a promover o primeiro tratado de saúde pública internacional – a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, CQCT.

Finalmente, os argumentos de lógica jurídica formal que fundamentam as decisões do STJ são discrepantes dos valores constitucionais deduzidos em julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre função e limites da livre iniciativa, da liberdade de expressão comercial, da função social da propriedade, de considerandos sobre a nocividade do próprio tabaco e da proteção do direito à saúde. Caberia ponderar os critérios presentes no art. 4º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, no sentido da “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico”. Até o momento, a jurisprudência do STJ no caso dos fumantes faz a balança pender sempre para o mesmo lado.

Referências

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Comentários aos artigos 8º a 17. In: CRETELLA JÚNIOR, José; DOTTI, René Ariel (coord.); ALVES, Geraldo Magela (org.). **Comentários ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 111-132

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶⁶ Conforme Public Health Law Center. Combater a epidemia do tabaco. **Public Health Law Center**, São Paulo, [2022]. Disponível em: <https://publichealthlawcenter.org/topics/commercial-tobacco-control/master-settlement-agreement>. Acesso em 15 ago. 2022.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Comentários aos artigos 12 a 27. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 49-53.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Fabricantes de cigarros têm 30 dias para responder ação da AGU. **Gov.br**, Brasília, 05 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/fabricantes-de-cigarros-tem-30-dias-para-responder-acao-da-agu--877836>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. **Convenção-Quadro para Controle do Tabaco** : texto oficia. 2. reimpr. Rio de Janeiro: INCA, 2015. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/publicacoes/livros/convencao-quadro-para-o-controle-do-tabaco-texto-oficial>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. Tabagismo. **Gov.br**, Brasília, 20 jun. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/causas-e-prevencao-do-cancer/tabagismo>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. Custos atribuíveis ao tabagismo. **Gov.br**, Brasília, 19 out. 2022. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/custos-atribuiveis-ao-tabagismo>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Danos à saúde**. **Gov.br**, Brasília, 21 set. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/danos-a-saude>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.843.850-RS**, recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Fabricante de cigarro[...]. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 02 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859864363/decisao-monocratica-859864373>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). **Habeas Corpus 104.410 Rio Grande do Sul**. Habeas Corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (a)tipicidade da conduta[...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 06 de março de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950-3-SP**. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 7.844/92, do estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer[...]. Relator: Min. Eros Grau, 03 de novembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.657-MC**. Relator: Min. Cezar Peluso, 27 de junho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066-DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995[...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 24 de agosto de 2017. Não foi alcançado o quórum suficiente para a declaração de inconstitucionalidade da lei. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874-DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de interpretação conforme a constituição. Art. 7º, III e XV, in fine, da lei nº 9.782/1999[...]. Relatora: Min. Rosa Webber, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.613-DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Código de Trânsito Brasileiro. Lei que determina a veiculação de mensagens educativas de trânsito em campanhas publicitárias de produtos da indústria automobilística (Lei 12.006/2009)[...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 20 de setembro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748774419&clen=400059>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.657-MC**. Relator: Min. Cezar Peluso, 27 de junho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 656-DF**. Ação de descumprimento de preceito Fundamental. Medida cautelar. Direito ambiental. Direito à saúde. Regulamentação da lei 13.874/2019, a qual dispõe sobre liberdade econômica[...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753655549>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70059502898**. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, 18 de dezembro de 2018.

CANADA. Province de Québec. Greffe de Montreal. **Cour d'Appel, Nº 500-09-025385-154, 500-09-025386-152 et 500-09-025387-150 (500-06-000070-983 et 500-06-000076-980**. 01 mar 2019. Disponível em: https://tjl.quebec/wp-content/uploads/2015/06/TABAC_ARRET_20190301.pdf. Acesso em: 14 mar. 2022.

CANNARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. **Sentencia C-830/10. J. 20/10/2010**. Pedido de inconstitucionalidade dos artigos 14, 15, 16 e 17 da Lei 1.335 de 2009[...]. Relator: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, 20 out. 2010. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-830-10.htm>. Acesso em: 25 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. New Jersey Supreme Court. **Dewey v. R.J Reynolds Tobacco Co. 121 N.J.69 (1990)**. Data do julgamento: 18 Jan. 1989. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1990/121-n-j-69-1.html>. Acesso em: 30 out. 2021.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. 1994. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Juspodvm, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço defeituosos: a questão do tabaco. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, p. 11-18, jul/set. 2008. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/6717>. Acesso em: 30 out. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Tobacco. **WHO**, Genebra, 31 jul. 2022. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>. Acesso em: 31 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **WHO report on the global tobacco epidemic 2021: addressing new and emerging products**. Geneva: WHO, 2021. Disponível em: <https://www.who.int/teams/health-promotion/tobacco-control/global-tobacco-report-2021>. Acesso em: 27 out. 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99. Acesso em: 23 out. 2021.

PERKINS, Cami. The Increasing Acceptance of the Restament (Thrid) Risk Utility Analysis in design defects claims. **Nevada Law Journal**, Nevada, v. 4, n. 3, p. 609-625, 2004.

PINTO, Marcia; BARDACH, Ariel; PALACIOS, Alfredo; BIZ, Aline; ALCARAZ, Andrea; RODRÍGUEZ, Belen; AUGUSTOVSKI, Federico; PICHON-RIVIERE Andrés. **Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos**. Documento técnico IECS n° 21. Buenos Aires: Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS); Brasília: Instituto Nacional de Câncer, 2017. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/publicacoes/livros/carga-de-doenca-atribuivel-ao-uso-do-tabaco-no-brasil-e-potencial-impacto-do>. Acesso em: 22 jul. 2022.

RAMIREZ, Omar Javier. Riesgos de origen tecnológico: apuntes conceptuales para una definición, caracterización e reconocimiento de las perspectivas de estudio del riesgo tecnológico. **Revista Luna Azul**, [s. l.], n. 29, p. 82-94, jul./dez. 2009. Disponível em: http://lunazul.ucaldas.edu.co/downloads/Lunazul29_9.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. A mentalidade anticapitalista do STF. **Mises Brasil**, São Paulo, 6 dez. 2012. Disponível em: <https://mises.org.br/artigos/1303/a-mentalidade-anticapitalista-do-stf>. Acesso em: 23 out. 2021.

ROSEMBERG, José. **Nicotina: droga universal**. Brasília: INCA, 2004. *E-book*. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//nicotina-droga-universal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990.

SOUZA, Sara Marque O. A.; BEAL, Valter Estevão. Avaliação do gerenciamento de riscos para desenvolvimento de novos produtos e tecnologia: revisão integrativa de literatura. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE INOVAÇÃO E TECNOLOGIA, 5., 2019, São Paulo. **Anais eletrônicos** [...]. São Paulo: Blucher, 2019. Disponível em: <https://pdf.blucher.com.br/engineeringproceedings/siintec2019/13.pdf>. Acesso em 31 jul. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011, p. 367-368

TWERSKI, Aaron D.; HENDERSON JR., James A. Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect. **New York University Law Review**, Nova York, v. 66, n. 5, p. 1263-1331, 1991. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/874/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

TWERSKI, Aaron D.; HENDERSON JR., James A. Manufacturers' Liability for Defective Product Designs: The Triumph of Risk-Utility. *Brooklyn Law Review*, Brooklyn, NY, v. 74, n. 3, p. 1061-1108, 2009. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol74/iss3/16> . Acesso em 30 out. 2021.

Recebido em: 24/07/2023

Aceito em: 10/09/2023