

ACÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº
2008.71.00.026898-0/RS

AUTOR : SINDICATO DA INDÚSTRIA DO FUMO NO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL - SINDITABACO/RS
ADVOGADO : JAURO DUARTE GEHLEN
RÉU : AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA -
ANVISA

DECISÃO (liminar/antecipação da tutela)

O SINDICATO DA INDÚSTRIA DO FUMO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (SINDITABACO/RS) ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação da tutela, contra a AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA), buscando ordem liminar (a) que assegure às fabricantes de cigarros afiliadas à entidade o direito de não incluir em suas linhas de produção, e de não veicular nas embalagens de seus produtos e materiais publicitários, as imagens e respectivas cláusulas escritas previstas na Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA (RDC) nº 54, de 6 de agosto de 2008; (b) que autorize as indústrias fumageiras a continuar veiculando nas embalagens de cigarros, ao invés das figuras e enunciados contidos na Resolução 54/2008, as imagens divulgadas pela Resolução ANVISA nº 335, de 2003; e, finalmente, (c) que determine à ré que se abstenha de aplicar sanções às empresas substituídas pelo não-cumprimento da RDC 54/2008, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por auto de infração indevidamente lavrado.

Diz que congrega, no Estado do Rio Grande do Sul, diversas indústrias fumageiras, entre elas as duas principais fabricantes de produtos fumígenos no país, Souza Cruz S.A. e Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda., e detém legitimidade ativa para aforar a ação com o escopo de defender coletivamente direitos de suas filiadas. Impugna a RDC/ANVISA 54/2008, que aponta inconstitucional e ilegal, e alega, como fundamentos da demanda: (1) a resolução peca por desvio de finalidade, porque as imagens cuja veiculação foi imposta às indústrias do tabaco não retratam os riscos associados ao fumo e causam, unicamente, "*profunda ojeriza, horror, asco e desinformação*" (fl. 14), ao contrário das imagens atualmente utilizadas, instituídas pela ANVISA na RDC 335/2003 - norma que foi fiel à finalidade estampada na Constituição (art. 220, §3º, inciso II, e §4º), e na Lei nº 9.246/1996, de informar o consumidor e de adverti-lo sobre possíveis riscos à saúde em função do consumo do cigarro; para que ostentassem o caráter informativo, as imagens deveriam representar cenas reais ("*e não de ficções ou devaneios*") e refletir relação causal razoável com os riscos associados ao tabaco, com "*nexo lógico-científico entre as imagens e os riscos relacionados ao fumo, sob pena de aquelas se converterem em meras suposições ou mitos*" (fl. 15, item 37), o que não acontece com as figuras escolhidas pela ré, irreais, distorcidas, fantasiosas, sanguinolentas; (2) o desvio de finalidade traduz-se ainda na incompreensão das imagens pela população brasileira de pouca ou nenhuma instrução, pessoas que, ao invés de serem instruídas e informadas pelas mensagens, serão iludidas com informações deliberadamente mentirosas, e agredidas pelas grotescas imagens, e aterrorizadas, quanto têm direito de realizar suas escolhas livremente, baseadas em informações verdadeiras, essas sim devidas pela gestão pública; (3) a resolução impõe às indústrias fumageiras o ônus de custear e veicular contrapropaganda de seus produtos, no que viola o art. 60 do Código de Defesa do Consumidor, já que as

empresas não são infratoras e fabricam e comercializam produto lícito; viola também seus direitos constitucionais à liberdade de expressão e de iniciativa (artigos 1º, IV, 5º, IV e IX, 170, IV, e 220); (4) a RDC 54/2008 viola o princípio da realidade, vez que editada com base em motivos que, à luz da ciência, não correspondem à realidade; além disso, as imagens fictícias tendem a abalar a credibilidade da campanha estatal; (5) a resolução viola o princípio da proporcionalidade, porque as imagens são manifestamente inadequadas e desnecessárias; não são adequadas porque exageradas; são desnecessárias porque excessivas ao extremo, e poderiam ser menos gravosas para atender à finalidade de informar e advertir; ainda, contrariam a proporcionalidade em sentido estrito, porque os benefícios gerados - informação mínima - não compensam as restrições impostas, tendo em conta que anulam o direito fundamental das empresas de cigarro de realizar publicidade, interferem na esfera da autonomia privada dos indivíduos, atentam contra o direito difuso dos cidadãos de receber informações verdadeiras, e causam mal-estar e aversão a qualquer pessoa; (6) a divulgação de imagens falsas, como aquelas enumeradas na RDC 54/2008, viola o direito do consumidor à informação verdadeira, conforme art. 5º, incisos XIV e XXXIII da Constituição, e art. 6º da Lei 8.078/1990; (7) as figuras divulgadas pela RDC 54/2008 denigrem o cigarro e seus usuários, e seus fabricantes, e dispensam (e provocam) tratamento discriminatório aos fumantes, o que afronta a isonomia constitucional. Justifica a urgência na necessidade de adequação da planta industrial das empresas para substituir as embalagens e cartazes atualmente em vigor a fim de disponibilizar ao mercado varejista o novo material no prazo de 9 meses, contado da publicação da resolução, em agosto de 2008, e de retirar do mercado, no prazo de 12 meses, os produtos fabricados que não atendam às determinações da norma (fls. 2-36, com documentos, fls. 37-93).

Intimada para falar sobre o pleito antecipatório, a ANVISA manifestou-se (fls. 99-127, com documentos, fls. 128-264).

Preliminarmente, suscita a inépcia da petição inicial, que veio desacompanhada da ata da assembléia da entidade associativa que autorizou o ajuizamento da demanda e do rol das substituídas; suscita também a necessidade de formação de litisconsórcio passivo com a União, dada a participação efetiva do Instituto Nacional do Câncer (INCA), órgão do Ministério da Saúde, nos estudos que conduziram à formulação das imagens indicadas na RDC 54/2008.

Defende a atribuição da ANVISA para desempenhar ações em prol da saúde pública, derivada diretamente da Constituição, artigos 6º, 196 e 197, e decorrente da Lei nº 9.782/1999. Afirma que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e representam atividade essencial da defesa da vida, princípio-garantia em benefício do cidadão. Apresenta dados relacionados aos derivados do tabaco, inclusive da Organização Mundial da Saúde; segundo a OMS, *"os produtos derivados do tabaco são os únicos produtos legais que não trazem nenhum benefício para seus consumidores (...) e são os principais causadores de mortes evitáveis em todo o mundo"* (fl. 104). Apesar disso, é dilema governamental a proibição, ou não, do tabagismo. Diz que a melhor alternativa é a busca de mecanismos que possam controlar o mercado do fumo através de medidas eficazes para a redução da demanda e da oferta de produtos de tabaco. Alega que o Brasil, como signatário da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, promulgada pelo Decreto nº 5.658/2006, tem o dever de promover política pública como a institucionalizada pela ANVISA através da RDC 54/2008. Além disso, a Constituição autoriza a restrição da propaganda comercial de produtos derivados do tabaco (art. 220), expressa depois na Lei 9.294/1996. Argumenta que o dispositivo constitucional previu a possibilidade de impressão de advertência sobre os malefícios do

cigarro sem exigir lei específica para tanto. Relata a evolução das diretrizes adotadas pela ANVISA na área. Sustenta que *"as novas advertências e imagens a serem inseridas nas embalagens e propagandas de produtos fumígenos derivados do tabaco (...) foram elaboradas de modo bastante criterioso, a partir de um grupo multidisciplinar de estudos, envolvendo profissionais de saúde do INCA, da ANVISA, do Laboratório de Neurologia do Comportamento da Universidade Federal Fluminense, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e profissionais do Departamento de Artes e Design da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro"* (fls. 113-114). Concluiu-se que apenas imagens metafóricas fortes e contundentes seriam capazes de transmitir verdades sobre a dimensão dos riscos trazidos pelo consumo dos produtos de tabaco. Explica a importância da embalagem do cigarro para atrair os iniciantes no contato com o produto, e daí a inserção das mensagens obrigatórias vinculadas à ação governamental. Embora impactantes, as imagens veiculadas na RDC 54/2008 *"chocam muito menos que as catastróficas consequências provocadas pelo tabagismo à saúde"* (fl. 117). Contesta o parecer médico acostado à petição inicial. Diz que as imagens foram criadas para atingir pessoas com pouca ou nenhuma instrução, e para serem facilmente assimiladas, por isso a linguagem clara e direta. O conteúdo das advertências e imagens é eminentemente sanitário e emana de juízo de discricionariedade técnica, que pode ser exercido através do poder de polícia da Administração no campo da vigilância sanitária. Diz que as restrições são necessárias à proteção da saúde pública. Se suspendida liminarmente a obrigação de sujeição das substituídas à resolução, ter-se-á perigo da demora inverso, vez que a veiculação das figuras visa à proteção mais eficaz da população. O autor reforçou a argumentação inicial (fls. 269-275).

Relatei. Decido.

Inépcia da petição inicial

O SINDITABACO atua neste feito como substituto processual das indústrias do fumo no Rio Grande do Sul, na forma do art. 8º, III, da Constituição, autorizado expressamente pelo estatuto para defender os direitos e os interesses da categoria econômica da indústria do fumo (art. 2º, I, fl. 43).

A atuação do sindicato no caso concreto se dá em nome próprio, para a defesa de interesses de terceiros, em situação típica de substituição processual; os substituídos são os integrantes da categoria econômica representada pela entidade autora, que defende interesses que são de todas as indústrias do setor fumageiro no estado.

Desnecessária a autorização individual de cada uma de suas afiliadas, como também é dispensável a outorga de procuração de cada uma delas ao órgão associativo.

substituição processual distingue-se da representação processual, notadamente quando se fala na defesa de direitos individuais, porém aptos à defesa judicial coletiva, dada a coincidência da origem do direito e o número elevado de interessados. E não há nenhum impedimento para que a entidade autora o faça, ainda que os direitos objeto do litígio sejam individuais, de cada uma das empresas individualmente considerada; o instrumento surgiu justamente para tutelar com maior eficácia, simplicidade e celeridade direitos individuais comuns a um grupo de interessados. E mais: a substituição processual e a inexistência de limitação subjetiva da eficácia da sentença confere maior efetividade à prestação jurisdicional, porque inibe a propositura de outras ações coletivas, pelo mesmo sindicato e com objeto idêntico, distinguindo-se essas ações apenas pela indicação de rol de filiados (representados) diversos.

De qualquer sorte, a legitimidade ativa das entidades associativas para defender coletivamente interesses dos membros da categoria já foi reconhecida na jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal mesmo quando inexistente autorização assemblear expressa (exemplificativamente, RE 436047 AgR / PR, 1ª Turma, DJ 13-05-2005, p. 18, e RE 193.382, Plenário, 28.06.1996, DJ 20.9.1996).

Enfim, tratando-se a presente sentença de título executivo judicial com provimento genérico proferida em ação coletiva, promovida por sindicato em **legitimação extraordinária, através de substituição processual**, não se exige da parte autora a indicação nominal dos associados e respectivos endereços, indicada no art. 2º-A da Lei 9.494/1997 - rol que limitaria subjetivamente a eficácia da sentença aos substituídos eventualmente arrolados e que se justifica somente nas hipóteses de representação processual -, tampouco a apresentação da autorização expressa prevista no art. 5º, XXI, da Constituição.

Litisconsórcio passivo necessário

O instrumento normativo atacado pelo autor foi editado pela ANVISA, sendo a agência a responsável principal pelo controle e fiscalização dos produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, conforme a Lei 9.782/1999 ("Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências").

O art. 6º da lei de regência confere à ANVISA a finalidade institucional de "*promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras*".

A participação do INCA, órgão do Ministério da Saúde, no projeto que desenvolveu as novas advertências sanitárias para as embalagens dos produtos derivados do tabaco, não atrai a União para o pólo passivo da demanda. A presença da União no processo não é imprescindível, ainda que as decisões proferidas em seu curso interfiram na política pública de controle do tabagismo: a interferência, se ocorrer, dar-se-á na esfera de atribuições que está a cargo da ANVISA (que atua como entidade administrativa independente, cf. artigos 3º e 4º da Lei 9.782/1999), a quem compete a atribuição de "*controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária*" (art. 7º, XXVI), e de "*regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública*" (art. 8º). Dentre esses, a lei inclui "*cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco*" (art. 8º, § 1º, X), daí a competência da ré para aprovar as normas que dispõem sobre as embalagens de produtos fumígenos.

Desvio de finalidade da RDC 54/2008 - as imagens não informam e não refletem relação causal razoável com os riscos associados ao tabaco - e outras razões de ilegalidade argüidas pelo SINDITABACO

Presente a urgência da parte autora na obtenção do provimento judicial, dada a necessidade de adequar as linhas de produção das indústrias às exigências da resolução impugnada nos prazos assinados no instrumento normativo.

Examino a verossimilhança das alegações.

Dispõe a Constituição:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§3º. Compete à lei federal:

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§4º. A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

À regra constitucional seguiu-se a Lei 9.294, de 1996 ("Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do §4º da Constituição Federal"), que detalhou as restrições autorizadas na Constituição.

A lei proibiu o uso de cigarros em recintos coletivos, privados ou públicos, salvo em área destinada exclusivamente para esse fim, isolada e arejada. Proibiu o fumo em veículos de transporte coletivo e em aeronaves (art. 2º). Limitou sensivelmente a propaganda comercial do cigarro (art. 3º, caput). E determinou, no que interessa para a causa:

Art. 3º (...).

§2º. A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, (...), segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa.

§ 3º. As embalagens e 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.

As advertências mencionadas na lei, acompanhadas de imagens ou figuras, passaram a ser **imposição obrigatória** às indústrias produtoras de derivados do tabaco, e desde 2001 a ANVISA vem editando resoluções sobre a matéria (fls. 136-142).

A resolução atualmente em vigor, RDC 335/2003, foi **alterada pela RDC 54/2008** (fl. 166), objeto da irresignação do SINDITABACO.

O autor não contesta a obrigatoriedade de inserir nas embalagens e na propaganda dos produtos fumígenos tais advertências sobre os malefícios decorrentes do uso desses produtos (notadamente, o cigarro).

Contesta sim as **novas imagens** elaboradas pela ré e contidas na RDC 54/2008.

Argumento essencial do autor é o suposto **desvio de finalidade da resolução**. Não há, contudo, o aventado desvio de finalidade.

A proteção da saúde pública é dever do Estado, e direito de todos (artigos 6º e 196 da Constituição). Segundo Alexandre de Moraes,

*A Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê **princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública**. No Preâmbulo da Constituição Federal destaca-se a necessidade de o Estado democrático assegurar o bem-estar da Sociedade. Logicamente, dentro do bem-estar, destacado como uma das finalidades do Estado, encontra-se a Saúde Pública. Além disso, o direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, Atlas, 2002, p. 1904) (grifei)*

Cabe ao Estado, portanto, implantar políticas públicas que reduzam os riscos de doenças e que viabilizem o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (art. 196

CF), ações que são, de acordo com a Constituição, "*de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros (...)*" (art. 197). Tais ações são de relevância pública porque a saúde está intrinsecamente vinculada à dignidade humana (fundamento da República, art. 1º, III, CF) e ao direito à vida (art. 5º, *caput*, CF).

Sabe-se dos malefícios dos produtos fabricados pelas empresas vinculadas ao sindicato autor. O cigarro é nocivo, é prejudicial à saúde. Está comprovado cientificamente que fumar causa mesmo todos os males ou enfermidades listadas na Lei 9.294/1996 (art. 3º-C, § 2º) e na RDC 54/2008, como gangrena, câncer de pulmão e enfisema, infarto, envelhecimento precoce da pele. O cigarro é potencialmente mortal. Dados estatísticos constam de documentos acostados aos autos. E o tabagismo é considerado epidêmico pela Organização Mundial de Saúde, informação trazida aos autos pela ré e assentada no texto da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, adotada pelos países membros da OMS e assinada pelo Brasil em junho de 2003, e promulgada pelo Decreto nº 5.652, de janeiro de 2006 (fls. 144-164). Os **termos da convenção são contundentes**, e revelam **tendência mundial de combate ao tabagismo**, qualificado como "*problema global com sérias conseqüências para a saúde pública*", de "*devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo*" (preâmbulo, fl. 144).

A convenção prevê, por exemplo, que "*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*" (artigo 4, item 1, fl. 147); que "*faz-se necessário um compromisso político firme para estabelecer e apoiar, no âmbito nacional, regional e internacional, medidas multissetoriais integrais e respostas coordenadas, levando em consideração: (a) a necessidade de tomar medidas para proteger toda pessoa da exposição à fumaça do tabaco; (b) a necessidade de tomar medidas para prevenir a iniciação, promover e apoiar a cessação e alcançar a redução do consumo de tabaco em qualquer de suas formas*" (artigo 4, item 2, fl. 147).

A finalidade da RDC 54/2008 é, nesse panorama, 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). Não se trata tão-somente de regular (ou restringir) propaganda, embora a propaganda esteja sujeita a restrições legais, e sim de estabelecer os meios para garantir à pessoa a defesa da propaganda e de prática notoriamente nociva à saúde.

O autor alega que a resolução extrapola o escopo da advertência, porque as imagens nela indicadas não informam adequadamente o consumidor e são irreais.

As imagens (fls. 83-92 e 187-191) **são impactantes, sem dúvida**. São fortes, repulsivas. Provocam aversão.

Porém, ao contrário do que defende o autor, o objetivo é que **efetivamente sejam impactantes, fortes, repulsivas**. Que provoquem aversão. É o que a Constituição expressamente autoriza, não só no art. 220 - a interpretação sistemática da Carta, como se viu, leva a essa conclusão.

As figuras, elaboradas e adotadas a partir de trabalho técnico e criterioso (como demonstram os documentos acostados pela ANVISA de fls. 168-199 e 201-232), foram adotadas porque estudos atestam que as advertências seriam mais eficientes do que as imagens hoje utilizadas (introduzidas pela RDC 335/2003). O documento de fls. 168-199 relata que pesquisas de opinião, realizadas entre fumantes e não-fumantes, apontaram que figuras retratando situações dramáticas, impactantes ou aversivas são mais efetivas para prevenir o tabagismo e, também, para motivar os fumantes a deixar

de fumar. São relevantes, nesse ponto, os argumentos da resposta prévia da ré, fls. 113-114.

Frize-se que a tarefa estatal é hercúlea, vez que as campanhas de advertência contra o fumo 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.

Tem razão o autor ao dizer que algumas das imagens são metafóricas, e que algumas têm um toque surreal (exemplificativamente, "vítima deste produto", fl. 83; "perigo", fl. 84; "infarto", fl. 86; "morte", fl. 88). Contudo, as mensagens transmitidas **não são mentirosas**, e servem sim de vetor de informação ao consumidor. Na linha das considerações da ANVISA (fl. 117-118), **o caso não é de desinformação**. A informação técnica é que não chega às camadas sociais de pouca ou nenhuma informação, é a que não atinge o brasileiro ignorante. A informação metafórica, aversiva, repulsiva, repugnante, essa atinge o objetivo de advertir a população e de **informar a população sobre o potencial letal do cigarro**. A RDC 54/2008 não viola, assim, o art. 6º do CDC.

Além disso, o autor aponta para a inexistência de "*relação causal razoável*" entre as fotoimagens e os riscos associados ao tabaco, invocando parecer técnico (fls. 70-82). Os argumentos da ANVISA, também fundados em opinião técnica (fls. 221-231), bem refutam a tese sustentada pelo demandante. Para ilustrar uma das situações apontadas pelo autor como desvinculada cientificamente da realidade: associada ao enunciado "perigo" e à inscrição "O risco de derrame cerebral é maior com o uso deste produto" aparece a imagem de um crânio perfurado, sanguinolento, com o interior do cérebro aparente, como se houvesse explodido; não importa para o consumidor que o derrame cerebral, "*por representar um processo vascular intracraniano, não é capaz de produzir hemorragia externa*", ou que "*o fumo, em regra, é considerado fator de risco para o AVE isquêmico, e não hemorrágico*" (fl. 17 da peça inicial, item 43); o que **realmente importa**, dada a finalidade da política pública, é que a pessoa, **de qualquer classe social e nível educacional, saiba que fumar pode gerar acidente vascular cerebral e pode causar danos cerebrais irreversíveis**. A figura, inequivocamente, transmite essa mensagem. Sabendo disso, a pessoa faz sua escolha.

Seguindo no caráter metafórico ou fantasioso das imagens, contestado veementemente pelo sindicato. Ora, a propaganda aqui está a cargo do Estado. É **o Estado fazendo propaganda contra o cigarro**, é a atuação estatal voltada contra o tabagismo em prol da saúde pública. E a propaganda utiliza-se de fantasia, de metáforas.

A indústria tabagista já fez uso da mesma fantasia a seu favor, por décadas a fio. O hábito de fumar associado ao *glamour*, por exemplo. Grandes estrelas do cinema, como Rita Hayworth em *Gilda* (1946), inesquecível, sedutora, uma diva (e a piteira na mão). Marlon Brando, jovem, másculo, cigarro na boca, em *Uma rua chamada pecado* (1941). Humphrey Bogart em *Casablanca* (1942). E muitos outros astros do cinema *hollywoodiano*, como James Dean, Lauren Bacall, Marlene Dietrich, todos envolvidos pela fumaça. Puro charme.

O hábito de fumar, na publicidade comercial ostensiva (nos tempos em que permitida), associado à saúde, a esportes radicais (Hollywood), à elegância, ao prazer (Carlton), à masculinidade (Marlboro), à juventude inovadora (Free).

Nada disso corresponde à realidade.

A indústria tabagista, como se vê, fez amplo uso da manipulação da opinião pública a favor do cigarro, do hábito de fumar. Portanto, tratando-se de propaganda estatal contra o fumo, pode o Estado também valer-se de fantasia, de metáforas, da linguagem do exagero.

O que se tem é que o cigarro vicia e tal força favorece imensamente as substituídas. Justifica-se, então, a agressiva atuação governamental. Para coibir o início da prática tabagista, as imagens são eficientes e capazes de influenciar crianças e adolescentes, os potenciais consumidores. E espera-se que o sejam também para motivar as pessoas a parar de fumar. Seria bom, seria excelente, que uma gestante visse a figura estampada na carteira do cigarro que mostra um feto jogado em um cinzeiro, refletisse, e parasse de fumar. É o objetivo da advertência sanitária. **É isso o que o Estado quer incentivar, e tal incentivo é amparado pela Constituição.**

Quanto à alegação do SINDITABACO de que a resolução impõe às indústrias fumageiras o ônus de custear e veicular contrapropaganda de seus produtos, no que violaria o art. 60 do CDC (já que não são infratoras e fabricam e comercializam produto lícito), de fato, o modo como o Estado lida com os derivados do tabaco revela certa ambigüidade. O fenômeno é mundial. O produto é lícito, porque proibir hoje a fabricação e consumo dos derivados do tabaco é impossível. Uma vez comprovados os malefícios do fumo e o potencial destrutivo do cigarro (o que não se conhecia décadas atrás), a solução governamental encontrada e adotada em inúmeros países é tolerar e permitir a industrialização e o uso dos derivados do tabaco, **com a imposição de rigorosas restrições.**

A situação é de conflito entre a incumbência estatal de proteger a saúde pública e a liberdade conferida pelo Estado ao exercício de atividade industrial e comercial. **A Constituição prestigiou a livre iniciativa mas condicionou algumas atividades, apesar de lícitas e permitidas, à sujeição de controle estatal.**

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 viola, assim, os artigos 1º, IV, 5º, IV e IX, e 170, IV, da Constituição.

No tema dos direitos fundamentais, José Gomes Canotilho explica que o "conteúdo juridicamente garantido desse direito" está estritamente associado às "mediações jurídicas" feitas em torno de um direito fundamental em concreto, tomando como uma forma de mediação jurídica a restrição de direitos (cf. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Livraria Almedina, 2003, p. 450). Distingue três espécies de restrições de direitos: restrições feitas diretamente pela Constituição, restrições feitas por lei mas expressamente autorizadas pela Constituição, e restrições operadas através de lei mas sem autorização expressa da Constituição. As primeiras são restrições diretas, imediatas, tal qual a restrição prevista na segunda parte do § 4º do art. 220 da Constituição. As segundas são aquelas restrições autorizadas pelo texto constitucional a serem efetivadas através de lei que estabeleça restrições ao conteúdo juridicamente garantido de um direito. Examina a seguir o que denomina "limites dos limites". Nesse ponto, aborda o **princípio da proibição do excesso** (invocado pelo SINDITABACO), que significa:

"no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos 'coactivo', relativamente aos direitos restringidos. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser

inconstitucional, quando adopte 'cargas coactivas' de direitos, liberdades e garantias 'desmedidas', 'desajustadas', 'excessivas' ou 'desproporcionadas' em relação aos resultados obtidos" (Ob. cit., p. 457)

As imagens veiculadas pela RDC 54/2008 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; 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). Demonstrou também a ré 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). E, afinal, de que resultados almejados se fala? De **resultados diretamente relacionados à vida e à dignidade humana**, as maiores garantias fundamentais tipificadas na Constituição. Os benefícios gerados compensam, sim, as restrições impostas. O cotejo afasta a argumentação do autor e privilegia a ação estatal.

Por outro lado, não se trata de **discriminar os fumantes**. Quem fuma o faz por vontade própria e assume os riscos da prática do hábito, porque é certo o incômodo que causa aos que não fumam - a questão é tema de discussão nas mais variadas áreas além da área da saúde, já que o fumo tem a ver com regras de civilidade e gera efeitos nas relações sociais. A idéia das novas imagens é mesmo fazer com que o fumante pare de fumar sentindo-se oprimido pela embalagem que carrega consigo. Limita-se a liberdade individual, que fica condicionada ao interesse coletivo. Veja-se a vedação ao fumo em locais públicos, e em aeronaves e outros veículos de transporte coletivo; ou a proibição de fumar nos cafés e restaurantes parisienses (inimaginável anos passados). Essas proibições são resultado de uma **sucessão paulatina de restrições, tendência mundial irreversível**, e resta aos fumantes conformar-se e conviver com isso.

Por todas essas razões, ausente a verossimilhança da alegação, **indefiro o pedido liminar**.

Aguarde-se a contestação da ré. Com a contestação, ao autor para replicar, em 10 dias. Intimem-se as partes desta decisão, **com urgência**.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2008.

Juíza PAULA BECK BOHN