

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.046270-5/RS

D.E.

Publicado em 23/04/2009

RELATOR : Juiz ROGER RAUPP RIOS
AGRAVANTE : SINDICATO DA IND/ DO FUMO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : Jauro Duarte Gehlen e outro
AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA
ADVOGADO : Solange Dias Campos Preussler

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PUBLICIDADE. ADVERTÊNCIAS ESCRITAS E POR IMAGENS EM MAÇOS, EMBALAGENS E MATERIAL PUBLICITÁRIO DE DERIVADOS DE TABACO. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, art. 220, §§ 3º e 4º. LEI Nº 9.294/1996. RESOLUÇÃO RDC ANVISA Nº 54/2008. ADVERTÊNCIA E CARÁTER INFORMATIVO DAS IMAGENS E FRASES. DEVER DE INFORMAÇÃO E DE PROTEÇÃO À SAÚDE. LIBERDADE DE DECIDIR PELO CIDADÃO E ADVERTÊNCIA PROVOCADORA DE REPULSA. AUTONOMIA PRIVADA. AUSÊNCIA DE PRECONCEITO, FALSIDADE E MENTIRA NAS IMAGENS. METÁFORAS CONTUDENTES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A SENTIMENTO RELIGIOSO, DE PRECONCEITO E DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA IDOSOS. DIGNIDADE HUMANA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPROPAGANDA E DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. CONVENÇÃO-QUADRO PARA O COMBATE DO TABACO.

1. O comando constitucional (art. 220, § 3º, II, e § 4º) determina a adoção de medidas de defesa de propaganda de produtos nocivos e que esta defesa dar-se-á por dois meios: (a) restrições legais à propaganda e (b) advertência sobre os malefícios decorrentes do uso do produto. O desenvolvimento legislativo da norma constitucional (Lei nº 9.294/1996) impôs restrições legais à publicidade quanto: (a) à modalidade de propaganda (só é permitida a propaganda através de cartazes, pôsteres e painéis), (b) a limitação dos espaços onde podem ser afixados (art. 3º, caput), (c) à observância de certos princípios (arrolados nos seis incisos do parágrafo primeiro do aludido art. 3º) e (d) pela introdução de advertência sobre os malefícios do produto (parágrafo 2º).

2. A Constituição, no artigo 220, §3º, inciso II, e § 4º, determina que as restrições e advertências em face da propaganda dos produtos fumígenos devem ser veiculadas por meio de lei formal. A Lei nº 9.294/1996, por sua vez, atendem a esta determinação. Elas estabelecem que a propaganda conterà advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, acompanhada de imagem ou figura ilustrativa do sentido da mensagem. A Resolução RDC ANVISA nº 54/2008 não desbordou da legislação requerida pela norma constitucional, cabendo à Administração a escolha das imagens e das frases de advertência que melhor cumprem a missão de restringir a propaganda do tabaco.

3. A legislação distingue entre embalagens e maços de produtos fumígenos, de um lado, e de propaganda do tabaco, do outro, não incidindo o § 4º do art. 220 da Constituição da República na hipótese de embalagens e maços.

4. A norma constitucional, ao impor à Administração e à Legislação a tarefa de desenvolver políticas públicas de advertência admite a utilização de imagens e frases com conteúdo negativo e desestimulador do tabagismo. Compreensão que decorre, inclusive, de interpretação literal, podendo a política pública ir além do fornecimento de conteúdo informativo desprovido de carga valorativa negativa (entendido como fornecer elementos científicos e técnicos). Advertir, mesmo em seu sentido denotativo, é termo que indica aviso, informação, carregados de intenção de prevenir, admoestar quanto aos efeitos nocivos de um produto, carregando, portanto, um sentido de desestímulo, desencorajamento. No caso do tabaco, este sentido, que no mínimo aponta para o desencorajamento, vai mais longe: trata-se de qualificação de nocividade à saúde e ao ambiente de determinado produto, realizada de modo explícito pela ordem constitucional.

5. O conteúdo material do dever de advertir que a Constituição impõe ao Estado, diante da propaganda do tabaco, se expressa por meio de legislação interventiva da liberdade de veicular propaganda do tabaco e da respectiva regulamentação e concretização administrativas, configurando verdadeiro direito fundamental de terceira geração, titularizado pela comunidade, à prestação de natureza normativa, objetivando a proteção e a promoção do direito à saúde e ao ambiente.

6. A introdução de elementos capazes de provocar repulsa não é atitude anti-informativa nem contrária às condições para que o indivíduo possa deliberar de forma livre e autônoma, uma vez que o influxo das emoções e sentimentos, no processo de tomada de decisões, é dimensão ínsita e constituinte da dinâmica humana. O estado-da-arte nos estudos da neurociência acerca da tomada de decisões aponta para o aumento da precisão e da eficiência decisórias decorrente do influxo de emoções e sentimentos.

7. A utilização de imagens e de frases aptas a transmitir forte conteúdo emocional não significa impedimento ou bloqueio de decisão posterior do cidadão quanto ao consumo de produtos fumígenos, cuidando-se da consideração de fatores constituintes do processo decisório humano, cujo esquecimento implicaria desenvolvimento imperfeito da política pública.

8. Não há caráter preconceituoso ou mentiroso nas imagens e advertências, mas sim a utilização de metáforas contundentes, resultantes de estudo criterioso, com o objetivo de concretizar a norma constitucional que determina ao Estado o desenvolvimento de políticas públicas que advirtam acerca do uso de produtos fumígenos.

9. Inexistência de conteúdo ofensivo a sentimento religioso em face de uma das imagens utilizadas e da devoção católica ao Sagrado Coração de Jesus, dados os objetivos da política pública, a não-demonstração da associação alegada e os próprios sentidos da aludida devoção.

10. Não convence a alegação de que uma das imagens é preconceituosa, tendo pretensamente colocado o idoso como manifestação de horror. O que a imagem está claramente apontando como fenômeno horrível é o envelhecimento precoce causado pelo consumo do cigarro, não qualificando como horrível o fenômeno biológico do envelhecimento natural e coetâneo ao avanço etário. Não há, portanto, nem intenção nem resultado discriminatório contra idosos.

11. Não há violação à dignidade humana. A dignidade humana é ferida quando há falta de respeito e consideração, bem como quando o ser humano é utilizado como meio para a consecução de finalidades estatais alheias ao sujeito. A representação em questão, inegavelmente forte e impactante, objetiva proteger a gestante e o feto dos malefícios do tabaco, promovendo a saúde pública, ao invés de utilizá-los para alcançar um objetivo a estes alheio.

12. A obrigação de aposição de imagens e frases de advertência não é contrapropaganda, mas concretização do dever fundamental de proteção que cumpre ao Estado em face da saúde pública, com limitação constitucionalmente autorizada à liberdade de iniciativa comercial por parte das indústrias do tabaco.

13. Não vinga a alegação de que houve imposição de sanção administrativa sem o devido processo legal. A aposição das imagens e frases decorre do desenvolvimento de política pública requerida pela Constituição e não da aplicação de sanção por violação a dever jurídico.

14. A veiculação obrigatória das imagens e frases discutidas atende aos requisitos da proporcionalidade, dada a adequação da medida visando à advertência constitucional, a necessidade da utilização de advertência forte e vigorosa em face dos efeitos do tabagismo e a ponderação dos direitos e bens constitucionais veiculada pela Constituição ao determinar ao Poder Público o desenvolvimento de política pública advertindo os malefícios do produto.

15. Incorporação ao ordenamento jurídico nacional da Convenção-Quadro para o Combate do Tabaco, no leque dos instrumentos jurídicos internacionais de proteção de direitos humanos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 31 de março de 2009.

Juiz Federal ROGER RAUPP RIOS
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ROGER RAUPP RIOS:2164

Nº de Série do Certificado: 44355667

Data e Hora: 02/04/2009 15:18:47

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.046270-5/RS

RELATOR : Juiz ROGER RAUPP RIOS
AGRAVANTE : SINDICATO DA IND/ DO FUMO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : Jauro Duarte Gehlen e outro
AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA
ADVOGADO : Solange Dias Campos Preussler

RELATÓRIO

Neste agravo de instrumento, o Sindicato da Indústria do Fumo no Estado do Rio Grande do Sul - SINDITABACO requer provimento judicial recursal que, reformando decisão indeferitória de liminar proferida em ação ordinária perante o Juízo Federal da 2ª Vara Cível de Porto Alegre:

1) assegure a todas as fabricantes de cigarros o direito de não incluir em suas linhas de produção, bem como de não veicular nas embalagens de

seus produtos e materiais publicitários, as imagens e suas respectivas cláusulas escritas, contidas na Resolução da ANVISA RDC nº 54/08;

2) autorize as empresas de tabaco, em substituição às "advertências" impugnadas, a continuar veiculando nas embalagens de seus cigarros as imagens divulgadas pela Resolução nº 333/03;

3) determine a abstenção quanto à aplicação de qualquer espécie de sanção pelo descumprimento da resolução referida, até o julgamento final da ação, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por auto de infração indevidamente lavrado.

Os **fundamentos da decisão recorrida**, indeferitória do pedido liminar, foram os seguintes:

a) inexistência de desvio de finalidade, dada a tarefa estatal de desenvolver políticas públicas que reduzam os riscos de doenças (art. 196 CF);

b) dever de informação decorrente da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco;

c) finalidade da RDC 54/2008 consentânea com o dever de advertir a população sobre os malefícios do cigarro (cf. § 4º do art. 220 da CF), e de defender a população da propaganda do cigarro e do incentivo ao fumo (cf. § 3º, II, do art. 220 da CF), além da mera regulação ou restrição da propaganda;

d) possibilidade de imagens fortes, impactantes e repulsivas, dada a interpretação sistemática da Constituição, fundada não só no art. 220;

e) que estudos atestam que as advertências impugnadas seriam mais eficientes do que as imagens hoje utilizadas;

f) elevada dimensão da tarefa estatal, pois as campanhas devem a um só tempo buscar impedir a adesão ao consumo do cigarro pelos que não fumam e buscar demover os consumidores do cigarro a abandonar o vício;

g) que as mensagens não são mentirosas, e servem de informação ao consumidor, não se tratando de desinformação, mas de informação metafórica, aversiva, repulsiva, repugnante, atingindo o objetivo de advertir a população e de informar a população sobre o potencial letal do cigarro, sem violar o art. 6º do CDC;

h) que a finalidade da política pública é que a pessoa, de qualquer classe social e nível educacional, saiba que fumar, por exemplo, pode gerar acidente vascular cerebral e pode causar danos cerebrais irreversíveis, mensagem inequivocamente, transmitida por uma das figuras;

i) que a indústria valeu-se de propaganda fantasiosa e metafórica por décadas a fio, manipulando a opinião pública a favor do cigarro e do hábito de fumar, podendo o Estado também valer-se de fantasia, de metáforas, da linguagem do exagero;

j) que o cigarro produz vício, o que favorece imensamente as substituídas, justificando-se, então, a agressiva atuação governamental;

k) que, ponderados os valores em conflito, a proteção à saúde, a política pública de tutela da saúde pública, prepondera sobre a livre iniciativa - a

RDC 54/2008 não violando, assim, os artigos 1º, IV, 5º, IV e IX, e 170, IV, da Constituição;

l) que as imagens veiculadas são adequadas à finalidade da Constituição e da lei - servem à defesa da saúde pública, para advertir e para informar a população do potencial destrutivo do cigarro; servem à defesa da população da propaganda e do incentivo, manejados pelas indústrias fumageiras, ao hábito de fumar. As imagens são necessárias; exige-se força e impacto para convencer os iniciantes de que fumar é maléfico e para convencer os fumantes a parar de fumar. As imagens não são excessivas, tampouco desproporcionais: a ANVISA demonstrou que foram adotadas após criteriosa avaliação técnica e pesquisas que apuraram o quão impactante há de ser a mensagem para que surta o efeito desejado;

m) que é preciso que as figuras sejam aversivas; é preciso chamar a atenção dos consumidores e dos potenciais consumidores sobre as verdadeiras conseqüências do fumo, e "desconstruir o apelo ao prazer das mensagens e imagens enganosas de propagandas e embalagens de produtos de tabaco" (fl. 231);

n) que a política governamental já mostra resultados positivos, "traduzidos na redução da proporção de fumantes de 34,8% para 22,4% na população de 18 anos ou mais (...), (com) redução na taxa de mortalidade por câncer de pulmão entre os homens que, em 90% dos casos, acontece entre fumantes" (fl. 179), diretamente relacionados à vida e à dignidade humana, sendo que os benefícios gerados compensam, sim, as restrições impostas.

o) que não se trata de discriminar os fumantes, mas de limitação à liberdade individual, que fica condicionada ao interesse coletivo;

Diante desta fundamentação, o presente agravo de instrumento veicula os seguintes **argumentos recursais**:

1) que as imagens controvertidas são falsas e mentirosas, nada fazendo além de desinformar a população, especialmente as "camadas sociais de pouco ou nenhuma informação", o "brasileiro ignorante";

2) que as imagens se afastam dos textos constitucional e legal, por não possuírem caráter informativo, pois não divulgam cenas reais e nem apresentam nexos lógico-científico com os riscos associados ao tabaco; são apelativas, com objetivo deliberado de macular a imagem do produto e seus usuários;

3) desrespeito em face daqueles que serão obrigados a olhar para as referidas imagens;

4) que a ANVISA não almeja informar, mas impor aquilo que considera correto, com violação da autonomia privada;

5) que a imposição desobedece a reserva legal qualificada estabelecida pela Constituição para as restrições à propaganda comercial de tabaco;

6) que a lei indicada pela Constituição (Lei n 9.294/96) definiu a utilização de advertência nas embalagens sobre os malefícios do fumo,

acompanhada de figuras ou imagens ilustrativas do sentido da mensagem, disto se distanciando as imagens discutidas (advertir significa informar, explicar);

7) que 6 das 10 imagens são inconstitucionais e ilegais, por objetivarem somente produzir repugnância e horror, com mentiras e preconceitos diante do tabaco e de seus usuários;

8) que a imagem associada a "perigo" é macabra e inverossímil, pois derrame cerebral não provoca explosão do crânio, sendo falsa;

9) que a imagem associada a "infarto" é paródia grotesca da imagem do Sagrado Coração de Jesus, agora cravejado de guimbas de cigarro, sendo composição delirante que ofende o sentimento religioso, sem qualquer carga informativa;

10) que a imagem associada a "produto tóxico" não apresenta conexão ao ato de fumar, ao sugerir envenenamento pela ingestão de comprimidos contidos em um frasco aberto, e que a nicotina não causa efeitos intoxicantes;

11) que a imagem associada a "horror" não apresenta conexão entre o ato de fumar e o envelhecimento precoce da pele apresentado, sendo, ademais, preconceituosa, ao projetar idade sobre uma face jovem, colocando o idoso como uma manifestação de horror;

12) que a imagem associada à "morte", retratando cadáver submetido a incisão cirúrgica no tórax e abdômen, não informa que o cigarro é fator de risco para enfisema pulmonar e câncer de pulmão, não condizendo com a prática médica usual;

13) que a imagem associada a "vítima deste produto", retratando um feto em um cinzeiro, além de macabra e dissociada da realidade, não reflete a prática e ética médicas, violando a dignidade da pessoa humana;

14) violação ao direito difuso à informação verdadeira;

15) violação à proporcionalidade, pois as imagens são (a) inadequadas para advertir os consumidores e capacitá-los para escolhas informadas, sendo exageradas, quando não mentirosas e (b) desnecessárias, pois há meios menos gravosos para a liberdade de comunicação e à autonomia individual, aptos a informar os cidadãos;

16) que o conteúdo grotesco ofende não somente aos fumantes, mas aos consumidores em geral, dada a exposição nos estabelecimentos que vendem cigarros;

17) que a prática atacada configura contrapropaganda, utilizada de forma ilegal no caso, pois a comercialização do cigarro é permitida pelo ordenamento jurídico, estando, ausentes os requisitos do artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor (publicidade enganosa ou abusiva);

18) que o caráter punitivo das imagens corresponde à aplicação de sanção administrativa, sem o devido processo legal, aí incluído o princípio da tipicidade;

19) que a escolha destas imagens viola o dever do agente público de vinculação à realidade, por inexistência de motivos (Lei 4.717/65, art. 2º, "d"), dado que os motivos presentes, segundo as ciências médicas, não correspondem à realidade, tudo comprometendo a seriedade da política pública, produzindo banalização e desmoralização;

20) além de "denegrir" (**sic**) o cigarro e seus consumidores, as imagens revelam tratamento discriminatório odioso em relação a outros produtos, uma vez que ao lado do tabaco são mencionados agrotóxicos, medicamentos, terapias e bebidas alcoólicas, não sendo estes alvo de tais exigências;

21) contrariedade à cláusula geral proibitiva de comportamentos contraditórios, pois a própria ANVISA, ao dispor sobre a publicidade de medicamentos, veda expressamente a exploração de "enfermidades, lesões ou deficiências de forma grotesca, abusiva ou enganosa";

22) déficit de legitimidade democrática na elaboração da resolução e eleição das imagens, dada a ausência de audiências públicas ou outro mecanismo de participação popular; trata-se de requisito de validade da política pública decorrente do princípio democrático.

A agravante juntou "opinião legal", solicitada pela empresa Souza Cruz S/A, segundo a qual:

23) a Constituição, no art. 200, §§ 3º e 4º, prescreve requisitos formais (restrição legal, sendo inadmissível resolução de agência reguladora) e materiais (a finalidade da restrição, que deve se destinar a proporcionar à pessoa e à família condições de se defenderem da publicidade de produtos nocivos à saúde) para a restrição da publicidade do tabaco;

24) a restrição deve ser meio para que o cidadão se defenda da publicidade, podendo ele próprio tomar, com consciência e autonomia, a decisão sobre o consumo do produto, o que pressupõe uma restrição eminentemente informativa e, não, proibitiva nem causadora de repulsa, nojo ou horror;

25) a Constituição regulou a conjunção da proteção à saúde com a publicidade do tabaco em regra específica (art. 220, §§ 3º e 4º), não cabendo fundamentar a limitação da publicidade do tabaco diretamente no dever geral de proteção à saúde ou no poder geral de polícia, sob pena de ignorar a regra constitucional específica;

26) imagens como as discutidas, sem caráter informativo, não visam a criar condições para o exercício da autonomia decisória, mas consubstanciam decisão estatal anterior destinada a bloquear a decisão posterior do cidadão, pois que a repulsa é anti-informativa;

27) as imagens distanciam-se da competência legislativa para criar restrições à publicidade do tabaco, afigurando-se como contrapropaganda, sem suporte constitucional ou legal;

28) não há como justificar, por meio da proporcionalidade, a imposição discutida, pois há regra constitucional predeterminando o meio (restrição legal) e a finalidade (capacitação para escolha autônoma do usuário), o que exclui espaço para o exame da proporcionalidade, na medida em que este só cabe quando a Constituição, não regrido o meio, permite a escolha legislativa;

29) houvesse possibilidade de solução jurídica pela proporcionalidade, estariam insatisfeitos adequação (não há meio adequado para fim ilegítimo) e necessidade (a Constituição já escolheu o meio, inexistindo liberdade de configuração dos meios possíveis);

30) as mensagens, verdadeiras ou não, não são informativas; a comprovação da veracidade ou da adequação representativa das imagens não elimina o vício da inconstitucionalidade por desvio de finalidade;

31) é impertinente verificar se houve, ou não, participação dos interessados pelas vias competentes, pois esta não sanaria os vícios formal e material.

O parecer conclui que a Constituição somente admite restrições advindas de lei e com finalidade informativa, razões por que as normas regulamentares ora discutidas são inadmissíveis.

As **contrarrazões**, por sua vez, sustentaram que:

1) a edição da resolução se insere na competência legal deferida à ANVISA pela legislação vigente, na forma da Lei nº 9.782/99, em cumprimento da Lei nº 9.294/96;

2) que os derivados do tabaco, segundo a Organização Mundial de Saúde, são os principais causadores de mortes evitáveis em todo o mundo;

3) que estratégias agressivas de marketing, aliadas à falta de informação, possibilitaram a expansão do consumo destes produtos;

4) que estas constatações conduziram à formulação da "Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco", incorporada ao ordenamento jurídico nacional;

5) que o consumo, alavancado pela publicidade, tende a se concentrar nos grupos populacionais de menor renda e escolaridade;

6) que as novas advertências e imagens decorrem de grupo multidisciplinar criado pelo Instituto Nacional do Câncer (INCA), de modo bastante criterioso, procurando a utilização de metáforas fortes, geradoras de sentimentos negativos sobre o produto, objetivando comunicar de forma contundente sobre a gravidade dos riscos, enfrentando velhos conceitos plantados pela publicidade da indústria do tabaco;

7) que, embora impactantes, as imagens veiculadas chocam muito menos que as catastróficas consequências provocadas pelo tabagismo;

8) que é improcedente o argumento da infidelidade científica das imagens, uma vez que não são destinadas a público afeito à ciência médica, estando, aliás, na mesma esteira brasileira, países como Chile, Venezuela, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Tailândia, Cingapura, Inglaterra, Suíça e Bélgica; que a associação é direta e inteligente, o que demonstra, por exemplo, a imagem associada a infarto, cigarro e malefício ao coração;

9) que, conforme análise técnica procedida pela Divisão de Controle do Tabagismo do INCA, quando da impugnação administrativa feita pela empresa Souza Cruz S/A, as imagens referentes aos termos "perigo", "produto tóxico", "horror", "morte" e "vítima deste produto", não há erro informacional; além disso, trata-se de metáfora para apontar que o consumo do produto pode provocar hemorragia cerebral, que há extensa literatura na toxicologia sobre a nicotina, que um dos efeitos comprovados do tabagismo é o

envelhecimento da pele, que o uso do produto leva à morte por câncer do pulmão e enfisema, que tanto o feto quanto a gestante são vítimas do produto;

10) que a análise crítica das imagens, realizada por médico contratado pela agravante, calcou-se numa supervalorização de detalhes, deixando de considerar as verdades que as metáforas ilustram;

11) que o objetivo das imagens é zelar pela saúde e qualidade de vida da população;

12) não houve violação a cláusula de reserva legal qualificada, pois o art. 220, § 4º, da CF/88, limitou-se a tratar de restrições legais à propaganda comercial de tabaco, não havendo exigência de lei específica para dispor sobre a impressão de advertências sobre os malefícios do cigarro;

13) que a Lei nº 9.294/96 não especifica o conteúdo de nenhuma advertência, cabendo esta definição ao Ministério da Saúde (por meio da ANVISA), incluindo-se tal conteúdo na discricionariedade técnica;

14) não houve irresponsabilidade ou leviandade por parte da Administração, até porque a resolução impugnada é fruto de minucioso estudo multidisciplinar coordenado pelo INCA;

15) não há ofensa à dignidade humana, que, outrossim, está presente na propaganda enganosa promovida pela indústria do tabaco;

16) há observância da proporcionalidade, dada a adequação das medidas (capacidade de produzir o resultado pretendido, qual seja, informar e diminuir o número de fumantes), necessidade (as advertências e imagens, diante do forte vício e dos danos causados, seriam até insuficientes) e proporcionalidade em sentido estrito (os benefícios suplantam as restrições impostas);

17) que há risco de dano irreparável ou de difícil reparação acaso provido o agravo, uma vez que está em causa a saúde da população, não justificando o contrário a necessidade de mudança na planta industrial das empresas do tabaco.

O Ministério Público Federal ofertou parecer pelo desprovimento da agravo, pois que, "por meio das novas imagens e advertências procurou-se utilizar metáforas fortes e geradoras de sentimentos negativos sobre o produto para comunicar de forma contundente sobre a gravidade dos seus riscos à saúde." Ademais, salientou que, "no tocante aos princípios constitucionais alegados pelo agravante em defesa de sua tese, como a liberdade de iniciativa e de expressão, importante ressaltar que o objetivo da RDC nº 54/2008 diz respeito com valores de maior magnitude para a sociedade, que é o direito à saúde e, de forma correlata, o direito à vida." (fls. 412/414).

É o relatório.

VOTO

1.Regulação constitucional, legal e administrativa da defesa e das restrições diante da propaganda de tabaco

O comando constitucional (art. 220, § 3º, II, e § 4º) determina a adoção de medidas de defesa de propaganda de produtos nocivos e que esta defesa dar-se-á por dois meios: (a) restrições legais à propaganda e (b) advertência sobre os malefícios decorrentes do uso do produto.

O desenvolvimento legislativo da norma constitucional (Lei nº 9.294/1996) impôs restrições legais à publicidade quanto: (a) à modalidade de propaganda (só é permitida a propaganda através de cartazes, pôsteres e painéis), (b) a limitação dos espaços onde podem ser afixados (art. 3º, *caput*), (c) à observância de certos princípios (arrolados nos seis incisos do parágrafo primeiro do aludido art. 3º) e (d) pela introdução de advertência sobre os malefícios do produto (parágrafo 2º).

Ademais, a lei distingue duas situações quanto à aposição de imagens e figuras, bem como de advertências: de um lado, as embalagens e os maços de produtos fumígenos; de outro, o material de propaganda referido no artigo 3º (cartazes, pôsteres e painéis).

Antes de adentrar no exame da constitucionalidade e da legalidade das restrições à propaganda e da determinação de inserção de fotos e frases nos maços e embalagens de produtos fumígenos, operados pela Resolução nº 54/2008, da ANVISA, é mister enfrentar a alegação de vício formal na edição do ato administrativo, por ofensa à reserva legal.

2. Resolução nº 54/2008, Reserva Legal e Competência da ANVISA

A Constituição, no artigo 220, §3º, inciso II, e § 4º, determina que as restrições e advertências em face da propaganda dos produtos fumígenos devem ser veiculadas por meio de lei formal. As normas legais veiculadas pela Lei nº 9.294/1996, por sua vez, atendem a esta determinação. Elas estabelecem que a propaganda conterà advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, acompanhada de imagem ou figura ilustrativa do sentido da mensagem.

Neste contexto, a resolução não desbordou da legislação requerida pela norma constitucional. A escolha das imagens e das frases de advertência que melhor cumprem a missão de restringir a propaganda do tabaco é tarefa que cabe à Administração, até porque ninguém sustentaria que a lei em sentido formal devesse descer a tal detalhamento. Isto fica ainda mais patente pelos termos da própria Lei nº 9.294/1996, cujo artigo 3º, parágrafo 2º, por exemplo, atribui ao Poder Executivo o estabelecimento e a forma de utilização, simultânea ou rotativa, das advertências.

Com efeito, o que a cláusula da reserva legal objetiva é vedar, nas matérias a ela sujeitas, a atuação de órgão não-legislativo. A Constituição determinou que somente o legislador pode determinar as restrições, e ele assim procedeu, restringindo a publicidade quanto aos meios e locais admissíveis, bem como quanto à forma (imagens, figuras e frases, estas, se possível, escritas e faladas). Ela não reservou ao legislador a definição de tais ou quais imagens em concreto, sendo válida a imposição deste dever à Administração.

Que fique firmada, ainda, a competência da ANVISA para editar a resolução impugnada, assentada na Lei nº 9.782/99, especialmente nos seus artigos 6º (que fala da implementação e da execução das políticas, diretrizes e ações de vigilância sanitária, bem como do controle, da fiscalização e do acompanhamento, sob o prisma sanitário, da propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária) e 8º (que atribui à ANVISA a regulamentação, controle e fiscalização de produtos).

Questão diversa é saber se, ao eleger as imagens e frases questionadas, a Administração ultrapassou o conteúdo informativo que se exige das advertências quanto à nocividade do tabaco, ou violou qualquer outro direito. Nesta quadra, a questão não é mais de reserva legal ou vício de competência por parte da ANVISA, mas sim de validade material da conduta administrativa.

3. Distinção entre embalagens e maços e material de propaganda: não-incidência do art. 220, § 4º, em face de embalagens e maços

A apontada distinção legal entre embalagens e maços de produtos fumígenos, de um lado, e de propaganda do tabaco, do outro, é relevante para o deslinde de uma das teses centrais da agravante, ao menos parcialmente. Uma vez que, na dicção legal, a aposição de imagens e advertências nas embalagens é questão diversa da regulação dos meios de propaganda, não há que se falar em incidência do § 4º do art. 220 na hipótese de embalagens e maços.

Improcede, portanto, a tese segundo a qual a advertência, de conteúdo informativo, impediria a utilização das imagens e advertências nas embalagens e maços. Isto porque, como dito, o âmbito de incidência do referido parágrafo 4º é a propaganda, hipótese diversa da confecção da embalagem e do maço do produto.

4. Compreensão constitucional das advertências quanto à nocividade do produto na publicidade e conteúdo informativo

Superado este argumento, é preciso examinar a tese recursal da limitação das restrições, fundada no § 4º do art. 220 da CF/88, com relação ao material publicitário. Este exame, ademais, é pertinente para aqueles que discordem da não-incidência do referido parágrafo quarto quanto aos maços e embalagens, uma vez que a alegação de conteúdo divorciado de finalidade informativa alcança tanto embalagens e maços quanto material publicitário.

A regulação constitucional específica trata de restrições à propaganda. Estas restrições tem como objetivo a defesa diante da propaganda de produtos nocivos; diz mais a Constituição: a propaganda conterà, sempre que necessário, advertência. A agravante sustenta que o conteúdo destas restrições deve se limitar à finalidade informativa, pois são meio para que o cidadão se defenda da publicidade, podendo ele próprio tomar, com consciência e autonomia, a decisão sobre o consumo do produto, o que pressupõe uma restrição eminentemente informativa e, não, proibitiva nem causadora de repulsa, nojo ou horror.

O comando constitucional é claro: possibilitar meio de defesa contra uma espécie de liberdade de expressão, que é o discurso comercial, que ocorre na publicidade de produto nocivo. Está implícito que este discurso, apesar de lícito, é potencialmente danoso, tanto que a Constituição afirma a necessidade de meios de defesa em face deste discurso.

A ANVISA defende o ato, afirmando que concretizou o comando constitucional, com supedâneo legal, por meio das imagens discutidas. A propósito, diz o parágrafo 3º do artigo 3º da Lei nº 9.294/1996:

§ 3º - As embalagens e os maços de produtos fumígenos, com exceção dos destinados à exportação, e o material de propaganda referido no caput deste artigo conterão a advertência mencionada no § 2º acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem.

Registre-se que a alusão feita por este parágrafo 3º à "advertência mencionada no § 2º" diz respeito à utilização de frases de advertência, concernentes aos malefícios do fumo.

Fica, portanto, a questão acerca do conteúdo das imagens e frases utilizadas, com o propósito de advertir.

A tese sustentada pela agravante é de que a norma constitucional aponta para uma limitação dos meios de defesa diante da publicidade e do modo de advertir, segundo a qual só seria admissível o conteúdo informativo. Apesar de não explicitado, o que se depreende das razões recursais é que "conteúdo informativo" diz respeito a dados técnicos e elementos objetivos, sem a utilização de metáforas ou representações capazes de desencadear sentimentos de repulsa, aversão e nojo. A agravante vai além: vislumbra não-só desvio de finalidade, como também falha no dever estatal de criar condições para o exercício da autonomia decisória, consubstanciando decisão estatal anterior destinada a bloquear a decisão posterior do cidadão, pois que a repulsa é anti-informativa.

Esta tese revela, ao menos, dois pressupostos: que a utilização de advertências como meio de defesa diante da publicidade se limita a dados informativos; e que a informação adequada para capacitar o indivíduo e a família a deliberar sobre a utilização do produto nocivo é aquela que fornece elementos

técnicos e dados científicos pertinentes, sem a adição de conteúdos capazes de alavancar emoções e sentimentos.

Com a devida vênia, tenho que tal argumentação improcede.

A Constituição fala na defesa diante da publicidade de produto nocivo à saúde (art. 220, § 3º, II); fala em restrição legal à propaganda comercial de tabaco (§ 4º, primeira parte) e fala, ainda, que esta restrição conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes do uso (§4º, segunda parte).

Advertir, como registra o Dicionário Houaiss, é verbo com várias acepções: informar, avisar; censurar brandamente, prevenir, admoestar; repreender; atentar ou fazer atentar.

Uma interpretação meramente literal, portanto, não conforta a tese segundo a qual advertir, na dicção constitucional, só comporta conteúdo informativo desprovido de carga valorativa negativa (entendido como fornecer elementos científicos e técnicos). Advertir, mesmo em seu sentido denotativo, é termo que indica aviso, informação, carregados de intenção de prevenir, admoestar quanto aos efeitos nocivos de um produto, carregando, portanto, um sentido de desestímulo, desencorajamento. No caso do tabaco, este sentido, que no mínimo aponta para o desencorajamento, vai mais longe: trata-se de qualificação de nocividade à saúde e ao ambiente de determinado produto, realizada de modo explícito pela ordem constitucional.

Neste contexto, da constatação de que a Constituição não é neutra quanto ao caráter nocivo do produto, pode-se inferir que o termo "advertência", utilizado pela norma constitucional e pela norma legislativa, admite a transmissão de mensagem negativa quanto ao tabaco, ainda que ela inclua, *a contrario sensu*, dentro do âmbito de proteção do direito de liberdade, tanto o consumo quanto a propaganda do tabaco.

O que se discute, portanto, é o conteúdo material do dever de advertir que a Constituição impõe ao Estado diante da propaganda do tabaco. Este dever de advertir, que se expressa por meio de legislação interventiva da liberdade de veicular propaganda do tabaco e da respectiva regulamentação e concretização administrativas, configura verdadeiro direito fundamental de terceira geração, titularizado pela comunidade, à prestação de natureza normativa, objetivando a proteção e a promoção do direito à saúde e ao ambiente.

A pergunta que se coloca é se a Administração, ao escolher as imagens e as frases contestadas, agiu de acordo com a compreensão jurídica do ato de advertir, expressamente previsto e autorizado pela Constituição e pela legislação.

Como dito, advertir implica transmitir informação carregada de juízo negativo. Poder-se-ia afirmar que, para tanto, basta arrolar dados científicos e informações técnicas noticiando os malefícios, sem a necessidade de imagens chocantes, escolhidas com o propósito de causar repulsa.

A tese subjacente nas razões recursais, como visto, é a de que a tomada de decisões decorre da consideração objetiva das informações disponibilizadas, pelo que valer-se o Estado do influxo de emoções de repulsa e nojo é ir além do comando constitucional e legal. Os estudos contemporâneos acerca da formulação do conhecimento e da tomada de decisões, todavia, não confortam esta tese, que afasta conteúdos afetivos e emocionais deste processo mental.

Ao contrário do afirmado pela agravante, a introdução de elementos capazes de provocar repulsa não é atitude anti-informativa nem contrária às condições para que o indivíduo possa deliberar de forma livre e autônoma. Considerar o influxo das emoções e sentimentos, no processo de tomada de decisões, é atentar para uma dimensão ínsita e sempre presente nesta tarefa.

A respeito, trago o estado-da-arte nos estudos da neurociência acerca da tomada de decisões, onde está superada a noção de que os resultados do processo decisório devam ser livres de sentimentos e emoções. Ao contrário: o que se constata é o aumento da precisão e da eficiência decisórias pelo influxo destes.

É o que, de modo exemplificativo e exemplar, revela a obra de Antonio Damasio, pesquisador do Departamento de Neurologia da Universidade de Iowa:

"Um aspecto importante da concepção racionalista é que, para obter os melhores resultados, devemos deixar de lado as emoções. O processo racional não deve ser obstaculizado pela paixão." (Damasio, Antonio.(2004) O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. Companhia das Letras.)

"Os marcadores somáticos provavelmente aumentem a precisão e a eficiência do processo de tomada de decisão. A ausência de um marcador somático a diminui (...). Em poucas palavras: os marcadores somáticos são um caso especial de sentimentos gerados a partir de emoções secundárias. Estas emoções e sentimento se conectaram, mediante a aprendizagem, a resultados futuros, previsíveis em certos cenários. Quando um marcador somático negativo se justapõe a um resultado futuro possível, a combinação funciona como um alarme. E ao inverso, quando a justaposição se refere a um marcador somático positivo, o sinal se transforma num elemento incentivador." (Damasio, 2004, p. 200)

"Os marcadores somáticos se adquirem, então, pela experiência, sob o controle de um sistema interno de preferências e sob a influência de um conjunto de circunstância externas que não só inclui as entidades e sucessos com que o organismo tem que lidar, senão as convenções sociais e normas éticas." (Damasio, 2004, p. 205)

"A experiência (...) sugere que a fria estratégia sustentada por Kant e outros se adapta muito melhor a maneira de raciocinar e decidir de pacientes com lesões no lobo-frontal que ao estilo de raciocínio e decisão normais." (Damasio, 2004, p. 198)

5. Ilicitude na decisão prévia estatal quanto ao consumo de tabaco e à autonomia privada

Superado este aspecto, que diz respeito ao processo de tomada de decisões e à relevância de conteúdos afetivos e emocionais no exercício da racionalidade, resta enfrentar a alegação de que não é lícito ao Estado, em decisão prévia àquela que será tomada pelo cidadão, bloquear a decisão posterior a ser por este tomada. Relacionado a este tópico está o argumento de desrespeito à autonomia privada.

Tenho que o recurso também improcede quanto a este argumento.

A um, porque, como acima referi quando examinado o significado do termo "advertência", a ordem jurídica constitucional não é neutra quanto à utilização do tabaco. Ainda que a Constituição proteja a liberdade de fumar e de comercializar produtos fumígenos, é inegável que ela desencoraja e dificulta tais condutas, com fundamento na nocividade à saúde e ao ambiente típicas do tabaco.

Deste modo, não há que se falar em ilicitude na consideração negativa, por parte da legislação e da Administração, diante do tabaco.

A dois, porque a utilização de imagens e de frases aptas a transmitir forte conteúdo emocional não significa impedimento ou bloqueio de decisão posterior do cidadão quanto ao consumo de produtos fumígenos. Como visto, trata-se da consideração de fatores constituintes do processo decisório humano, cujo esquecimento implicaria desenvolvimento imperfeito da política pública.

Não há, portanto, a alegada violação à autonomia privada.

Examinados estes tópicos, restam ainda outros argumentos, presentes na lista contida no relatório. Vou enfrentá-los em blocos, uma vez que vários deles são conexos.

6. Caráter falso, mentiroso e apelativo das imagens

Afirma-se que as imagens se revestem de caráter falso, mentiroso e apelativo, desprovidas de nexos lógico-científico com os riscos do tabaco, sem a divulgação de cenas reais, produzindo desinformação, com o objetivo de macular a imagem do produto e de seus usuários.

Rejeito o argumento recursal.

O debate acerca da acuidade científica da mensagem transmitida pelas imagens é complexo e técnico, sendo indevida a tomada de posição definitiva nos estreitos limites do agravo de instrumento, que se reportam a fase processual inicial da ação ordinária onde proferida a liminar recorrida.

Não obstante, há nos autos, além do parecer médico ofertado pela agravante (fls. 96-108, que conclui que as imagens não representam as doenças às quais se referem e que não traduzem os efeitos associados ao fumo ou o fazem de modo distorcido, induzindo a conclusões errôneas), análise técnica da Divisão de Controle do Tabagismo do Instituto Nacional do Câncer, quando de impugnação administrativa da empresa Souza Cruz S/A (reproduzida às fls. 144-148). Registre-se que no documento "Brasil - Advertências Sanitárias nos Produtos de Tabaco - 2009" consta apêndice listando as referências científicas para cada advertência desenvolvida (fl. 242 e seguintes).

Ali ficou consignado que os riscos associados ao consumo do tabaco pela política pública, ao contrário do que conclui o parecer ofertado pela Souza Cruz S/A, tem fundamento científico, não havendo erro informacional. Quanto à representação destes riscos consubstanciada nas imagens, consignou-se a validade e a necessidade da utilização de metáforas fortes para atrair a atenção do consumidor ou do potencial inicial do tabagismo.

As contrarrazões também demonstram que as imagens e advertências são resultado de grupo interdisciplinar, com a participação de profissionais da saúde do INCA, da ANVISA, do Laboratório de Neurologia do Comportamento da Universidade Federal Fluminense (UFF), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e do Departamento de Artes e Design da PUC-RJ, como revela o citado documento "Brasil - Advertências Sanitárias nos Produtos de Tabaco - 2009" (fls. 195-249).

Não vislumbro, portanto, caráter preconceituoso ou mentiroso nas imagens e advertências desenvolvidas, mas sim a utilização de metáforas contundentes, resultantes de estudo criterioso, por parte de grupo de *experts* com o objetivo de concretizar a norma constitucional que determina ao Estado o desenvolvimento de políticas públicas que advirtam acerca do uso de produtos fumígenos.

Nesta linha, também afastos os vícios apontados, de modo específico, acerca de algumas das imagens veiculadas pela política pública.

A imagem nº 10 (PERIGO - "O risco de derrame cerebral é maior com o uso deste produto") veicula a representação de um crânio aberto. Ainda que forte e impactante, ela não se enquadra no conceito de falsidade, precisamente em virtude de seu caráter metafórico, cujos resultados para a diminuição do tabagismo são demonstrados pelo grupo de trabalho referido.

A imagem nº 4 (INFARTO - "O uso deste produto causa morte por doenças do coração") apresenta um coração humano cravejado de tocos de cigarro, transmitindo a idéia incontestável de que o tabagismo faz mal ao coração.

Não procede a alegação de ofensa a sentimento religioso.

Em primeiro lugar, por vir desacompanhada de qualquer prova empírica da alegada associação entre o símbolo religioso do Sagrado Coração de Jesus e a imagem em questão.

Em segundo lugar, por não existir qualquer intenção ofensiva na campanha e pelo fato de não haver qualquer evidência empírica que demonstre existir na população qualquer percepção de que a conduta administrativa objetivou ofender qualquer sentimento religioso.

Por último, *ad argumentandum tantum*, já que disputas teológicas são impertinentes a decisões jurídicas estatais, sabe-se que um dos tantos conteúdos e significados desenvolvidos na devoção cristã do "Sagrado Coração de Jesus" e do "Sagrado Coração de Maria" é a reflexão sobre o sofrimento experimentado por estas duas personagens centrais na economia salvífica e, particularmente, no credo católico (ver, por exemplo, Pablo Brogeras Martínez, "Introdução à Teologia do Coração de Maria", www.claret.org/espiritualidad/documentos/2_2_3_Introducao_a_teatologia_do_Coracao., em 29 de março de 2009; Cardeal Scheid, Arcebispo do Rio de Janeiro, "O Culto ao Coração de Jesus", http://www.sagrada.net/noticias/junho_mes_dedicado_a_747.html).

Ainda mais: conforme a doutrina oficial católica, a devoção do Sagrado Coração de Jesus pode ser associada, de modo direto, ao mistério da encarnação e à participação divina em todo o sofrimento que caracteriza o humano (Carta Encíclica do Papa Pio XII, *Haurietis Aquas - sobre o culto do Sagrado Coração de Jesus*, nº 23), do qual, sem dúvida, os malefícios cardíacos resultantes do tabaco são expressão incontestável nos dias de hoje, inclusive em termos de saúde pública.

A imagem nº 7 (PRODUTO TÓXICO - "Este produto contém substâncias tóxicas que levam ao adoecimento e à morte"), conforme considerações técnicas contidas no referido documento "Brasil - Advertências Sanitárias nos Produtos de Tabaco - 2009", também metafórica, objetiva disseminar o dado científico segundo o qual a nicotina, e outras substâncias contidas no tabaco, são efetivamente tóxicas, revelando-se, portanto, de valor informativo.

A imagem nº 6 ("HORROR - Este produto causa envelhecimento precoce da pele"), por sua vez, também conforme as aludidas considerações técnicas oficiais, apresenta representação do efeito do

envelhecimento cutâneo provocado pelo consumo do cigarro, possuindo caráter informativo.

Além disso, não convence a alegação de que a imagem é preconceituosa, tendo pretensamente colocado o idoso como manifestação de horror. O que a imagem está claramente apontando como fenômeno horrível é o envelhecimento precoce causado pelo consumo do cigarro, não qualificando como horrível o fenômeno biológico do envelhecimento natural e coetâneo ao avanço etário. Não há, portanto, nem intenção nem resultado discriminatório contra idosos.

A **imagem nº 3 (MORTE - "O uso deste produto leva à morte por câncer de pulmão e enfisema")**, retratando cadáver submetido a incisão cirúrgica no tórax e abdômen, apesar de forte e impactante, não pode ser tachada de anti-informativa. Como aponta o estudo oficial, o objetivo da aposição de imagem de necropsia (ao invés de cirurgia) é mostrar a alta letalidade das doenças do câncer de pulmão e do enfisema pulmonar, inegavelmente associadas ao tabaco.

A **imagem nº 1 (VÍTIMA DESTE PRODUTO - "Este produto intoxica a mãe e o bebê, causando parto prematuro e morte")**, retratando um feto em um cinzeiro, é, segundo a defesa, resultado de efeito de computação gráfica sobre boneco, objetivando demonstrar, de forma metafórica, que feto e gestante são vítimas do consumo do tabaco. Nesta medida, ainda que forte, também não vislumbro na imagem conteúdo anti-informativo.

7. Dignidade humana, devido processo legal, contrapropaganda, direito à informação verdadeira

Também rejeito o argumento de violação à dignidade humana. A dignidade humana é ferida quando há falta de respeito e consideração, bem como quando o ser humano é utilizado como meio para a consecução de finalidades estatais alheias ao sujeito. A representação em questão, inegavelmente forte e impactante, objetiva proteger a gestante e o feto dos malefícios do tabaco, promovendo a saúde pública, ao invés de utilizá-los para alcançar um objetivo a estes alheio.

As considerações acima desenvolvidas são suficientes para afastar a alegação de violação do dever de vinculação à realidade, o que implicaria ofensa à Lei 4.717/65, art. 2º, "d". Há razões e fundamento, compatível com a realidade da saúde pública, do tabagismo e dos efeitos da propaganda, para a utilização das imagens e frases veiculadas pela política pública. Ao contrário do que alega a agravante, há motivos para a veiculação das imagens e das metáforas, inclusive com conteúdo emocional, não existindo banalização ou desmoralização da atuação administrativa.

Neste diapasão, fica também rejeitado o argumento recursal de violação ao direito difuso à informação verdadeira. Como visto, não há mentira ou falsidade na política pública questionada.

Também fica superada a alegação de contrapropaganda. Contrapropaganda é sanção para aqueles que veiculam propaganda enganosa ou abusiva. A obrigação de aposição de imagens e frases de advertência não contrapropaganda, mas concretização do dever fundamental de proteção que cumpre ao Estado em face da saúde pública, com limitação constitucionalmente autorizada à liberdade de iniciativa comercial por parte das indústrias do tabaco.

Do mesmo modo, também não vinga a alegação de que houve imposição de sanção administrativa sem o devido processo legal. Como referi no parágrafo anterior, sem sentido tal argumento, na medida em que a aposição das imagens e frases decorreu do desenvolvimento de política pública requerida pela Constituição e não da aplicação de sanção por violação a dever jurídico.

8. Proporcionalidade, dever de proteção, restrições à liberdade publicitária e Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco

Rejeito a argumentação recursal quanto à violação da proporcionalidade.

Assentado o caráter informativo e de advertência das imagens e frases escolhidas, fica vencida a alegação de inadequação. Isto porque, como demonstrado, a utilização de metáforas e imagens fortes e impactantes diz respeito à consideração da dinâmica do processo decisório humano, cuidando-se de fator constituinte da tomada de decisões.

Além disso, como demonstra o relatório do grupo de trabalho instituído para a elaboração das advertências, a experiência nacional e internacional demonstra à saciedade a eficácia de tais advertências na redução do tabagismo.

Com relação à necessidade, não há nos autos qualquer indicação de que outros meios alternativos, menos gravosos à liberdade da propaganda do tabaco que os escolhidos, sejam igualmente eficazes quanto à advertência dos malefícios do tabaco. Não basta simplesmente alegar que há meios menos onerosos que as imagens discutidas, sem nada demonstrar neste sentido, especialmente quando estas são fruto de sério trabalho interdisciplinar, inseridos numa série histórica de medidas imagéticas. Ao contrário: há estudos nos autos que demonstram a necessidade da intensificação das advertências em face da nocividade do tabaco.

Ainda quanto a este tópico, há que se ressaltar que a concretização da política pública pela obrigatoriedade da aposição das imagens, do ponto de vista da proporcionalidade, é medida que visa ao cumprimento de um dever

fundamental de proteção por parte do Estado em favor da sociedade. Cuidando-se de prestação positiva de proteção, a dinâmica da proporcionalidade se apresenta como proibição da não-suficiência, pois, como diz Borowski, "a melhor realização possível do objeto da otimização dos princípios jusfundamentais-prestacionais é um objeto prescrito pela Constituição" (citado por Paulo Gilberto Cogo Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, P. Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77).

Assentada a adequação e a necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito também está, no caso, satisfeita. A defesa do indivíduo e da família em face da propaganda do tabaco, por meio de advertências quanto ao malefício decorrente do consumo, é um objetivo constitucional que se relaciona diretamente aos direitos à vida, à saúde e ao ambiente, apresentando forte carga valorativa em seu favor. O exercício da liberdade de expressão do discurso publicitário, por sua vez, também é um princípio constitucional valioso. A Constituição, diante disso, admitiu a liberdade de expressão publicitária com restrições, visando a advertir o indivíduo e a família dos malefícios do tabaco. Esta tomada de posição revela, portanto, já no texto original da Constituição, a preocupação e a valorização da vida, da saúde e do ambiente em face do discurso publicitário tabagista, pois é este que a Constituição restringe.

Esta ponderação, já realizada pela Constituição, faz concluir pela existência de fundamento constitucional para a adoção de medidas fortes pelo Poder Público, objetivando cumprir o dever de proteção constitucionalmente definido como responsabilidade do Poder Público. Quanto ao cumprimento deste dever, portanto, não se pode admitir que qualquer medida o atenda, especialmente diante da constatação de que o tabagismo é fator de doença e morte em alta escala na sociedade contemporânea. Daí a invocação, no campo dos deveres fundamentais de proteção, do critério da "maximização da intensidade de assistência", segundo o qual "dentre os meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, elege-se aquele que oferece a mais alta satisfação do princípio que impõe uma obrigação de ação positiva ao Estado" (Paulo Gilberto Leivas, obra citada, p. 80).

Nesta linha, a propósito, deve-se invocar a **Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco**, adotada pelos países membros da OMS e assinada pelo Brasil em junho de 2003(promulgada pelo Decreto nº 5.652, de janeiro de 2006).

Independentemente da posição que se tomar quanto à qualificação jurídica dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em face dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição, estes fazem parte do chamado "bloco de constitucionalidade" (somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados, na dicção de Celso Lafer, citado no Habeas Corpus 90.450-5, rel. Min. Celso de Mello, onde esta questão foi examinada na jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal).

Daí que, além do próprio texto constitucional restringir de forma qualificada e substancial a propaganda do tabaco, com a inclusão de advertência, disposições oriundas da aludida Convenção-Quadro reforçam a conclusão pela possibilidade da adoção das imagens ora discutidas.

Destaco, no contexto geral de proteção à saúde pública que inspira este instrumento internacional de direitos humanos:

Artigo 2 - 1. Com vistas a melhor proteger a saúde humana, as Partes são estimuladas a implementar medidas que vão além das requeridas pela presente Convenção e de seus protocolos, e nada naqueles instrumentos impedirá que uma Parte imponha exigências mais rígidas, compatíveis com suas disposições internas e conforme ao Direito Internacional.

Artigo 3 - O objetivo da presente Convenção e de seus protocolos é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras conseqüências 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.

Artigo 4 - Princípios norteadores - Para atingir o objetivo da presente Convenção e de seus protocolos e para implementar suas disposições, as Partes serão norteadas, inter alia, pelos seguintes princípios:

1. Toda pessoa deve ser informada sobre as conseqüências sanitárias, a natureza aditiva e a ameaça mortal imposta pelo consumo e a exposição à fumaça do tabaco e medidas legislativas, executivas, administrativas e outras medidas efetivas serão implementadas no nível governamental adequado para proteger toda pessoa da exposição à fumaça do tabaco.

Artigo 7 - Medidas não relacionadas a preços para reduzir a demanda de tabaco

As Partes reconhecem que as medidas integrais não relacionadas a preços são meios eficazes e importantes para reduzir o consumo de tabaco. Cada Parte adotará e aplicará medidas legislativas, executivas, administrativas ou outras medidas eficazes necessárias ao cumprimento de suas obrigações decorrentes dos artigos 8 a 13 e cooperará com as demais Partes, conforme proceda, diretamente ou pelo intermédio dos organismos internacionais competentes, com vistas ao seu cumprimento. A Conferência das Partes proporá diretrizes apropriadas para a aplicação do disposto nestes artigos.

Artigo 11 - Embalagem e etiquetagem de produtos de tabaco

1. Cada Parte, em um período de três anos a partir da entrada em vigor da Convenção para essa Parte, adotará e implementará, de acordo com sua legislação nacional, medidas efetivas para garantir que:

(b) cada carteira unitária e pacote de produtos de tabaco, e cada embalagem externa e etiquetagem de tais produtos também contenham advertências descrevendo os efeitos nocivos do consumo do tabaco, podendo incluir outras mensagens apropriadas. Essas advertências e mensagens: (i) serão aprovadas pela autoridade nacional competente; (ii) serão rotativas; (iii) serão amplas, claras, visíveis e legíveis; (iv) ocuparão 50% ou mais da principal superfície exposta e em nenhum caso menos que 30% daquela superfície; (v) podem incluir imagens ou pictogramas.

Artigo 13 - Publicidade, promoção e patrocínio do tabaco

4. No mínimo, e segundo sua Constituição ou seus princípios constitucionais, cada Parte se compromete a: (b) exigir que toda publicidade de tabaco e, quando aplicável, sua promoção e seu patrocínio, venha acompanhada de advertência ou mensagem sanitária ou de outro tipo de mensagem pertinente;

5. As Partes são encorajadas a implementar medidas que vão além das obrigações estabelecidas no parágrafo 4.

9. Desrespeito aos consumidores em geral

A agravante sustenta que o conteúdo grotesco ofende não somente aos fumantes, mas aos consumidores em geral, atingindo todos aqueles que serão expostos às imagens.

O recurso não tem melhor sorte neste ponto.

O desestímulo ao consumo, por meio das imagens e frases de advertência, alcança todos aqueles, fumantes ou não, que voltarem sua atenção ao material publicitário e aos maços e embalagens de cigarro. Deste modo, a inserção das imagens repulsivas não tem o efeito de a todos atingir, de forma indiscriminada e direta, mas somente àqueles que dirigirem sua atenção aos produtos fumígenos. Aqueles que não fumam nem desejam fumar, portanto, somente serão atingidos quando prestarem atenção a esta publicidade, cuja exposição, ademais, já é bem restrita pelo próprio texto legal.

Anote-se que, se isto ocorrer, a política pública estará produzindo os efeitos que objetiva, prevenindo o consumo daqueles que não fumam, bem como desestimulando os que fumam, dada a intensidade da advertência, tudo em direção do desiderato de proteger a saúde e o ambiente dos efeitos da propaganda de um produto cujo consumo causa malefícios.

Neste contexto, não se pode confundir advertência forte e contundente com desrespeito aos consumidores; ao contrário, pode-se perceber aqui cumprimento do dever de informar e de proteger a saúde e o ambiente, precisamente por questão de respeito aos consumidores e à população em geral.

10. Tratamento discriminatório e contraditório em face da publicidade de outros produtos

A agravante sustenta que, além de "denegrir" (**sic**) o cigarro e seus consumidores, as imagens revelam tratamento discriminatório odioso em relação a outros produtos, uma vez que agrotóxicos, medicamentos, terapias e bebidas alcoólicas não sendo estes alvo de tais exigências.

Aduz também que a exigência consubstancia contrariedade à cláusula geral proibitiva de comportamentos contraditórios, pois a própria ANVISA, ao dispor sobre a publicidade de medicamentos, veda expressamente a exploração de "enfermidades, lesões ou deficiências de forma grotesca, abusiva ou enganosa".

Rejeito a alegação de discriminação.

A Constituição impõe ao Poder Público o dever de zelar pela saúde e pelo ambiente, mediante restrições, que incluem advertência por imagens e frases, de vários produtos, dentre os quais derivados do tabaco, medicamentos e

agrotóxicos. O eventual desenvolvimento mais completo e intenso da política pública restritiva da publicidade do tabaco, por si só, não configura discriminação.

Com efeito, considerado o conceito jurídico de discriminação (sobre o tema, ver meu *Direito da Antidiscriminação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008), não há na medida qualquer propósito ou efeito de operar distinção, restrição ou exclusão do exercício de direito ou liberdade fundamental em desfavor da indústria do tabaco, com favorecimento das demais atividades econômicas cuja publicidade envolva produto prejudicial à saúde e ao ambiente.

Não há propósito ou efeito de favorecer a indústria farmacêutica, de agrotóxicos ou de bebidas alcoólicas pelo fato de inserir advertências fortes quanto aos malefícios dos produtos fumígenos.

Rejeito a alegação de comportamento contraditório.

Tanto nas restrições à publicidade do tabaco, quanto à publicidade de medicamentos, o mesmo objetivo está contemplado de modo coerente e não contraditório: defender o consumidor de publicidade de produto cujo consumo prejudica a saúde - sempre, no caso do cigarro - e quando mal utilizado, no caso dos medicamentos.

Também não há contradição na utilização de representação forte e impactante de enfermidade ou doença, no caso do cigarro, e na proibição da mesma atitude quando se trata de medicamentos. Isto porque a utilização de representação forte de malefício advindo do uso de cigarros atende à finalidade defensiva do mesmo modo que a proibição de representação grotesca de enfermidade evita aquisição indevida de medicamento.

De fato, pode-se imaginar, sem dificuldade, conduta das indústrias farmacêuticas que se vale de representação grotesca, abusiva ou enganosa de enfermidade, lesão ou deficiência, objetivando alavancar a venda de medicação, em prejuízo da saúde.

11. Nulidade da resolução por ausência de participação social na elaboração e eleição das imagens

A agravante alega que o princípio democrático impõe, como requisito de validade da política pública, a possibilidade de participação social na elaboração e na eleição das imagens, o que teria faltado na espécie.

Tenho que o argumento não procede.

Ainda que se admitisse que o conteúdo jurídico do princípio democrático impusesse à Administração o dever de realizar consultas e audiências públicas, para todo e qualquer ato estatal, mesmo que ausente

previsão na respectiva configuração legislativa do procedimento administrativo (tese a qual este relator guarda reservas), ainda assim o argumento não teria aplicação ao caso. Isto porque, como noticiam as contrarrazões, houve possibilidade de as indústrias do tabaco apresentarem impugnação administrativa. Tanto que, conforme noticiado à fl. 364, a empresa Souza Cruz S/A manifestou sua insurgência quanto às imagens, municiando-se de parecer lavrado pelo mesmo médico que firmou o parecer juntado a estes autos, Dr. Marcelo Horácio de Sá Pereira (ao que tudo indica, trata-se, inclusive, do mesmo parecer).

12. Indeferimento da antecipação da tutela recursal: risco de dano irreparável ou de difícil reparação e verossimilhança do direito alegado

Expostos todos estes fundamentos, conluo que está ausente o requisito da verossimilhança do direito para a concessão da antecipação da tutela recursal.

Quanto ao perigo da demora, a agravante noticia a fluência do prazo para a implantação das alterações necessárias para a aposição das novas imagens nas linhas de produção de suas afiliadas. Esta circunstância, efetivamente, é relevante, dados os custos econômicos daí advindos.

De outra parte, a postergação da aposição das imagens com maior eficácia para a defesa diante da publicidade de produto sabidamente nocivo, para o final de ação judicial, implicará dano relevante à saúde pública.

A ponderação destas circunstâncias, portanto, faz concluir que o dano irreparável a ser suportado pela coletividade é maior e mais relevante, fosse deferida a liminar recursal, que o dano econômico a onerar a indústria do tabaco, na eventualidade de sucesso ao final da ação ordinária ajuizada pelo Sinditabaco.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

Juiz Federal ROGER RAUPP RIOS
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ROGER RAUPP RIOS:2164

Nº de Série do Certificado: 44355667

Data e Hora: 02/04/2009 15:18:44
