

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2008.72.05.002189-2/SC

AUTOR : **MINISTERIO PUBLICO FEDERAL**
RÉU : **UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**
: **AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA -**
: **ANVISA**

SENTENÇA

Relatório

O Ministério Público Federal ajuizou esta Ação Civil Pública contra a União e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, todos qualificados nos autos.

De acordo com a inicial, em 05.10.2005, o advogado Rafael André Rossi solicitou à Procuradoria da República de Blumenau a propositura de Ação Civil Pública, por entender que a inserção de imagens de advertência em embalagens e propagandas de cigarro afrontaria o inciso III do art. 1º da Constituição Federal. A referida campanha foi lançada em 01.02.2002 pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA e, a partir de então, tiveram de ser inseridas nas embalagens de todas as marcas de cigarro vendidas no Brasil fotografias de conteúdo altamente apelativo, com cenas chocantes tais como um bebê prematuro, uma pessoa hospitalizada com câncer no pulmão e uma pessoa sofrendo infarto. Posteriormente, em 22.10.2003, foram divulgadas fotos com conteúdo ainda mais chocante e ofensivo, tais como homem com as pernas amputadas, boca e pulmão tomados pelo câncer, perna necrosada, feto abortado, homem hospitalizado com câncer na laringe e rato e barata mortos. Em 27.05.2008 foram lançadas mais dez imagens que demonstram a completa falta de respeito com todos, inclusive crianças, adolescentes e idosos, que são obrigados, diariamente, a olhar para as gravuras, fumantes ou não. Destacou que não apenas as embalagens de cigarro ostentam tais gravuras, mas também pôsteres, painéis e cartazes afixados em lanchonetes, conveniências, restaurantes, bares, shoppings, aeroportos, aterrorizando as pessoas. Mesmo no caso de fumantes, as figuras se mostram completamente desproporcionais com qualquer senso de razoabilidade e de adequação com a dignidade da pessoa humana, não havendo qualquer comprovação científica de que imagens de terror possam estimular as pessoas a pararem de fumar ou a diminuírem o consumo, assim como não está comprovado que somente o cigarro causa os males apontados. Lembrou que o uso do cigarro não é proibido no Brasil e afirmou que o Poder Público não pode encarar o ato de fumar como atividade ilícita, nem tratar fumantes com inferioridade, apenas advertir para os malefícios do uso. Lembrou também que existem vários outros produtos que causam danos à saúde, até maiores que o cigarro, como o caso das bebidas alcoólicas. Disse que o uso de frases de advertência sobre os malefícios decorrentes do uso do cigarro atende ao comando do disposto no § 4º do art. 220 da Constituição Federal, porém, as

gravuras adotadas pelos requeridos extravasam tal comando e ferem outro, o da dignidade da pessoa humana. Afirmou também que o texto constitucional determina que o Poder Público estabeleça limites à propaganda comercial, para que esta não viole a ética das pessoas (art. 221 da Constituição Federal), porém, os requeridos impõem a inclusão de imagens que infringem frontalmente aquele bem jurídico. Afirmou também que são inconstitucionais o art. 7º da Medida Provisória nº 2.190-34/2001 e a Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 335/2003.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária apresentou contestação, afirmando que a Lei 9.294/96, nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 3º dispõe sobre a utilização das imagens e advertências nas embalagens dos produtos fumíferos. Em 2001, a ANVISA publicou a Resolução de Diretoria Colegiada nº 104, que normatizava as frases e imagens que passaram a ilustrar as embalagens dos produtos derivados de tabaco. Posteriormente, a Lei 9.294 foi alterada pela Lei 10.702/2003, sendo introduzidas novas frases de advertência e a ANVISA publicou a RDC 335/2003 buscando normatizar as frases e imagens em consonância com a nova Lei. A requerida, recentemente, publicou nova RDC, de nº 54/2008, tendo em vista a necessidade de renovação das imagens e advertências previstas em Lei. Apresentou um esboço do histórico do tabaco e afirmou que o tabagismo é reconhecido como doença crônica gerada pela dependência da nicotina, estando inserido na Classificação Internacional de Doenças da OMS, sendo também importante fator de risco isolado para cerca de 50 doenças, sendo responsável por aproximadamente 5 milhões de mortes anualmente. Afirmou que o Brasil ratificou a Convenção Quadro para Controle do Tabaco em 2005 e que entre as medidas para proteger as gerações presentes e futuras das consequências da exposição à fumaça do tabaco está a proibição da publicidade, promoção e patrocínio do produto e que o art. 11 da Convenção prevê a utilização de imagens e pictogramas. Alegou que a utilização das imagens tem por objetivo aumentar a percepção e facilitar a compreensão da população sobre os malefícios causados pelo uso do tabaco e que a adoção de imagens visa reduzir o consumo dos produtos derivados do tabaco quanto a indicação do uso por jovens e adolescentes. Disse que para quem fuma um maço por dia, as advertências serão potencialmente vistas em torno de 7.000 vezes ao ano, o que evidencia o potencial dessa medida e a necessidade de que as mensagens e imagens sejam cuidadosamente elaboradas e estudos científicos respaldam a escolha por imagens impactantes como ferramenta eficaz de repulsa ao produto e estímulo à cessação. O Brasil, segundo a ANVISA, finalizou, juntamente com outros 13 países, os requerimentos para as imagens de alerta e foi um dos pioneiros na introdução de imagens nas embalagens, juntamente com o Canadá e sua experiência tem servido de exemplo para outros países. Afirmou que as imagens devem ser substituídas regularmente para que não percam o impacto. Quanto à alegação de atentado à dignidade da pessoa humana, não se configura nas advertências sanitárias, mas sim no conteúdo dessas embalagens, que condenam seus consumidores e familiares à dependência, adoecimento, sofrimento e morte. Trata-se da prática de atos técnicos restritos ao âmbito da

ANVISA, por decorrência de sua autonomia para zelar pela saúde e bem estar da população, poderes estes emanados de mandamento constitucional e infraconstitucional.

A União, de sua vez, ofereceu resposta, sob a forma de contestação, arguindo preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, afirmando que a declaração de inconstitucionalidade de lei e a Ação Civil Pública são figuras incompatíveis no direito brasileiro porque a segunda possui efeitos *erga omnes*, enquanto a primeira só produz efeitos entre as partes, efeito este incompatível com a sentença perseguida. Quanto à limitação territorial da tutela pretendida pelo Ministério Público Federal, disse que somente se circunscrevem aos limites territoriais da Subseção Judiciária de Blumenau. No mérito, afirmou que a pretensão posta em Juízo vai na contramão da tendência mundial de combate ao tabagismo e às doenças tabaco-relacionadas, que tem como principal fundamento o direito de todos aos mais altos padrões de saúde, já que os produtos derivados do tabaco causam graves doenças, dor e sofrimento, além de prejuízos a toda a sociedade. Disse que as imagens constantes dos maços de cigarros servem para conscientizar a população dos malefícios do produto e inibir a iniciação entre os jovens, principal alvo das indústrias de cigarro, bem como reduzir a dependência e o consumo entre os adultos. Portanto, não há que se falar - pela veiculação destas imagens - em violação aos preceitos da Constituição que tratam do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família; da dignidade da pessoa humana; do tratamento desumano ou degradante, nem em violação a quaisquer outros dispositivos nela contidos. Para a União, no cotejo entre o incômodo (e não ofensa à dignidade) gerado pela visualização das imagens impactantes nos maços de cigarro e o direito constitucional à saúde da população, a obrigação de informação a respeito dos malefícios das drogas, o direito do consumidor de acesso à informação, o dever do Estado de lutar pela dignidade da pessoa humana em relação aos fumantes passivos, aos doentes em face do fumo e das crianças e adolescentes suscetíveis a atender ao chamado da publicidade, deve o primeiro ceder a estes últimos.

Houve réplica.

Sem dilação probatória, os autos foram anotados para sentença.

Fundamentação

As preliminares

A (im) possibilidade jurídica do pedido

Aduzida pela União, ao argumento de ser vedado decreto de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública. Entretanto, tem-se que é possível, em sede de ação coletiva, dentre as quais, a ação civil pública, a declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local.' (RE 227159/GO, Min. Néri da Silveira). No entanto, isso

somente é permitido desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público, justamente o que acontece no caso em apreço.

A respeito:

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO UNITÁRIO. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E INADEQUAÇÃO DA VIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. MÉRITO ADMINISTRATIVO. ALCANCE DOS EFEITOS DA DECISÃO. LIMITES DA COMPETÊNCIA. EXTENSÃO DA COISA JULGADA. ARTIGOS 16 DA LEI 9494/97 E 103 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA LEI POSTERIOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. REEXAME NECESSÁRIO. ARTIGO 475, II DO CPC. INAPLICABILIDADE. COBRANÇA DE VALORES MÍNIMOS DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. DIVISÃO DAS TARIFAS DA CATEGORIA 'BAIXA RENDA' EM FAIXAS. (...)

4. A ação civil pública não é via adequada a substituir a ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de adentrar em competência afeta ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, se a questão da inconstitucionalidade apenas se apresenta como prejudicial à análise da questão de fundo, não há o impedimento de que seja apreciada na ação civil pública. Precedentes desta Corte e do STF." (TRF - 4ª R., AC Processo: 200071070031040, UF: RS, Fonte DJU DATA:27/10/2004, PÁGINA: 595, Relator(a) DIRCEU DE ALMEIDA SOARES).

Rechaça-se, pois, esta prefacial.

Os limites territoriais a esta decisão

Pugnou o Ministério Público Federal seja dado alcance nacional a esta decisão, pleito contra o qual se insurgiu a União. Estabelece, a respeito, o art. 16 da Lei 7.347/85, *verbis*:

Art. 16 . A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

De sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 103, preceitua que:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Certo é que, seja sob a ótica doutrinária, seja sob a ótica jurisprudencial, não há uniformidade quanto ao alcance da sentença proferida em ação civil pública, à vista dos dispositivos transcritos. Em recente pronunciamento, porém, o Superior Tribunal de Justiça assentou que ela se restringe ao limites da competência territorial do órgão prolator. Vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE COLETA DE ESGOTO E ÁGUA. SENTENÇA. EFEITOS ERGA OMNES. ÂMBITO DE EFICÁCIA DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356/STF).

1. A sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97. Precedentes do STJ: EREsp 293407/SP, CORTE ESPECIAL, DJ 01.08.2006; REsp 838.978/MG, PRIMEIRA TURMA, DJ 14.12.2006 e REsp 422.671/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 30.11.2006.

[...]

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para restringir a eficácia da decisão aos limites da competência territorial do órgão prolator." (STJ, RESP - RECURSO ESPECIAL - 736265, Fonte DJE DATA:07/08/2008, Relator(a) LUIZ FUX).

Fica restrita, pois, a eficácia desta decisão aos limites da competência territorial deste juízo.

O mérito

De imediato, quanto à alegação do autor de que *"está longe de ser comprovado cientificamente que somente o cigarro causa os males apontados: a ele se devem somar predisposições pessoais"*, auxilia-me os estudos do Instituto Nacional do Câncer (fl. 313), que noticia a respeito:

"O tabagismo é reconhecido como uma doença crônica gerada pela dependência da nicotina, estando por isso inserido na Classificação Internacional de Doenças (CID10) da Organização Mundial da Saúde. É também o mais importante fator de risco isolado para cerca de 50 doenças, muitas delas graves e fatais, como o câncer, doenças cardiovasculares (angina e infarto), enfisema pulmonar, derrame cerebral, e outras. Responde por 45% das mortes por doença coronariana (infarto do miocárdio), 85% das mortes por doença pulmonar obstrutiva crônica (enfisema), 25% das mortes por doença cérebro-vascular (derrames) e 30% das mortes por câncer." (destaquei)

Realça-se que essas conclusões não foram infirmadas por qualquer elemento probatório acostado aos autos, nos quais, além da afirmação do autor, nada se encontra no sentido da ausência de comprovação dos malefícios advindos do cigarro, isoladamente.

Essa asserção, na verdade, simplesmente desprezou os infindáveis estudos médico-científicos, nacionais e internacionais, que concluem pela

existência de riscos, inclusive isolados, advindos do uso do cigarro. Muitos deles encartados ou referidos nos autos.

Igualmente, no que diz respeito à afirmação de que *"Não há qualquer comprovação científica de que imagens de terror (e não de conscientização, frise-se) possam estimular as pessoas a pararem de fumar ou a diminuir o consumo"*, mais uma vez, subsidia-me os estudos do Instituto Nacional do Câncer (fl. 348 e verso):

"Complementando as pesquisas anteriores, um estudo científico, desenvolvido pelo Laboratório de Neurofisiologia II da Universidade Federal do Rio de Janeiro e o Laboratório de Neurofisiologia do Comportamento da Universidade Federal Fluminense, buscou avaliar o impacto emocional das imagens de advertências sanitárias veiculadas entre 2001-2004-2008.

Centenas de universitários (fumantes ou não fumantes) julgaram as características emocionais de diversas imagens, utilizando uma ferramenta psicométrica largamente utilizada em estudos de emoção e comportamento. Dentre as diversas imagens estavam incluídas as 19 expostas nas advertências do grupo 1 e grupo 2.

*Os resultados demonstraram que as imagens expostas nas advertências sanitárias provocavam sensações aversivas. A intensidade destas sensações, entretanto, foi moderada. **Estudos prévios demonstram que quanto mais intensa for a sensação causa por imagens aversivas maior será a ativação de sistemas neurobiológicos de defesa, aumentando atitudes de evitação, um dos objetivos das advertências sanitárias.***

[...]

*"No Canadá, uma pesquisa realizada em 2004 com o objetivo de avaliar o impacto das advertências sanitárias com fotos mostrou que um em cada cinco participantes relatou ter fumado menos devidos às advertências; apenas 1% relatou ter fumado mais. Também se verificou que apesar do relato de respostas emocionais negativas, com medo (44%) e nojo (58%), **os fumantes que relataram emoções negativas mais fortes tiveram uma maior probabilidade de deixar de fumar, de tentar deixar de fumar ou mesmo de reduzir o consumo três meses depois**". (destaquei).*

Há relatos de outras pesquisas realizadas em outros países, com resultados no mesmo sentido. Destaque-se que essas conclusões não foram infirmadas por qualquer elemento probatório acostado aos autos, nos quais, além da afirmação do autor, nada se encontra no sentido da ineficácia das imagens quanto ao desestímulo à prática do tabagismo.

Reitere-se, também aqui, que dita asseveração, na verdade, simplesmente desprezou os infindáveis estudos médico-científico, nacionais e internacionais, cuja conclusão é no sentido de que imagens negativas atuam como desestímulo ao uso do cigarro. Muitos deles encartados ou referidos nos autos.

Aliás, como diz vetusto aforismo: uma imagem vale mais do que mil palavras. Isso decorre da constatação de que, enquanto uma imagem é sempre a imagem de alguma coisa, determinada, concreta, as palavras são da

ordem do geral, abstratas, referindo-se a classes de objetos, sendo o seu significado possuidor de ideal natureza.

Não bastasse, a confortar o entendimento de que a aversão à imagem desestimula o ato de consumir, tem-se a realidade dos acontecimentos por nós testemunhados.

Por exemplo: alguém pagaria fortunas a uma top model para caminhar alguns metros, se ela (a imagem dela), ao desfilarm, não fosse fator de agregação nas vendas dos seus produtos? Não. E por que pagam? Porque são feias, causam aversão, não! Mas porque são belíssimas, corporificação dos desejos e das fantasias, cuja formosura entretém os olhos, este que, como se sabe, são as frestas do coração.

No mais, doravante, passa-se à análise dos preceptivos constitucionais e inconstitucionais que, segundo a ótica Ministerial, resulta(ram)m violados em face da conduta ora sob questionamento.

O princípio da legalidade. Tocante à alegada vulneração ao princípio da legalidade, no que aqui guarda pertinência, a CR/88 preceitua, em seu art. 220, que:

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

[...]

§ 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" (negrejei).

Arrimada nesse dispositivo constitucional, sobreveio a Lei n.º 9.294/96, que assim dispõe em seu artigo 3º:

Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

[...]

§ 2º A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

§ 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

§ 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.

§ 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. (Redação dada pela Lei n.º 10.167, de 27.12.2000) (destaquei).

De sua vez, a Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, define a finalidade institucional da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, deste modo:

Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

E para cumprimento de sua finalidade institucional, legalmente estabelecida, preceitua o mesmo diploma normativo que lha confere, no seu artigo 8º:

*Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, **regulamentar, controlar e fiscalizar** os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.*

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

(...)

X - cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco; (negrejei).

Utilizando-se desse poder regulamentar, controlador e fiscalizador que lhe cabe, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, lançou a Resolução da Diretoria Colegiada n.º 335, de 21 de novembro de 2003, estabelecendo:

Art. 1º Todos os produtos fumígenos derivados do tabaco, conterão na embalagem e na propaganda, advertência ao consumidor, sobre os malefícios decorrentes do uso destes produtos.

§ 1º Entende-se por embalagem, os maços, carteiras ou box, pacotes, latas, caixas e qualquer outro dispositivo para acondicionamento dos produtos que vise o mercado consumidor final.

§ 2º Entende-se por propaganda, os pôsteres, painéis e cartazes afixados na parte interna dos locais de venda. (destaquei).

Citada Resolução, em 6 de agosto de 2008, foi alterada pela RDC n.º 54/08, passando a estabelecer que:

Art. 1º O caput do art. 2º da RDC 335, de 21 de novembro de 2003 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2º Para os produtos fumígenos derivados do tabaco, as advertências abaixo transcritas serão usadas de forma simultânea ou seqüencialmente rotativa, nesta última hipótese devendo

variar no máximo a cada cinco meses, de forma legível e ostensivamente destacada, e serão acompanhadas por imagens, disponibilizadas no sítio: <http://www.anvisa.gov.br/tabaco/embalagem.htm>, todas precedidas da afirmação "O Ministério da Saúde adverte":

1. VÍTIMA DESTA PRODUTO - Este produto intoxica a mãe e o bebê, causando parto prematuro e morte.
2. GANGRENA - O uso deste produto obstrui artérias e dificulta a circulação do sangue.
3. MORTE - O uso deste produto leva à morte por câncer de pulmão e enfisema.
4. INFARTO - O uso deste produto causa morte por doenças do coração.
5. FUMAÇA TÓXICA - Respirar a fumaça deste produto causa pneumonia e bronquite.
6. HORROR - Este produto causa envelhecimento precoce da pele.
7. SOFRIMENTO - A dependência da nicotina causa tristeza, dor e morte.
8. PRODUTO TÓXICO - Este produto contém substâncias tóxicas que levam ao adoecimento e morte
9. PERIGO - O risco de derrame cerebral é maior com o uso deste produto.
10. IMPOTÊNCIA - O uso deste produto diminui, dificulta ou impede a ereção.) (NR) (destaquei).

Conforme se pode apreender das disposições transcritas, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, ao exigir e definir quais imagens deveriam (ou deverão) ser inseridas nas embalagens e propagandas de produtos fumígenos, nada mais fez (ou faz) do que atender às normas estabelecidas. Portanto, agiu dentro dos estritos limites da legalidade.

A (in) constitucionalidade da Medida Provisória n.º 2.190-34/2001: ausência dos pressupostos da relevância e urgência. Sustentou o Ministério Público Federal, em sua inicial, que a Medida Provisória n.º 2.190-34/2001, ao alterar os artigos 2º e 3º da Lei n.º 9.294/96, destoou do disposto no art. 62 da CR/88, o qual exige, à edição de medida provisória, os requisitos da relevância e urgência. Registre-se que a medida provisória poderá ser adotada pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência (art. 62, CR/88), disciplinando qualquer matéria, menos aquelas expressamente excepcionadas pelo § 1º.

Sucede que, embora os critérios de relevância e urgência não sejam noções somente aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontrastável, o controle por parte do Judiciário se dá em situações excepcionais, por exemplo, quando a falta de tais requisitos está "objetivamente evidenciada" (ADI-MC 1717 Fonte DJ 25-02-2000 PP-00050 Relator(a) SYDNEY SANCHES) ou nos casos de "abuso manifesto" (STF, ADI-MC 525, Fonte DJ 02-04-2004, PP-00008, Relator(a) SEPÚLVEDA PERTENCE).

Naquelas hipóteses em que não evidenciado objetivamente a ausência dos pressupostos de relevância ou urgência ou de abuso manifesto, mas que "dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência" a avaliação de tais requisitos "esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o

Judiciário para uma conclusão a respeito". (ADI-MC 1717 Fonte DJ 25-02-2000 PP-00050 Relator(a) SYDNEY SANCHES).

Eis a situação do caso concreto, em que a adoção das medidas questionadas, veiculadas por meio de medida provisória, incluem-se dentre aquelas que se circunscrevem, exclusivamente, à avaliação meramente subjetiva do Executivo no que concerne à sua conveniência e oportunidade. Por isso, não se evidenciando a ausência objetiva de tais pressupostos, nem o manifesto abuso, não pode o Judiciário ali imiscuir-se, dada a ampla margem de discricionariedade que se assegura ao Executivo, em tais hipóteses.

Mesmo que se admitisse fosse permitido ao Judiciário, no caso concreto, aquilatar os critérios de relevância e urgência, não se pode perder o horizonte de que, no Brasil, o distanciamento entre as políticas adotadas e as efetivamente necessárias é quamanho, que qualquer delas que se tencione implantar, traz ínsita a presunção de relevância e urgência. Principalmente quando o resultado daí a extrair-se pode ser o inibir danos à saúde de milhões de pessoas.

O silêncio do Decreto n.º 2.018/96 quanto às imagens ilustrativas. No que concerne à alegada ausência, no Decreto n.º 2.018/96, de especificação a respeito de quais seriam as imagens ou figuras referidas no § 3º do art. 3º da Lei n.º 9.294/91, de fato, ela se verifica. O mencionado decreto, a respeito, silencia. Mas, sabe-se, a índole natural de tais normativos é, simplesmente, aclarar o conteúdo da lei, quando há essa exigência. Do contrário, ele não é nem mesmo necessário.

Daí se segue, que o silêncio do Decreto n.º 2.018/96, quanto ao conteúdo das imagens a serem inseridas nas embalagens e propagandas de produtos fumígenos, não é óbice a que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, cumprindo sua finalidade institucional, defina qual imagem melhor ilustra o sentido da mensagem que a acompanha, em estreita obediência às disposições da Lei n.º 9.294/96, que, ao menos no ponto, dispensa regulamentação.

O princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Embasa o Órgão Ministerial esta alegação nos arts. 220, § 4º, da CR/88, que, por sua vez, faz remissão ao art. 221, o qual prevê que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Com efeito, colhe-se dos estudos técnicos incorporados à contestação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (fl. 186), *verbis*:

Segundo estimativas da OMS, só no século XX a epidemia do tabaco está associada à alta morbimortalidade, sendo responsável por aproximadamente 5 milhões de mortes ao ano e é considerado pela OMS como a maior causa de morte evitável e de maior crescimento no mundo, com estimativas que poderá matar cerca de 1 bilhão de pessoas, sendo que, a partir de 2020, de cada 10 mortes atribuídas ao tabaco, 7 acontecerão nos países em desenvolvimento,

onde irão, junto com outros fatores, redesenhar o perfil de morbimortalidade destes países. Estes países hoje concentram 80% do consumo mundial de produtos derivados de tabaco, principalmente cigarros. **No Brasil, são estimadas cerca de 200.000 mortes/ano decorrentes do tabagismo.**

Com 80% dos fumantes começando a fumar na adolescência, a indústria do tabaco continua a colocar forte ênfase a atrair uma nova geração de fumantes. Todos os dias, 80.000 a 100.000 jovens no mundo tornam-se dependentes do tabaco. Se a tendência atual continuar, 250 milhões de crianças morrerão devido a doenças relacionadas ao tabaco. (negrejei).

Igualmente, dos estudos apresentados pelo Instituto Nacional do Câncer, à fl. 334, extrai-se:

Hoje morrem no mundo cerca de 5 milhões de pessoas por ano devido ao tabagismo, sendo 200 mil mortes no Brasil."

[...]

"Além disso, o tabagismo é uma doença pediátrica, pois quase 90% dos fumantes regulares começam a fumar antes dos 18 anos de idade. No Brasil o tabaco, especialmente o cigarro, é a segunda droga mais consumida entre adolescentes. (negrejei).

Não pode pairar a mínima dúvida no sentido de que as embalagens e propagandas devem estar harmonia com os princípios e valores éticos da família e da sociedade. Creio que, quanto a isso, ninguém constata. Afirmar, porém, que a inserção de imagens fortes - é verdade - em embalagens e propagandas de produtos fumígenos, com o intuito de conscientizar as pessoas quanto ao malefício advindo do uso do cigarro viola tais princípios, não se pode concordar.

Verdadeiro desprezo aos valores em comento ocorreria, sim, se diante deste verdadeiro genocídio silencioso, anteriormente descrito, o Estado permanecesse inerte frente à triste e real expectativa da morte de milhões de pessoas, crianças jovens, adultos, velhos, como se tudo isso não lhe dissesse respeito ou, simplesmente, que são "as regras do jogo do mercado". Ao agir, como no caso sob apreço, o Estado, ao contrário de infringir tais preceitos, observa-os em toda a sua dimensão e cumpre seu dever constitucional de proteção à família e à sociedade.

O princípio da igualdade. Para amparar a sua alegação de inobservância a este princípio, aduziu o autor que os réus não podem tratar "os fumantes com inferioridade, (basta lembrar que os utentes de bebidas alcoólicas - nem mesmo os alcoólatras - não recebem tal tratamento aviltante". Contudo, cigarro e álcool têm realidades distintas, são coisas diversas. Quem identifica essa diferença é o Ministério da Saúde, por meio do Instituto Nacional do Câncer (www.inca.org.br) e, nos autos, à fl. 215, ao responder a seguinte questão:

A restrição da publicidade de produtos do tabaco será seguida por uma restrição de tal porte de produtos do álcool?

Fumar é muito, muito mais perigoso para a saúde do que consumir bebidas alcoólicas. Estudo realizado na Inglaterra em 1997, sobre as causas de morte de 490.000 homens e mulheres cujo consumo de álcool e tabaco era conhecido em 1982, comparou o uso do álcool e do tabaco como fator de risco para a morte na meia idade. Enquanto o consumo de álcool até reduziu levemente o risco de morte entre 35 e 69 anos de idade, o tabagismo dobrou esse risco.

Não existe nível seguro de consumo de cigarros. Em contraposição, somente o uso excessivo de álcool ou inadequado ao dirigir aumenta o risco de morte.

O consumo de cigarros leva ao aumento de risco de câncer de pulmão e de infarto do coração ao não fumante, através do tabagismo passivo, ampliando os malefícios do uso do tabaco através da poluição ambiental. (destaquei).

De modo que, envolvendo realidades distintas, merecem tratamentos diversos, compatíveis com as exigências de cada qual, sem que, eventual tratamento divergente entre eles implique em qualquer desatenção ao princípio da igualdade, que consiste, exatamente, em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida em que se desigulam.

Além disso, a adoção de políticas públicas sanitárias dessa envergadura exige o domínio preciso de variegados detalhes técnico-políticos que refogem ao âmbito de conhecimento do Judiciário, o qual, se nele ousar caminhar, pode cometer erros de consequências até mesmo imprevisíveis.

Em decorrência, não há como estender às empresas de bebidas alcoólicas a exigência da inserção das questionadas imagens em suas propagandas em embalagens, à falta de previsão legal e risco de afronta ao princípio da legalidade insculpido no Texto Constitucional (art. 5º, II).

O princípio da liberdade. Não há como visualizar-se, no caso examinado, a infringência deste preceptivo haurido na Carta Constitucional. A compra e venda dos produtos fumígenos é livre. Em qualquer logradouro público o fumante (ativo) pode encontrar o alimento eficaz para saciar o seu vício e dar continuidade à sua distanásia.

A existência das imagens de advertência ora atacadas não podem ser consideradas, de modo algum, afrontosas ao princípio em epígrafe. Em decorrência da convivência em sociedade, impõe-se ao Estado a adoção de medidas visantes a resguardar interesse maior da coletividade.

Ademais, admitir que tais restrições violam o princípio da liberdade, seria o mesmo que dizer que as placas de trânsito existentes afrontam o livre exercício do direito de ir e vir. O que, convenhamos, não é concebível.

O princípio da vedação ao tratamento desumano ou degradante. Quanto a esta alegação, socorro-me dos resultados das seguintes pesquisas realizadas e referidas a fls. 192-3 dos autos.

- Pesquisa de Opinião - Disque Saúde/Pare de Fumar sobre o impacto do 1º grupo de advertências

Entre março e dezembro de 2002, foram realizadas 89.305 entrevistas por telefone através do serviço Disque Saúde/Pare de Fumar. Dentre os entrevistados, 80% eram fumantes, 92% apoiaram a medida e 79% disseram que as fotos de advertências deveriam ser mais chocantes.

- Pesquisa de Opinião - Instituto de Pesquisas Datafolha

Outra pesquisa desenvolvida no Brasil sobre o impacto do primeiro grupo de advertências (veiculadas entre fevereiro de 2002 e agosto de 2004) foi realizada pelo DATAFOLHA em 2002, e envolveu 2.216 participantes com mais de 18 anos, em 126 municípios brasileiros. Os resultados foram:

Quanto ao apoio à introdução da medida:

76% dos entrevistados apoiaram a obrigatoriedade das imagens. Deste total, houve um maior apoio entre os não fumantes (77%), em comparação ao grupo de fumantes (73%).

Vê-se que na primeira pesquisa referida, 80% eram fumantes, 92% apoiaram a medida e 79% disseram que as fotos de advertências deveriam ser mais chocantes. Enquanto que, na segunda, 73% dos fumantes apoiaram a medida.

Frente a essa constatação, permite-se a seguinte indagação: será que alguém, em seu juízo, que se encontra submetido a tratamento desumano ou degradante, a ele anui, com ele concorda? Apesar da obviedade da resposta, enfatizo-a: não!

É até mesmo incompreensível a sustentação no sentido de que, por exemplo, aquele que olha uma pessoa, num shopping ou outro lugar, de cadeira de rodas, porque as pernas lhe foram amputadas, tal como aquele Senhor da fl. 05, está a ser submetido a qualquer tratamento degradante ou desumano.

O princípio da proporcionalidade. Já se disse algures, as grandes enfermidades não se curam senão com grandes remédios. Longe de ser desproporcional - adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito - medida que, não isoladamente, mas em conjunto com outras, tem alcançado os objetivos perseguidos, ao menos em parte:

"O Brasil conseguiu reduzir o percentual de fumantes de 32% da população em 1989, para 19% da população em 2002" (fl. 200). E, ainda: "Uma análise elaborada pelo Banco Mundial em 2007 reforça esses dados, com base nas informações da Pesquisa e Orçamentos Familiares (POF), e mostra que entre 1995/96 e 2002/3 houve um aumento de famílias não fumantes de 66% para 73%". (fl. 256, fonte citada no rodapé).

Agregue-se a isso, ainda, que não se compreenda a afirmação de inobservância ao princípio da proporcionalidade no sentido inverso, ou seja, que por ínfimas, as medidas não possuem condições de atingirem seus objetivos, não há como compatibilizá-la com aquela feita pelo próprio autor,

quando, em sua inicial, aduziu que: *"Não há qualquer comprovação científica de que as imagens de terror (e não de conscientização, frise-se) possam estimular as pessoas a pararem de fumar ou a diminuir o consumo."* Não pode ser desproporcional - a não ser no sentido inverso, como frisado - medidas que, segundo a visão do arguente, longe estão de possuir qualquer eficácia no sentido de alcançar o desiderato para o qual são lançadas.

O princípio da dignidade da pessoa humana. Propositadamente, dentre os princípios constitucionais, resguardei por último a análise deste, não só porque é nele que se alicerça mais fortemente a inicial, como, principalmente, porque, acaso acolhida pretensões como a ora deduzida, a pretexto de resguardar dito princípio, abre-se ensejo a interpretações cujas dimensões, levadas ao extremo, podem conduzir a legitimação de condutas de inegável matiz discriminatório.

Por que se faz essa afirmação? Sob o argumento central de violar o princípio da dignidade da pessoa humana (e a pessoa humana que teria esse direito violado, não é aquela retratada na imagem, mas aquela que olha o retrato da imagem), o Ministério Público Federal persegue a supressão das imagens inseridas nas embalagens e propagandas de produtos fumígenos. Ou, se esse não for o entendimento, seja a exigência estendida às empresas de bebidas alcoólicas. Chama-se a atenção, mais uma vez, porque relevante, o objetivo é a supressão das aludidas imagens.

Acontece, porém, que ditas imagens são, em sua grande maioria, nada mais, nada menos, do que retratos de pessoas acometidas de algum tipo de enfermidade: câncer do pulmão, infarto, pernas amputadas, câncer de boca e perdas dos dentes, perna necrosada, bebê nascido prematuramente, pessoa com câncer na laringe, pé com gangrena, pessoa acamada, etc. E, algumas das imagens, se não retratam pessoas, são condizentes com palpáveis realidades de do nosso dia-a-dia (vide fls. 04-10 da inicial).

Mas, segundo o Autor, tais imagens *"demonstram uma completa falta de respeito com todos os que, diariamente, são obrigados a olhar para as gravuras, sejam fumantes ou não" [...]* *"é quase uma tortura para o cidadão, fumante ou não, ser obrigado a olhar, diuturnamente, para tais cenas de horror" [...]* *"imagens de terror" [...]* *"grau cada vez mais assustador das gravuras" [...]* *"a violência visual das imagens difundidas nas embalagens e comerciais de cigarro é inconteste"*, entre outras afirmações de símile pejoração.

Sucede que, como são imagens de pessoas humanas ou de realidades vivenciadas por nós diuturnamente, a supressão delas das embalagens e propagandas de cigarros não implicará, obviamente, que tais cenas, visões, imagens, deixarão de existir no mundo dos acontecimentos. As pessoas ali retratadas, fotografadas ou mesmo outras em idênticas situações, acometidas das mesmas enfermidades, continuarão a existir no mundo fenomênico dos

acontecimentos, ao vivo e em cores. A subtração do mundo existencial do retrato não implica a do original (modelo) retratado.

E o que nos atinge mais, nos afeta mais emocionalmente, mexe com nossos sentimentos de um modo mais intenso, olhar uma imagem, uma fotografia, um retrato ou olhar o original? Sem medo de errar: é olhar o original, é o desvendar os detalhes por nossas lentes pessoais. Exemplificativamente, olhar uma foto, uma imagem, um retrato de uma lesão cancerosa numa pessoa, certamente, não produz, em nós, os mesmos efeitos emocionais do que vê-la pessoalmente, ao vivo e em cores. E assim é o mesmo com relação a tantas outras enfermidades (realidades) que poderiam aqui ser lembradas.

Assim, se a supressão das imagens, como quer o Ministério Público Federal, não terá, como consequência, a supressão do original do mundo dos acontecimentos (doenças e, por consequência, doentes continuarão a existir), aliada à constatação de que a visão do original é muito mais intensa para afetar nossos sentimentos do que olhar uma imagem, uma fotografia ou um retrato, como anteriormente se verificou, começam a pulular algumas questões que, necessariamente, precisam ser submetidas uma reflexão mais demorada, à vista dos desdobramentos que podem assumir.

Os médicos, enfermeiros, dentistas, além de outros profissionais que trabalham com pessoas doentes - portanto, diariamente, olham para doenças idênticas (até mesmo piores) do que àquelas retratadas nas imagens inseridas nas embalagens e propagandas de cigarros - poderiam socorrer-se do Judiciário, utilizando-se do argumento de que tais realidades (visões) atingem sua dignidade? Se acolhido o pedido inicial, sob o argumento de violação à dignidade humana, a resposta não poderia ser outra, que não seja positiva. Ou tais profissionais não possuem dignidade à altura de proteção?

Claro que se poderia argumentar que, ao optarem por tais profissões, "renunciaram" (se é que isso é possível) à sua dignidade frente a tais visões. Bem. Mas, mesmo que isso fosse concebido, o que dizer do cidadão comum - eu, você, nós - que, ao andarmos pelas ruas, praças, logradouros públicos, ao visitarmos um doente no hospital, nos deparamos com pessoas acometidas de doenças das mais variadas: perna amputada, braço amputado, etc. Poderíamos acorrer ao Judiciário sob o argumento de que, ao ver estas pessoas, nossa dignidade foi atingida? Se acolhido o pedido inicial, sob o argumento de violação à dignidade humana, a resposta não poderia ser outra, que não seja positiva.

Então, se ao ver estas imagens, alguém entender, sob o ponto de vista jurídico, que isso fere a dignidade de quem quer que seja, só há um jeito de atender àqueles que acorrerem ao Judiciário: é suprimir, além das imagens, os originais. Ou seja, fazer com que os ditos "sãos" não vejam doentes ou doenças. Isso seria possível? Seria possível que os profissionais referidos não vissem o que veem? Seria possível que nos fosse assegurado - a mim, a você, a nós - que

nunca tivéssemos contato com pessoas doentes ou doenças alheias, ou, se tivéssemos, alguma medida fosse conferida a pretexto de proteger a nossa dignidade humana?

Se respondida afirmativamente essas últimas indagações, ou seja, se entendêssemos que a nossa dignidade está sendo malferida, ao ver essas pessoas, essas doenças, essas visões, essas vistas, só haveria uma saída: é suprimir a imagem e o original. Pois, suprimir aquela, sem esta, o bem jurídico invocado - a nossa dignidade - continuaria sem a devida proteção. Porque continuaríamos vendo perna necrosada, pessoas com câncer, com pernas, braços (ou ambos) amputados, em quaisquer lugares que formos.

Sendo assim, a única maneira que vejo seria fazer com que tais originais não mais existissem ou, se existissem, não fossem vistos. Duas opções poderiam ser adotadas: ou a eliminação ou a segregação das imagens e do original. Não creio, mas será que tenciona o Ministério Público Federal, numa próxima investida jurídica e seguindo a sua linha de argumentação, propor meios a que isso se concretize: quiçá a criação de campos de extermínio ou mesmo a criação de uma versão moderna do vale dos leprosos dos tempos bíblicos: o vale dos adoentados da modernidade? Onde - para proteger o bem jurídico em comento, a nossa dignidade - as pessoas enfermas seriam encaminhadas?

Faço essas reflexões, porquanto, como anteriormente frisado, se acolhida a pretensão ora deduzida, com base no argumento central de que as imagens (de pessoas e doenças) inseridas nas embalagens e propagandas de produtos fumígenos fere o princípio da dignidade humana, isso pode dar margem a que determinadas interpretações, se levadas adiante, induzam a legitimação de condutas de inegável matiz discriminatório e que há muito - pelos menos assim penso - já deveriam estar sepultadas no cemitério do esquecimento.

Sinceramente, não consigo compreender de onde, nos escaninhos da mente humana, exceto se cheios de inegável conteúdo discriminatório, pode advir o pensamento que imagens de pessoas doentes ou doenças inerentes (infelizmente) à precária condição humana podem ser fator de malferimento da nossa dignidade. A enfermidade não é culpa, é infortúnio. Seus efeitos são dor, tristeza, desconforto, causa da morte. Não deve ser escândalo, que fere dignidade, mas motivo de comiseração, tolerância, compreensão. E se assim deve ser para com o original, o mesmo deve ser com tais enfermidades quando retratadas, fotografadas.

Por fim, uma derradeira palavra, dirigida ao Representante Ministerial subscritor da inicial e ao Douro Causídico que firmou o documento das fls. 36-7, que esta deflagrou:

Crede, em vossa soberba, mesmo sendo homens, que estais acima dos homens, livres dos males próprios da miserável condição humana? Se crede, não olvidais, a doença como a morte não distingue títulos, honrarias, postos; bons

ou maus, justos ou injustos, pobres ou ricos, palácios ou casebres; não demanda ordem, pareceres ou mandado; entra sem pedir licença. E o amanhã do homem, por incerto, pode ser tão luminoso como o brilho do sol ou negro como a escuridão mais escura da noite. Que vós não sejais, amanhã, por desaviso do destino, original retratado, imagens feito àquelas que ora vos ferem em vossa dignidade. E somente a vós...

Dispositivo

Ante o exposto, rejeito as prefaciais suscitadas e, com base no inciso I do art. 269 do CPC, julgo improcedente o pedido inicial.

Sem custas e honorários (art. 18, Lei 7.347/85).

P. I.

Blumenau, 24 de abril de 2009.

Leandro Paulo Cypriani
Juiz Federal Substituto