



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA,
RELATOR DA AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE No. 3311

"Os Réus usaram de seus conhecimentos sobre o público jovem para criar campanhas de marketing altamente sofisticadas e atraentes, com o objetivo de seduzi-los para que começassem a fumar, assim tornando-se viciados em nicotina."

Juíza Gladys Kessler, 2006.
Sentença proferida em ação movida pelo
governo norte-americano contra 11 tabaqueiras¹

Ação Direita de Inconstitucionalidade

Processo no. 3311

ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT, associação sem fins lucrativos inscrita no C.N.P.J/MF sob o n.º 08.658.766/0001-70, sediada na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Pamplona, 724, cj. 17 (docs. 1 e 2), neste ato representada por seus advogados (doc. 3), nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade** movida pela **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA**, vem, respeitosamente, com fulcro no art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99, requerer sua

HABILITAÇÃO COMO AMICUS CURIAE

pelas razões a seguir expostas:

¹ Tobacco Control Legal Consortium, *The Verdict Is In: Findings from United States v. Philip Morris* (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008).



SUMÁRIO

1. DA LEGITIMIDADE DA ACT
2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE RESTRINGE A PUBLICIDADE DE CIGARROS: POLÍTICA ESTATAL DE SAÚDE PÚBLICA
 - i. O Princípio Da Dignidade Humana E O Direito Fundamental Social À Saúde
 - ii. *Da Correta Interpretação Do Art. 220, Par. 4º, Da Constituição.*
 - iii. Do Argumento De Violação Da Reserva Legal
3. DIREITO À SAÚDE E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO
4. HISTÓRIA DO TABACO: A HISTÓRIA DE UMA EPIDEMIA
5. A INDÚSTRIA DO TABACO: UMA HISTÓRIA DE FRAUDE, CORRUPÇÃO E MENTIRAS
6. *MARKETING* PARA JOVENS: O QUE SE SABE SOBRE AS ESTRATÉGIAS DA INDÚSTRIA
7. NÃO HOUE BANIMENTO DA PUBLICIDADE: A INDÚSTRIA CONTINUA FAZENDO PUBLICIDADE DE SEUS PRODUTOS E DIRIGINDO-A A CRIANÇAS E JOVENS
 - Pontos de Venda*
 - Embalagens*
 - Responsabilidade Social Empresarial*
8. EFEITOS DA RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE
9. AS IMAGENS DE ADVERTÊNCIA CONSTANTES NOS MAÇOS: DEVER DE INFORMAR E EFICÁCIA DA MEDIDA
10. TODA PUBLICIDADE DE CIGARRO É ENGANOSA E ABUSIVA
11. CONTESTAÇÃO ESPECÍFICA A ALGUNS DOS ARGUMENTOS DA INDÚSTRIA E DEMAIS APOIADORES.
 - i. *Da restrição à publicidade de produtos derivados do tabaco em outros países*
 - ii. *Da carga tributária*
 - iii. *A verdade por traz de JEAN J. BODDEWYN*
 - iv. *O fim da publicidade e o contrabando*
12. DO PEDIDO



1. DA LEGITIMIDADE DA ACT

A ACT é uma organização não-governamental voltada à promoção de ações para a diminuição do impacto sanitário, social, ambiental e econômico gerado pela produção, consumo e exposição à fumaça do tabaco. Trata-se de aliança composta por mais de 300 organizações da sociedade civil comprometidas com o controle da epidemia tabagística (www.actbr.org.br).

Surgida em 2003 como *Rede Tabaco Zero*, a ACT formalizou-se como associação em fevereiro de 2007 e atuou, desde seu surgimento, para a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (doc. 4), primeiro tratado internacional de saúde pública, celebrado sob os auspícios da Organização Mundial de Saúde, o que ocorreu em 3 de novembro de 2005.

Após essa vitória na proteção do direito à saúde e à vida dos brasileiros, a ACT vem atuando de forma a contribuir para a implementação das determinações do tratado no que tange ao controle do tabagismo.

Dentre suas atividades pode-se citar a participação nas negociações dos protocolos de discussão e implementação das disposições do tratado através da Convenção das Partes, onde tem assento como representante da sociedade civil², realização de campanhas para a implementação de ambientes livres do fumo (doc 5), elaboração e divulgação de relatório sobre ações judiciais indenizatórias movidas por fumantes e familiares contra a indústria do tabaco (doc 6), elaboração e divulgação de estudo sobre a tributação dos produtos derivados do tabaco no Brasil (doc 7), divulgação de informações sobre os males do

² A ACT é membro da FCA – *The Framework Alliance Convention For Tobacco Control* (<http://www.fctc.org/index.php?item=members#AMRO>) que consta da lista das organizações não governamentais participantes da Conferência das Partes para a CQCT (http://www.who.int/gb/fctc/PDF/cop1/FCTC_COP1_ID7-en.pdf).



tabagismo através de sua página eletrônica (www.actbr.org.br), promoção de seminários sobre as estratégias da indústria do tabaco (doc 8), e criação do blog "Vamos Parar" (<http://blog.actbr.org.br/>) como espaço para fumantes que querem parar de fumar, ex-fumantes que querem reforçar sua decisão e ajudar a quem ainda não parou e não fumantes que possam contribuir com dicas ou apoio.

Em razão de sua ampla rede de participantes e sua experiência nacional e internacional no controle do tabagismo, a ACT pode contribuir com elementos essenciais para a confirmação da constitucionalidade da legislação impugnada através da presente ADIn, bem como demonstrar através de estudos, decisões judiciais internacionais e demais provas os malefícios da publicidade de produtos fumígenos, seus verdadeiros objetivos e público alvo bem como a premente necessidade da proibição total da publicidade de tabaco.

A matéria objeto da presente ação é de extrema relevância já que a restrição da publicidade³ de produtos fumígenos a painéis, pôsteres e cartazes dentro dos pontos de venda beneficia crianças e adolescentes que passam a ter seu acesso à sedutora publicidade da indústria limitado. Como se verá, quanto maior a restrição à publicidade maior a redução da prevalência na população.

Por outro lado, a confirmação da constitucionalidade da legislação que restringe a publicidade dará novo fôlego à luta pela sua proibição total já que somente tal medida pode efetivamente garantir a redução da iniciação e reduzir o índice de reincidência de fumantes que querem deixar o vício. Essa é a indicação da Organização Mundial de Saúde em

³ Na presente manifestação as expressões *publicidade* e *propaganda* serão tomadas como sinônimas, não obstante a distinção feita pelo Código de Defesa do Consumidor de que publicidade tem objetivo comercial e propaganda, ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social (Antonio Herman de Vasconcello e Benjamin In *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelo autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et AL, 6ª edição, Rio e Janeiro: Forense Universitária, 2000)



seu relatório recém-lançado sobre o tema⁴ (doc 9 – cópia de parte do relatório), reforçando as disposições previstas na Convenção Quadro para o Controle do Tabaco.

Vale frisar, ainda, que o tema volta à agenda da mídia nacional com o Projeto de Lei no. 2733/2008 em que se pretende restringir a publicidade de cerveja, já que os argumentos utilizados por ambas as indústrias são idênticos.

Também a campanha da Organização Mundial de Saúde (OMS) desse ano para o dia mundial sem tabaco, 31 de maio, é "Juventude sem tabaco: pela proibição total da promoção, patrocínio e publicidade de tabaco" ("*Tobacco Free Youth: ban all tobacco advertising, promotion and sponsorship*"⁵). Em todo o planeta será deflagrada uma ampla campanha para proibir definitivamente todas as formas de propaganda e promoção do tabaco. A ação é focada inicialmente no público jovem, mas há a consciência de que a eliminação total da propaganda do fumo é fundamental para evitar a propagação do mal em todos os públicos, em todas as faixas etárias.

A decisão proferida na presente ADIn servirá, portanto, de paradigma não só para a futura adoção da proibição total da publicidade do tabaco, incluídos pontos de venda e embalagens, como também para restrições à publicidade de outros produtos danosos à saúde e à vida.

Entretanto, eventual procedência da ação significará retrocesso nas políticas públicas de saúde adotadas pelo Brasil. Como se sabe, o Brasil é país que se destaca nas políticas de combate à epidemia do tabaco ao lado dos países ditos desenvolvidos. Desde 1989 o Ministério da Saúde, através do Instituto Nacional de Câncer – INCA, promove ações nacionais de controle do tabagismo que incluem campanhas, ações em

⁴ WHO REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package. World Health Organization, http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower_report_full_2008.pdf.

⁵ <http://www.who.int/tobacco/wntd/2008/en/index.html> acesso em 23/5/2008.



escolas e em ambientes de trabalho, tratamento para cessação de fumar em unidade de saúde pelo SUS, promoção e defesa de medidas legislativas e econômicas como a restrição da publicidade de produtos de tabaco, a obrigatoriedade de advertências sanitárias e o controle de venda a menores de idade, entre outras. O resultado desse empenho significou redução no consumo *per capita* de cigarros de 32% entre 1989 e 2005. Já a prevalência de fumantes na população acima de 18 anos caiu de 34% em 1989 para 22% em 2003 e 16% em 2006⁶ (doc 10)

De acordo com o art. 7º, par. 2º, da Lei 9868/99, a admissão de postulantes na qualidade de *amicus curiae* será analisada considerando-se a relevância da matéria e a representatividade do requerente. Ambos os requisitos estão preenchidos no presente caso devendo, portanto, ser deferida a habilitação da ACT na presente Ação Direita de Inconstitucionalidade.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE RESTRINGE A PUBLICIDADE DE CIGARROS: POLÍTICA ESTATAL DE SAÚDE PÚBLICA

Alega a Confederação Nacional da Indústria, repetida praticamente *ipsis litteris* pelas demais associações que a acompanham na presente demanda, que a legislação que restringe a publicidade de cigarros seria inconstitucional.

Seu argumento é o de que a publicidade de cigarros estaria "garantida" pela Constituição Federal e que a lei infraconstitucional somente poderia limitar referida publicidade, nunca bani-la. Mais: afirma que a

⁶ *Tabagismo: Um grave problema de saúde pública*. Instituto Nacional do Câncer – INCA. 2007.



publicidade estaria atualmente banida uma vez que restrita a pontos de venda através de painéis, cartazes e pôsteres.

Primeiramente, como se verá no Capítulo 6, infra, a indústria continua intensamente propagandeando seu nocivo produto. Aprendeu o caminho das pedras e, não obstante uma queda inicial em seu faturamento logo após a edição da lei 10.167/2000, em poucos anos retornou aos patamares anteriores, sofisticou sua comunicação com o público e continua buscando crianças, adolescentes e jovens através de publicidade enganosa e abusiva.

Porém, mesmo que a legislação atacada na presente ADIn houvesse banido a publicidade de produtos tabagísticos, ainda assim nada de inconstitucional haveria nesta medida.

A Constituição não pode resguardar direitos deletérios à saúde pública, à vida e à sociedade brasileira como um todo. Não podem prosperar interpretações distorcidas, presas à letra da lei, distantes dos objetivos últimos de uma Constituição, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos, para quem as empresas funcionam como instrumento para alcance de bem estar individual e social. As pessoas jurídicas não são um fim em si mesmas, ainda que alguns direitos lhes sejam garantidos. São instrumentos para atingimento de bem estar de toda a sociedade.

(i) O Princípio Da Dignidade Humana E O Direito Fundamental Social À Saúde

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido consagrado em diversas Constituições e na quase totalidade daquelas concebidas após



as experiências totalitárias que culminaram na 2ª Guerra Mundial, como as constituições alemã, portuguesa e espanhola.⁷

Dignidade, de acordo com o léxico, significa "respeito a si mesmo; amor-próprio, brio, pundonor".⁸ "A etimologia da palavra dignidade nos leva ao termo latino *dignus*, o qual identifica aquele que merece estima e honra; aquele que é importante."⁹

A dignidade humana é um valor ético e, como tal, não foi visualizado pelo homem uma vez por todas e completamente, mas construído pouco a pouco, no decorrer da História.¹⁰

O princípio da dignidade humana consiste na diretriz constitucional que garante a todos os indivíduos, indistintamente, condições de vida que possibilitem seu pleno desenvolvimento como pessoa, que permite o desenvolvimento de toda a sua potencialidade, que garante que não passará por dor física e mental, por ter protegidos requisitos mínimos de sobrevivência. É um princípio filosófico supremo. É a condição inerente ao ser humano e que cada um deve ter o direito de usufruir.

Violar a dignidade de uma pessoa é desrespeitá-la, é bani-la de condições mais singelas, privá-la de condições mínimas para que um ser humano tenha o direito de se desenvolver física, emocional e mentalmente. Em cada direito fundamental se faz presente um

⁷ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 84.

⁸ NOVO AURÉLIO: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999, p. 682.

⁹ CORRÊA, André L. Costa. Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental. In *Princípios Constitucionais Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 115 a 123, p. 115.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 481.



conteúdo ou, ao menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana.¹¹

Nossa Constituição repousa, entre seus fundamentos, na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.¹²

A aplicação do princípio da dignidade humana extrapola os limites jurídicos para buscar sua fundamentação nos campos da moral¹³. E por ser assim considerado, foi eleito pelo legislador constituinte como um dos fundamentos da República (art. 1º da Constituição Federal), e como tal não pode ser desprezado cada vez em que é aplicada uma norma.

Positivada no ordenamento jurídico brasileiro, a importância da dignidade humana foi enfatizada pelo legislador e o compromisso reafirmado por parte do poder estatal, podendo ensejar diretriz interpretativa e legiferante, e também, conforme o caso, como direito subjetivo público, uma vez que muito além do formalismo jurídico, merece o princípio aplicação imediata nos termos do artigo 5º, §º 1º da Constituição Federal.¹⁴

Dignidade não é utopia, uma vontade de que as condições mínimas se implementem por si só, mas uma diretriz para toda e qualquer atuação do Estado e dos cidadãos. Toda lei, todo programa de governo, toda política pública, toda atividade estatal, toda decisão judicial, tem que ser elaborada e efetivada em torno da dignidade humana.

¹¹Idem. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, p. 131-150, 2000, p. 244.

¹²PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 26 e 27.

¹³ Para Marilena Chauí, "ética e moral referem-se ao conjunto de costumes tradicionais de uma sociedade e, como tais, são considerados valores e obrigações para a conduta de seus membros". CHAUI, Marilena. *Filosofia: série Brasil*. São Paulo: Editora Ática, 2005, p. 177.

¹⁴ GARCIA, Emerson, Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 4, p. 380-401, julho-dezembro de 2004, p. 390.



De modo direto e evidente, ensina o constitucionalista Jorge Miranda que os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais têm em comum, sua fonte na ética da dignidade da pessoa, de todas as pessoas.¹⁵

A saúde tem sua relação direta com a dignidade da pessoa humana, porquanto sua implementação consiste requisito básico para atingi-la. O respeito à saúde é essencial para que os outros direitos fundamentais sejam implementados e respeitados.

O direito à saúde constitui a garantia dos demais direitos. Sem este direito elementar os demais não podem aflorar e se efetivarem no plano da realidade jurídico-social. A saúde é o estado de completo bem-estar social físico, mental e espiritual do homem e, não apenas, a ausência de afecções e doenças. A Constituição Federal de 1988 elevou a saúde à condição de direito fundamental. Isso revela a preocupação de se constitucionalizar o direito à saúde, pois os constituintes compreenderam que a vida humana é o bem supremo que merece amparo na Lei Maior.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, e a saúde, neste aspecto, funciona como pressuposto da vida, a saúde como qualidade de vida passa a ser necessidade primeira da democracia, como é o ar e a alimentação para sobrevivência do ser humano.

O Estado, como defensor da saúde de todos os cidadãos tem a imposição constitucional, de atuar positivamente no sentido da redução de doenças e agravos pertinentes ao meio em que vivemos.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, trata o direito à saúde como direito fundamental social e traz em seu próprio texto o conteúdo deste direito, em seu artigo 196:

¹⁵ MIRANDA, Jorge A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 45, p. 81-91, outubro-dezembro de 2003, p. 82.



***Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (g. n.)*

***Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco de doença e de outros agravos** e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação". (g.n.)*

Nota-se que a Carta Constitucional, ao proteger o direito à saúde, expressamente defende que o Estado deve elaborar políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Ora, claro está que a limitação da publicidade de produtos maléficos à saúde tem por objetivo atender a esse dispositivo constitucional.

Assim, é necessário que todas as políticas sociais e econômicas no sentido de redução de doenças e outros agravos, se designem, de certa forma, na direção da prevenção. Pois prevenir contra prováveis males que venham a atingir o ser humano na questão da saúde, é preservar a vida.

Para que o direito à saúde seja uma realidade, é preciso que o Estado crie condições de atendimento em postos de saúde, hospitais, medicamentos, mas também programas de prevenção, que inclui a redução de publicidade de produtos nocivos à saúde.

É função das normas consagradoras dos direitos sociais vincularem os poderes públicos para que sejam obrigados à implantação de políticas sociais ativas (políticas públicas) para a efetivação concreta do direito garantido.



Por política pública entende-se, conforme ensina o Prof. Marcelo Figueiredo¹⁶, como "um programa de ação que tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado. As políticas públicas são mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais."

Uma das formas de execução das políticas públicas para concretização de determinado direito é a elaboração legislativa nos assuntos em que os direitos constitucionalmente consagrados não estão plenamente consolidados. É o que pretendeu a lei que ora está sendo atacada pela presente ação direta de inconstitucionalidade.

Os malefícios do tabaco e seu poder viciante estão exaustivamente comprovados, atingindo consenso científico já em 1964. O tabagismo foi reconhecido como epidemia mundial elevada à primeira causa evitável de mortes no planeta, mobilizando governos e organismos internacionais para a celebração do primeiro tratado internacional na área de saúde pública: a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (doc. 4).

Toda essa mobilização visa obrigar os Estados signatários a adotarem políticas públicas para reduzir a pandemia tabagística. De acordo com o último relatório da OMS¹⁷ sobre a epidemia do tabaco, os governos signatários devem adotar seis políticas públicas necessárias, urgentes e vitais para o controle do tabagismo:

(i) monitorar o uso do tabaco e adotar políticas de prevenção;

(ii) proteger as pessoas da fumaça do tabaco;

¹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 7, p. 217 a 253, julho/setembro de 2007, p. 227.

¹⁷ WHO REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package. World Health Organization, http://www.who.int/gb/fctc/PDF/cop1/FCTC_COP1_ID7-en.pdf.



(iii) oferecer ajuda aos que querem parar de fumar;

(iv) advertir sobre os perigos do tabagismo;

(v) implementar políticas de banimento de publicidade, promoção e patrocínio de eventos pelas empresas de tabaco;

(vi) aumentar impostos dos produtos tabagísticos.

As advertências sobre os malefícios do cigarro em embalagens e na publicidade, e o banimento de qualquer publicidade, inclusive promoção e patrocínio de eventos pela indústria tabagista, são parte dessa mobilização mundial para lutar contra a epidemia do tabagismo e garantir o direito à saúde e à vida das pessoas.

(ii) *Da Correta Interpretação Do Art. 220, Par. 4º, Da Constituição.*

Diferentemente do que quer fazer crer a indústria, não há garantia constitucional à publicidade do tabaco. Assim como não há direito à publicidade de bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

É evidente que a previsão constitucional do art. 220, par. 4º, somente visou retratar uma situação existente naquele momento histórico, mas a intenção do texto é só e justamente restringir essa publicidade. Esse o único motivo para a sua previsão no texto constitucional.

Interpretação diversa conferiria mais garantia à publicidade de produtos notoriamente nocivos à saúde do que à publicidade de alimentos, eletrodomésticos, empreendimentos imobiliários ou automóveis, por exemplo.

Não é possível outra interpretação que não essa: a previsão constitucional da publicidade do tabaco e outros produtos danosos visou



apenas e unicamente sua *restrição*, nunca sua garantia em nível constitucional.

Conforme Herman Benjamin, a publicidade de tabaco e demais produtos danosos acarreta riscos extremados às pessoas, à família e ao meio ambiente. "*Por isso mesmo, o legislador constitucional, em inovação sem precedentes em outras Constituições, determinou que a lei estabeleça 'os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem... da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente'*"¹⁸.

Verifica-se, portanto, que em momento algum se pretendeu *garantir* a publicidade de tabaco. Antes ao contrário, sua previsão constitucional foi justamente para garantir a sua restrição, restrição essa que pode significar, inclusive, supressão total!

De acordo com o dicionário Aurélio¹⁹, dentre as acepções do verbo *restringir* encontram-se *coibir-se, abster-se, refrear-se*. A etimologia do verbo, conforme o dicionário Houaiss²⁰, encontra origem no termo *suprimir*. Dentre os sinônimos de *restringir*, apontados por este último dicionário, está o verbo *reprimir*.

A Constituição, portanto, ao falar em *restrições legais*, não exclui a possibilidade da supressão total dessa publicidade. Aliás, deve-se considerar o contexto histórico em que o texto Constitucional foi elaborado. Ainda que em 1988 já se soubesse dos malefícios do cigarro, porém não com a profusão e profundidade atuais, as estratégias da indústria, inclusive as de *marketing*, ainda permaneciam escondidas a

¹⁸ Antonio Herman de Vasconcello e Benjamin *In Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelo autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et AL, 6ª edição, Rio e Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 302.

¹⁹ *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Aurélio Buarque de Holanda 2ª edição revista e ampliada. 1986.

²⁰ <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=restringir&style=k&x=13&y=14>
acesso em 23/5/2008.



sete chaves dentro de seus arquivos secretos que somente começaram a ser abertos, por determinação judicial, na década seguinte.

*"O legislador é um filho do seu tempo; fala a linguagem do seu século, e assim deve ser encarado e compreendido."*²¹ O que se sabia em 1988 levou o constituinte a prever a possibilidade de restrição da publicidade e as leis infraconstitucionais foram restringindo-a na medida em que os fatos e evidências foram surgindo ao longo dos anos.

Em 2008, 20 anos após a promulgação da Constituição Federal, o tabagismo é considerado uma epidemia. E perfeitamente evitável. Dentre as medidas necessárias e eficazes para vencê-la está a proibição total da publicidade. É evidente que a interpretação atual da Constituição somente pode levar à autorização de medida nesse sentido. Que se dirá da legislação atualmente em vigor, que ainda permite a publicidade enganosa e abusiva do tabaco explorada à exaustão pela indústria.

Na lição de Carlos Maximiliano²², *"o direito vigente não contém só um pensamento morto; ao contrário: o seu espírito evolve, é vivo, atual. 'A exegese pode variar, com o tempo, e deve efetivamente mudar'. Incumbe ao juiz interpretar a lei conforme a opinião dos homens inteligentes da sua época; ver no presente um desdobramento do passado, e não a fiel imagem deste, fixa, marmórea, inalterada; conciliar a tradição com a realidade, graças ao método histórico-evolutivo"*.

Na interpretação da norma, portanto, há que se levar em conta o que se sabe atualmente sobre a indústria, sua publicidade e seus reais

²¹ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 113. Diz ainda o autor: *"O hermeneuta precisa conhecer e tomar no devido apreço os costumes antigos e em voga na ocasião em que se preparou o dispositivo, ou repositório de regras agora sujeito a exame; deve ainda familiarizar-se com o Direito Positivo em vigor naquela época"* (p. 122).

²² Op. Cit. p. 117/118



objetivos através dela, além do conhecimento científico sedimentado sobre a dependência e os malefícios do cigarro.

Especificamente quanto à interpretação da constituição assevera o Carlos Maximiliano que a lei fundamental deve ser entendida inteligentemente: *"se teve em mira os fins, forneceu meios para os atingir. Variam estes com o tempo e as circunstâncias: descobri-los e aplicá-los é a tarefa complexa dos que administram"*.²³

Não há que se falar em direito fundamental da indústria de fazer publicidade, ou que a publicidade inclui-se no princípio da liberdade de expressão.

Dorothy Cohen define publicidade como *"o conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa"*.²⁴

A publicidade, portanto, nada mais é do que o meio pelo qual o comerciante anuncia seu produto com vistas a aumentar a demanda e, portanto, seus lucros. O objetivo da publicidade é tão somente econômico, nada tem de ideológico, político, artístico ou religioso.

É o que entende a doutrina estrangeira: *"Propaganda é liberdade de expressão comercial. É de igual forma amplo consenso que a expressão comercial não contribui da mesma maneira para uma sociedade liberal e democrata como, por exemplo, a expressão política ou artística. A liberdade de expressão comercial é, por essa razão, matéria que implica restrições."*²⁵ (grifos adicionados)

²³ Op. Cit., p. 255.

²⁴ *Publicidad comercial*, Mexico, Editorial Diana, 1986, p. 110, *apud* Antonio Herman de V. Benjamin, op. Cit., p. 265.

²⁵ Jens Karsten, *Controle do tabaco na União Européia e a proibição da propaganda*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 40, 9-19.



A doutrina nacional também considera a publicidade nada mais do que expressão comercial para fins econômicos, devendo, dessa forma, sofrer as restrições necessárias à defesa do consumidor: *"Ademais, a mensagem publicitária, per se, não pode ser considerada manifestação de opinião ou pensamento. Mostra-se, ao revés, como um momento da atividade econômica produtiva da empresa, sendo que como tal é, expressamente, disciplinada pela Constituição Federal, pelo prisma da proteção ao consumidor (art. 170, V)"*²⁶.

A indústria posa de vítima, mas que outro interesse teria o Estado em restringir a publicidade do tabaco que não a defesa da saúde e da vida? Há pelo menos dois exemplos de produtos cuja publicidade está proibida pelo ordenamento jurídico nacional.

O Estatuto do Desarmamento, Lei 10.826/2003, determina a aplicação de multa de R\$ 100.000,00 a R\$ 300.000,00 à empresa de produção ou comércio de armamentos que realize publicidade para venda, estimulando o uso indiscriminado de armas de fogo, exceto nas publicações especializadas (art. 33, II).

Já a publicidade de chupetas, bicos, mamadeiras e protetor de mamilos está totalmente vedada pela resolução RDC 221 de 5/8/2002, editada em atendimento ao compromisso assumido pelo Governo Brasileiro na Reunião de Cúpula em Favor da Infância, realizada em Nova Iorque em 1990. O art. 6.2 da RDC dispõe:

6.2 É vedada a promoção comercial de chupeta, bico, mamadeira ou protetor de mamilo, em quaisquer meios de comunicação, incluindo "merchandising", divulgação por meios eletrônicos, escritos, auditivos ou visuais, assim como estratégias promocionais para induzir vendas no varejo, tais como exposições especiais, cupons de descontos ou preço

²⁶ Antonio Herman de Vasconcello e Benjamin In *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelo autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et AL, 6ª edição, Rio e Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 263.



reduzido, prêmios, brindes, vendas vinculadas ou apresentações especiais.

Releva notar que ambas as normas restringiram a publicidade de determinados produtos objetivando a preservação da vida e da saúde da população, idênticos valores que se busca resguardar com a restrição à publicidade de produtos oriundos do tabaco.

Assim, não há que se falar em violação a direito fundamental da empresa, à liberdade de expressão, ao princípio da proporcionalidade ou a outros institutos bradados pela autora e suas assistentes. Está-se diante de mero direito de liberdade de expressão *comercial*, que como tal deve ser tratado, mormente diante de direitos, esses sim fundamentais, tais como o direito à vida e à saúde. Não há comparação entre a dignidade da pessoa humana e os objetivos meramente econômicos de uma indústria.

(iii) ***Do Argumento De Violação Da Reserva Legal***

A autora alega que houve violação ao artigo 5º, II da Constituição, uma vez que os parágrafos 2º e 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, com as alterações introduzidas pela Lei 10.167/00 e pela Medida Provisória 2.190-34/01 deixam a cargo da Administração Pública sua regulamentação.

Cumprе observar que, utilizando expressão errônea, a autora cita o conteúdo do art. 5º, II, como sendo "não podem ser limitados direitos salvo se "em virtude" de lei". No entanto, não é esse o teor do dispositivo, cujo conteúdo correto é que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Embora



tenham significados próximos, a autora pretendeu "moldar" o direito previsto na Constituição para reforçar seu argumento.

A autora equivocadamente alega que a restrição de propaganda comercial de tabaco deve atender ao princípio da reserva absoluta de lei, tal como ocorre em relação ao direito à greve e à instituição de tributo ou pena.

No entanto, o tratamento dado pelo legislador constituinte a essas matérias é totalmente diverso àquele dado à propaganda comercial de tabaco, até porque essas outras matérias de fato merecem atenção do legislador, uma vez que tratam de direitos que expressam valores extremamente importantes em nossa sociedade. Vejamos.

A Constituição, no artigo 5º, título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – assegura, no inciso XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Nessa hipótese, pretendeu o legislador proteger o direito à liberdade, que não pode ser tolhida, a não ser em caso de crime e pena previamente estabelecidos por lei. A advertência do legislador, como se nota, foi feita de maneira clara e direta e seu conteúdo localizado no título mais importante de toda a Constituição – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

De igual forma, o artigo 150, I da Constituição prevê que é vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça". Assim como no caso anterior, pretendeu o legislador proteger direito que expressa um valor importante da sociedade brasileira, que é o direito à propriedade e o fez também de maneira clara e direta, que não enseja nenhum tipo de dúvida.

Finalmente, ao tratar do direito à greve dos servidores públicos, a Constituição, no artigo 37, VII, expressamente, também de forma



inequívoca, determina que "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica." O objetivo do constituinte, nesse caso, foi o de evitar a paralisação total da prestação do serviço público essencial que eventualmente pudesse ocorrer em caso de greve dos servidores públicos.

Como se nota, o legislador nos três casos optou por deixar, expressamente, a cargo de lei a restrição de direitos relevantes e que expressam valores considerados importantíssimos na nossa sociedade. Trata-se da proteção de direitos fundamentais, como o é o direito à liberdade, o direito à propriedade e o direito à greve, todos direitos de primeira dimensão, consolidados a partir da Revolução Francesa e tidos como direitos negativos – que pretendem a omissão do Estado violador.

Não é o que ocorre em relação à propaganda comercial do tabaco. Em primeiro lugar, a propaganda comercial de tabaco não é direito fundamental previsto pela Constituição Federal, nem tampouco visa proteger valores tidos como importantes pela sociedade brasileira. Ao contrário do que pretende demonstrar a autora, o parágrafo 4º do artigo 220 da Constituição Federal pretendeu criar restrição à propaganda de produtos maléficos à saúde, e não salvaguardar direitos às empresas de produtos nocivos. Isso é possível que se depreenda de uma rápida leitura do dispositivo:

"§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."

Não há que se falar, portanto, de maneira nenhuma, que a intenção do legislador nesse caso foi conferir que as restrições de propaganda dos produtos nocivos acima mencionados obedecessem ao princípio da



reserva absoluta de lei. Ao contrário, o legislador entendendo ser a saúde direito de extrema relevância e sabendo ser a propaganda instrumento hábil para persuadir os cidadãos para convencê-los para o uso dos produtos nocivos, fez questão de frisar que a publicidade poderia sofrer restrição legal.

Desta forma, diferentemente do que argumenta a autora, os dispositivos dos §§ 2º a 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294/96 apenas delegam à Administração Pública a função de regulamentar a lei para que seja possível sua fiel execução.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello²⁷, "inúmeras vezes, em consequência da necessidade de uma atuação administrativa, suscitada por lei dependente de ulteriores especificações, o Executivo é posto na contingência de expedir normas a ela complementares". E continua o administrativista: "salvo quando têm em mira a especificidade de situações redutíveis e reduzidas a um padrão objetivo predeterminado, a generalidade da lei e seu caráter abstrato ensancham particularização normativa ulterior. Daí que o regulamento *discricionariamente* as procede (...) impondo, destarte, padrões de conduta que correspondem aos critérios administrativos a serem obrigatoriamente observados na aplicação da lei aos casos particulares."

Não podem, contudo, os regulamentos estabelecer restrições e de fato, no presente caso, eles não o farão, pois quem as faz é a própria lei. Vejamos:

§2º A propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases

²⁷ *Curso de Direito Administrativo*, Celso Antonio Bandeira de Mello, 19ª edição, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 328



estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas seqüencialmente de forma simultânea ou rotativa.

Nota-se que a restrição foi criada por este dispositivo legal: a propaganda conterà advertência, sempre que possível falada e escrita, usadas seqüencialmente de forma simultânea ou rotativa. Caberá apenas ao regulamento definir as frases que serão utilizadas como advertência.

§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.

Mais uma vez, o dispositivo legal criou a restrição: as embalagens e os maços conterão a advertência acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. Caberá apenas ao regulamento definir as imagens ou figuras que serão utilizadas.

§4º Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão seqüencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor.

Também nesse caso, é a própria lei que cria a restrição, restando ao regulamento apenas definir detalhes do que é "legível e ostensivamente destacada", ou seja, detalhes que possibilitem a fiel execução da lei.



§5º A advertência a que se refere o §2º deste artigo, escrita de forma legível e ostensiva, será seqüencialmente usada de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses.

Por fim, mais uma vez, a lei definiu o modo em que a advertência será utilizada, não restando ao regulamento senão o detalhamento a que ele é competente.

3. DIREITO À SAÚDE E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Mais do que direitos meramente positivados no ordenamento jurídico, hodiernamente a fundamentalidade de determinados direitos encontra respaldo na idéia de que deve ser garantido o mínimo existencial. É nesse caminho que os direitos sociais, nos quais se inclui o direito à saúde, têm sido erigidos ao patamar de direitos fundamentais.

O Professor Meirelles Teixeira, ao discorrer sobre as normas constitucionais de eficácia limitada ensina que um de seus efeitos é o **mandado ao legislador ordinário**.

O efeito de *mandado ao legislador* consiste na ordem dirigida ao legislador ordinário para que legisle para certo fim, ou num certo sentido. E, para além de ter que legislar sobre determinado assunto, o legislador tem que fazê-lo "de certo modo, segundo tais e tais diretrizes, observando tais e tais princípios."²⁸

Ora, legislar para proteção da saúde não é mera opção do legislador, mas é obrigação fundamentada na Carta Constitucional, a fim de garantir o direito integral à saúde. O artigo 196 da Constituição prevê

²⁸ TEIXEIRA, Meirelles, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, p. 335.



atuação do Estado mediante políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco de doença e de outros agravos.**

Os direitos sociais demandam que o Estado – tal como disposto em constituições atuais - assumam o seu dever de remover os obstáculos de todo tipo para fazer acessível o gozo e o desfrute desses direitos, em condições de liberdade e igualdade de oportunidades para todas as pessoas.²⁹ Esses obstáculos podem ser eliminados também por meio da produção legislativa, a fim de garantir um direito fundamental. É o que ocorreu com a promulgação da lei ora atacada.

Retirar a lei em questão do ordenamento jurídico pátrio significará um retrocesso na proteção de um direito fundamental social, o direito à saúde. Sobre o tema, bem discorre J. J. Gomes Canotilho³⁰, que entende que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e auto-reversibilidade a ele inerente encontram limitação no núcleo essencial já realizado. Dessa forma, não pode o legislador, tanto em nível infra-constitucional ou mesmo por meio de emendas à Constituição, reduzir ou esvaziar o conteúdo dos direitos sociais. A modificação das normas jurídicas, ainda que seja possível, deve atentar-se para o cuidado de não aniquilar seu conteúdo já consolidado.

Explica Ingo Wolfgang Sarlet que:

"No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o nosso próprio pensamento jurídico, o que se percebe é que, de modo

²⁹ CAMPOS, Germán J. Bidart. Los derechos sociales, São Paulo, n. 3, p. 671 a 678, janeiro-junho de 2004.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, 327.



geral, os defensores de uma proibição de retrocesso, dentre os quais merece destaque o nome do conceituado publicista Gomes Canotilho, sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que não podem ser reduzidos ou suprimidos (...)"³¹

Nessa mesma direção, entende Jorge Miranda³² que o sentido da elevação de certos direitos econômicos, sociais e culturais a limites materiais de revisão implica em que o conteúdo essencial de cada um deles não possa ser diminuído por revisão constitucional; e que o regime específico desses direitos, sobretudo no que concerne às suas formas de proteção e garantia também não pode ser afetado.

Acolher os argumentos da indústria é, bem por isso, retroceder às conquistas até o momento atingidas, e cerrar o caminho para que outras tantas possam ser alcançadas.

4. HISTÓRIA DO TABACO: A HISTÓRIA DE UMA EPIDEMIA

"O cigarro é o único produto de consumo no mercado que mata metade dos seus usuários regulares ao ser consumido conforme as instruções dos fabricantes"

Dra. Gro Brundtland
Diretora da OMS à época da negociação da
Convenção Quadro para o Controle do Tabaco

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 249.

³² MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional :direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4, p. 402.



Originário da América Central, o tabaco, utilizado por sociedades indígenas há cerca de 1000 anos a.C. em rituais de purificação e fortalecimento e no tratamento de algumas enfermidades, expandiu-se para a Europa através dos colonizadores europeus a partir do século XV.³³

*"Rapidamente o tabaco integrou-se a todas as populações do mundo civilizado"*³⁴. Da Europa disseminou-se pelos demais continentes. A industrialização do tabaco na forma de cigarros surge no século XX e com ela a indústria tabagista. *"O consumo de cigarros alastrou-se de forma epidêmica por todo o mundo, principalmente em razão do uso de técnicas sedutoras de marketing"*³⁵.

Não obstante evidências científicas desde o século XVIII de que o tabaco faz mal à saúde, é a partir das décadas de 1940 e 1950 que essas evidências começam a ser fortalecidas por estudos científicos mais aprofundados e em 1964 o *Surgeon General*, espécie de Ministro da Saúde norte-americano, lança seu famoso relatório sobre fumo e saúde em que conclui que o cigarro causa câncer, alcançando consenso científico³⁶.

Desde então as evidências científicas não pararam de aumentar. O tabaco é hoje considerado uma epidemia pela OMS sendo a principal causa evitável de mortes no mundo. A epidemia do tabaco matou 100 milhões de pessoas no século XX e irá matar UM BILHÃO de homens, mulheres e crianças no século XXI se nada for feito para detê-la. São

³³ Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

³⁴ José Rosemberg, *Nicotina. Droga Universal*. São Paulo: SES/CVE, 2003, p. 3 *apud* Lúcio Delfino, *op.cit.*

³⁵ Lúcio Delfino, *op cit*, p. 31/32

³⁶ Juíza Gladys Kessler, in Tobacco Control Legal Consortium, *The Verdict Is In: Findings from United States v. Philip Morris* (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008).



5,4 milhões de pessoas mortas por ano por câncer de pulmão, infartos e outras doenças decorrentes do uso do tabaco³⁷.

Das 8 principais causas de morte no mundo, 6 estão ligadas ao uso do tabaco³⁸ que é consumido por mais de um bilhão e trezentas mil de pessoas³⁹.

Incluído no grupo dos transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substância psicoativa, o tabagismo está na Décima Revisão de Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e é considerado doença pediátrica, pois a idade média de iniciação é 15 anos⁴⁰.

A nicotina causa dependência física e psíquica. Sua ausência causa síndrome de abstinência, implicando em diversos sintomas desagradáveis. Ela *"escraviza o fumante. (...) A nicotina sendo a responsável pela dependência físico-química, torna-se a maior propulsora da pandemia do tabagismo, por sua vez agente causal de mortalidade prematura."*⁴¹

Segundo Rosemberg⁴², daqueles que se iniciam no tabagismo aos 14 anos, 90% estão dependentes aos 19. Aqueles que começam a fumar entre 14 e 16 anos desenvolvem maior dependência da nicotina em comparação àqueles que fumaram o primeiro cigarro depois dos 20 anos de idade.

Conforme detectado pela OMS, essa epidemia está se transferindo para os países em desenvolvimento onde 80% das mortes relacionadas ao

³⁷ WHO REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package. World Health Organization, http://www.who.int/gb/fctc/PDF/cop1/FCTC_COP1_ID7-en.pdf.

³⁸ Idem.

³⁹ http://www.who.int/tobacco/global_data/country_profiles/Introduction.pdf acesso 23/5/2008.

⁴⁰ *Tabagismo: Um grave problema de saúde pública*. Instituto Nacional do Câncer – INCA. 2007.

⁴¹ José Rosemberg. *Nicotina: droga universal*. São Paulo: SES/CVE, 2003, p.21

⁴² Op. Cit, p. 28.



tabagismo ocorrerão nas próximas décadas. Essa mudança é causada pela estratégia global de *marketing* da indústria que mira os jovens e adultos desses países⁴³, principalmente em razão da crescente regulamentação do tabaco nos países ditos desenvolvidos.

Não bastasse a indústria saber há mais de 50 anos que a nicotina causa dependência, continua negando esse fato, inclusive em ações judiciais no Brasil (doc 6). Pior, a prática de manipular a nicotina com adição de amônia vem sendo por ela utilizada há décadas. Rosemberg⁴⁴ relata o êxito da Philip Morris há mais de 30 anos, quando passou a incorporar a amônia no tabaco dos cigarros Marlboro, universalizando seu consumo, alcançando a liderança do mercado e deixando a British American Tobacco em segundo lugar. Tal feito universalizou o uso da amônia pela indústria. A análise de cinco marcas de cigarros brasileiros revelou níveis de amônia de 13.15 a 14.96 microgramas na corrente principal da fumaça, que é a tragada pelo fumante⁴⁵.

A Juíza Gladys Kessler⁴⁶, em sentença histórica de 2006, analisando e expondo os documentos internos da indústria, reconheceu não só a sua estratégia de negar que a nicotina vicia, apesar de saber disso desde a década de 1940, como revelou a disseminada prática de manipulação da nicotina pelas empresas tabageiras (docs 11 a 18).

Trata-se, portanto, de epidemia que afeta todos os povos do planeta. O reconhecimento dos custos do tabagismo para a humanidade levou à celebração do primeiro tratado internacional de saúde, a Convenção

⁴³ "Tragically, the epidemic is shifting towards the developing world, where 80% of tobacco-related deaths will occur within a few decades. The shift is caused by a global tobacco industry marketing strategy that targets young people and adults in developing countries."

http://www.who.int/features/factfiles/tobacco_epidemic/tobacco_epidemic_facts/en/index1.html acessado em 6.5.2008

⁴⁴ op. Cit. P. 11/12

⁴⁵ Rosemberg, op. Cit., p. 12.

⁴⁶ Juíza Gladys Kessler, in Tobacco Control Legal Consortium, *The Verdict Is In: Findings from United States v. Philip Morris* (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008).



Quadro para o Controle do Tabaco (doc. 4), que hoje conta com a ratificação de mais de 150 países e cuja implementação no Brasil é de rigor.

Segundo a Dra. Margaret Chan, atual diretora geral da OMS, *"a cura para uma epidemia tão devastadora não depende de remédios ou vacinas, mas da ação concertada de governos e sociedade civil"*⁴⁷.

5. A INDÚSTRIA DO TABACO: UMA HISTÓRIA DE FRAUDE, CORRUPÇÃO E MENTIRAS⁴⁸

"Por que deveríamos pôr em risco um negócio de bilhões de dólares, por causa de ratos apertando uma alavanca para conseguir nicotina?"

Ross Millhiser, executivo da Philip Morris

A indústria do tabaco surge com o advento da máquina capaz de produzir 200 cigarros por minuto. Sua expansão é fabulosa. Segundo Mário Cesar Carvalho, jornalista da Folha de São Paulo, em sua obra *O Cigarro* (doc 19), *"a sucessão de fraudes da indústria do cigarro teve início para combater um pesquisador que pintava ratos com nicotina"* no início da década de 1950.

Desde então formou-se uma das maiores estratégias mafiosas da história da humanidade, a ponto de onze tabaqueiras, incluídas aí a Philip Morris Inc, da qual faz parte a Philip Morris Brasil e a British American Tobacco Industries p.l.c., grupo do qual faz parte a Souza Cruz S/A, duas das maiores empresas de tabaco do Brasil com participação no mercado, respectivamente, de 15% e 75% (doc 20 e

⁴⁷ Tradução livre: *"The cure for this devastation epidemic is dependent not on medicines or vaccines, but on the concerted actions of government and civil society"*. WHO REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package. World Health Organization, p. 7, http://www.who.int/gb/fctc/PDF/cop1/FCTC_COP1_ID7-en.pdf.

⁴⁸ Mário Cesar Carvalho, *O cigarro*, São Paulo: Publifolha, 2001. Coleção Folha Explica.



21), terem sido condenadas, em 2006, em ação judicial movida pelo governo federal dos Estados Unidos da América por violação à legislação que trata de *Influência Mafiosa e Organizações Corruptas* (the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act – RICO).

Em 1999 o Governo norte americano promoveu ação judicial contra 11 tabaqueiras alegando que estas violaram e continuam violando a legislação que trata de *Influência Mafiosa e Organizações Corruptas* através do engajamento em profunda e ilegal conspiração para enganar a opinião pública e o governo sobre os efeitos à saúde do tabagismo e do tabagismo passivo, a dependência da nicotina, os alegados *benefícios* de cigarros chamados baixos teores e a manipulação da nicotina para manter a dependência dos fumantes.

Em sentença histórica de cerca de 1.700 páginas a Juíza Gladys Kessler reconheceu a atuação conjunta e coordenada da indústria, não só nos EUA, mas globalmente, em que estas associaram-se *de fato* em uma empresa/operação (*association-in-fact enterprise*), com o objetivo de enganar governo e opinião pública para impedir o aumento da regulação do cigarro, a divulgação das informações sobre seus malefícios e evitar o surgimento de ambiente socialmente contrário ao tabagismo.

Segundo a Juíza Kessler:

824. *De 1953 até pelo menos 2000, todos os Réus, sem exceção, repetidamente negaram com consistência e vigor – e má fé – a existência de qualquer efeito nocivo do fumo para a saúde. Ademais, coordenaram-se para montar e financiar uma sofisticada campanha de relações públicas para atacar e deturpar as provas científicas que demonstravam a relação entre tabagismo e doenças, alegando que esta relação permanecia "uma questão em aberto". Finalmente, ao fazê-lo, ignoraram a massiva*



documentação guardada em seus arquivos internos, gerada por seus próprios cientistas, executivos e profissionais de relações públicas, que admitia – assim como o Vice-Presidente de Pesquisa e Desenvolvimento da Philip Morris, Helmut Wakeham – haver "pouca base, naquele momento, para refutar as descobertas relatadas no Relatório do Surgeon General de 1964."⁴⁹

Dentre os temas tratados na sentença sobre as ações orquestradas pela indústria para evitar regulação mais efetiva de seu produto está a política de desenvolver estratégias de *marketing* voltadas para crianças e adolescentes de forma a manter viva a indústria através da cooptação de novos consumidores.

Partes importantes da sentença foram compiladas por um consórcio de advogados norte americanos através da *Tobacco Control Legal Consortium* (www.tobaccolawcenter.org) (docs 12 a 18) e traduzidas para o português pela ACT (doc 11). A íntegra da sentença é encontrável em <http://www.tobaccolawcenter.org/documents/FinalOpinion.pdf>.

Até a década de 1990 a indústria vinha obtendo sucesso em dissuadir a opinião pública das evidências científicas que não paravam de surgir sobre os malefícios do cigarro e seu poder viciante através de uma ampla rede de relações públicas; do pagamento de cientistas para divulgarem pesquisas que lhe fossem favoráveis deixando em dúvida a opinião pública, principalmente os fumantes; da contratação das melhores bancas de advocacia norte americanas; e de uma abrangente campanha de *marketing* envolvendo, inclusive, os produtores de

⁴⁹ Juíza Gladys Kessler, in *Tobacco Control Legal Consortium, The Verdict Is In: Findings from United States v. Philip Morris* (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008).



Hollywood, de forma a divulgar o produto e torná-lo atraente aos consumidores (doc 25)⁵⁰.

É verdade que desde 1971 a publicidade de cigarros foi banida da televisão norte-americana, mas foi somente na década de 1990 que ações exigindo a apresentação pública dos documentos secretos da indústria revelaram a forma como esta vinha atuando para enganar governo e opinião pública.

Em 1997, ações movidas por estados norte-americanos buscando recuperar os gastos do sistema de saúde para tratar fumantes trouxeram uma reviravolta na posição até então ocupada pela indústria frente ao Poder Judiciário. Um acordo (*Master Settlement Agreement*) de cerca de US\$ 246 bilhões de dólares foi celebrado entre indústria e 50 estados americanos para pagamento em 25 anos.⁵¹

A atuação da indústria é tão deletéria que a própria Convenção Quadro para o Controle do Tabaco prevê que os Estados partes devem mantê-la à distância das negociações para sua implementação. O art. 5.3 da convenção dispõe:

*"Ao estabelecer e implementar suas políticas de saúde pública relativas ao controle do tabaco, **as Partes agirão para proteger essas políticas dos interesses comerciais ou outros interesses garantidos para a indústria do tabaco, em conformidade com a legislação nacional.**"*

Atualmente a indústria é considerada "anormal" em razão da fraude por ela perpetrada e de sua estratégia para fazer parecer que seu negócio é normal. Documento preparado pela ACT com base no texto "*Tobacco Industry Denormalization: Telling the Truth About the Tobacco Industry's Role in the Tobacco Epidemic*" (A Anormalidade da Indústria

⁵⁰ Matéria da Revista VEJA de 20/5/2002 traz matéria exatamente sobre esse tema.

⁵¹ Mario Cesar Carvalho, op. Cit.



do Tabaco: Falando a Verdade Sobre o Papel da Indústria do Tabaco na Epidemia do Tabagismo – doc 23), da Organização Non-Smokers' Rights Association, do Canadá dá conta dessa irregularidade da indústria e resume: "*A indústria escondeu seu marketing predatório atrás de um véu de normalidade e racionalizou sua epidemia com uma retórica de 'livre escolha' e fraude.*"

Esse breve histórico sobre a atuação da indústria, que pode ser melhor ilustrado em obras como *O Cigarro*⁵²; *The Cigarette Papers*⁵³; *A Question of Intent: A Great American Battle with a Deadly Industry*⁵⁴, *Nicotina: Droga Universal*⁵⁵; *Atrás da Cortina de Fumaça: Tabaco, Tabagismo e Meio Ambiente: Estratégias da Indústria de Dilemas da Crítica*⁵⁶, *The Cigarette Century*⁵⁷, que devem, necessariamente, ser consideradas na análise desta ação.

A interpretação do direito e as decisões judiciais não podem estar alienadas da realidade em que serão aplicadas, sob pena de restarem desacreditadas no seio da sociedade e não atingirem a função social que lhes cabe.

6. MARKETING PARA JOVENS: O QUE SE SABE SOBRE AS ESTRATÉGIAS DA INDÚSTRIA

Se as empresas tabagistas realmente eliminassem o marketing para crianças, estariam fora do mercado em 25 ou 30 anos, porque não teriam consumidores suficientes para manter seus negócios.

Bennett LeBow, Presidente da Vector Holdings Group

⁵² Mario Cesar Carvalho, São Paulo: Publifolha, 2001. Coleção Folha Explica

⁵³ Stanton A. Glantz, Bekerley, University of California Press, 1996

⁵⁴ David Kessler, PublicAffairs, 2001.

⁵⁵ José Rosemberg, São Paulo: SES/CVE, 2003

⁵⁶ Sergio Luís Boeira. Itajaí: Univale, 2002.

⁵⁷ Allan M. Brandt, Basic Books, New York, 2007.



O objetivo da indústria do tabaco é e sempre foi aliciar novos consumidores para o seu nocivo produto. Foi através da publicidade que o cigarro ganhou o mundo, tornou-se símbolo de status, modernidade, independência, rito de passagem para a vida adulta.

A estreita ligação entre a indústria tabagista e a cinematográfica criou mitos como Gilda (Rita Hayworth) e Rick (Humphrey Bogart em Casablanca)⁵⁸. Durante muito tempo indústria utilizou médicos em suas propagandas e slogans como "20.679 médicos confirmam o fato de que *Lucky Strike é menos irritante à garganta que outros cigarros*"⁵⁹

Os fabricantes de cigarro precisam renovar seus consumidores que param ou morrem, muitas vezes em decorrência do tabagismo. Para tanto, precisam investir em crianças e adolescentes já que 90% dos fumantes iniciam até os 18 anos e 50% dos que experimentam 1 cigarro se tornam fumantes na vida adulta⁶⁰

Não só os documentos secretos da indústria indicam quem é seu público alvo⁶¹, mas publicitários nacionais também já revelaram o que pretende o *marketing* do cigarro. Julio Ribeiro, respeitado publicitário fundador da agência Talent, em carta a Gilberto Dimenstein, da Folha de São Paulo, em 1998, assim se manifestou:

*"Anos atrás, eu trabalhava numa agência e estava apresentando um plano de mídia para o diretor de marketing de uma companhia de cigarros. O público-alvo proposto pela mídia era composto por pessoas acima de 16 anos. Mas o diretor de marketing mandou corrigir o plano, **pedindo para considerar como público-alvo***

⁵⁸ Mario Cesar Carvalho, *O cigarro*, op. Cit.

⁵⁹ Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*. Op. Cit., p. 296.

⁶⁰ Brasil. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer – INCA. Coordenação de Prevenção e Vigilância (CONPREV). *Abordagem e Tratamento do Fumante – Consenso 2001*. Rio de Janeiro: INCA, 2001.

⁶¹ *Marketing to America's youth: evidence from corporate documents*, K M Cummings, C P Morley, J K Horan, C Steger and N-R Leavell, *Tobacco Control* 2002;11;5-17, http://tobaccocontrol.bmj.com/cgi/content/full/11/suppl_1/i5 acesso em 23/5/2008.



peçoas a partir de 12 anos. Me recusei a fazer e acabamos perdendo a conta. Deste dia em diante constatei que eu nunca poderia fazer campanhas de cigarro. Se acabasse a propaganda de cigarro, todas as agências, veículos, fornecedores e a economia brasileira sobreviveriam. Possivelmente muito melhor, com um povo mais sadio." (Revista Trip no. 67, 1998, grifos incluídos, doc 24).

A investida em crianças é tão chocante que antes da proibição do uso da imagem de Joe Camel, o camelo boa praça, em publicidades, este era tão reconhecido entre as crianças quanto Mickey Mouse (revista Trip no. 67, doc 24).

Gilberto Dimenstein, em artigo para a Folha de São Paulo em 26.7.1998, transcrito na inclusa Revista Trip no. 67 afirma: "*O jogo da indústria do fumo, regido pelas mais modernas técnicas de marketing, é dos mais sujos que se pode arquitetar: querem o adolescente, imerso numa fase de afirmação, testes de risco e limites, imaginando-se imortal*".

Mantendo a já revelada e judicialmente condenada estratégia mafiosa internacional, a indústria reitera o discurso inverossímil de que o cigarro é produto "maduro", que não necessita de novos consumidores. A publicidade, por essa teoria, serviria apenas para a disputa entre marcas.

Tais alegações não sobrevivem aos próprios argumentos da petição inicial.

O cigarro não é, nem nunca foi "*um produto maduro, vale dizer, está no mercado faz longo tempo e não há necessidade de criação de uma demanda específica pelo seu consumo*". Essa frase, constante do parecer de Luís Roberto Barroso e que inicia longa transcrição feita na inicial às fls. 63, foi descontextualizada do texto original.



Sim, pois em seu parecer de fls. 178 e ss., o parecerista da indústria alerta o leitor imediatamente antes da seção transcrita na inicial de que *"Inúmeras fontes doutrinárias e estatísticas, às quais tive acesso, sustentam de forma peremptória as proposições que enuncio a seguir. Envolvem elas, todavia, temas que se encontram fora de meu conhecimento específico. De modo que, embora racionalmente convencido de seus fundamentos, limito-me a divulgá-las, sem poder emprestar-lhes qualquer autoridade própria"* (fls. 180, grifos adicionados). Imprescindível, pois, esse esclarecimento antes da leitura do trecho transcrito na inicial.

Fabio Ulhôa Coelho, em resposta à consulta da indústria, afirma que há indissociável relação entre os dois efeitos da publicidade: motivar o consumo e informar (fls. 203). Ora, se é efeito da publicidade motivar o consumo, não há que se falar em *produto maduro*.

Aliás, essa reiteração da expressão *"consumidor maduro, suficientemente informado"*, pretende convencer de que a publicidade é voltada aos já fumantes, pessoas adultas, quando a verdade da publicidade é totalmente outra: seu público alvo são crianças, adolescentes e jovens.

Por outro lado, se a idéia fosse disputar fumantes, não haveria necessidade de mais publicidade do que aquela veiculada no próprio ponto de venda, já que ali se encontra o suposto público alvo. Mas a indústria, revelando sua verdadeira intenção, cai em contradição. Às fls. 26 da inicial afirma: *"(...) a "propaganda" restrita apenas aos pontos de venda dos produtos, ou seja, dirigida apenas a quem já tem o hábito de adquirir o produto, não tem a natureza persuasiva inerente à propaganda."*



Yussuf Saloojee e Ross Hammond⁶² desmascararam o argumento da *disputa por consumidores já fumantes* em estudo de 2001 em que comprovam que fumantes são fiéis às marcas escolhidas e muito poucos trocam de marca. Nos Estados Unidos, por exemplo, menos de 10% dos fumantes adultos mudaram de marca em determinado ano, e muito dessa troca se deu entre marcas da mesma família, por exemplo, do Marlboro para o Marlboro Lights. Em 1986 apenas 6,7% dos fumantes mudaram para a marca de uma companhia rival.

Mais: os pesquisadores revelaram que as companhias de tabaco fazem publicidade pesada em países em que possuem monopólio virtual das vendas. Com 98% do mercado em países como Nicarágua, Honduras, Ghana e SriLanka, a B.A.T, grupo do qual a Souza Cruz faz parte, deveria advogar o fim da publicidade, blindando sua fatia no mercado.

No Brasil, de 85% a 90% do mercado legal está nas mãos de Souza Cruz e Philip Morris. Se a mudança de marcas fosse o objetivo da publicidade as duas colocariam em risco sua fatia no mercado em relação às demais 11 empresas do ramo que se espremem em apenas 15% de participação⁶³ (doc 22).

Aliás, é a própria líder do mercado, a Souza Cruz, quem anuncia a fidelidade de seus clientes. Em entrevista dada por Ricardo de Pádua, Gerente de Comunicação para o Varejo da Souza Cruz ao site Mundo do Marketing

(<http://www.mundodomarketing.com.br/materia.asp?codmateria=4009> acessado em 23/5/2008) este afirma que o índice de lealdade dos consumidores de cigarros chega a 50% (doc 26).

⁶² *Fatal Deception: The tobacco industry's "new" global standards for tobacco Marketing*, Tobacco Control: Reports on Industry Activity (University of California), 2001 Paper WHO3

<http://repositories.cdlib.org/tc/reports/WHO3> acessado em 23.5.2008

⁶³ <http://www.receita.fazenda.gov.br/destinacaomercadorias/programanacombcigarroi/legal/estabfabropbrasil.htm> acessado em 23.5.2008



Em reportagem do Portal Exame de 14.6.2007 sobre como as restrições publicitárias podem afetar o mercado de cerveja no Brasil (doc 27), a matéria esclarece que *"Em situações de restrição de propaganda, o líder costuma manter a dianteira. As empresas que desfrutam de boa situação no mercado não sobem, mas também não descem. A Philip Morris, por exemplo, manteve os 14% de participação que tinha à época da proibição da publicidade de cigarro. O problema maior é enfrentado por concorrentes que desejam entrar na disputa"*.

É no mínimo curioso que, num mercado dominado por duas grandes empresas, essas provoquem o Poder Judiciário buscando aumentar a concorrência sobre seus produtos. Fica evidente que o objetivo da publicidade é, sim, a cooptação de novos fumantes.

Matéria da revista Trip no. 67, em 1998 (doc 24), antes, portanto, da Lei 10.167/2000, criticava o governo por permitir a publicidade de cigarros e a vinculação desse produto a esportes radicais. Denunciava a investida das multinacionais do tabagismo nos países abaixo da linha do equador, posto que sem regulamentações restritivas para o uso, comercialização e publicidade do tabaco, como já eram, na época, os EUA e países Europeus.

Há um sem número de estudos científicos demonstrando que a indústria visa sim novos fumantes, bem como aqueles que querem parar de fumar⁶⁴.

⁶⁴ *Profits Over People: Tobacco Industry Activities to Market Cigarettes and Undermine Public Health in Latin America and the Caribbean*. Pan American Health Organization. November 2002 (http://www.paho.org/English/DD/PUB/profits_over_people.pdf - acessado em 23/4/2008); *How Cigarette Advertising Works: Rich Imagery and Poor Information*. Richard W. Pollay (October 30, 2000). History of Advertising Archives. Faculty of Commerce, UBC. Vancouver, Canada V6T 1Z2; *Young Adults: Vulnerable New Targets of Tobacco Marketing*, Lois Biener, PhD, and Alison B. Albers, PhD, American Journal of Public Health, February 2004, Vol 94, No. 2, 326-330; *Fatal Deception: The tobacco industry's "new" global standards for tobacco Marketing*, Yussuf Saloojee e Ross Hammond, Tobacco Control: Reports on Industry Activity (University of California), 2001 Paper WHO3, <http://repositories.cdlib.org/tc/reports/WHO3> acessado em 23/4/2008.



A publicidade do cigarro gera confusão na mente dos consumidores. Como um produto que faz tão mal à saúde pode ser anunciado livremente? Estudo de 2002 revelou que a publicidade de cigarro diminui a capacidade e credibilidade dos pais em advertir seus filhos a não fumar⁶⁵. Não é por menos. Segundo Cláudia Lima Marques⁶⁶:

"(...) não somente as empresas (do tabaco) desinformaram voluntariamente seus milhares de consumidores, como enviam mensagens que – para estes leigos – eram aceitáveis e acreditáveis. Em outras palavras, a informação publicitária (imagens, induções, sons, risos, frases, personagens, situações de esporte, lazer, prazer etc.) é recebida e processada por um leigo, o consumidor brasileiro, que nela acredita, de forma totalmente escusável!"

Segundo pesquisa de 2006 da Associação Brasileira de Propaganda (ABP)⁶⁷ (doc 31) – admitida nesta ADIn como *amicus curiae* defendendo a inconstitucionalidade da lei – 53% das pessoas afirma que a propaganda influencia muito seu comportamento e 36% que ela influencia mais ou menos, somando 89% o público que de alguma forma é influenciado em seu comportamento pela propaganda. A pesquisa ainda revela que 78% das pessoas ficam sabendo da existência do produto pela propaganda e 63% tem vontade de comprar o produto que viu na propaganda.

⁶⁵ *Does Tobacco Marketing Undermine the Influence of Recommended Parenting in Discouraging Adolescents from Smoking?* John P. Pierce, PhD, Janet M. Distefan, PhD, Christine Jackson, PhD, Martha M. White, MS, Elizabeth A. Gilpin, MS - American Journal of Preventive Medicine, 2002, vol. 23, no. 2, p. 73-81.

⁶⁶ *Apud* Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008, p. 298

⁶⁷ *A IMAGEM DA PROPAGANDA NO BRASIL* - Terceira medição – ano 2006, Pesquisa encomendada ao IBOPE pela ABP- Associação Brasileira de Propaganda - Série histórica iniciada em 2002.



Em outro estudo, Pollay⁶⁸ aponta que a promoção, publicidade e patrocínio de eventos é importante para a indústria pois modula e reforça a percepção do ato de fumar, possibilitando a aprovação social do tabagismo e reafirmando as características de independência e autoconfiança vinculadas ao ato de fumar. A indústria busca com a publicidade influenciar percepções e atitudes não só de fumantes, mas também de pais e pares dos jovens fumantes. As imagens na publicidade de cigarros são cuidadosamente criadas e controladas por pesquisas sobre o público alvo e sua reação aos esforços promocionais.

São os próprios documentos internos da indústria que confirmam que ela continua buscando novos consumidores em estratégias de *marketing* cada vez mais agressivas⁶⁹.

Em seção específica em que tratou do *marketing* para jovens, a Juíza Gladys Kessler explicitou as provas de que a indústria monitora o comportamento dos jovens e usa essas informações para criar campanhas de *marketing* altamente sofisticadas, com o objetivo de incentivar os jovens a começar a fumar e a continuar fumando. A Juíza Kessler revelou que a indústria procura manter sua lucratividade atraindo os jovens para seu mercado, visando substituir com esses novos fumantes aqueles que morrem ou deixam de fumar.⁷⁰

A Juíza Kessler afirma, ainda, que a indústria poliu a imagem de suas marcas jovens para que comunicassem independência, vigor, rebeldia, amor à vida, aventura, confiança, auto-afirmação e uma atitude "in".

⁶⁸ *How Cigarette Advertising Works: Rich Imagery and Poor Information*. Richard W. Pollay (October 30, 2000). History of Advertising Archives. Faculty of Commerce, UBC. Vancouver, Canada V6T 1Z2.

⁶⁹ *Marketing to America's youth: evidence from corporate documents*, K M Cummings, C P Morley, J K Horan, C Steger and N-R Leavell, *Tobacco Control* 2002;11;5-17, http://tobaccocontrol.bmj.com/cgi/content/full/11/suppl_1/i5 acesso em 23/5/2008.

⁷⁰ Juíza Gladys Kessler, in Tobacco Control Legal Consortium, *The Verdict Is In: Findings from United States v. Philip Morris* (2006). Tradução para o Português pela ACT – Aliança para o Controle do Tabagismo (2008).



Em documento intitulado "*Como Atrair para Nossas Marcas Novos Fumantes e Consumidores de Outras Marcas*", alto executivo da indústria afirma:

As tentativas de atrair jovens fumantes ou iniciantes devem-se basear... nos seguintes parâmetros: apresentar o cigarro como uma das formas de entrar no mundo adulto. Apresentar o cigarro como parte da categoria de produtos e atividades relacionados com prazeres ilícitos... Tangenciar os símbolos básicos do processo de crescimento e maturidade. Relacionar o máximo possível (considerando algumas restrições legais) o cigarro com "baseado" (ou "maconha" mesmo, é mais direto p/ o entendimento), vinho, cerveja, sexo, etc.⁷¹

Conforme Pollay⁷², há também estratégias de *marketing* para aqueles que gostariam de parar de fumar por questões de saúde. Segundo o pesquisador, são grandes as tentativas de parar de fumar e as empresas estão muito atentas e preocupadas com esse público, motivo pelo qual passam mensagens para lhes dar conforto psicológico e reassegurá-los a continuar fumando.

A publicidade é, e sempre foi, voltada para incentivar novos consumidores. O argumento de suposta *maturidade* do cigarro não resiste sequer à citada pesquisa da ABP, que se dirá diante da larga prova obtida nos próprios documentos internos da indústria. Mais: basta que recordemos os famosos comerciais de marcas como Hollywood, Marlboro, Free ou Camel para identificarmos imediatamente a quem se dirigem (docs. 32 a 43).

⁷¹ Juíza Gladys Kessler.

⁷² *How Cigarette Advertising Works: Rich Imagery and Poor Information*. Richard W. Pollay (October 30, 2000). History of Advertising Archives. Faculty of Commerce, UBC. Vancouver, Canada V6T 1Z2



Como se vê, o objetivo da indústria continua sendo o mesmo, como idêntico é seu discurso *defensivo* utilizado em escala global. Combater a publicidade enganosa e abusiva da indústria é imperativo e deve ser confirmado nesta ação.

7. NÃO HOUE BANIMENTO DA PUBLICIDADE: A INDÚSTRIA CONTINUA FAZENDO PUBLICIDADE DE SEUS PRODUTOS E DIRIGINDO-A A CRIANÇAS E JOVENS

É falacioso e inverídico o argumento da indústria de que o fim da publicidade nos meios de comunicação de massa teria banido a publicidade de cigarros no país. Como estudos têm demonstrado, em todos os países em que há restrição de alguma forma de publicidade os milionários recursos em propaganda são imediatamente redirecionados às mídias ainda permitidas.

Estudo⁷³ que sistematizou dados encontrados em 24 estudos realizados nos EUA e nos 22 países da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico concluiu que a restrição parcial da publicidade tem pouca influência no consumo enquanto que a restrição total reduz significativamente o consumo. Isso se dá justamente por conta da migração da publicidade da indústria para outras mídias permitidas.

Em outro Estudo, tendo por base os 22 países da OCDE, Saffer e Chaloupka⁷⁴ concluíram, primeiramente, que a publicidade de tabaco aumenta o seu consumo. Concluíram, ainda, que restrição

⁷³ Wilm Quentin, Simone Neubauer, Reiner Leidl, Hans-Helmut König, *Advertising bans as a means of tobacco control policy: a systematic literature review of time-series analyses*, International Journal of Public Health 52 (2007) 295–307.

⁷⁴ *The effect of tobacco advertising bans on tobacco consumption*, Journal of Health Economics 19_2000.1117–1137.



compreensiva, ampla da publicidade pode reduzir o consumo, mas que a restrição limitada a algumas mídias tem pouco efeito já que não reduz os gastos da indústria com *marketing*, antes ao contrário, esses gastos são redirecionados à mídia autorizada.

A migração dos investimentos em publicidade para outras mídias foi exatamente o que ocorreu no Brasil. Matéria do Portal Exame de 14.6.2007 (doc. 27) alerta que *"diante das restrições aos anúncios, as fabricantes de cigarros foram obrigadas a reinventar a forma de vender seus produtos (...). Antes da proibição, a indústria do fumo estava entre os maiores anunciantes do país. Somente uma das campanhas da Souza Cruz, criada para a marca Hollywood, envolveu investimentos de 5,5 milhões de dólares dois anos antes da proibição. (...) Por fim, não menos importante, as fabricantes de cigarros aumentaram drasticamente sua presença em pontos-de-venda – a Souza Cruz tem cerca de 350.000 deles espalhados pelo país, número cerca de 40% maior que o da Philip Morris."*

Conforme Ricardo de Pádua, gerente de Comunicação para o varejo da Souza Cruz, *"Existem diversas mídias e hoje as tradicionais mídias de massa não são mais tão eficientes"*⁷⁵ (doc 26). A capacidade da indústria de reinventar a forma de cooptar novos dependentes é surpreendente. Vejamos:

Pontos de Venda

Tendo em vista que a legislação restringiu a publicidade a pontos de venda, estes estão cada vez mais sofisticados. Jovens saem pelos bares e baladas noturnas das grandes cidades vestidos, eles próprios, de pontos de venda (docs 45 e 46). Vendem cigarros a preços

⁷⁵ <http://www.mundodomarketing.com.br/materia.asp?codmateria=4009> acessado em 23/4/2008



promocionais e cadastram outros jovens para participação em eventos fechados, patrocinados pela indústria, onde comida e bebida são servidas gratuitamente e os cigarros são vendidos com desconto.

Também foram criados pontos de venda em milhares de eventos culturais e esportivos espalhados por todo o país. Nesses eventos os pontos de venda se transformam em ambientes coloridos, divertidos, temáticos, luminosos, especialmente atrativos e sedutores aos jovens. Aliás, é a agência que produz tais ambientes (<http://www.befit.com.br/>) quem indica seu público alvo: os jovens (doc 44 – foto do *site*).

Nesses locais há sofás em forma de cigarros, como no caso do Free (docs 47 a 50), ou o próprio ambiente lembra um maço, como no caso do Carlton (docs 51 a 70). Há ambientes praianos, com coqueiros e imagens do mar, tendas árabes, selvas estilizadas etc (docs. 71 a 107) Todos esses espaços são acolhedores e confortáveis e, em sua maioria absoluta, freqüentados por jovens.

Embalagens

As embalagens também passaram a ser um dos principais meios de comunicação entre a indústria e seu público alvo. Conforme declaração de Tânia Cavalcante, secretária-executiva da Comissão Interministerial para Implementação da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, ao jornal O Estado de São Paulo (20.3.2008 – doc 28) "*documentos da indústria mostram que a embalagem é um ponto importantíssimo na estratégia de venda*".

Séries limitadas de determinada embalagem, mudança na forma de abri-la, novas cores e formatos, brindes tais como isqueiros, CDs e mochilas e promoções na aquisição de cigarro a preços reduzidos são algumas das estratégias utilizadas pela indústria (docs 108 a 117).



Exemplo disso é a edição limitada de Free denominada "Free Hype Hobbies" em que os maços são apresentados em cinco modelos diferentes, todos com motivos evidentemente direcionados a adolescentes e, quiçá, crianças, e não ao "adulto maduro e bem informado" que a indústria afirma ser seu público alvo (doc 118 a 121).

Cigarros temáticos são vez por outra lançados como "Hollywood: o sabor do oriente", "Hollywood: o sabor da América", "Hollywood: o sabor do Caribe", "Hollywood: o sabor da Austrália" (doc 122 a 125).

Instruem a presente fotos de diversas embalagens e brindes que têm preenchido os pontos de venda e, por que não, o imaginário de crianças e adolescentes do país (108 a 125).

Responsabilidade Social Empresarial

Outro foco de investimento da indústria é o discurso de responsabilidade social que ganha cada vez mais espaço institucional e na mídia em geral. Programas como *Diálogos Universitários*, promovidos pela Souza Cruz nas universidades de todo o país, reúnem milhares de jovens para ver e ouvir ídolos como Caco Barcelos, Nelson Motta, Família Schürmann, Bernardinho, Lars Grael, Gustavo Borges, Roberto Justus entre outros.

Segundo o site da Souza Cruz (<http://www.dialogosuniversitarios.com.br/>), mais de 16.500 jovens já participaram de mais de 22 desses encontros. Apresentado o orador e demais participantes do evento, todos os que compõem a mesa se retiram à platéia para, atribuindo ares de solenidade, assistir ao vídeo institucional da Souza Cruz em que os motes são "quem pratica o diálogo, pratica a democracia", "liberdade de escolha" e "liberdade de expressão".



A Souza Cruz ainda patrocina Congressos de Direito como o *Congresso o Direito no Século XXI: Novos Desafios*, promovido pelo CEPAD - Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito e pelo IDC - Instituto de Direito Civil, no Rio de Janeiro (doc 126) e a *XX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil* (doc 127). Material sobre seus projetos em "responsabilidade social" é distribuído e vídeo institucional, muitas vezes inclusive indicando as marcas de cigarros produzidas, o que é vedado pela legislação, é mostrado aos presentes nos intervalos dos painéis.

É notório o abuso da indústria do tabaco ao seu direito de produzir e comercializar cigarros. Lúcio Delfino⁷⁶ assinala que a indústria, através do discurso de "responsabilidade social", *"descobriu uma nova estratégia de divulgar seus produtos e mantê-los no mercado, garantindo, por consequência, seus vultosos lucros, mesmo diante da onda antitabagista que atinge o setor."*

Essas novas estratégias de *marketing* têm sido muito bem sucedidas. Conforme matéria do Portal EXAME de 14.6.2007 (doc 27), a Souza Cruz, num primeiro momento após a restrição à publicidade teve queda em seu faturamento de 8,1 bilhões de reais para 6,5 bilhões entre 2000 e 2003. *"Levamos dois anos para conseguir nos adaptar à nova realidade", diz Christopher Montenegro, ex-executivo da Souza Cruz e atual sócio-diretor da agência carioca POP Marketing, especializada em comunicação nos pontos-de-venda. (...). No caso da Souza Cruz, a hemorragia financeira foi estancada em 2004, quando a empresa apresentou crescimento de 3% em relação ao ano anterior. Em 2006, a Souza Cruz conseguiu voltar aos patamares de faturamento pré-proibição, com vendas de 8,6 bilhões de reais, e conquistou 1% a mais de participação de mercado, basicamente à custa dos concorrentes."*

⁷⁶ Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008, p. 320.



Tão acertada é a estratégia de investir em mídias alternativas que 69% das pessoas entrevistadas pela ABP em sua última pesquisa sobre a imagem da propaganda no Brasil (doc 31) afirmaram que nenhum produto sofre restrição de propaganda ou não se lembram de nenhum. Em 2006 apenas 21% lembraram do cigarro como produto cuja publicidade é restrita. Esse número era de 26% em 2002 e de 25% em 2004. Logo, a publicidade tem tido tal sucesso que o público cada vez menos percebe a existência da restrição.

De acordo com a *Campaign for Tobacco Free Kids*⁷⁷, organização com mais de 130 parceiros nas áreas de saúde pública, medicina, educação, cidadania, juventude entre outros, as maiores companhias de cigarros gastam mais de US\$ 5.5 bilhões por ano para promover seus produtos; 30% dos adolescentes entre 12 e 17 anos, fumantes ou não, têm pelo menos um item promocional de tabaco como camiseta, mochila e CD players; adolescentes são mais influenciados a fumar por publicidade do que por pressão de seus pares; e, adolescentes são três vezes mais sensíveis à publicidade de cigarro do que adultos.

Não é por acaso que crianças e adolescentes conhecem as marcas de cigarros existentes no mercado. Relatório elaborado por associação canadense⁷⁸ sobre a influência da publicidade nos pontos de venda sobre as crianças revela que naquele país mais de 60% dos jovens de famílias não fumantes acredita que a publicidade de pontos de venda pode influenciar crianças a tentar fumar. Mais: 40% das crianças de famílias não fumantes nomearam espontaneamente marcas de cigarros. Frise-se que no Canadá a publicidade de tabaco está banida da televisão e do rádio.

⁷⁷ <http://www.tobaccofreekids.org/reports/smokescreen/marketingkids.shtml> acessado 23/5/2008

⁷⁸ *The Influence of Tobacco Powerwall Advertising on Children: A report for the Non-Smokers' Rights Association/and the Smoking and Health Action Foudation*. J Gottheil Marketing Communication Inc., March 2005, http://www.nsr-adnf.ca/cms/file/pdf/Tobacco_Powerwalls.pdf acessado em 23/5/2008.



No Brasil, a mencionada pesquisa da ABP (doc. 31) informa que 57% das pessoas presta atenção em placas, outdoors e cartazes, confirmando que a publicidade de cigarros continua atingindo um grande público.

Incabível, portanto, o argumento da indústria de que houve banimento total da publicidade com a sua restrição a pontos de venda, cartazes, painéis e pôsteres. Antes ao contrário, uma vez adaptada à nova realidade a indústria voltou aos seus antigos patamares de faturamento, reinventou-se em termos de publicidade e passou a investir em sua imagem institucional através de ações convenientemente denominadas de "responsabilidade social".

Somente o banimento total da publicidade terá o condão de reduzir definitivamente o consumo entre jovens. Por outro lado, retroceder à conquista de excluir a publicidade dos meios de comunicação de massa seria conceder as armas necessárias à indústria para ampliar assustadoramente seu assédio a crianças e adolescentes.

8. EFEITOS DA RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE

Sem prejuízo da recomendação da OMS de banimento total da publicidade de cigarro, a sua exclusão dos meios de comunicação de massa é eficiente na redução do consumo. Prova disso é a queda no faturamento da Souza Cruz logo após a lei 10.167/2000 (Portal Exame, 14.6.2007, doc 27). O retorno aos patamares de faturamento anteriores à edição da lei, como visto, se deve à mudança de investimento para mídias alternativas o que demonstra a necessidade de proibição total.

De acordo com pesquisa da Universidade Federal de São Paulo, a restrição da propaganda de cigarros foi fundamental para a queda do



consumo entre jovens (doc 29). Conforme entrevista com um dos autores do estudo à Agência Brasil⁷⁹, Elisaldo Carlini:

"(...) o primeiro estudo que fizemos em 1987, também com estudantes mas em 27 capitais, mostrava que 22,4% haviam experimentado tabaco, número esse que subiu para 32,7% dez anos depois, num aumento de 50%', sublinha, sugerindo que caso a proibição não fosse aprovada, os dados atuais seriam acentuados. 'O dado de 2005, de 21,7%, é menor do que o de quase 20 anos atrás', pontua.

O número caiu tanto entre os meninos como entre as meninas. Nos primeiros, a queda foi de 36% (1997) para 21,9%. Na outra faixa, de 31,9% para 21,3%. Entre os pré-adolescentes (12 a 14 anos) também houve diminuição: de 13,8% para 8%."

Diferentemente do que afirma a indústria, repetida pelos demais *amicus curiae* que a acompanham nesta ação, houve, sim, queda de consumo nos países que adotaram restrições à publicidade. Essas quedas, contudo, refletiram o nível de restrição adotado.

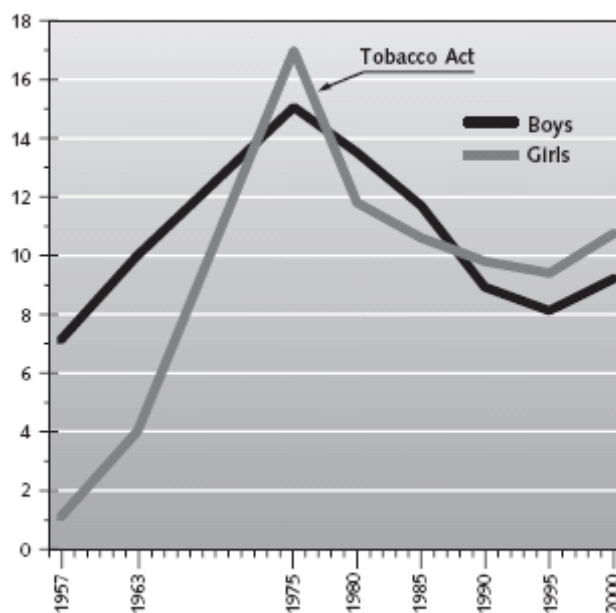
Na Noruega a publicidade de tabaco foi proibida em 1975 e estudo da OMS⁸⁰ demonstrou que essa medida teve importante reflexo na redução do consumo, especialmente entre jovens. No gráfico abaixo, retirado do estudo, fica evidente que o pico do consumo se deu até 1975, ano em que houve a proibição da publicidade. A redução deu-se, então, drasticamente e os níveis de consumo só voltaram a subir em meados da década de 1990 em razão da não adoção de outras medidas conjuntas que contribuiriam para a manutenção dos índices anteriores, tais como advertências nos maços.

⁷⁹ <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/01/28/materia.2007-01-28.0516028868/view> acessado em 23/5/2008

⁸⁰ Kjell Bjartveit, *Norway: Ban on Advertising and Promotion*, World Health Organization, http://www.who.int/tobacco/training/success_stories/en/best_practices_norway_ban.pdf acessado em 23/5/2008



Per cent daily smokers age 13-15, by sex, Norway. Nationwide surveys 1957, 1963 and every fifth year 1975-2000



Source: Norwegian Cancer Society/
National Council on Tobacco and Health

Em outro Estudo, os pesquisadores⁸¹ classificaram as restrições à publicidade em *fracas*, *limitadas* e *compreensivas*, e compararam a sua adoção por países da OCDE ao consumo *per capita*. O resultado demonstrou que quanto mais compreensiva a publicidade, maior a influência no consumo. Confirma-se em gráfico extraído do estudo que demonstra que, em regra, quanto maior o número de restrições, menor o consumo de cigarros *per capita*:

⁸¹ Henry Saffer e Frank Chaloupka, *The effect of tobacco advertising bans on tobacco consumption*, Journal of Health Economics 19_2000.1117-1137.

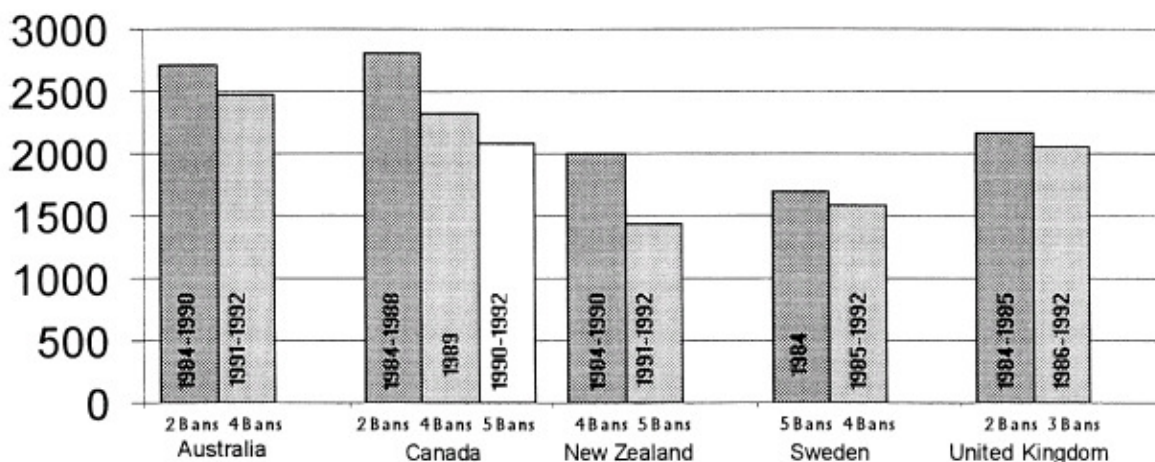


Fig. 2. Per capita cigarette consumption.

De acordo com Yussuf Saloojee e Ross Hammond⁸², estudo do Banco Mundial publicado em 2000 examinando dados de 102 países verificou que o consumo *per capita* de cigarros em países com restrição compreensiva de publicidade foi reduzido em cerca de 8% enquanto as taxas de consumo em países sem tal restrição foram reduzidas em apenas 1%. Com base nesses dados o Banco Mundial concluiu que a "restrição à publicidade é efetiva, mas somente se for compreensiva, cobrindo todas as mídias e todos os usos de nomes e logos"⁸³. Contudo, se o governo apenas restringir a publicidade em uma ou duas mídias, a indústria simplesmente migrará seus gastos com publicidade para as mídias autorizadas.

O último relatório da OMS⁸⁴ sobre a epidemia do tabaco também aponta como a restrição compreensiva da publicidade reduz o consumo. A

⁸² *Fatal Deception: The tobacco industry's "new" global standards for tobacco Marketing*, Tobacco Control: Reports on Industry Activity (University of California), 2001 Paper WHO3

<http://repositories.cdlib.org/tc/reports/WHO3> acessado em 23/5/2008

⁸³ "bans on advertising and promotion prove effective, but only if they are comprehensive, covering all media and all uses of brand names and logos.". Tradução livre.

⁸⁴ WHO REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package.

World Health Organization, p. 37,

http://www.who.int/gb/fctc/PDF/cop1/FCTC_COP1_ID7-en.pdf



análise de 14 países com compreensiva restrição à publicidade do tabaco reduziu o consumo em 9% enquanto que 78 países sem restrição tiveram redução no consumo de apenas 1% (doc 9).

Quanto maior a restrição, maior a redução no consumo. Por outro lado, a restrição parcial, por mais severa que seja, sempre deixará brechas à indústria para se adaptar às mídias restantes e, criativamente, tirar o maior proveito possível delas.

9. AS IMAGENS DE ADVERTÊNCIA CONSTANTES NOS MACOS: DEVER DE INFORMAR E EFICÁCIA DA MEDIDA

É evidente que a publicidade de cigarros nada informa. Diferentemente do que vem alegando a indústria e seus apoiadores, a restrição da publicidade não violará o direito à informação dos consumidores, já que nenhuma informação útil é encontrada nas publicidades de cigarro. Basta conferir as fotos da publicidade da indústria que instruem a presente manifestação.

Ao contrário, está-se diante de publicidade enganosa e abusiva como se discorrerá mais adiante.

O art. 31 do CDC determina que a oferta e apresentação de produtos assegurem informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, incluídos os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Nunca se viu publicidade, ou embalagem de cigarro que informasse ao consumidor que ele ficará dependente da nicotina; que a indústria manipula essa nicotina para que se torne ainda mais viciante; que poderá ter câncer, enfisema pulmonar, infarto do miocárdio, dentre outras doenças; que o cigarro mata de um terço à metade de seus usuários de longo prazo. É evidente que essas informações não



venderiam o produto, daí a publicidade vincular o cigarro a estilo de vida, passagem para a vida adulta, esportes radicais, prazer, sofisticação etc.

Essas informações, contudo, são imprescindíveis para que o consumidor possa fazer uma escolha consciente. Essa é a essência do art. 31 do CDC, o reconhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre o produto anunciado. *"Na sociedade de consumo o consumidor é geralmente mal informado. Ele não está habilitado a conhecer a qualidade do bem ofertado no mercado, nem a obter, por seus próprios meios, as informações exatas e essenciais. Sem uma informação útil e completa, o consumidor não pode fazer uma escolha livre."*⁸⁵

Cabe, portanto, ao Poder Público contribuir para que os consumidores façam decisões conscientes e informadas. É o que diz Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin: *"Como consequência, o Estado intervém para assegurar, em face da falha de funcionamento do mercado, que os consumidores recebam informações adequadas que os habilitem a exercer, de maneira consciente e livre, suas opções de consumo."*⁸⁶

Bem por isso, é no mínimo risível a reivindicação da indústria de que as cláusulas de advertências sejam *"equilibradas e imparciais"* (fls. 54) ou que apresentem *"conteúdo científico informativo neutro"* (fls. 46). Ora, o que seria *neutro* dentro do conteúdo científico informativo? Ou *equilibrado e imparcial*? Algo que não desestimulasse o uso do tabaco? Está-se diante de problema de saúde pública! Se o Estado também se omitisse em informar os consumidores sobre os malefícios do cigarro, aí sim o direito à informação estaria sendo violado, e não contrário.

⁸⁵ Nicole L'Heureux, *Droit de la consommation*, Montreal, Wilson & Lafleur Itée, 1986, p. 155, *apud* Antonio Herman de Vasconcello e Benjamin *In Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelo autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et AL, 6ª edição, Rio e Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 240.

⁸⁶ Op. cit., pg. 41



Se a melhor forma de informar o consumidor é através de alertas à saúde nas próprias peças publicitárias e embalagens, nada há de inconstitucional nisso, pois se está dando efetividade ao direito fundamental à vida e à saúde, garantidos pela Carta Magna e decorrentes do princípio maior que rege a ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana.

O dever de informar o consumidor é obrigatório, e não facultativo, advém da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor. As advertências determinadas pela autoridade competente, no caso a ANVISA, obedecem a esse dever que é cumprido por quem a lei obriga: o fornecedor, no caso, a indústria tabagista.

Aliás, é a própria Associação Brasileira de Propaganda em sua última pesquisa sobre imagem da propaganda no Brasil que confirma a importância das advertências nos maços de cigarro (doc 31). Sim, pois vem aumentando o índice de recordação dos consumidores em relação a elas:

ADVERTÊNCIAS

Repostas estimuladas	Múltiplas respostas		
	2002	2004	2006
Fumar causa câncer de pulmão	88%	85%	92%
Se dirigir, não beba. Se beber, não dirija	85%	82%	90%
Fumar pode causar impotência sexual	70%	67%	82%
Não desaparecendo os sintomas procure um médico	69%	65%	77%
Aprecie com moderação	33%	60%	78%
Nicotina é droga e causa dependência	62%	59%	74%
Não lembra/ não opinou	4%	4%	2%



Não por acaso a indústria quer se ver livre das advertências: elas têm efeito! Segundo a OMS⁸⁷, as advertências de saúde nos maços atingem todos os usuários bem como reduzem o efeito publicitário das embalagens, utilizadas pela indústria como forma de reforçar a lealdade à marca e a percepção de auto-imagem do fumante identificada com ela. Ademais, as advertências aumentam a consciência do risco de fumar. O uso de imagens tem mais impacto do que palavras e é essencial para atingir aqueles que não sabem ler, inclusive crianças.

A opinião pública também apóia as advertências constantes do maço: pesquisa do Datafolha⁸⁸ em 2002 revelou que 76% são a favor que embalagens de cigarros tragam imagens que ilustram males provocados pelo fumo, sendo que 67% dos fumantes que viram as imagens afirmaram terem sentido vontade de parar de fumar (doc 30). A eficácia dessas advertências, que efetivamente atendem ao direito constitucional à informação do consumidor, fez com que o Brasil figurasse como modelo no último relatório da OMS sobre a epidemia do tabagismo no tema: *O papel das advertências nas embalagens (The Role of Pack Warnings)* (doc 9).

Da mesma forma como se adaptou às novas formas de *marketing*, a indústria também desenvolveu meios de aliviar o impacto das advertências sobre os malefícios do cigarro: há a prevalência de determinadas imagens de advertência em seus eventos. A campeã em disparada é a advertência que contém a foto de uma criança sob o alerta de que fumar provoca asma e outras doenças respiratórias em crianças. Basta olhar as fotos dos eventos produzidos pela indústria por todo o país (docs 47 a 50, 55 a 60, 65, 67, 68, 70, 71 a 74, 77, 92, 93, 96, 104, 122, 124, 125) para notar a ausência de imagens de câncer de

⁸⁷ WHO REPORT ON THE GLOBAL TOBACCO EPIDEMIC, 2008: The MPOWER package. World Health Organization, http://www.who.int/gb/fctc/PDF/cop1/FCTC_COP1_ID7-en.pdf

⁸⁸ http://datafolha.folha.uol.com.br/po/fumo_21042002.shtml acesso em 23/5/2008



boca, fetos abortados, câncer de laringe ou pessoas amputadas em decorrência do cigarro.

Ironicamente a indústria se esconde atrás da crescente regulamentação de sua atividade para tentar se eximir da responsabilidade de indenizar. Pesquisa levada a cabo pela ACT com 108 decisões judiciais em ações movidas contra a indústria por fumantes e familiares revelou que o Poder Judiciário tem negado o direito à indenização ao acolher os argumentos de que a publicidade é lícita e regulamentada (20 ocorrências) e as advertências constantes dos maços são suficientes para informar os consumidores dos malefícios do cigarro (16 ocorrências). (doc 6).

Verifica-se imprescindível para cumprimento do direito à informação que as advertências constem da embalagem e peças publicitárias. Acolher as falácias da indústria sobre o tema é jogar por terra política pública eficiente em defesa do direito à saúde e à vida.

10. TODA PUBLICIDADE DE CIGARRO É ENGANOSA E ABUSIVA

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin assinala não haver sociedade de consumo sem publicidade, considerada como símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna. Essa importância alcançada pela publicidade na sociedade atual exige seu regramento pelo direito, *"notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, ente vulnerável da relação jurídica de consumo."*⁸⁹

⁸⁹ Antonio Herman de Vasconcello e Benjamin *In Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelo autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et AL, 6ª edição, Rio e Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 259.



Quem divulga seu produto por meio da publicidade deve obedecer aos princípios do CDC ficando obrigado a não fazer publicidade enganosa ou abusiva, quer por ação, quer por omissão. A incontestável necessidade de controle da publicidade insere-se, ainda segundo Herman Benjamin, em um contexto mais amplo de disciplina da atividade produtiva e comercial⁹⁰

O art. 37 do CDC veda a publicidade enganosa ou abusiva. A publicidade é enganosa quando, por qualquer modo, mesmo por omissão, induza em erro o consumidor a respeito de quaisquer dados do produto (par. 1º). Mais: é enganosa por omissão a publicidade que deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (par. 3º). É abusiva, dentre outras hipóteses, a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança ou é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (par. 2º).

A publicidade da indústria tabagista, seja anteriormente à legislação restritiva, seja atualmente com as novas mídias utilizadas, subsume-se perfeitamente às definições legais de publicidade enganosa e abusiva. Sim, pois a publicidade de cigarros, como visto, busca seduzir crianças, adolescentes e jovens vinculando o cigarro a independência, vigor, rebeldia, amor à vida, aventura, confiança, auto-afirmação etc. induzindo em erro o público alvo em sua avaliação sobre o produto.

Ao seduzi-los, a publicidade os faz comportarem-se de forma prejudicial e perigosa à sua saúde, já que o cigarro causa dependência e mata até metade dos usuários freqüentes de longo prazo. Mais: a publicidade omite toda e qualquer informação sobre dependência e demais males à saúde causados pelo cigarro.

⁹⁰ Op. Cit. P. 260.



Ora, tamanha enganiosidade e abusividade precisa ser proibida e, enquanto parcialmente permitida, deve ser neutralizada com informações sobre os verdadeiros efeitos do cigarro, através das advertências sobre os malefícios à saúde.

O fundamento da vedação à publicidade enganosa está no direito do consumidor de não ser enganado. Basta, portanto, a enganiosidade *potencial* da publicidade, independentemente da enganiosidade real. Isso porque o art. 29 do CDC equiparou aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a práticas como *Oferta* e *Publicidade*, reguladas pelo Código. É suficiente a capacidade de indução ao erro sem necessidade de os consumidores afirmarem que, efetivamente, foram enganados. "*O que importa não são os efeitos reais da publicidade, mas, ao contrário, sua capacidade de afetar decisões de compra*"⁹¹.

O padrão de enganiosidade não é fixo, variando de acordo com a categoria do consumidor: crianças, adolescentes, idosos, doentes, indígenas etc. Sendo capaz de induzir o consumidor em erro a publicidade será enganosa, ainda que esse não seja o objetivo do anunciante, dado que a aferição da responsabilidade leva em conta o critério objetivo, ou seja, independe de culpa.

Especial proteção merecem o consumidor *desinformado e ignorante* e os *consumidores frágeis*, posto que mais vulneráveis em relação ao fornecedor e à sua publicidade.⁹² O padrão, assim, não pode ser o do consumidor adulto, bem informado e atento pois a enganiosidade pode não o afetar, mas atingir justamente aqueles com menor poder de análise e julgamento crítico.

A enganiosidade por omissão está diretamente ligada ao direito à informação. É dever do anunciante transmitir todas as informações

⁹¹ Herman Benjamin, op. cit., p. 288.

⁹² Herman Benjamin, op. cit., p. 289.



essenciais de determinado produto, ou seja, aquelas que têm o condão de levar o consumidor a adquiri-lo ou não. *"É considerado essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça."*⁹³ Omitida informação que teria o poder de influenciar a decisão do consumidor, está-se diante de publicidade enganosa por omissão. Ora, a publicidade de cigarros jamais pretendeu informar ou esclarecer o consumidor, mas sim ampliar o número de fumantes e promover a aceitação social do ato de fumar.

A abusividade das publicidades de cigarro é evidente. Ela visa aumentar o consumo de cigarros, aliciar novos fumantes e demover aqueles que querem parar de fumar de fazê-lo. Busca dar ares de naturalidade ao ato de fumar, bem como sua aceitação social. Todos esses objetivos nada mais fazem do que induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança, já que a nicotina vicia e o cigarro tem mais de 4.000 substâncias cancerígenas, matando até metade dos usuários regulares de longo prazo. *"O fato de a publicidade de cigarro fazer apologia de um produto o qual acarreta danos à saúde, traduz seu caráter abusivo."*⁹⁴

Ademais, a publicidade de cigarros é voltada para o público infanto-juvenil, fato esse demonstrado em ações judiciais no exterior (doc 11 a 18), nos documentos internos da indústria e até em depoimentos de publicitários brasileiros. A criança e o adolescente, na medida em que estão em processo de formação e cuja habilidade de julgamento ainda não é completa, são muito mais suscetíveis à publicidade de cigarros. E são eles os futuros consumidores e o alvo preferencial dessa indústria. A abusividade da publicidade fica também caracterizada sob o aspecto da hipossuficiência do público a que é dirigida já que se aproveita dessa deficiência de julgamento.

⁹³ Herman Benjamin, op. cit. p. 294.

⁹⁴ Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008, p. 336.



Na feliz síntese de Lúcio Delfino⁹⁵: "(...) a publicidade de cigarros jamais teve cunho informativo e esclarecedor. Sempre foi promovida com o objetivo de criar uma necessidade artificial de consumo e manter na sociedade uma ambientação constante do produto nocivo. A motivação do consumidor era buscada mediante a aproximação de modos de ser e viver ao produto anunciado. Assim, relacionavam-se os cigarros a atividades esportivas, à sociabilidade, à saúde, ao requinte, ao sucesso profissional, à sensualidade etc. Refletia-se a idéia de que fumar era algo prazeroso, "hábito" de pessoas inteligentes, produtivas e livres. Tal estratégia publicitária, hoje proibida no Brasil⁹⁶, objetivava primordialmente a persuasão, pois tinha por matéria-prima sons e imagens sedutores, voltados a incitar a prática do tabagismo, tática bastante eficiente, principalmente quando endereçada a crianças e adolescentes, pessoas naturalmente imaturas, ou inseridas num contexto de mudanças psicológicas e hormonais próprias."

No Brasil o Poder Judiciário já teve oportunidade de se manifestar sobre a enganosidade e abusividade da publicidade da indústria, condenando-a, inclusive, a pagamento milionário a título de danos morais coletivos.

Em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal contra Souza Cruz S/A, Standart Ogilvy & Mather Ltda e Conspiração Filmes Entretenimento S/A, a sentença, confirmada pelo E. TJDF⁹⁷, acolheu a alegação do MP/DF de que as rés uniram-se para criar e veicular publicidade antijurídica de tabaco, denominada Artista Plástico II, utilizando mensagens subliminares e técnicas que visam o atingimento de crianças e adolescentes, público hipossuficiente diante da propaganda veiculada por sua falta de discernimento. A publicidade

⁹⁵ Lúcio Delfino, *Responsabilidade Civil e Tabagismo*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008, p. 297/298.

⁹⁶ Como se demonstrou, a restrição à publicidade nos meios de comunicação em massa apenas a transferiu para outros meios e modos de comunicação, sem bani-la totalmente.

⁹⁷ A sentença apenas reduziu o valor da indenização por danos morais coletivos, mas confirmou todos os fatos relacionados à causa de pedir.



foi veiculada em 2000, pouco antes da restrição da publicidade nos meios de comunicação de massa e, através de termo de ajustamento de conduta, retirada do ar antes do fim do período da campanha.

Do voto da I. Relatora, Desembargadora Vera Andrighi, colhe-se⁹⁸:

Abusividade da publicidade por afronta aos valores éticos e sociais da pessoa e da família

A propaganda impugnada sobre o cigarro de marca Free, intitulada "Artista Plástico II", veiculada de agosto a dezembro de 2000, tem música instrumental, com imagens sobrepostas do protagonista e de outras pessoas fumando. O trabalho observou o estilo de videoclipe, com 45 segundos de duração e possui o seguinte texto, conforme se vê da fita magnética que acompanha os autos:

"Meu nome é Daniel Zanage. Eu trabalho com luz, computador, arte, filmes, sombra, letras, imagens, pessoas. Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz. Eu não vou passar pela vida sem um arranhão. Eu vou deixar a minha marca."

A propaganda desde logo se revela enganosa e abusiva, a teor do que prescreve o art. 37 do texto consumerista.

De acordo com o laudo pericial produzido por três psicólogos e transcrito no acórdão, a publicidade é incisiva e irresponsável, incentivando crianças e adolescentes a agirem impulsivamente, *verbis*:

O monólogo que consta na fita ora analisada, é

⁹⁸ <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/270271/270851.doc> acessado em 23/5/2008



pronunciado por pessoa do sexo masculino e passa a idéia de um jovem multifacetário, do ponto de vista intelecto-profissional.

Algumas frases possuem uma entonação incisiva e algo irresponsável, na medida em que o interlocutor deixa clara sua vontade de agir impulsivamente, diante de conflitos: 'Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz.' Parece não haver também preocupação com as conseqüências de sua decisão: 'Eu não vou passar pela vida sem nem um arranhão.' Há também sinais de uma postura individualista e com conotação de status e poder: 'Eu vou deixar a minha marca.'

O comportamento e a linguagem utilizada pelo protagonista da publicidade atinge em cheio as dificuldades vivenciadas por pré-adolescentes e adolescentes e, considerando este aspecto, são grandes as chances de haver um processo de identificação entre o público pertencente às referidas faixas etárias e o padrão verbal e comportamental utilizado no monólogo, o que associado a outras variáveis pode compor um quadro facilitador de acesso ao produto veiculado, especialmente para o público alvo citado acima.

(...)

Pelo conteúdo relatado acima, percebe-se que a verbalização utilizada na publicidade, tem efeito especial junto a crianças e adolescentes, considerando as dificuldades próprias destas fases e a possibilidade de identificação com a linguagem e o comportamento utilizado pelo protagonista da mesma.



A Souza Cruz e as demais rés foram condenadas ao pagamento de danos morais coletivos da ordem de R\$ 4.000.000,00 em razão do *"poder persuasivo – e até mesmo condicionante – do comportamento dos consumidores atribuível à propaganda, especialmente aquela de cunho sub-reptício, disfarçada, insidiosa, que não permite às pessoas comuns perceberem o canto de sereia embutido na mensagem veiculada. Se o incremento de consumo promovido pela publicidade é coletivo e amplo, o dano por práticas abusivas também o é."*⁹⁹

Também o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem conferindo ênfase à enganosidade e abusividade da publicidade de cigarros nas decisões proferidas em ações de indenização movidas por fumantes e familiares contra a indústria. Apenas em 2004 a Revista de Direito do Consumidor publicou dois acórdãos do Rio Grande do Sul considerando a publicidade de cigarros abusiva.

Em acórdão publicado na Revista de Direito do Consumidor no. 49, fls. 237-272, a 9ª Câmara Cível do TJRS condenou a Philip Morris a pagar indenização por danos morais e materiais aos familiares de fumante falecido em decorrência do tabagismo após mais de 40 anos de dependência. Embasando-se em fatos públicos e notórios e em decisões judiciais sobre a história de "fraude, corrupção e mentiras"¹⁰⁰ que pautou e continua pautando a atuação da indústria, a C. Câmara entendeu, *in verbis*:

"(...) E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do uso, sem tomar qualquer atitude para

⁹⁹ Extraído do voto do revisor, Desembargador George Lopes Leite <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/270271/270851.doc> acessado em 23/5/2008

¹⁰⁰ Mario Cesar Carvalho, *O Cigarro*, cit.



minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não."

Em outra decisão, publicada no volume 50 da mesma publicação, fls. 266-286, a mesma 9ª Câmara Cível do TJRS, desta feita à unanimidade, condenou a Souza Cruz a indenizar familiares de fumante falecido em decorrência do tabagismo, iniciado aos 12 anos de idade, induzido pela propaganda enganosa da empresa. Do voto do relator colhe-se:

"Ressalto, por fim, que a propaganda enganosa que as empresas de fumo praticam para a venda do cigarro, está amparada em Lei Federal específica de no. 9294/96. No entanto, mesmo que tenham as propagandas, as advertências maléficas provenientes do fumo e que são determinadas por lei, demonstram aos usuários e aos futuros usuários a vantagem em fumar-se, como que seus personagens realmente vivessem fumando e por isso seriam esbeltos e lindos."

A abusividade e enganabilidade da publicidade de cigarros são inerentes à sua natureza, conforme vem sendo reconhecido pelo Poder Judiciário pátrio. A restrição a essa publicidade é, portanto, de rigor.

11. CONTESTAÇÃO ESPECÍFICA A ALGUNS DOS ARGUMENTOS DA INDÚSTRIA E DEMAIS APOIADORES.

Muito do que foi argüido pela indústria e seus apoiadores já está devidamente contestado ao longo da presente manifestação. Aliás,



como afirma Jens Karsten¹⁰¹, basicamente duas pessoas se opõem à regulamentação da publicidade do tabaco: o produtor de tabaco, que objetiva promover seus produtos, e a empresa de propaganda, que o promove.

Contudo, mister se faz combater alguns dos argumentos falaciosos ou equivocados apresentados em manifestações nessa ADIn, bem como revelar dados omitidos e que merecem registro para que fique explícito que a sociedade civil está atenta às estratégias de indústria e não permitirá que continue a atuar da forma como que tem feito mundialmente.

(i) Da restrição à publicidade de produtos derivados do tabaco em outros países

A indústria e demais *amicus curiae* contrários à legislação restritiva, reproduzindo os pareceres por eles contratados, utilizam, para fundamentar a alegada inconstitucionalidade da legislação nacional, leis estrangeiras e decisões judiciais proferidas no exterior. Fazem-no, contudo, de forma distorcida ou equivocada, omitindo-se quanto a fatos relevantes que serão, portanto, aqui esclarecidos:

Estados Unidos da América

Naquele país a publicidade de produtos derivados do tabaco está proibida na mídia eletrônica – televisão, rádio e *internet* – desde 1º de janeiro de 1971: trinta anos antes da adoção da medida pelo governo brasileiro!

¹⁰¹ *Controle do tabaco na União Européia e a proibição da propaganda*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 40, 9-19.



Infelizmente essa informação não está colocada de forma clara em nenhuma das manifestações, restritas a análises de decisões judiciais que teriam reconhecido a proteção à propaganda comercial e o direito do público de receber informação, ou que vedariam aos Estados Federados restringir a publicidade contrariamente à legislação federal.

Vale frisar que um dos pareceristas contrários à legislação propõe um exercício de futurologia ao sugerir (fl.s 1522): *"É de se imaginar todavia, tendo em conta a orientação firmada em Lorillard Tobacco Co v. Reilly Attorney General of Massachusetts, qual seria, se provocada a manifestar-se, a posição da Suprema Corte."*

Em primeiro lugar, a referida decisão julgava ato estadual vedando publicidade por *outdoors*, situação bem distinta da discutida nesta ADIn, já que se tratava de norma estadual frente a lei federal.

Em segundo lugar, a norma federal norte-americana que veda a publicidade em televisão, rádio e *internet* nunca foi questionada pela indústria, isso há mais de 37 anos! Portanto, a proposta de se imaginar como se manifestaria a Suprema Corte norte-americana é totalmente incabível.

Canadá

As decisões da Corte Superior de Quebec, uma corte inferior apesar do nome, e da Suprema Corte do Canadá foram amplamente utilizadas nas manifestações pela inconstitucionalidade da lei. Ocorre que pontos importantes da situação do Canadá não foram revelados, o que se faz agora.

Em 1988 o Canadá adotou o *Tobacco Products Control Act* (TPCA) que previu compreensiva restrição à publicidade de tabaco com uma



pequena exceção: o patrocínio de eventos culturais era permitido, mas em nome da companhia fabricante e não da marca de cigarros.

A indústria então promoveu ação perante a Corte Superior de Quebec, obtendo vitória pela inconstitucionalidade da lei. Essa decisão foi revista pela Corte de Apelação de Quebec que considerou a legislação constitucional em todos os aspectos. A indústria recorreu à Suprema Corte do Canadá cuja decisão foi proferida em 21 de setembro de 1995. Assim decidiu a Corte¹⁰²:

Por unanimidade de votos considerou que a restrição à publicidade do tabaco está dentro da competência federal, não sendo competência exclusiva das províncias.

Por uma pequena maioria de 5 votos a 4, decidiu que as restrições à publicidade eram uma infringência injustificada ao *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Por maioria entendeu que o objetivo de reduzir o tabagismo era válido e que a publicidade poderia aumentar o consumo. Conseqüentemente, a restrição à publicidade do tabaco atingiria o objetivo do Governo. Contudo, a maioria dos magistrados entendeu que o governo não comprovou a razão pela qual uma restrição total à publicidade, e não apenas parcial, seria necessária.

Uma minoria de votantes, porém, defendeu que o governo havia produzido ampla prova demonstrando que a restrição total à publicidade era necessária, assinalando que em países onde se instituiu proibições parciais a indústria desenvolveu táticas engenhosas para driblar as restrições.

¹⁰² A maior parte das informações sobre a decisão da Suprema Corte do Canadá foi obtida junto ao International Development Research Center – IDRC, http://www.idrc.ca/en/ev-28820-201-1-DO_TOPIC.html acesso em 21/5/2008



Em trecho da decisão endossado por seis, de nove magistrados, a Corte assim se manifestou:

*"Talvez a prova mais convincente concernente à conexão entre publicidade e consumo pode ser encontrada nos documentos internos de marketing preparados pelas próprias produtoras de tabaco. Embora as apelantes firmemente afirmem que seus esforços de marketing são dirigidos somente para a manutenção e expansão da fidelidade de marcas entre fumantes adultos, esses documentos mostram o contrário. Em particular, as seguintes conclusões gerais podem ser extraídas desses documentos: as companhias de tabaco estão preocupadas com a redução do mercado de tabaco e reconhecem que uma "força-tarefa" é necessária para manter o tamanho do mercado; as empresas entendem que, para manter o número geral de fumantes, eles devem assegurar os atuais fumantes e fazer o produto deles atrativo para jovens e não fumantes; eles também reconhecem que a publicidade é central para manter o tamanho do mercado porque serve para reforçar a aceitação social do tabagismo pela identificação com glamour, riqueza, juventude e vitalidade."*¹⁰³

Como se vê, a decisão da Suprema Corte do Canadá não foi unânime, muito menos pacífica. Mais: os julgadores entenderam que restringir a

¹⁰³ *"Perhaps the most compelling evidence concerning the connection between advertising and consumption can be found in the internal marketing documents prepared by the tobacco manufacturers themselves. Although the appellants [the tobacco manufactur-ers] steadfastly argue that their marketing efforts are directly solely at maintaining and expanding brand loyalty among adult smokers, these documents show otherwise. In particular, the following general conclusions can be drawn from these documents: the tobacco companies are concerned about a shrinking tobacco market and recognize that an 'advocacy thrust' is necessary to maintain the size of the overall market; the companies understand that, in order to maintain the overall numbers of smokers, they must reassure current smokers and make their product attractive to the young and to non-smokers; they also recognize that advertising is critical to maintaining the size of the market because it serves to reinforce the social acceptability of smoking by identifying it with glamour, affluence, youthfulness and vitality."* Tradução livre.

<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1995/1995rcs3-199/1995rcs3-199.html> acesso em 21/5/2//08



liberdade de expressão comercial pelos motivos de saúde pública apresentados seria, sim, válido. Apenas consideraram inconstitucional a legislação devido à falha do Governo em demonstrar a necessidade de restrição total da publicidade, já que uma restrição parcial poderia ter sido adotada.

Em 1997 o governo canadense editou nova legislação, o *Tobacco Act*¹⁰⁴. Não se trata de uma proibição total da publicidade, pois permite publicidade das marcas de cigarro desde que restrita a três formas: em lugares proibidos para menores de idade; por correspondência direta para um adulto identificado; em publicações com pelo menos 85% de leitores adultos. A publicidade também não pode fazer referência a estilo de vida nem ser elaborada de forma a atingir jovens. Todo tipo de patrocínio de eventos foi banido.

Outra ação judicial, questionando a constitucionalidade da nova legislação, foi iniciada. Dessa feita a Corte Superior de Quebec, em 13/12/2002, decidiu totalmente a favor do Governo. Vale a transcrição de trecho da decisão:

*"A resposta escolhida (pelo Governo) é proporcional para a escala do problema de Saúde que o Parlamento busca atacar. Uma leitura acurada de todas as razões entregues à Suprema Corte no primeiro caso, juntamente com as provas introduzidas nesse julgamento, indicam que a restrição total da publicidade do tabaco seria muito mais facilmente defendida hoje do que em 1989."*¹⁰⁵

¹⁰⁴ http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/T-11.5//20080417/en?command=home&caller=SI&search_type=all&shorttitle=tobacco%20act&day=17&month=4&year=2008&search_domain=cs&showall=L&statuteyear=all&lengthannual=50&length=50 acesso em 21/5/2008

¹⁰⁵ "The chosen response is proportional to the scale of the health problem Parliament seeks to address. A close reading of all the opinions handed down by the Supreme Court in the first case, together with the evidence introduced at this trial, indicates



Em decisão de 2007 a Suprema Corte do Canadá também decidiu unanimemente a favor do Governo pela constitucionalidade da legislação¹⁰⁶.

Combinados o *Tobacco Act* e as legislações provinciais que proíbem a publicidade em pontos de venda em todas exceto duas províncias (Yukon e Newfoundland), o Canadá encontra-se hoje entre os países que mais restringem a publicidade no mundo, perdendo apenas para Islândia, Irlanda e Tailândia.

UNIÃO EUROPÉIA

Com relação à União Européia, como bem esclareceu o parecerista Clèmerson Merlin Clève, a publicidade televisiva e a televenda de produtos fumígenos estão proibidas desde 1989 por força da Diretiva 89/552/CEE. O patrocínio de programas de TV pela indústria também foi proibido pela Diretiva 97/36/CEE.

Em 1998 nova diretiva (98/43/CEE) foi editada, proibindo de forma genérica toda e qualquer forma de publicidade ou patrocínio do tabaco. Essa diretiva, contudo, foi anulada pela Corte de Justiça Européia¹⁰⁷ em outubro de 2000.

Nova Diretriz foi promulgada (2003/33/CEE), substituindo a diretiva anulada, proibindo a propaganda de produtos tabagistas nos meios de comunicação impressos, na radiodifusão e nos serviços da sociedade da informação (*internet*), de alcance transfronteiriços, assim como o patrocínio das empresas do setor tabagista a esses meios. A única

that a total ban on tobacco advertising would be much more easily defended now than in 1989." Tradução livre

<http://www.jugements.qc.ca/php/decision.php?liste=29662645&doc=5A050900595A1D0B> acesso em 21/5/2008

¹⁰⁶ <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2007/2007scc30/2007scc30.html> acesso em 21/5/2008

¹⁰⁷ Caso C-376/98, Alemanha *versus* Conselho e Parlamento Europeu



exceção é a publicidade em publicações destinadas exclusivamente aos profissionais do comércio do tabaco.

Apesar do prazo máximo para a entrada em vigor dessas medidas em todos os Estados-membros ter ocorrido em 31/7/2005, somente em fins de 2006 a Alemanha, último estado a colocar as normas em vigor, tornou efetivas as proibições da Diretriz.

O que se tem na Comunidade Européia, portanto, são restrições tão ou mais limitadoras do que as adotadas pelo Brasil. Logo, é inconsistente a conclusão do mencionado parecerista de que *"mesmo a normativa comunitária, conquanto adotando uma política vedatória, não afasta certas formas de comunicação publicitária envolvendo o tabaco"* (fls. 1524), já que a normativa brasileira também não o faz. Nada tem de menos restritiva a legislação da União Européia em relação à legislação nacional.

(ii) Da carga tributária

Tática comum da indústria, em toda manifestação, judicial ou não, é alegar que a arrecadação tributária do setor é das mais importantes para o país. Trata-se de falácia que não resiste à análise dos fatos. Especialmente se comparada às despesas incorridas pelo governo brasileiro nos níveis federal, estadual e municipal com o tratamento de doenças relacionadas ao tabagismo.

Até maio de 1999 a cobrança do IPI sobre o cigarro era feita à alíquota *ad valorem* de 330% (trezentos e trinta por cento), a incidir sobre a base de cálculo de 12,5% sobre o preço de venda no varejo de cada maço, ou seja, 41,25%.



Em 1/6/1999, o Poder Executivo editou o Decreto no. 3.070/1999, que alterou a sistemática de cobrança do imposto resultando em substancial redução na arrecadação do IPI, em percentuais que vão de **24,34%** a **64,32%** dos valores antes incidentes sobre o preço de venda no varejo de cada maço de cigarros (média de **44%**).

Houve, assim, expressiva redução na arrecadação do IPI sobre o cigarro a partir da edição do Decreto:

Mês/Ano	1999		
	IPI Fumo	Outros Impostos e Contribuições	TOTAL
Janeiro	213,2	44,8	258,0
Fevereiro	219,3	33,0	252,3
Março	195,1	34,9	230,0
Abril	221,1	38,2	259,3
Maio	205,9	35,0	240,9
Junho	192,3	48,8	241,1
Julho	161,6	25,8	187,4

Agosto	174,2	35,7	209,9
Setembro	172,2	27,9	200,1
Outubro	170,7	24,4	195,1
Novembro	180,2	27,9	208,1
Dezembro	176,6	40,1	216,7
Total	2.282,4	416,5	2.698,9

Fonte: Sistemas SRF
Valores em R\$ milhões

Essa situação se repetiu nos anos seguintes.

A legislação que alterou a cobrança do IPI sobre o cigarro é questionada judicialmente através da Ação Popular no. 200561000115665, em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo e que serviu de fonte para as informações acima.



Como se vê, a indústria tem se beneficiado da política tributária nacional. Apesar do aumento da carga tributária nas últimas décadas, curiosamente o caminho inverso tem sido o adotado com relação à indústria tabagista, não obstante expressa recomendação da OMS para o aumento da carga tributária e, conseqüentemente, dos preços do cigarro.

Por outro lado, o que o Estado brasileiro tem gasto com doenças decorrentes do tabagismo são somas altíssimas. Segundo recentíssima pesquisa da economista Marcia Pinto, da Fundação Osvaldo Cruz, o sistema único de saúde (SUS) tem prejuízo anual de R\$ 388 milhões de reais apenas com alguns dos tratamentos de doenças ligadas ao tabagismo. Os valores estão sub-dimensionados porque o estudo analisou somente os custos com internação e quimioterapia. Os valores gastos com medicamentos, cirurgias e tratamento de fumantes passivos não foram incluídos.¹⁰⁸

(iii) A verdade por traz de JEAN J. BODDEWYN

O Ilustre advogado e parecerista da indústria, Luis Roberto Barroso, em seu parecer de fls. 178 e seguintes, transcreve trecho de artigo de Jean J. Boddewyn, Professor (e não Professora) da City University of New York em que este afirma, *verbis*:

"As vedações à publicidade de produtos que contém tabaco são freqüentemente justificadas como fundamento de que elas irão reduzir a iniciação no fumo pelos jovens e o consumo por parte dos adultos. Esta premissa pode ser seriamente questionada com base: (1) nas causas

¹⁰⁸ O Estado de São Paulo, p. A14, edição de 17.3.2008.



determinantes do uso do cigarro por adolescentes; (2) na experiência dos países que adotaram tais vedações; (3) nas estatísticas sobre o consumo de tabaco por adultos em diversos países. Desse modo, não existe fundamento sério para a vedação de publicidade como fundamento para as políticas públicas voltadas para a diminuição do fumo".

Essa passagem, que pretende conferir rigor científico aos argumentos da indústria, passou, então, a ser repetida por vários dos *amicus curiae* contrários à legislação restritiva da publicidade na presente ADIn.

Vale ressaltar, contudo, que o próprio parecerista já advertia no início do capítulo em que transcreve J.J. Boddewyn, que: "*Inúmeras fontes doutrinárias e estatísticas, às quais tive acesso, sustentam de forma peremptória as proposições que enuncio a seguir. Envolvem elas, todavia, temas que se encontram fora de meu conhecimento específico. De modo que, embora racionalmente convencido de seus fundamentos, limito-me a divulgá-las, sem poder emprestar-lhes qualquer autoridade própria*" (fls. 180).

Justifica-se a preocupação em fazer a ressalva. A ligação entre J J Boddewyn e a indústria tabagista é conhecida de longa data, mas há um fato novo. Em artigo recém publicado, Ronald M. Davis¹⁰⁹ revela que dois relatórios sobre o mesmo tema, denominados "*Tobacco Advertising Bans and Consumption in 16 Countries*", de 1983 e de 1986 (revisão do primeiro), assinados pela International Advertising Association (IAA) e por J J Boddewyn foram, na verdade, elaborados por Paul Bingham, funcionário da própria British American Tobacco, multinacional da qual a Souza Cruz faz parte.

¹⁰⁹ *British American Tobacco ghost-wrote reports on tobacco Advertising bans by the International Advertising Association and J J Boddewyn*, Ronald M. Davis, Tobacco Control published online 18 Mar 2008, <http://tobaccocontrol.bmj.com/cgi/eletters/tc.2008.025148v4#2422> acesso 21/5/2008



A conclusão de ambos relatórios, posteriormente apresentados ao Congresso Norte-Americano e à mídia, era de que não havia evidências nos países onde houve restrição à publicidade de que tal restrição teria sido acompanhada por qualquer redução no consumo geral, consumo *per capita* ou na incidência do tabagismo.

Em verdade, J J Boddewyn¹¹⁰ apenas editou tais textos sendo certo que todos os dados utilizados foram fornecidos pela própria IAA e pela indústria tabagista, que também financiou as pesquisas. Esses fatos não foram revelados à época e essa postura do pesquisador retira a credibilidade de suas publicações posteriores, como a citada pelo parecerista.

Aliás, inúmeros estudos mencionados na presente manifestação demonstram justamente que quanto maior a restrição à publicidade, maior o efeito negativo no consumo.

(iv) O fim da publicidade e o contrabando

De acordo com a Associação Brasileira de Propaganda, a restrição à publicidade traria prejuízos aos consumidores já que "*o banimento da propaganda comercial de tabaco dificulta, por exemplo, a identificação dos produtos falsificados ou contrabandeados (...) criando, além de uma situação de concorrência desleal, o risco enorme e manifesto de consumo, pela população, de produtos fumígenos sem nenhum controle de qualidade do fabricante e dos órgãos públicos de fiscalização de vigilância sanitária.*" (fls. 1476 – grifos acrescidos).

¹¹⁰ Boddewin mesmo reconhece isso em carta-resposta ao artigo de R. M. Davis que acompanha o artigo.



É preciso que se esclareça que todo e qualquer cigarro faz mal. Matam, causam cânceres diversos, enfisema pulmonar, infarto e amputação tanto os cigarros da Souza Cruz e da Philip Morris quanto aqueles produzidos no vizinho Paraguai. Não há "controle de qualidade" que evite os malefícios do cigarro, assim, não há que se falar em risco maior ao consumidor. O risco é exatamente o mesmo.

Vale relembrar, como visto em item anterior, que a restrição à publicidade mantém o mercado congelado prejudicando justamente as marcas não conhecidas, no caso, aquelas contrabandeadas.

12. DO PEDIDO

O resultado da presente ação direta de inconstitucionalidade já faz parte da história do esforço mundial para combater a epidemia do tabagismo. Poderá ser lembrada como mais uma decisão histórica em favor da vida e da saúde e contra uma fraude que se perpetua há décadas; ou poderá ser lembrada como a vitória dessa história de fraude, corrupção e mentiras. Cabe a esse Egrégio Supremo Tribunal Federal decidir.

Feitos esses últimos esclarecimentos, e tendo em conta o quanto disposto na presente manifestação, **requer-se** seja deferida a admissão da **ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS – ACT** como *amicus curiae* na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como, aceitas as suas razões e as dos demais habilitados que defendem a constitucionalidade da legislação atacada, seja a presente ADIn julgada improcedente.



Requer-se, ainda, que as publicações oriundas do presente feito, para que válidas e vinculativas, sejam realizadas em nome dos patronos da requerente: **CLARISSA MENEZES HOMSI – OAB/SP 131.179 e ANNA CLAUDIA PARDINI VAZZOLER - OAB/SP 163.557.**

Nestes Termos,

P. Deferimento,

De São Paulo para Brasília aos 26 de maio de 2008.

MARCELO FIGUEIREDO

OAB/SP 69.842

CLARISSA MENEZES HOMSI

OAB/SP 131.179

ANNA CLAUDIA PARDINI VAZZOLER

OAB/SP 163.557