

VOTO

Sumário

I. Juízo de admissibilidade

I.1 Legitimidade *ad causam*

I.2 Prejudicialidade e aditamento

I.3 Limitação objetiva aos produtos fumígenos

II. Exame de mérito

II.1 Contexto decisório

II.2 Balizas para a interpretação do art. 220, § 4º, CF: a possibilidade de diferentes graus de restrição da publicidade empresarial

II.3 Combate ao fumo e controle do tabaco no Brasil: medidas iniciais e a força motriz da nova ordem constitucional

II.4 Considerações histórico-contextuais da lei impugnada

II.4.1 *A expansão global da indústria tabagista e a saúde pública*

II.4.2 *Construção do consenso global: o combate à epidemia do tabagismo*

II.5 Do liminar constitucional à implementação da CQCT : combate ao fumo e controle do tabaco como política de Estado

II.6 Quadro científico dos malefícios do fumo e seus impactos socioeconômicos

II.7 Resultados da política pública brasileira

II.8 Análise da proporcionalidade das medidas impugnadas

II.8.1 *Adequação*

II.8.2 *Necessidade*

II.8.3 *Proporcionalidade em sentido estrito*

II.9 Delegação legislativa vs. poder regulamentar

III. Dispositivo

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora):

1. Consoante relatado, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em que se questiona a higidez constitucional do art. 3º, *caput* e §§ 2º, 3º, 4º e 5º, da Lei nº 9.294/1996, na redação conferida pela Lei nº 10.167/2000 e pela Medida Provisória nº 2.190-34/2001, e, com o pedido de aditamento da inicial, das alterações promovidas pela Lei nº 12.546/2011 no art. 3º, *caput* e §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.294/1996.

2. A controvérsia gira em torno das restrições à publicidade de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, e das advertências sanitárias a constar da embalagem desses produtos.

I. Juízo de admissibilidade

I.1 Legitimidade *ad causam*

3. A autora é entidade sindical de nível superior e congrega as empresas da indústria nacional, a se enquadrar, *prima facie*, na hipótese de legitimação prevista no art. 103, IX, da Constituição.

Este Supremo Tribunal Federal já admitiu, expressa ou implicitamente, ações de controle de constitucionalidade ajuizadas pela CNI. Assim, a ADI 2359, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. 27.9.2006, DJ 07.12.2006; e a ADI 1055, Rel. Gilmar Mendes, Pleno, j. 15.12.2016, DJe 01.8.2017.

4. Além do caráter representativo de dada classe e da abrangência nacional, exige-se, conforme entendimento há muito firmado, pertinência temática entre “*seus fins sociais e o conteúdo da norma impugnada*” (ADI 1115-MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, DJ 17.11.1995).

Suscitada, nas informações prestadas pelo Congresso Nacional, a preliminar de ilegitimidade ativa, por ausência de pertinência temática. Especificamente, no caso, teria pertinência a Confederação Nacional do Comércio, e não a da Indústria.

Já reconhecida a ilegitimidade da CNI por falta de pertinência temática para questionar normas que tratavam da tributação de serviços em âmbito distinto do industrial (ADI 5742-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 09.4.2018, DJe 09.5.2018) e da atuação de órgãos do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE (ADI 4474-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 18.12.2018, DJe 02.02.2018).

No presente caso, contudo, as restrições publicitárias afetam os interesses das empresas fabricantes dos produtos fumígenos, que são responsáveis pela propaganda da marca e dos produtos e pelas das embalagens, o que leva ao reconhecimento da pertinência entre os fins institucionais da autora e os dispositivos questionados na ação.

5. Desse modo, **afasto a preliminar** suscitada e reconheço a legitimidade da parte autora.

I.2 Prejudicialidade e aditamento

6. A Lei nº 9.294/1996, ora impugnada, foi alterada pela Lei nº 12.546 /2011, conforme relatado. A parte autora procedeu ao aditamento da petição

inicial, a fim de adequar o objeto da ação ao novo quadro normativo. Em particular, o aditamento diz com a nova redação do *caput* e do § 5º do art. 3º e com o seu § 6º, incluído pela lei modificativa.

O Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da República e parte dos *amici curiae* entendem que as alterações implicam a prejudicialidade da ação, por mudança **substancial** do conteúdo da norma tal como originalmente impugnada.

7. Na hipótese, não se está diante de alteração meramente redacional, pois se acrescem condutas, proibidas e impostas, o que *prima facie* configuraria prejudicialidade.

No que toca ao *caput* do art. 3º da lei impugnada, era possível realizar propaganda dos produtos fumígenos nos locais de venda por meio de materiais visuais, o que restou proibido com a Lei nº 12.546/2011. A publicidade permitida, agora, limita-se à exposição dos produtos nos pontos de venda, acompanhada das advertências sanitárias pertinentes e de tabela de preços.

Comparem-se:

Redação anterior

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 atual

Art. 3º **É vedada**, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, **com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo**.

Em relação ao § 5º do art. 3º, especifica-se a advertência sobre os malefícios do fumo que deve constar da embalagens dos produtos, a cobrir toda a face posterior e uma das laterais:

Redação anterior

§ 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 atual

§ 5º Nas embalagens de produtos fumígenos vendidas diretamente ao consumidor, 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 5 (cinco) meses, **inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em 100% (cem por cento) de sua face posterior e de uma de suas laterais**.

Por fim, quanto ao § 6º do art. 3º, incluído pela lei modificativa, incrementa a exigência do parágrafo anterior, para estipular que, a partir de 2016, as embalagens dos produtos fumígenos devem conter a advertência também na face frontal, na proporção de 30%:

§ 6º A partir de 1º de janeiro de 2016, além das cláusulas de advertência mencionadas no § 5º deste artigo, nas embalagens de produtos fumígenos vendidas diretamente ao consumidor também deverá ser impresso um texto de advertência adicional ocupando 30% (trinta por cento) da parte inferior de sua face frontal.

8. Dentro do quadro argumentativo posto no processo, bem vistas as coisas, as modificações promovidas pela Lei nº 12.546/2011 não levam à conclusão de que a alteração é significativa a ponto de afastar o conhecimento da ação. Particularmente, que seria necessário o ajuizamento de outra ação direta para tratar, de modo adequado, das novas previsões legais.

A intensificação da restrição a propaganda, limitada à exposição dos produtos no local de venda, é medida que, de um modo ou de outro, já se encontra no campo argumentativo originalmente traçado na petição inicial. Já se considerava a restrição anterior – apenas painéis, cartazes e pôsteres nos pontos de venda – como afronta aos parâmetros de controle invocados, em especial, já significaria, para a parte autora, verdadeira **vedação** à propaganda, e não mera restrição ou regulamentação.

Ou seja, a norma legal anterior já estaria fora do que permitido pelas limitações permitidas pela Constituição Federal. Norteia a argumentação do

requerente, bem assim de diversos *amici curiae*, a afirmação de que a proibição de propaganda nos meios de comunicação de massa equivale, na prática, à sua vedação total, e não à mera restrição.

Os §§ 5º e 6º do art. 3º, por sua vez, densificam a “contrapropaganda”, igualmente impugnada na petição inicial. Estabelece-se, no plano legal, a disposição das advertências nas embalagens. É especificação de dever legal já existente e contestado.

Em suma, as modificações, seja quanto às restrições de publicidade, seja no que concerne à dita contrapropaganda nas embalagens (i.e., advertências sanitárias), restam abrangidas pelas violações originalmente atacadas na controvérsia constitucional.

Inclusive, as manifestações apresentadas nos autos contemplam referências a diferentes graus de restrição publicitária aos produtos fumígenos, do que se tem elementos e argumentos que dizem respeito a vedações mais intensas do que a anterior.

Em síntese, no que interessa à preliminar de prejudicialidade, trata-se, a meu juízo, de intensificação das violações alegadas, antes que substancial modificação. Intensificação que já **encontra lugar no aporte fático e argumentativo do processo e, por isso mesmo, afasta o prejuízo da ação**.

9. A ressalva que cabe fazer, por clareza decisória, concerne à exigência, posta no *caput* do art. 3º, de que os produtos expostos no local de venda estejam acompanhados “*da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo*”.

A conclusão pela viabilidade do aditamento não significa, no caso, abertura do exame de constitucionalidade quanto à possibilidade de fixação desses preços mínimos, pois isso feito por norma legal diversa. Aqui, o que se tem é mero reflexo da existência de preços mínimos, estabelecidos alhures.

Trata-se do art. 20 da Lei nº 12.546/2011:

Art. 20. O Poder Executivo poderá fixar preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, válido em todo o território nacional, abaixo do qual fica proibida a sua comercialização.

§ 1º A Secretaria da Receita Federal do Brasil aplicará pena de perdimento aos cigarros comercializados em desacordo com o disposto no caput, sem prejuízo das sanções penais cabíveis na hipótese de produtos introduzidos clandestinamente em território nacional.

§ 2º É vedada, pelo prazo de 5 (cinco) anos-calendário, a comercialização de cigarros pela pessoa jurídica enquadrada por descumprimento ao disposto no caput.

§ 3º É sujeito ao cancelamento do registro especial de fabricante de cigarros de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.593, de 1977, o estabelecimento industrial que:

I – divulgar tabela de preços de venda no varejo em desacordo com o disposto no caput; ou

II – comercializar cigarros com pessoa jurídica enquadrada na hipótese do § 2º .

Portanto, em discussão não estão os próprios preços mínimos, como facilmente se depreende da petição de aditamento.

I.3 Limitação objetiva aos produtos fumígenos

10. Cabe uma última observação , quanto ao § 2º do art. 3º da Lei nº 9.294 /1996. A previsão legal não abrange somente os produtos fumígenos, *verbis* :

§ 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)

Considerado que o dispositivo é contestado apenas no que diz com o universo dos produtos fumígenos, a apreciação da constitucionalidade da norma há de ser feita em tal perspectiva, à luz do ônus de impugnação específica (art. 3º, I, da Lei nº 9.868/1999).

11. Em conclusão, feitos esses esclarecimentos, **acolho** o aditamento e, suficiente o aporte fático e argumentativo havido no processo, **passo à apreciação do mérito** .

II. Exame de mérito

II.1 Contexto decisório

12. Entende, a parte autora, que o art. 3º, *caput* e §§ 2º a 6º, da **Lei nº 9.294/1996**, desde a redação originalmente impugnada, não traduz mera restrição autorizada de direitos, mas verdadeira proibição de publicidade no contexto da sociedade de massa e, ao mesmo tempo, impõe contrapropaganda, a violar:

- a)** o art. 220, § 4º, da Constituição Federal, por este garantir o direito de exercer propaganda comercial, ou seja, juridicamente inválida a proibição total da propaganda tal como normatizada, por expressa opção do Poder Constituinte, além da impossibilidade de se delegar à Administração Pública a especificação de restrições da espécie, dada a reserva legal prevista expressa e especificamente em matéria de propaganda;
- b)** a liberdade de iniciativa econômica (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, CF) e a liberdade de comunicação (art. 5º, IV e IX, CF), por ser, o direito à publicidade, corolário daqueles direitos fundamentais, a inviabilizar a vedação total da propaganda e a imposição de contrapropaganda;
- c)** o princípio da eficiência (art. 37, CF), por não haver correlação demonstrada entre a restrição à propaganda e a diminuição do consumo dos produtos; e
- d)** a livre concorrência (art. 170, IV, CF), por a vedação publicitária implicar vantagem concorrencial indevida às empresas fabricantes mais conhecidas no momento de sua imposição, em prejuízo das fabricantes de menor porte ou daquelas que depois pretendam ingressar nesse mercado.

13. A argumentação contrária, em essência, de um lado, afasta o caráter fundamental do direito à propaganda e pondera que, de qualquer modo, há expressa previsão constitucional da possibilidade de restringir-se a publicidade dos produtos fumígenos e impor-se advertência sanitária (art. 220, § 4º, CF).

Nessa linha, teria agido corretamente o legislador, ao restringir a publicidade dos produtos fumígenos, em consonância com o direito fundamental à saúde (art. 6º, CF), a absoluta prioridade conferida à

proteção das crianças e adolescentes (art. 227, *caput*, CF) e a Convenção-Quadro das Nações Unidas para o Controle do Tabaco (Decreto nº 5.658/2006).

II.2 Balizas para a interpretação do art. 220, § 4º, CF: a possibilidade de diferentes graus de restrição da publicidade empresarial

14. Invocado o direito à propaganda, ganham relevo, em primeiro lugar, os arts. 5º, IV e IX, e 220, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal:

Art. 5º (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

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

(...)

§ 3º Compete à lei federal:

(...)

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

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

(...)

15. Como primeira premissa jurídica, afasto a compreensão de que a propaganda comercial não está abrangida pelas liberdades de expressão e comunicação, isto é, protegida enquanto direito fundamental. Isso, porém, não lhe confere caráter de direito absoluto. Sujeita-se a restrições, desde que proporcionais, no cotejo com a proteção de outros valores públicos.

Com efeito, além de o poder Constituinte ter incluído a liberdade de expressão e de comunicação no rol de direitos fundamentais do art. 5º,

estabeleceu, no capítulo próprio da comunicação social, cláusula ampla de proteção, a expressar, nos termos do *caput* do art. 220, que “ *a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição* ”. Abrangida, pelo âmbito de proteção da norma, compreensão elástica de manifestação, expressão ou comunicação.

Nessa latitude protetiva, o caráter econômico da publicidade empresarial não se mostra suficiente para despi-la de fundamentalidade. Ao contrário, a referência à propaganda, pelos §§ 3º e 4º do art. 220, denota ser uma das formas de expressão e comunicação, a reforçar a amplitude do âmbito de proteção desses direitos fundamentais.

Fundamentalidade, porém, não se traduz em direito absoluto. Já assentado, por este Plenário, que “ *As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto* ” (RE 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 17.6.2009, DJe 13.11.2009).

Assim, “ *Não é verdade (...) que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Há hipóteses em que essa acaba por colidir com outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos. Tais tensões dialéticas precisam ser ponderadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade* ” (ADI 5136-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 01.7.2014, DJe 30.10.2014).

É dizer, ainda que, tal como argumentado pela parte autora, a propaganda comercial esteja no âmbito de proteção dos direitos fundamentais — em particular aqui, no da liberdade de expressão e comunicação —, dita proteção pode ceder, a depender das circunstâncias concretas, à tutela de outros direitos de igual magnitude.

Conclusão contrária levaria a cenário incompatível com a engrenagem dos direitos fundamentais posta em funcionamento na Constituição Federal, engrenagem essa que tem como aspecto essencial, consoante

reiteradamente reconhecido por este Plenário, a inexistência de direitos absolutos, porquanto todos de igual dignidade, a demandar igual proteção *a priori*.

Ainda, é de se considerar que, aqui, a liberdade de expressão e comunicação surge imbricada na livre iniciativa, implicada no exercício da empresa – em especial no que toca aos produtos fumígenos –, a submeter-se, também nessa perspectiva, à mesma engenharia dos direitos fundamentais. A liberdade de empreender não constitui, na arquitetura constitucional, direito absoluto. Sujeita-se a restrições, a depender das circunstâncias concretas.

Específica a Constituição Federal ao estabelecer que a ordem econômica brasileira é informada por diferentes princípios, no que se incluem a **função social da propriedade** e a **defesa do consumidor e do meio ambiente**:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Nesse âmbito, a liberdade de expressão não apresenta em sua faceta existencial, social ou puramente informacional, mas como recurso promotor da atividade econômica, que é protegida constitucionalmente **dentro do**

mosaico da ordem econômica, marcada pela efetiva tutela dos diferentes direitos fundamentais nela implicados. Promoção da atividade empresarial essa que, por isso mesmo, não se apresenta imparcial.

Nesse sentido, colho da justificativa de voto do Min. Dias Toffoli, Relator da ADI 4613 (Pleno, j. 20.9.2018, DJe 03.12.2018):

Como elemento – em certa medida – de informação, tenho por aplicáveis, com as devidas adequações, as conclusões obtidas por esta Corte sobre a liberdade de imprensa no julgamento da ADPF nº 130 às propagandas comerciais, no sentido de que seu caráter informativo estará resguardado pelas garantias constitucionais àquela atribuídas.

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

Nessa toada, a compreensão expressada ao julgamento de controvérsia constitucional sobre a proibição do fumo em estabelecimentos comerciais por lei estadual, como constou da ementa do julgado: “ *A livre iniciativa deve ser interpretada em conjunto ao princípio de defesa do consumidor, sendo legítimas as restrições a produtos que apresentam eventual risco à saúde* ”, é “ *dever do agente econômico responder pelos riscos originados da exploração de sua atividade* ” (ADI 4306, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 20.12.2019, DJe 19.02.2020).

Lembre-se também que, ao instituir a **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica** (Lei nº 13.874/2019), o legislador, nesse compasso, positivou semelhante ressalva quanto à possibilidade de proibições publicitárias:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

(...)

VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, **ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal** ;

Portanto, a atividade empresarial, em todas as suas facetas, inclusive a publicitária, submete-se aos princípios da ordem econômica e há, bem por isso, dialogar com a concretização dos demais valores públicos e a proteção dos direitos fundamentais em potencial colisão.

16. Nesses termos, o art. 220, § 4º, CF, no sentido de que a propaganda do “tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” está sujeita a “restrições legais” **explicita** a possibilidade e a importância das limitações publicitárias dos produtos expressamente arrolados, notadamente nocivos.

Se não houvesse a previsão do § 4º do art. 220, CF, significaria que a propaganda desses produtos não poderia ser objeto de limitações? Certamente não, porque plenamente eficazes os demais direitos fundamentais e, por isso mesmo, sujeitos a colisão e conformação legislativa.

Outra, aliás, não é a lógica da previsão — igualmente expressa — de que “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” (art. 220, *caput*, CF). Eficazes, em sua plenitude, as demais normas constitucionais. Devem ser observadas também no que concerne à comunicação social. Evidência disso, a vedação do anonimato. Mesmo que se diga que a manifestação de pensamento “não sofrerá qualquer restrição”, tal assertiva há de ser interpretada em conjunto com o art. 5º, IV: “é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato**”.

Ao julgamento da ADI 4923, reputada constitucional a imposição, pelo art. 24 da Lei nº 12.485/2011, de limites máximos para a publicidade comercial na TV por assinatura (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 08.11.2017, DJe 05.4.2018), o que também revela que a liberdade de expressão comercial e a livre iniciativa podem ser, com respaldo constitucional, limitadas mesmo fora dos campos temáticos especificados no art. 220, § 4º, da Constituição.

Cito, novamente, a justificativa de voto do Min. Dias Toffoli, Relator da ADI 4613 (Pleno, j. 20.9.2018, DJe 03.12.2018):

Essa previsão constitucional [do art. 220, § 4º] não tem o intuito de ser limitativa da restrição a propagandas tão somente dos produtos nela descritos, mas sim de estabelecer, quanto a eles, a priori e tendo

em vista seus inegáveis potenciais de risco, limitações imediatas a sua propagação, sem prejuízo de que se estabeleçam restrições a propagandas de outros produtos cujo uso também se apresente potencialmente perigoso. Tanto assim que se encontra previsto no § 3º, II, do art. 220 da CF/88 a regulação das propagandas por lei federal, (...).

Nesse sentido, a Constituição traz um dever ao Estado de proteger o consumidor (...).

17. Outra questão relevante que se coloca, havendo a expressa previsão de que a propaganda dos produtos especificados está sujeita a “restrição”, é saber a extensão da limitação possível. Seria viável apenas algo menos do que a sua “proibição total”? Limitada a limitação possível?

A resposta é negativa, pelas mesmas razões expostas acima. Na interpretação integrada dos direitos fundamentais, não há concluir pela existência de limite *a priori* para a restrição dos direitos que se apresentam em rota de colisão, exatamente porque os limites se fazem contextuais, relativos. Dependem das circunstâncias concretas. “Restrição” pode significar, conforme o caso, a prevalência de um direito sobre o outro, pode representar o seu afastamento. Com respaldo constitucional, se observada a proporcionalidade da medida à luz das circunstâncias postas.

Haverá casos em que possível certo grau de harmonização entre os direitos colidentes, mas também ocasiões em que justificada a prevalência de um sobre o outro, ou seja, restrição intensa ou até mesmo em grau máximo.

O que o § 4º do art. 220 traz, portanto, é a explicitação dessa possibilidade, a afastar qualquer dúvida a respeito e, nessa linha, ao menos atenuar o ônus argumentativo na hipótese de o legislador limitar a propaganda comercial dos produtos arrolados. Sinaliza, o Constituinte originário, mais uma vez, a importância da tutela da **saúde** e do **meio ambiente** no **mosaico constitucional de proteção da pessoa humana**, ao expressar **inequívoca** viabilidade constitucional de se limitar a propaganda comercial para a proteção desses bens. A centralidade de referida tutela é complementada pela referência ao § 3º, II, do art. 220, dispõe caber ao legislador federal “*estabelecer 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. Em poucas palavras, como sintetizado pelo Professor Virgílio Afonso da Silva, em parecer juntado aos autos (doc. 74, p. 12), “*a relação entre o direito geral e a cláusula de restrição, que, no caso em análise, são representados pelo direito geral à propaganda e a cláusula de restrição do art. 220, § 4º, é a seguinte: (a) o direito geral à propaganda é um direito restringível em inúmeros casos, não havendo direito absoluto à propaganda; (b) a cláusula de restrição deixa explícitos objetivos que o próprio constituinte impôs ao legislador ordinário e o libera do ônus argumentativo nesse aspecto*”.

Certo é que não está o legislador ordinário completamente livre para restringir e conformar a publicidade, mas explícita resulta a possibilidade abstrata de restrição na temática ora em debate, tratando-se dos produtos nocivos especificados no texto constitucional.

19. Balizadas essas premissas normativas, caberá o exame da proporcionalidade das medidas contestadas. Tratando-se de análise de política pública, nas frentes publicitária (restrições à propaganda empresarial) e informacional (imposição de “contrapropaganda”), faz-se necessário compreendê-la em seu contexto, mediante o aporte de elementos que informarão a análise da constitucionalidade – e proporcionalidade – das regras impugnadas.

Preambularmente à aplicação do teste da proporcionalidade, portanto, passo ao delineamento do quadro fático-normativo em que inserida a política pública de combate ao fumo e controle do tabaco.

II.3 Combate ao fumo e controle do tabaco no Brasil: medidas iniciais e a força motriz da nova ordem constitucional

20. As ações para controle do uso do tabaco no Brasil, tanto no que toca à prevenção como à cessação do fumo, deram-se de modo mais articulado a partir dos anos de 1960.

Já nas décadas de 1960 e 1970, tem-se projetos de lei preocupados com os danos à saúde causados pelo cigarro. Por exemplo, em 1965, proposição que visava a tornar obrigatória a inclusão de advertências nas embalagens dos produtos. Em 1971, projeto que buscava proibir parcialmente a propaganda do fumo em rádio e televisão e também instituir a obrigatoriedade de advertências sanitárias nos maços de cigarro.

Em 1976, a Associação Médica do Rio Grande do Sul estabelece o primeiro Programa Estadual de Combate ao Fumo. É na mesma entidade federativa, onde se concentrava a maior produção de tabaco do país, que, em 1983, lei estadual proíbe o fumo em lugares públicos.

Em termos nacionais, profissionais médicos, acadêmicos e agentes públicos estruturaram, em 1979, o Programa Nacional Contra o Fumo, a ser coordenado pela Associação Médica Brasileira e servir de base para o programa do Governo Federal.

No Ministério da Saúde, tem-se a criação da Comissão para Estudos das Consequências do Fumo, em 1981, e, posteriormente, do Programa Nacional de Combate ao Fumo, em 1986. Também é editada a Lei nº 7.488 /1986, que institui o Dia Nacional de Combate ao Fumo, 29 de agosto. Internacionalmente, 31 de maio é escolhido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como “Dia Mundial sem Tabaco”. Referida Lei nº 7.488/1986 vem estabelecer que “ *O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, promoverá, na semana que anteceder aquela data [Dia Nacional de Combate ao Fumo], uma campanha de âmbito nacional, visando a alertar a população para os malefícios advindos com o uso do fumo* ” (art. 1º, parágrafo único).

21. Em termos de publicidade e advertências sanitárias, campanhas educativas nacionais sobre o câncer remontam à década de 1920 e, sobre os riscos do fumo, à de 1940. Porém, as ações são intensificadas quatro décadas depois, momento em que se adota o enfoque da saúde pública, da promoção da vida saudável. Com efeito, a partir dos anos de 1980, o Governo brasileiro passou a realizar campanhas publicitárias preventivas focadas no tabagismo, a grande causa do câncer de pulmão. Assim, o Instituto Nacional de Câncer, v.g. , difundiu materiais com a mensagem “ *Fumar. É tempo de parar* ”.

Na iminência da nova ordem constitucional, o Poder Públco lançou mão inclusive de campanhas educativas que recorriam ao humor, com cartazes desenhados por Ziraldo, em 1986, pela desmistificação do ato de fumar, o que levou o próprio cartunista a largar o fumo.

Subsequentemente, em razão da Portaria nº 490, de 25 de agosto de 1988, do Ministério da Saúde, as embalagens dos produtos passaram a então enunciar: “ *O Ministério da Saúde Adverte: Fumar é Prejudicial à Saúde.* ”

22. Em 1988, a Constituição Federal estabelece que a propaganda do tabaco, entre outros produtos, estará sujeita a restrições legais e advertências de seus malefícios (art. 220, § 4º). Além de prever que a saúde deve ser tutelada mediante políticas públicas – sociais ou econômicas – que busquem reduzir os riscos de doenças e outros agravos (art. 196).

O Programa Nacional Contra o Fumo, de 1986, passa a ser coordenado, a partir de 1989, como **Programa Nacional de Controle do Tabagismo**, pelo **Instituto Nacional de Câncer**, do Ministério da Saúde. O programa foi escolhido pela ONU, por seu desenho dentro do SUS e seu sucesso, como projeto-piloto de programa nacional de controle do uso do tabaco.

Em 1990, as Portarias nºs 731 e 1.050 do Ministério da Saúde tratam da obrigatoriedade de advertências sanitárias e outras medidas de combate ao fumo. Em 1994, buscou-se intensificar as advertências visuais nas embalagens, com inserção de variados pictogramas e frases, com a edição da Portaria nº 2.169/1994, do Ministério da Saúde:

A nova modalidade de advertência gerou, na indústria tabagista, receio de a medida sanitária ser bem-sucedida e copiada em outros países. Contudo, o ato foi suspenso, editada a Portaria nº 50/1995, a criar grupo de trabalho composto por representantes do governo e da indústria, para tratar de novos instrumentos para implementação de advertências da espécie. O grupo foi composto por cinco representantes – um da Philip Morris, um da British American Tobacco (Souza Cruz) e outros três dos Ministérios da Saúde, da Justiça e das Comunicações.

As atividades resultaram na Portaria Interministerial nº 477/1995, com anexo denominado “carta de compromisso”, contendo condições para veiculação das advertência previstas – sem pictogramas, apenas frases, e mais amenas – e outros aspectos publicitários. Carta essa elaborada pelo grupo de trabalho e pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, a Associação Brasileira de Anunciantes – ABA, a Associação Brasileira de Agências de Propaganda – ABAP, a Associação Nacional de Jornais – ANJ, a Associação Nacional das Empresas de Revistas – ANER e a Associação Brasileira da Indústria do Fumo – ABIFUMO.

23. Nesse contexto de combate ao fumo, e na esteira do estabelecido pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, editada a Lei nº 9.294

/1996, a impor restrições à publicidade dos produtos fumígenos, intensificadas ao longo do tempo, consoante se contesta na presente ação. Temporalmente próxima, ainda, a autorização legislativa materializada na Lei nº 9.532/1997, no sentido de que “ *A comercialização de cigarros no País observará o disposto em regulamento, especialmente quanto a embalagem, apresentação e outras formas de controle* ” (art. 44).

Inicialmente, a Lei nº 9.294/1996 foi tímida nas restrições publicitárias, a estabelecer limite horário para a propaganda em rádio e televisão, acompanhada de advertência escrita ou falada dos malefícios do fumo. Também, cedeu à exigência de apenas frases de advertências, sem imagens, nas embalagens para consumo interno.

A implementação de advertências com imagens já enfrentava dificuldade em outros países, além da havida nacionalmente. Assim é que se indica, por exemplo, que na Islândia, avisos com pictogramas foram introduzidas em 1985, mas retirados em 1996, após resistência das fabricantes. Outros países desistiram de advertir com acréscimo de imagens, como a Noruega. Inovações nesse campo vêm apenas em 2000, por iniciativa do Canadá e, em 2001, do Brasil, a ter-se, então, advertências textuais com imagens. É a alteração trazida pela Medida Provisória nº 2.190-34/2001 na Lei nº 9.294/1996. Passa-se a exigir que as advertências sanitárias dos malefícios dos produtos fumígenos, nas embalagens e maços, sejam acompanhadas “ *de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem* ” (art. 3º, § 3º, Lei nº 9.294/1996).

Como anotei no voto proferido na ADI 4874 (Pleno, sob a minha relatoria, j. 01.02.2018, DJe 01.02.2019), a edição da Lei nº 9.294/1996, ao dispor sobre as restrições ao uso e à propaganda dos produtos fumígenos, “ *representou a escolha, pelo legislador ordinário, de um conjunto específico de medidas que, não limitadas à concretização do comando inscrito no art. 220, § 4º, da Carta Política – imposição de restrições à propaganda comercial de tabaco –, instituem verdadeira política pública de proteção da saúde por meio do controle do tabaco* ”.

A iniciativa legislativa, com efeito, guarda estreita relação temporal com a inauguração da nova ordem constitucional. A Lei nº 9.294/1996 é produto do Projeto de Lei nº 4.556/1989 da Câmara dos Deputados, subsequentemente PL nº 114/1995 no Senado Federal.

Da justificativa do projeto de lei, transcrevo:

Quanto ao fumo, seja de produtos derivados ou não do tabaco, não se conhecem benefícios. Pelo contrário, seus malefícios físicos e provocadores de doenças mortais são hoje reconhecidos indiscutivelmente. Se não é possível, nem conveniente torná-lo ilegal, seja pela admissão plurissecular do seu uso, seja por não provocar alterações nocivas no comportamento social ou intelectual dos que o utilizam, é forçoso procurar reduzir-lhe o emprego e advertir os usuários de seus malefícios.

Por esse motivo, os parlamentares também incluíram o fumo entre os produtos que deveriam ter sua publicidade sujeita a restrições, especialmente porque a formal declaração de sua ilegalidade criaria possivelmente mais uma área para a atuação de criminosos, como a provocada pela conhecida "Lei Seca", nos Estados Unidos, nas décadas de vinte e trinta.

(...)

O projeto de lei que ora, apresentamos procura equilibrar todos esses aspectos. De um lado, por considerar que a publicidade é um fator ponderável, ao estímulo do consumo, consequentemente da produção e da geração de empregos. De outro, porque pode e deve ser utilizada nos dois sentidos, quando promover a utilização abusiva de produtos necessários, mas de utilização perigosa. E, finalmente, quando conscientiza o cidadão sobre os riscos do consumo de outros produtos.

Acreditamos que o presente projeto se situa dentro do razoável e representa uma importante conquista para aqueles que são vítimas, indiretas ou inocentes, do uso indiscriminado e abusivo dos produtos cuja publicidade esta lei regulamenta.

Na toada da nova ordem constitucional, outro passo importante são o estabelecimento do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por meio da Lei nº 9.782 /1995. Prevê-se que os produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, submetem-se ao controle e à fiscalização da Anvisa (art. 8º, § 1º, X).

Outras previsões legais correlatas poderiam ser lembradas. Tais como as normas contempladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990. Proíbe-se a venda de " *produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida* " (art. 81, III) e tipifica-se como crime a venda ou o fornecimento gratuito de " *produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica* " (art. 243), crime este que, constante da redação originária, teve a pena agravada pela Lei nº 10.764/2003.

24. É, em síntese, com a **verdadeira força motriz da Constituição**, que o enfrentamento do tabagismo se institucionaliza e ganha força. Conforme registra o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Tabagismo, da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, aprovado no âmbito do Ministério da Saúde (Portaria nº 10/2020):

Como uma resposta a esse grave problema de saúde pública, desde 1989 a governança do controle do tabagismo no Brasil passou a ser articulada pelo Ministério da Saúde (MS), por meio do seu Instituto Nacional de Câncer (INCA), o que inclui um conjunto de ações nacionais que compõem o Programa Nacional de Controle do Tabagismo (PNCT). O Programa tem como objetivo geral reduzir a prevalência de fumantes e, consequentemente, a morbimortalidade relacionada ao consumo de derivados do tabaco no Brasil, seguindo um modelo lógico pelo qual ações educativas, de comunicação e de atenção à saúde, junto com ações legislativas e econômicas, se potencializam para prevenir a iniciação do tabagismo, promover a cessação do tabagismo e proteger a população dos riscos do tabagismo passivo, alcançando, assim, o objetivo proposto.

Dessa forma, para além das ações legislativas vistas, tem-se, no âmbito do SUS, no limiar do século, continua a CONITEC:

No que tange à cessação do tabagismo, a Portaria SAS/MS nº 1.575 /2002 instituiu o tratamento do tabagismo formalmente no SUS, porém limitando o atendimento à assistência especializada de alta complexidade. A partir da publicação das portarias GM/MS nº 1.035 /2004 e SAS/MS nº 442/2004, o acesso ao tratamento foi ampliado à Atenção Primária à Saúde (APS) e à assistências especializada de média complexidade e houve a aprovação do Plano para Implantação da Abordagem e Tratamento do Tabagismo no SUS, a publicação do Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas (PCDT) da Dependência à Nicotina e a definição do financiamento dos procedimentos a serem utilizados.

II.4 Considerações histórico-contextuais da lei impugnada

25. A Lei nº 9.294/1996 foi editada em contexto específico de combate do fumo, em particular quanto ao consumo de tabaco, e apresenta-se como uma das peças dessa política no Brasil.

As ações adotadas nacionalmente surgem em contexto ainda mais amplo, de verdadeira transnacionalização do tabagismo, o que gera problema de saúde pública a nível global, a redundar em resposta da comunidade internacional, a Convenção-Quadro das Nações Unidas para o Controle do Tabaco, o primeiro tratado internacional negociado no âmbito da Organização Mundial da Saúde (OMS).

II.4.1 A expansão global da indústria tabagista e a saúde pública

26. O tabaco é substância antiga nas Américas, mas o seu consumo e os reflexos na saúde humana e qualidade ambiental são significativamente acentuados pela industrialização, a massificação das relações socioeconômicas e a globalização.

Conforme resumido pelo Ministério da Saúde, a produção em massa teve seu pontapé inicial no fim do século XIX (com a invenção da máquina de fazer cigarros) e expandiu nas primeiras décadas do século XX.

A partir de 1920, com o aprimoramento das pesquisas, e, mais ainda, na década de 1950, a correlação entre cigarro e câncer (entre outras doenças) começa a ganhar contornos mais definidos, embora ainda contestada por parte da comunidade científica. Novas pesquisas nos Estados Unidos e na Inglaterra, divulgadas na década de 1960, porém, dão força às campanhas de controle do uso do tabaco e alteram as posturas estatais para o seu enfrentamento.

Em 1954, publicado o estudo de Richard Doll e A. Bradford Hill, no *British Medical Journal*, indicando a relação entre o fumo e o câncer de pulmão. Em 1964, pelo Ministério da Saúde estadunidense, o relatório *Smoking and Health: Report of the Advisory Committee to the Surgeon General of the Public Health Service*, reconhecendo dita relação causal.

Em 1986, outro relatório é publicado pelo Ministério da Saúde estadunidense, *The Health Consequences of Involuntary Smoking*, reconhecendo os malefícios à saúde dos chamados fumantes passivos, isto é, daquelas pessoas que são expostas involuntariamente à fumaça dos produtos. Conclui-se que a exposição prolongada à fumaça do cigarro causa câncer de pulmão em adultos não fumantes, além de resultar em problemas respiratórios em crianças.

No mesmo ano de 1986, também lançada monografia da Agência Internacional de Pesquisa em Câncer, da Organização Mundial da Saúde

(OMS), avaliando os riscos cancerígenos associados ao tabagismo. Concluiu-se existir evidências científicas suficientes de que cancerígena a fumaça do tabaco.

O desenvolvimento científico da matéria deixou cada vez mais claro que o fumo se colocava como problema de saúde pública.

27. Devido ao lapso temporal entre o aumento massivo do consumo do cigarro no início do século XX e a concretização de suas consequências negativas mais acentuadas – com destaque para o câncer e a morte –, é que, com efeito, apenas da década de 1950 em diante se passou a ter evidências científicas mais claras, nos Estados Unidos e no Reino Unido, onde primeiro se popularizou o cigarro.

Ainda, nas palavras do médico e professor José Rosemberg (“Pandemia do Tabagismo”, 2002), em estudo apresentado nas informações encaminhadas pelo Presidente da República (doc. 7, p. 40 e seguintes):

A incidência do câncer de pulmão que vinha subindo durante a primeira metade deste século acentuou-se rapidamente a partir de 1950, de acordo com o aumento progressivo do consumo de tabaco nos homens e nas mulheres. Desse ano até 1975, a Organização Mundial da Saúde coligiu dados de 26 países nos quais a mortalidade por essa neoplasia elevou-se em todos de 77% a 351%. A American Society of Cancer, apurou os coeficientes de mortalidade por câncer do pulmão de 50 países, coligidos entre 1984 a 1986, figurando à frente em 41 deles e ocupando os 2º e 3º lugar nos nove outros. Em levantamento mais recente de 48 países, o câncer do pulmão em homens, entre 1990-1993, mantém o primeiro lugar em 40.

No Brasil, também há evidência do aumento da incidência do câncer do pulmão. Segundo o Ministério da Saúde, a mortalidade por Câncer do aparelho respiratório (nímeros englobados dos canceres de traquéia e brônquios) nos homens no período de 1976-80, ocupava o 7º, 8º e 9º lugares entre os demais canceres, respectivamente nas macroregiões (sic): Sul, Sudeste e Norte, não aparecendo entre os 10 primeiros no Centro Oeste e no Nordeste. Já em 1986, essa neoplasia subiu para o 1º lugar nas duas primeiras regiões e para o 2º nas demais. A ascenção (sic) do câncer respiratório no Brasil se confirma porque ele ocupa o 9º lugar no sexo masculino no período de 1976-78 e passa em 1986 para o 2º lugar. Mais recentemente o Instituto Nacional de Câncer computando dados de 5 cidades, relativos aos

anos de 1985 a 1991, registra que entre as cinco primeiras neoplasias o câncer do pulmão figura em 1º lugar em Porte Alegre, o 2º em Belém, Fortaleza e Goiana e 4º em Campinas.

28. Correlatamente ao desenvolvimento científico, houve, a partir da década de 1970, nos países considerados desenvolvidos, decréscimo do consumo e aumento de regulação restritiva do tabaco. Então de interesse das fabricantes de produtos fumígenos, em especial da indústria tabagista, a expansão para outros mercados, os “países em desenvolvimento”, para além da Europa e da América do Norte.

Nessa linha, o tabagismo, no Brasil, conhece o seu *boom* nas décadas de 1970 e 1980, em meio às mais diversas campanhas publicitárias pelas empresas fabricantes dos produtos fumígenos nos meios de comunicação e eventos culturais e esportivos, inclusive com vistas a mercados formados por mulheres e jovens. E é apenas no final dos anos de 1970 que pesquisas internas começam a ser realizadas de maneira específica.

Nos Estados Unidos, em outra ponta, o pico do consumo havia sido atingido na década de 1960, após acentuado crescimento na década de 1940. Subsequentemente, adotadas diferentes medidas para combater o fumo:

29. A expansão da oferta e do consumo de cigarro em novos mercados a partir da década de 1970, de fato, concretizou-se com considerável sucesso para a indústria tabagista. Entre as décadas de 1970 e 1990, o consumo de cigarro aumentou progressivamente nos países considerados em desenvolvimento. Em 1999, conforme quantificação divulgada em estudo do Banco Mundial, havia 1,1 bilhão de pessoas fumantes no mundo, do que 80% viviam em países de baixa e média renda.

Em síntese, nas palavras do historiador da medicina Allan Brandt, “*uma das ironias mais perturbadoras da saúde pública do século XX é que foi o relativo sucesso na redução do uso do tabaco no mundo desenvolvido que estimulou os aumentos acentuados no consumo de cigarro nas nações em desenvolvimento.*” Seguindo no exemplo dos Estados Unidos, o consumo total de cigarros no país caiu 20% entre 1975 e 1994, enquanto, no mesmo período, a produção aumentou 11%. Elevou-se a proporção de produtos exportados, que, consideradas as grandes indústrias estadunidenses, foram de 50 para 220 bilhões. A abertura dos novos mercados foi aspecto de suma importância para tanto.

II.4.2 Construção do consenso global: o combate à epidemia do tabagismo

30. A expansão global do fumo e as crescentes e cada vez mais incisivas evidências científicas de seus malefícios à saúde levaram ao reconhecimento da necessidade de resposta de igual amplitude: a cooperação da comunidade internacional para combater a **epidemia global** do tabagismo. Com efeito, “*a ameaçaposta pelo fumo à saúde global não tem precedentes*”. A transnacionalização do tabaco havida na segunda metade do século XX tem profundas implicações na saúde global.

31. A preocupação da OMS com o consumo do tabaco foi sinalizada, por meio de resoluções da Assembleia Mundial da Saúde (AMS), já na década de 1970. Nas 23^a e 24^a Assembleias Mundiais da Saúde, realizadas em 1970 e 1971, consideradas as consequências prejudiciais do fumo à saúde e a necessidade de medidas para sua redução (Resoluções nºs 23.32 e 24.48). Em 1976, recomendada, aos Estados, a adoção de política pública de prevenção e controle do fumo (29^a AMS, Resolução nº 29.55).

Ainda, consoante lembrado nos subsídios técnicos fornecidos pelo Ministério da Saúde nas informações prestadas pelo Presidente da República, em 1978, outra resolução da Assembleia Mundial da Saúde tratou do assunto. Destacou-se “*o alarmante crescimento na produção e no consumo de cigarros durante as duas últimas décadas em países em desenvolvimento, nos quais o consumo não era anteriormente disseminado, e com o extensivo direcionamento promocional para as vendas de cigarros sendo desenvolvidos em meios de comunicação e da associação desses produtos com eventos culturais e esportivos, geralmente induzindo os jovens a fumar*”.

Trata-se da 31^a AMS, Resolução nº 31.56. Na oportunidade, consignada a preocupação com o tabagismo, urgidos os Estados a (i) atuar no sentido de fortalecer os programas educacionais, (ii) adotar medidas comprehensivas de controle do consumo do tabaco – tais como o aumento de impostos e a restrição, ao máximo possível, da publicidade –, (iii) proteger o direito das pessoas não fumantes de gozar de um meio ambiente não poluído pela fumaça do tabaco e (iv) desenvolver alternativas economicamente adequadas à produção do tabaco.

Também assim na 33^a AMS, ao se consignar perplexidade diante das práticas publicitárias adotadas pelas empresas tabagistas, inclusive com a

utilização de meios psicológicos para atrair e manter fumantes, com especial atenção aos jovens, rogando-se aos Estados a adoção de medidas educativas e restrições à publicidade (Resolução nº 33.35). Na mesma linha, na 39^a AMS, ocorrida em 1986, registrou-se a profunda preocupação com a “*pandemia do fumo e outras formas de uso do tabaco*”, a resultar na morte de ao menos um milhão de pessoas anualmente, e instou-se os Estados, novamente, a proteger a pessoas não fumantes da exposição involuntária à fumaça e as crianças e jovens do vício do tabaco e a adotar advertências sanitárias nas embalagens dos produtos, entre outras medidas (Resolução 39.14).

A preocupação da AMS com o tema permanece, a figurar nas Resoluções nºs 40.38 (1987), 41.25 (1988), 42.19 (1989), 43.16 (1990), 44.26 (1991), 45.20 (1992), 46.8 (1993), 48.11 (1995), 49.17 (1996) e 52.18 (1999), com destaque para a necessidade de serem progressivamente adotadas medidas comprehensivas, multissetoriais e de longo prazo, e, nas três últimas, para a elaboração de instrumento internacional para impulsionar e nortear o controle do tabaco.

32. Em 1991, o Banco Mundial passou a formalmente adotar política ligada ao controle do tabaco, incluindo o não financiamento de sua produção. Em 1999, a instituição publicou estudo sobre o controle do tabaco no plano global, como resultado de cooperação com a OMS, a trazer aportes econômicos à discussão.

Entendeu-se **economicamente eficiente** o controle do tabaco, em benefício da saúde, inclusive no que toca a medidas tributárias para frear o consumo. Compreendeu-se que a redução da demanda e da oferta, em regra, não teria impacto negativo nem para a arrecadação tributária nem para o mercado de trabalho. Ao revés, e com destaque para o países de menor renda, o controle do tabaco seria altamente proveitoso como parte de política pública de saúde.

Agindo os países no sentido da implementação de medidas para combater a **epidemia do tabaco**, recomendou-se adotar políticas internas com o escopo de frear o fumo precoce, proteger as pessoas não fumantes e fornecer informações às pessoas fumantes. A tanto, sugerida estratégia multifacetada, a incluir (i) o aumento de impostos; (ii) a disseminação de informações sobre os efeitos nocivos do tabaco, com uso de advertências nas embalagens, proibição de propaganda e promoção dos produtos e

limitações ao fumo em espaços públicos e no ambiente de trabalho; e (iii) a ampliação do acesso a tratamento de saúde para auxiliar as pessoas a parar de fumar.

O final da década de 1990 também é palco de acordo firmando pelas empresas tabagistas com os estados americanos (*Master Settlement Agreement*), que previu como uma das medidas negociais a publicização dos documentos empresariais. O que possibilitou amplo conhecimento sobre o funcionamento desse mercado e também impulsionou a ação internacional.

33. É, com efeito, na década de 1990 que o consenso global começa a institucionalizar com maior força, a desembocar na celebração de convenção sobre a matéria. Iniciam-se os trabalhos que culminaram na materialização, em tratado internacional, do consenso global sobre a necessidade de combate ao tabagismo, consoante referido.

Em particular, por provação da Assembleia Mundial da Saúde assentada na Resolução nº 48.11 (1995), verificada a viabilidade, pelo Diretor-Geral da OMS, da elaboração de uma convenção relativa ao consumo do tabaco (Resolução AMS nº 49.17, 1996).

Depois de três anos, em 1999 (cf. Resolução AMS nº 52.18), criado grupo de trabalho específico e instituído Órgão de Negociação Intergovernamental (ONI), integrado pelos 192 Estados membros da organização. Eleitos presidentes do ONI os embaixadores brasileiros Celso Amorim e, na etapa final, Seixas Corrêa.

Para auxiliar nos trabalhos preparatórios e negociações, foi criada, no plano interno, a **Comissão Nacional para o Controle do Uso do Tabaco**, por meio do Decreto nº 3.136, de 13 de agosto de 1999.

As negociações internacionais obtiveram êxito, e o texto final foi aprovado, por unanimidade, em maio de 2003, pela 56^a Assembleia Mundial da Saúde (Resolução nº 56.01).

Disponibilizado à assinatura das partes, o Estado brasileiro foi o segundo país a firmar o instrumento, e logo foi criada a **Comissão Nacional para Implementação da Convenção-Quadro para o controle do Tabaco e de seus Protocolos**, por meio do Decreto de 1º de agosto de 2003.

Subsequentemente, no diálogo com a comunidade internacional, deu-se um passo a mais na solidificação de dito consenso. Na 5^a Seção da

Conferência das Partes da CQCT (COP5), ocorrida em 2012, adotado o **Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco** (Decreto nº 9.516/2018).

34. Nos termos do preâmbulo da CQCT, reconhece-se expressamente que “*os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência*” e manifesta-se profunda preocupação com “*o elevado aumento do número de fumantes e outras formas de consumo de tabaco entre crianças e adolescentes em todo o mundo, particularmente com o fato de que se começa a fumar em idades cada vez menores*”.

Entre os seus objetivos, elencados no artigo 3, está o de proporcionar “*referência para as medidas de controle do tabaco, a serem implementadas pelas Partes nos níveis nacional, regional e internacional, a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco*”. Correlatamente, um de seus princípios norteadores, declaradamente, é “*a necessidade de tomar medidas para prevenir a iniciação, promover e apoiar a cessação e alcançar a redução do consumo de tabaco em qualquer de suas formas*” (artigo 4, b).

Assim, estabelecidas obrigações das partes de adotar medidas estruturais e contínuas para o alcance dos fins institucionais. Conforme dispõe o artigo 5:

1. Cada Parte formulará, aplicará e atualizará periodicamente e revisará estratégias, planos e programas nacionais multisetoriais integrais de controle do tabaco, de conformidade com as disposições da presente Convenção e dos protocolos aos quais tenha aderido.
2. Para esse fim, as Partes deverão, segundo as suas capacidades:
 - (a) estabelecer ou reforçar e financiar mecanismo de coordenação nacional ou pontos focais para controle do tabaco; e
 - (b) adotar e implementar medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas e cooperar, quando apropriado, com outras Partes na elaboração de políticas adequadas para prevenir e reduzir o consumo de tabaco, a dependência da nicotina e a exposição à fumaça do tabaco.
3. 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.”

Para tanto, a atuação estatal, prevista no tratado, em potencial, há de se dar em várias frentes, em comprehensiva rede de políticas públicas a nível doméstico.

Dessa forma, as *medidas relativas à redução da demanda de tabaco* incluem (i) medidas relacionadas e não relacionadas a preços e impostos (artigos 6 e 7); (ii) proteção contra a exposição à fumaça do tabaco (artigo 8); (iii) regulamentação do conteúdo dos produtos de tabaco (artigo 9); (iv) regulamentação da divulgação das informações sobre os produtos de tabaco (artigo 10); (v) especificações sobre embalagem e etiquetagem dos produtos (artigo 11); (vi) educação, comunicação, treinamento e conscientização do público (artigo 12); (vii) publicidade, promoção e patrocínio do tabaco (artigo 13); e (viii) medidas relativas à dependência e ao abandono do tabaco (artigo 14).

Tudo isso ao lado (i) de medidas relativas à redução da oferta de tabaco, concernentes ao comércio ilícito dos produtos (artigo 15), à venda a menores de idade ou por eles (artigo 16) e ao apoio a atividades alternativas economicamente viáveis (artigo 17); (ii) da proteção do meio ambiente (artigo 18); (iii) da responsabilidade civil e penal (artigo 19); e (iv) da cooperação científica e técnica e comunicação de informação (artigos 20 a 22).

No que toca às embalagens e à propaganda, reproduzo os dispositivos pertinentes (artigos 11 e 13):

Artigo 11

Embalagem e etiquetagem de produtos de tabaco

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

(a) a embalagem e a etiquetagem dos produtos de tabaco não promovam produto de tabaco de qualquer forma que seja falsa, equivocada ou enganosa, ou que possa induzir ao erro, com respeito a suas características, efeitos para a saúde, riscos ou emissões, incluindo termos ou expressões, elementos descritivos, marcas de fábrica ou de comércio, sinais figurativos ou de outra classe que tenham o efeito, direto ou indireto, de criar a falsa impressão de que um determinado produto de tabaco é menos nocivo que outros. São exemplos dessa promoção falsa, equívoca ou enganosa, ou que possa induzir a erro, expressões como "low tar" (baixo teor de alcatrão), "light", "ultra light" ou "mild" (suave); e

(b) cada carteira unitária e pacote de produtos de tabaco, e cada embalagem externa e etiquetagem de tais produtos também contenham advertências descrevendo os efeitos nocivos do consumo do tabaco, podendo incluir outras mensagens apropriadas. Essas advertências e mensagens:

- (i) serão aprovadas pela autoridade nacional competente;
- (ii) serão rotativas;
- (iii) serão amplas, claras, visíveis e legíveis;
- (iv) ocuparão 50% ou mais da principal superfície exposta e em nenhum caso menos que 30% daquela superfície;
- (v) podem incluir imagens ou pictogramas.

2. Cada carteira unitária e pacote de produtos de tabaco, e cada embalagem externa e etiquetagem de tais produtos deverá conter, além das advertências especificadas no parágrafo 1(b) do presente Artigo, informações sobre os componentes e as emissões relevantes dos produtos de tabaco, tais como definidos pelas autoridades nacionais competentes.

3. Cada Parte exigirá que as advertências e a informação especificada nos parágrafos 1(b) e 2 do presente artigo figurem – em cada carteira unitária, pacote de produtos de tabaco, e em cada embalagem externa e etiquetagem de tais produtos – em seu idioma, ou em seus principais idiomas.

4. Para os fins deste Artigo, a expressão "embalagem externa e etiquetagem", em relação a produtos de tabaco, aplica-se a qualquer embalagem ou etiquetagem utilizadas na venda no varejo de tais produtos.

(...)

Artigo 13

Publicidade, promoção e patrocínio do tabaco

1. As Partes reconhecem que uma proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio reduzirá o consumo de produtos de tabaco.

2. Cada Parte, em conformidade com sua Constituição ou seus princípios constitucionais, procederá a proibição total de toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco. Essa proibição compreenderá, em conformidade com o entorno jurídico e os meios técnicos de que disponha a Parte em questão, uma proibição total da publicidade, da promoção e dos patrocínios além-fronteira, originados em seu território. Nesse sentido, cada Parte adotará, em um prazo de cinco anos a partir da entrada em vigor da presente Convenção para essa Parte, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas apropriadas e informará sobre as mesmas, em conformidade com o Artigo 21.

3. A Parte que não esteja em condições de proceder a proibição total devido às disposições de sua Constituição ou de seus princípios

constitucionais aplicará restrições a toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco. Essas restrições compreenderão, em conformidade com o entorno jurídico e os meios técnicos de que disponha a Parte em questão, a restrição ou proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio originados em seu território que tenham efeitos na além-fronteira. Nesse sentido, cada Parte adotará medidas legislativas, executivas, administrativas ou outras medidas apropriadas e informará sobre as mesmas em conformidade com o artigo 21.

4. No mínimo, e segundo sua Constituição ou seus princípios constitucionais, cada Parte se compromete a:

(a) proibir toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco, que promova um produto de tabaco por qualquer meio, que seja falso, equivocado ou enganoso ou que possa induzir ao erro, a respeito de suas características, efeitos para a saúde, riscos e emissões;

(b) exigir que toda publicidade de tabaco e, quando aplicável, sua promoção e seu patrocínio, venha acompanhada de advertência ou mensagem sanitária ou de outro tipo de mensagem pertinente;

(c) restringir o uso de incentivos diretos ou indiretos, que fomentem a compra de produtos de tabaco pela população;

(d) exigir, caso se não tenha adotado a proibição total, a divulgação para as autoridades governamentais competentes, de todos os gastos da indústria do tabaco em atividades de publicidade, promoção e patrocínios, ainda não proibidos. Essas autoridades poderão divulgar aquelas cifras, de acordo com a legislação nacional, ao público e à Conferência das Partes, de acordo com o Artigo 21;

(e) proceder, em um prazo de cinco anos, a proibição total ou, se a Parte não puder impor a proibição total em razão de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais, à restrição da publicidade, da promoção e do patrocínio do tabaco no rádio, televisão, meios impressos e, quando aplicável, em outros meios, como a Internet;

(f) proibir ou, no caso de uma Parte que não possa fazê-lo em razão de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais, restringir o patrocínio do tabaco a eventos e atividades internacionais e /ou a seus participantes;

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

6. As Partes cooperarão para o desenvolvimento de tecnologias e de outros meios necessários para facilitar a eliminação da publicidade de além-fronteira.

7. As Partes que tenham proibido determinadas formas de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco terão o direito soberano de proibir as formas de publicidade, promoção e patrocínio de além-fronteira de produtos de tabaco que entrem em seus respectivos territórios, bem como aplicar as mesmas penalidades previstas para a

publicidade, promoção e patrocínio que se originem em seus próprios territórios, em conformidade com a legislação nacional. O presente parágrafo não apóia nem aprova nenhuma penalidade específica.

8. As Partes considerarão a elaboração de um protocolo em que se estabeleçam medidas apropriadas que requeiram colaboração internacional para proibir totalmente a publicidade, a promoção e o patrocínio de além-fronteira.

35. Embora os tratados internacionais do tipo convenção-quadro, de modo geral, positivem consensos e princípios básicos, sem adentrar o campo de regras mais específicas, não raro objeto de controvérsia entre os Estados partes, a deixar para eventuais protocolos adicionais a densificação das obrigações, fica claro que, mesmo que no plano mais geral, alcançou-se consenso acerca dos riscos e dos impactos do uso dos produtos de tabaco, a resultar na imperiosa necessidade de sua redução, por meio de restrições e vedações a serem concretizadas em cada sistema jurídico nacional, nas diferentes dimensões abrangidas pelo instrumento.

Nesses moldes, **o Estado brasileiro, no esteio do consenso global alcançado, comprometeu-se**, a nível internacional, a adotar as medidas necessárias para prevenir e reduzir o consumo de tabaco, a dependência da nicotina e a exposição à fumaça do tabaco, inclusive medidas de caráter legislativo e no que concerne à dimensão publicitária da atividade comercial e às embalagens dos produtos.

A concretização da CQCT, cabe lembrar, **integra a Agenda 2030**, da Organização das Nações Unidas, firmada em 2015. Estabelecida, no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 3, a meta instrumental 3.a, consistente em *“Fortalecer a implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco em todos os países, conforme apropriado”*. A questão está igualmente relacionada com as metas finalísticas 3.4 (*“Até 2030, reduzir em um terço a mortalidade prematura por doenças não transmissíveis via prevenção e tratamento, e promover a saúde mental e o bem-estar”*) e 3.5 (*“Reforçar a prevenção e o tratamento do abuso de substâncias, incluindo o abuso de drogas entorpecentes e uso nocivo do álcool”*).

Na mesma direção, o mecanismo de proteção internacional inaugurado pela **Convenção sobre os Direitos da Criança** (Decreto nº 99.710/1990). Expressado no Comentário Geral nº 15 do Comitê dos Direitos das Crianças, de 2013, sobre o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde (artigo 24), que os Estados devem protegê-las de

substâncias como o tabaco. Instada a ratificação da CQCT por países que ainda não o fizeram e destacada a obrigação dos Estados já partes de adotar as medidas internas para a realização da CQCT.

Por fim, igualmente, o documento **Estratégia e plano de ação para fortalecer o controle do tabagismo na Região das Américas 2018-2022**, adotado pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), agência especializada do Sistema Interamericano e da OMS/ONU, instando os Estados-membros no sentido de que, de modo abrangente:

- a) promovam práticas de saúde pública que protejam a população em geral, e às crianças e adolescentes em especial, dos perigos do consumo de tabaco e da exposição ao fumo de tabaco, de modo a reduzir definitivamente o ônus de morbimortalidade a eles inerente;
- b) priorizem a adoção de uma norma abrangente para ambientes livre de fumaça e a implementação de advertências de saúde nas embalagens de produtos de tabaco, bem como o fortalecimento e eventual melhoramento de normas já existentes sobre estes temas e de seu cumprimento, com o objetivo de que essas medidas protejam toda a população das Américas;
- c) considerem a adoção ou o fortalecimento da implementação das outras medidas contidas na CQCT, com especial ênfase na proibição da publicidade, promoção e patrocínio do tabaco em conformidade com o Artigo 13 da CQCT e em medidas fiscais para reduzir a demanda por tabaco;
- d) considerem os impostos sobre o tabaco como uma fonte de renda que, em conformidade com a legislação nacional, poderia ser utilizada como fonte de financiamento doméstico da saúde em particular e do desenvolvimento em geral;
- e) fortaleçam seus sistemas nacionais de vigilância a fim de que possam avaliar não só a prevalência do consumo de tabaco, mas também a efetividade das medidas implementadas, e possam obter informação desagregada por sexo, gênero, etnia e outros fatores, na medida do possível, e usar essa informação para criar intervenções com base em evidências científicas e direcionadas a fim de reduzir as disparidades;
- f) oponham-se às tentativas da indústria do tabaco e de seus grupos associados de interferir, atrasar, obstruir ou impedir a implementação das medidas de controle do tabaco orientadas à proteção da saúde pública da população, e reconheçam a necessidade de monitorar, documentar e, de acordo com a legislação nacional vigente, tornar públicas as atividades da indústria a fim de pôr em evidência suas estratégias e reduzir sua eficácia;

g) considerem a necessidade de contar com instrumentos legais para abordar a questão relativa ao conflito de interesses por parte de representantes oficiais e funcionários públicos no que diz respeito ao controle do tabaco;

h) considerem, caso sejam Parte da CQCT, a ratificação do Protocolo para eliminar o comércio ilícito de produtos de tabaco, a fim de assegurar sua pronta entrada em vigor em âmbito internacional.

II.5 Do liminar constitucional à implementação da CQCT: combate ao fumo e controle do tabaco como política de Estado

36. Antes visto que a Constituição se traduz em verdadeira força motriz do combate ao fumo e controle do tabaco no Brasil. A ela se acopla o consenso global materializado na Convenção-Quadro das Nações Unidas para Controle do Tabaco, que dá novo impulso à tutela da saúde na presente seara.

O Brasil, em termos normativos, antecipou-se ao consenso global materializado na CQCT, adotada em 2003, vigente dois anos depois no plano internacional e internalizada em 2005. A lei impugnada data de 1996, com alterações em 2000, 2001, 2003 e 2011, além das demais medidas acima mencionadas.

Nessa perspectiva, a política pública de controle do tabaco, em suas diferentes frentes, pode ser compreendida sinteticamente em ao menos três fases, a partir de 1986: “estruturação inicial da política (1986-1998); negociações da CQCT-OMS e sua ratificação pelo Brasil (1999-2005); e implementação da CQCT-OMS no país (2006-2016) ”.

O processo de ratificação do tratado e respectiva incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro foi conturbado, especialmente depois da aprovação pela Câmara dos Deputados (13.5.2004). Levou à elaboração de diferentes materiais pelo Ministério da Saúde, como campanha pública, para esclarecimento da importância de sua internalização, além de ampla discussão no Congresso Nacional, incluindo audiências públicas *in loco*. **Nesse contexto, aliás, ajuizada a presente ação direta**, em 24.9.2004, enquanto pendente, o projeto de decreto legislativo, de apreciação pelo Senado Federal.

Assentado o compromisso do Estado brasileiro, na esfera internacional e posteriormente no plano interno, medidas executivas e legislativas concordantes foram progressivamente adotadas, como verdadeira política de Estado, com matiz multissetorial.

Como consignado no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Tabagismo da CONITEC, aprovado no âmbito do Ministério da Saúde (Portaria nº 10/2020), não se trata de política pública de governo:

Com a ratificação deste tratado pelo Brasil sua implementação nacional ganhou o status de política de Estado – a Política Nacional de Controle do Tabaco. Com isso, o Programa Nacional de Controle do Tabagismo passa a ter como objetivo a implementação da CQCT no âmbito da saúde e apoio fundamental na adoção de medidas intersetoriais.

Nessa toada, anotam o Instituto Nacional de Câncer e a Organização Pan-americana da Saúde:

Um dos mais importantes avanços que o Brasil conquistou nas suas ações nacionais de controle do tabagismo foi a transformação do PNCT, que era restrito à área de saúde em uma Política de Estado de caráter intersetorial – a Política Nacional para o Controle do Tabaco –, com diversos setores do governo trabalhando para convergir seus programas e políticas para alcançar os objetivos da CQCT.

Hoje [2011], o PNCT tem o papel de internalizar as ações da Convenção que cabem ao SUS. Além deste programa, também se agregaram à Política Nacional para o Controle do Tabaco a Política de Regulação dos Produtos de Tabaco, que é um papel específico da ANVISA; o Programa Nacional de Diversificação de Produção em áreas Cultivadas com Tabaco, de responsabilidade do Ministério do Desenvolvimento Agrário; a Política de preços e impostos sobre o setor fumageiro, cujo titular é o Ministério da Fazenda; além de outros programas e políticas.

O principal objetivo da Política Nacional para o Controle do Tabaco é implementar, em nível nacional, as obrigações assumidas pelo Brasil como Estado-Parte da CQCT e cooperar com outros países e organizações internacionais para o alcance dos seus objetivos. As diretrizes da política obedecem aos princípios norteadores da CQCT e suas obrigações gerais.

A Política Nacional para o Controle do Tabaco tem a intenção de melhorar o nível de saúde da população e fortalecer mecanismos de proteção social para pequenos agricultores que plantam fumo, consolidando a agricultura familiar e contribuir para a promoção do desenvolvimento sustentável. Da mesma forma, une-se aos esforços nacionais para a redução das desigualdades sociais, para o alcance do equilíbrio macroeconômico, a recuperação e sustentabilidade do crescimento e distribuição de renda, geração de trabalho e emprego.

Em termos ambientais, a Política Nacional para o Controle do Tabaco coopera com a elevação da produtividade e com a redução da vulnerabilidade externa, assim como com o processo de aperfeiçoamento da gestão e a qualidade ambiental, nos esforços para promover a conservação e uso sustentável dos recursos nacionais e na promoção da educação ambiental.

37. Nesse quadro, ao longo do tempo, a lei impugnada sofreu alterações, a redundar em restrições paulatinamente maiores a esses produtos, aqui em termos de publicidade e embalagem. As limitações publicitárias (“vedação da propaganda”) e as advertências sanitárias obrigatórias nas embalagens (“contrapropaganda”) foram objeto, progressivamente, de ondas restritivas.

É dizer, o incremento das restrições legais no campo da publicidade e das advertências colocam-se *pari passu* com a formação e a implementação do consenso global quanto à necessidade de combate da epidemia do tabagismo, com alterações legislativas concomitantes e posteriores à celebração e à ratificação da CQCT, a tonar efetiva a tutela da saúde pública e concretizar os compromissos constitucionais e internacionais assumidos.

Em referência ao ato normativo impugnado, pode-se identificar ao menos três ondas de restrições pelo legislador federal, no que toca à matéria posta em debate.

38. Numa **primeira onda**, as medidas impostas, nos termos da redação originária da Lei nº 9.294, de 1996, são mais brandas, como visto. Seja por exigir apenas advertências textuais, conforme dito, seja por, em relação à publicidade, também impor limitações de menor intensidade. Assim é que há limitação de horário e conteúdo das propagandas, mas podem ser feitas em meios de comunicação de massa (art. 3º, *caput* e §1º), com advertências escritas ou faladas, conforme o caso (§ 2º).

Na mesma linha, de menor intensidade, é a restrição espacial, onde é proibido fumar: não se podia fumar em recintos coletivos como regra, mas permitida a conduta “*em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente*” (art. 2º). E foi preciso especificar, à época: a proibição inclui “*as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema*” (art. 2º, § 1º). De todo modo, permitia-se o uso desses produtos no transporte coletivo, inclusive aeronaves, se “*transcorrida uma hora de viagem e houver nos referidos meios de transporte parte especialmente reservada aos fumantes*” (art. 2º, § 2º).

Vem então uma **segunda onda**, nos anos 2000-2001, enquanto ainda gestada a CQCT, com as alterações da lei pela Lei nº 10.167/2000 e a Medida Provisória nº 2.190-34/2001. É vedada a utilização dos produtos fumígenos em aeronaves e outros veículos de transporte coletivo (art. 2º, § 2º). Define-se que a propaganda desses mesmos produtos poderá ser feita apenas nos locais de venda, por meio de pôsteres, painéis e cartazes internos, e não mais nos meios de comunicação de massa (art. 3º, *caput*). E as embalagens e maços devem conter também imagens, a ilustrar a advertência sanitária (art. 3º, § 3º), além de ostentar o registro junto à Anvisa (art. 3º-B).

Também, são incluídas outras proibições, como a venda desses produtos pela via postal; a distribuição de brinde ou amostras; a propaganda por meio eletrônico, inclusive pela internet; as visitas promocionais, a distribuição gratuita e a comercialização em estabelecimentos de ensino; o patrocínio de atividade cultural ou esportiva; a propaganda indireta, conhecida como *merchandising*; e a propaganda em estádios, pistas ou palcos (art. 3º-A).

Em 2003, ademais, são inseridas especificações quanto à publicidade e as advertências sanitárias em eventos internacionais (arts. 3º-A e 3ºC).

A **terceira onda**, por sua vez, já após a internalização da CQCT, chega uma década depois, com as modificações promovidas pela Lei nº 12.546 /2011. Agora, nem sequer propaganda em locais de venda. Passa a ser vedada, em todo o território nacional, “*com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas*”, acompanhada aí das devidas advertências e da tabela de preços (art. 3º, *caput*). No que toca às advertências nas embalagens, estabelece-se que deverão cobrir 100% do verso e de uma das laterais e, a partir de 2016, também 30% da frente (art. 3º, § 3º). Espacialmente, também agora se diz (art. 2º, *caput*): proibido fumar em recinto coletivo fechado, privado ou público. Excluídas eventuais áreas específicas para tanto.

Nessa toada, a Lei nº 12.546/2011, que, como visto, vedou a propaganda nos locais de venda – a se restringir aos próprios produtos expostos, e não outros materiais –, também estabeleceu preço mínimo para o cigarro e alterou a respectiva tributação do IPI.

Há, ainda, é de se registrar, projetos de lei para alteração da Lei nº 9.294 /1996. Assim, o PLC nº 6.387/2019, atualmente em tramitação na Câmara

dos Deputados, em que se pretende incrementar as vedações de propaganda de produtos fumígenos e estabelecer formato padrão para as respectivas embalagens, entre outras medidas correlatas.

II.6 Quadro científico dos malefícios do fumo e seus impactos socioeconômicos

39. Toda a arquitetura normativa no plano nacional e internacional para controle do uso do tabaco na perspectiva da saúde pública encontra suporte empírico nos estudos científicos sobre os riscos e impactos do consumo de produtos fumígenos, sobremaneira aqueles derivados do tabaco.

Nesse sentido, já destaquei a moldura fático-científica da matéria, ao apreciar a ADI 4874, sob minha relatoria, que impugnava a atuação da Anvisa quanto a aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco. Colho do meu voto:

Ao enfrentamento do mérito, permito-me lembrar, de início, pela pertinência, as palavras de Sandra Day O'Connor, Juíza hoje aposentada da Suprema Corte dos EUA, em julgamento paradigmático daquela Casa (*Food and Drug Administration v. Brown & Williamson Tobacco Corporation*), em que enfrentados dilemas análogos aos ora submetidos a este Supremo Tribunal Federal: “*este caso envolve um dos mais preocupantes problemas de saúde pública enfrentados hoje pela nossa nação – as milhares de mortes prematuras que ocorrem a cada ano devido ao uso do tabaco*”.

De fato, segundo relatório da Organização Mundial de Saúde – OMS divulgado em 2008, o uso do tabaco foi a causa de cerca de 100 milhões de mortes prematuras no decorrer do século XX. No último relatório global sobre tendências na prevalência do tabagismo, divulgado em 2015, esse organismo internacional aponta para seis milhões de mortes anuais provocadas pelo uso do tabaco, incluídas nesse número as estimadas seiscentas mil mortes causadas pela exposição passiva aos efeitos do fumo. [WHO global report on trends in prevalence of tobacco smoking 2015. World Health Organization, 2015.]

O conjunto de evidências científicas hoje disponível autoriza qualificar de **incontestável**, porque não exposta a margem razoável de dúvida, a premissa fática de que **o consumo do tabaco acarreta prejuízos de elevada magnitude à saúde dos seus usuários**. Trata-se de fato que, na presente quadra da história, não está sequer aberto à discussão.

Sobre a prática do fumo do tabaco, também já foi dito que seria a atividade voluntária mais perigosa do mundo [Revista *The Economist* . 23.3.2013], afirmação não isenta de controvérsia por deixar de considerar adequadamente o problema da relação entre a **autonomia individual** e o comportamento condicionado por **dependência química ou psicológica** . Ainda que a decisão de começar a fumar, desde que consciente e informada, possa ser considerada livre, frequentemente, e quiçá no mais das vezes, não se pode assumir como livre a vontade do indivíduo quando se trata de escolher entre seguir fumando ou abandonar o vício.

A Associação Médica Brasileira – em Carta Aberta a este STF, datada de 17.11.2016 –, ao externar considerações técnicas sobre o tema baseadas em robustas evidências científicas, alerta que o **tabagismo é uma doença** que inicia na infância e na adolescência: cerca de oitenta a noventa por cento dos fumantes se tornam dependentes do tabaco antes dos dezoito anos. Por isso, é considerado **doença pediátrica** .

Há de ser especialmente reconhecida, nesse quadro, a importância da adoção, pelos governos, de medidas políticas voltadas ao controle do tabagismo. No Brasil, o sucesso da progressiva implementação de políticas públicas orientadas ao controle do tabagismo é evidenciado pela substancial redução da população fumante, que, segundo dados fornecidos pelo Instituto Nacional do Câncer – INCA, caiu de 34,8% (trinta e quatro inteiros e oito décimos por cento) da população adulta em 1989 para 14,7% (quatorze inteiros e sete décimos por cento) em 2013 [Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. - IBGE. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. Rio de Janeiro, 2014], o que se traduz em aproximadamente meio milhão de mortes evitadas no período. [Levy D, de Almeida LM, Szklo A (2012) The Brazil SimSmoke Policy Simulation Model: The Effect of Strong Tobacco Control Policies on Smoking Prevalence and Smoking-Attributable Deaths in a Middle Income Nation. PLoS Med 9(11): e1001336. <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001336>] Em 2016, segundo dados do Ministério da Saúde divulgados pelo Observatório da Política Nacional de Controle do Tabaco, esse número passou a 10,2% (dez inteiros e dois décimos por cento) da população. [Ministério da Saúde. Vigilância Brasil 2016. Brasília, 2017]

(...)

Um aspecto peculiar do uso do tabaco merece ser desde logo ressaltado por apresentar dificuldade adicional ao equacionamento de questões relacionadas ao seu controle: **o uso lícito, normal e esperado do produto é em si mesmo danoso à saúde do usuário** . Os efeitos nocivos ao consumidor não constituem riscos marginais ou laterais, cuja concretização dependa de suposto mau uso, de imperícia, de condições especiais de uso, ou da conjugação com um evento fortuito

ou incerto. Tais efeitos nocivos são **consequências diretamente esperadas do uso regular do tabaco** . (ADI 4874, Pleno, j. 01.02.2018, DJe 01.02.2019)

Ou seja, como sintetizei na oportunidade, não obstante a licitude da substância, " *sequer há necessidade de superar maiores dificuldades hermenêuticas para concluir que o risco à saúde associado a essas atividades justifica a sujeição do seu mercado a intensa regulação sanitária , tendo em vista o interesse público na proteção e na promoção da saúde .*" Reconhecida a dependência química e física gerada pela nicotina, doença a gerar transtornos mentais e comportamentais (CID 10, F17.2), *v.g .* Igualmente, no que toca aos problemas relacionados com o ambiente físico, o tabagismo passivo (CID 10, Z58.7).

40. O impacto da saúde é tanto direto, sobre as pessoas fumantes ativas e passivas, como indireto, na medida da escassez dos recursos públicos destinados ao sistema de saúde. Ilustrativo, nesse sentido, o acordo firmado pelos estados americanos com as empresas tabagistas em 1998 (*Master Settlement Agreement*), prevendo pagamentos mensais **sem termo final** , considerando os gastos públicos com as doenças relacionadas ao tabaco. A solução negociada também incluiu outras medidas para, de maneira mais compreensiva, fazer frente ao tabagismo, **especialmente considerando seu impacto no público jovem e a necessidade de sua proteção** , tais como restrições à propaganda comercial e ao patrocínio, publicização de documentos internos, limitação de lobby, fixação de tamanho mínimo do maço de cigarro e criação e financiamento de uma fundação nacional a realizar programas de educação e pesquisa na área.

Mundialmente, estimado pela OMS que o gasto público com saúde, para o tratamento de doenças relacionadas ao fumo, foi de 422 bilhões de dólares em 2012, o que, somado ao custo econômico consistente na perda de produtividade em consequência do tabagismo, totaliza 1,4 trilhão de dólares naquele ano.

No Brasil, estimativa calculada em pesquisa de doutorado junto à Escola Nacional de Saúde Pública aponta, considerando as despesas de 2005, atualizadas até 2006, gasto anual do SUS que alcança R\$ 338,6 milhões, apenas com internamentos e quimioterapia, para tratamento de 32 doenças relacionadas ao tabagismo, incluindo câncer e doenças respiratórias e circulatórias, em pessoas com idade superior a 35 anos. Do que 33,85% dos recursos estimados (i.e., R\$ 114,6 milhões) seriam para tratar neoplasia.

Gastos em outros campos podem também ser cogitados. Por exemplo, com tratamento do lixo correspondente aos resíduos dos produtos de tabaco, o que já se estimou, para o Brasil, no ano de 2021, em 202 milhões de dólares.

41. Rememore-se faceta perversa da expansão do consumo do tabaco para os países de menor renda. Nesse sentido, os subsídios técnicos do Ministério da Saúde nas informações prestadas pelo Presidente da República, ao se destacar que o tabagismo **agrava a fome e a pobreza e cria obstáculos ao desenvolvimento sustentável**. Reconhecido o **ciclo vicioso** entre tabagismo e pobreza, tema do Dia Mundial sem Tabaco de 2004, sediado pelo Brasil.

A título ilustrativo, veja-se, nos termos da Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios (PNAD) de 2008, a **contrastante diferença entre a prevalência de fumantes de tabaco entre as pessoas com maior e menos grau de escolaridade**, consabida a íntima a relação, no contexto brasileiro, entre o grau de escolaridade e a renda. Verificados, na oportunidade, os seguintes percentuais conforme os anos de estudo: a) sem instrução e menos de 1 ano, 25,7%; b) 1 a 3 anos, 23,1%; c) 4 a 7 anos, 20,3%; d) 8 a 10 anos, 14,9%; d) 11 anos ou mais, 11,9%.

É o que também já indicavam os dados de 2004, consoante pesquisa do Instituto Nacional de Câncer (*Prevalência de tabagismo no Brasil: dados dos inquéritos epidemiológicos em capitais brasileiras, 2004*):

É possível ainda observar que o tabagismo foi maior entre os grupos com menor escolaridade (menos de 8 anos de estudo), quando comparado com os de maior escolaridade (8 anos ou mais de estudo) em todas as cidades estudadas. Novamente aqui, a razão de prevalências entre indivíduos com menor e maior escolaridade é da ordem de 2, ou seja, temos dois fumantes com baixa escolaridade para um fumante com maior escolaridade. Se considerarmos que a escolaridade é uma forma indireta para avaliarmos a renda/classe social dos indivíduos, temos mais fumantes no grupo de baixa renda do que no grupo com rendas mais altas.

II.7 Resultados da política pública brasileira

42. Não obstante aprimoramentos que ainda se possam fazer necessários, tem-se política pública brasileira de considerável sucesso na perspectiva da saúde pública.

Política pública que nasce, como visto, com contribuições significativas da sociedade civil e dos profissionais de saúde. Foi oficializada no limiar da nova ordem constitucional e paulatinamente assumida como verdadeira política de Estado, para combater problema de saúde pública de grande magnitude.

Consoante registrado pela CONITEC:

Como resultado de todo esse esforço, a prevalência do tabagismo vem apresentando queda a partir da implementação de medidas de controle do tabaco que incluem, além de educação da população sobre os danos à saúde, medidas legislativas como restrições à propaganda, comercialização e proibição do uso de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, em locais fechados. Entre os homens brasileiros, a prevalência de tabagismo declinou de 43,3% em 1989 para 18,9% em 2013 e, entre as mulheres, respectivamente de 27,0% para 11,0%.

Em termos de proporção populacional, como acima referido, o Brasil foi de 34,8% de pessoas fumantes de tabaco em 1989 para 14,7% em 2013. Ainda, a Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios (PNAD) de 2008 – i. e., antes da terceira onda de intensificação das restrições publicitárias antes vista – constatou a prevalência do fumo de 17,2% na população com 15 anos ou mais.

A título ilustrativo, acresço dados do ambiente universitário. Em comparativo feito por docentes da Universidade de São Paulo, os percentuais de fumantes entre alunos e funcionários tiveram significativo decréscimo de 1980 a 2008, na Faculdade de Saúde Pública da instituição: a) em 1980, 56,9% dos homens e 45,9% das mulheres; b) em 1998, 21,1% dos homens e 24,2% das mulheres; c) em 2008, 14,4% dos homens e 17,1% das mulheres.

Ainda, segundo dados da PNS de 2019, a redução continuou, em todas as regiões do país. Naquele ano, verificado o total de 12,8% de usuários de produtos derivados do tabaco. Dos chamados fumantes passivos o percentual ficou em 9,2%.

Em termos absolutos, considerada a população de 210 milhões para o ano de 2019, o número ainda é alto, 26,88 milhões de pessoas. Se somadas aquelas declaradas fumantes passivas, o montante chega a 46,2 milhões, quase um quarto de brasileiras e brasileiros. Não obstante, é possível

observar o logro das medidas adotadas na seara do combate ao fumo, reduzindo, cada vez mais, o percentual de consumidores de produtos derivados do tabaco.

Ou seja, proporcionalmente, vê-se não apenas contenção da expansão havida ao tempo da inexistência de política pública compreensiva na matéria, mas diminuição progressiva, inclusive após as alterações contestadas.

A redução, ademais, abrange as diferentes faixas de escolaridade. Acima ilustrado, a partir da PNAD de 2008, a diferença entre a prevalência do tabagismo na população com menor e maior nível de escolaridade. Nos extremos, verificado mais do dobro na população com menos de 1 ano de estudo, em comparação com as pessoas com 11 anos ou mais de instrução. Nas Pesquisas Nacionais de Saúde de 2013 e de 2019, a queda verificada para a população em geral encontra paralelo em todas as faixa de escolaridade.

Veja-se a proporção de fumantes atuais de tabaco nas pesquisas:

PNS 2013	PNS 2019	Sem escolaridade e primário incompleto	19,7	17,2
		Primário completo e		

fundamental incompleto	16,6	15,3
Fundamental completo e superior incompleto	10,1	9,4
Superior completo	8,6	7,0

43. A prevalência do fumo também é anualmente monitorada por telefone nas capitais brasileiras e no Distrito Federal (**Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico – Vigitel**). Os dados da Vigitel, de 2006 a 2021, igualmente indicam queda, tanto na população em geral como entre homens e mulheres:

Na mesma linha, o percentual de fumantes passivos em domicílio e no ambiente de trabalho:

Colho, ainda, representação gráfica da redução do fumo em paralelo com as medidas de saúde pública adotadas no país:

44. Nesse quadro, os dados estatísticos corroboram a colocação do Brasil entre os países que adotam **medidas efetivas** no controle do consumo do tabaco, em suas várias frentes (monitoramento do uso do tabaco; ambientes livres de fumo; tratamento para dependência; advertências sanitárias; proibições de propaganda, promoção e patrocínio; e aumento de impostos).

Com efeito, a auxiliar os países na implementação da CQCT, a OMS criou pacote de **medidas comprovadamente eficazes**, chamado **MPOWER**.

O MPOWER é utilizado para nortear a ação dos Estados e, correlativamente, avaliar o avanço nacional no controle do tabagismo. Divide-se em cinco grandes grupos, com pertinência com as diferentes áreas de atuação prevista na CQCT: a) *M onitor tobacco use and prevention policies* (monitorar o consumo do tabaco e políticas preventivas); b) *P rotect people from tobacco smoke* (proteger as pessoas da fumaça do tabaco); c) *O ffer help to quit tobacco use* (oferecer ajuda para parar de fumar); d) *W arn about the dangers of tobacco* (advertir sobre os perigos do tabaco); e) *E nforce bans on tobacco advertising, promotion and sponsorship* (aplicar as proibições de publicidade, promoção e patrocínio); e f) *R aise taxes on tobacco* (aumentar os impostos sobre o tabaco).

A OMS indica que apenas dois países chegaram ao patamar de terem adotado medidas dos seis eixos do pacote MPOWER em alto nível: o Brasil e a Turquia. Conforme os registros da OMS, o Brasil completou as medidas do pacote nos seguintes anos: a) monitoramento e prevenção: **2015** ; b) proteção contra a fumaça: **2011** ; c) tratamento da dependência: **2002** ; d) advertências sanitárias: **2003** ; e e) aplicação da vedação de publicidade, promoção e patrocínio: **2011** (ano do incremento, na lei, das restrições impugnadas). Medidas tributárias e de preço mínimo também foram adotadas em 2011 (Lei nº 12.546/2011).

A OMS, na moldura da CQCT, tem igualmente verificado a diminuição proporcional do tabagismo a nível global. Assim, como resultado dos esforços internacionais, a porcentagem de pessoas fumantes foi de 22,7% em 2007 para **17,5% em 2019 no mundo** , o que representa uma queda comparativa de 23%. O Brasil, considerando o dado da Pesquisa Nacional

de Saúde de 2019 acima referido (12,8%), está abaixo da proporção mundial

45. À luz desse quadro fático-normativo, prossigo a verificar, especificamente, se a lei federal quedou dentro do espaço permitido pela Constituição Federal, isto é, se se mostram adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito as medidas legislativas contestadas.

II.8 Análise da proporcionalidade das medidas impugnadas

II.8.1 Adequação

46. Impugnadas, na presente ação direta, duas espécies de medidas restritivas da atividade empresarial relativa aos produtos fumígenos: a vedação da propaganda e a inserção de advertência sanitária nas embalagens, qualificada esta, pela parte autora, como “contrapropaganda”.

À luz do quadro fático antes delineado, ao lado das considerações que trago neste tópico específico, compreendo **atendido o requisito da adequação** das medidas para promover os fins almejados pelo legislador federal.

47. As políticas de controle do tabaco e combate ao fumo empreendidas ao longo dos anos, que afloram, como visto, no cenário pós-constitucional, visam, na faceta ora contestada, **a desestimular o consumo dos produtos fumígenos**, seja limitando a propaganda, seja informando o consumidor dos riscos decorrente de seu uso. Em última análise, com isso, busca-se a tutela da saúde (arts. 6º, 23, II, 194, 196 e 220, §§ 3º, II, e 4º, CF), inclusive de modo **preventivo**, para “**redução do risco de doença e outros agravos**” (art. 196, CF).

É esse o fim, registre-se, que transparece da exegese da norma constitucional que expressamente reconhece a restrinabilidade da propaganda comercial do tabaco (art. 220, § 4º, CF), como destacado pelo Procurador-Geral da República em seu parecer (doc. 14):

33. O art. 220, § 4º, da Constituição, ao autorizar a restrição da publicidade do cigarro, nada mais faz que reconhecer a importância social de se fixar limites à propaganda dos produtos da indústria tabagista. Não porque defenda uma "superstição da causa única" – para utilizar o termo de Marc Bloch – que enxergue o cigarro como causa de todos os males sociais. Mas, sim, porque reconhece a

responsabilidade do Estado para tratar da saúde dos cidadãos, proteger a família, a infância e juventude, assim como o consumidor. Por tudo isso, *a finalidade da Constituição é desestimular o consumo do cigarro*.

Nesse sentido, considerado o propósito primário dos atos publicitários de, ressaltando as qualidades dos produtos, ampliar a venda do produto pelo estímulo do consumo, mostra-se possível, já à primeira vista, concluir que as restrições à propaganda são peças importantes no alcance do desiderato do legislador.

Do mesmo modo, as advertências sanitárias, trazendo, direta e imediatamente, ao conhecimento do consumidor, os malefícios do ato que está na iminência de praticar. Apresentam-se como medida capaz de, noticiada a gravidade dos riscos a que as pessoas se sujeitam ao fumar, fazer com que se reflita sobre a prática e se impeça, ao menos em certa medida, a sua continuidade ou mesmo o início do hábito de fumar.

Além do desestímulo do consumo para a proteção da saúde pública, é de se considerar que a advertência sanitária nas embalagens também representa medida adequada para, *per se*, concretizar a proteção do consumidor em sua **dimensão informativa**, extraível não apenas do direito à informação (art. 5º, XIV, CF), em particular na perspectiva da defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V, CF), como, mais ainda, no presente caso, da previsão constitucional de que a atividade empresarial pode ser limitada não apenas no que diz à propaganda propriamente dita dos produtos, mas também mediante a imposição de “*advertências sobre os malefícios decorrentes de seu uso*” (art. 220, § 4º, parte final, CF).

Nesse sentido, v.g. , já reconhecida a constitucionalidade de “*ato normativo instrumentalizador do consumidor com meios necessários para sua defesa, além de densificar o direito à informação, prefacialmente posto no inc. XIV do art. 5º da Constituição da República e seguido pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, inc. IV, 6º, inc. III, e 55, § 4º, da Lei n. 8.078/1990)*

” (ADI 4512, Rel. Min. Cármel Lúcia, Pleno, j. 07.02.2018, DJe 17.6.2019).

Dito em outras palavras, “*a defesa do consumidor é princípio orientador da ordem econômica (art. 170, V, da CRFB). Aquele que anseia explorar atividade econômica e, portanto, figurar como agente econômico*

no mercado de consumo, deve zelar pela proteção do consumidor, que possui como parcela essencial o direito à informação” (ADI 6094, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 21.2.2020, DJe 20.3.2020).

As diretrizes para a implementação do artigo 11 da CQCT, concernente às embalagens dos produtos derivados do tabaco, adotadas na Terceira Sessão da Conferência das Partes (COP3), de 2008, também refletem a adequação das advertências sanitárias para informar as pessoas dos riscos à saúde.

48. Consoante relatório da OMS, há evidências inequívocas de que a propaganda comercial não se destina simplesmente a aumentar a parcela do mercado da empresa anunciante, em desfavor das demais, mas a angariar **novos consumidores** e **desestimular** os atuais **a parar** de fumar. Ademais, a publicidade dos produtos tem especial impacto sobre adolescentes, a elevar a probabilidade de começarem a fumar precocemente.

Juntados nos autos, aliás, fortes indicativos de que a publicidade, historicamente, foi direcionada de modo específico, pelas grandes fabricantes de cigarro, ao público jovem. **Inclusive com o propósito de garantir a substituição dos consumidores que paravam de fumar ou, mais ainda, daqueles que morriam e continuariam a morrer em razão do fumo .**

49. Da mesma maneira, satisfatoriamente demonstrada a efetividade da vedação de atividades publicitárias na redução do consumo dos produtos fumígenos, sendo, as proibições compreensivas, ainda mais importantes para tanto. Razão pela qual, aliás, **o eixo da publicidade, promoção e patrocínio (art. 13) é uma das duas vertentes da CQCT que têm prazo certo para implementação** (cinco anos a partir da vigência do tratado para o Estado).

A outra faceta que apresenta prazo específico concerne, justamente, à **embalagem** dos produtos (art. 11), incluindo a dita “contrapropaganda” (advertências sanitárias), especificamente o lapso temporal de três anos.

Há, nos autos, contestação da adequação da vedação publicitária para diminuir o consumo, com referência a estudo no contexto norueguês. Colho, contudo, as explicações lançadas no parecer do Professor Virgílio Afonso da Silva, que indicam que não procede a alegação, o que reforça a relação entre propaganda e consumo e a compreensão da necessidade de política pública multifacetada no combate ao fumo:

Segundo Kraft e Svendsen, a conclusão é apenas a de que, no geral, a redução da taxa de fumantes na Noruega (entre 1973 e 1995) foi menor do que a de outros países da Europa. Isso não significa que o banimento da propaganda não produza efeitos. Chegar a essa conclusão é deixar de lado a existência de uma série de outros fatores que podem influenciar os hábitos de consumo de produtos derivados do tabaco. Assim, por mais que o banimento produza efeitos, outras variáveis podem, caso não controladas devidamente, exercer pressão no sentido contrário. E são, de novo, os próprios autores, Kraft e Svendsen, que fazem essa constatação. Sua conclusão final não é a de que o banimento da propaganda não é um meio adequado para os fins a que se propõe – pelo contrário, eles, e diversos outros autores, entendem que a legislação norueguesa é uma experiência bem-sucedida –, mas apenas que, no caso da Noruega, a tendência verificada "reflete uma subutilização de medidas preventivas em geral e de medidas de educação para a saúde em particular. Os meios financeiros apropriados para esse tipo de educação e informação foram reduzidos 90% durante os anos 80. Ou seja, se a redução no número de fumantes não foi a esperada, isso se deveu não à inadequação do banimento da propaganda, mas à drástica redução de investimentos em outros setores relevantes no mesmo período.

Com efeito, estudo elaborado por Luk Joossens, como consultor da União Europeia, analisando as mudanças em quatro países, registrou a efetividade da proibição da propaganda, como uma das medidas de política compreensiva de controle do tabaco. Verificados os seguintes percentuais de redução do consumo per capita de cigarros **em 1996 e 1999**, consideradas as respectivas datas de proibição da propaganda: a) Noruega (01.7.1975): 26 e 31%; b) Finlândia (01.3.1978): 37 e 34%; c) Nova Zelândia (17.12.1990): 21 e 33%; e d) França (01.01.1993): 14 e 15%.

Em síntese, no sentido do exposto é que o tabagismo, embora tecnicamente assim não classificado, como referido pelo médica Gro Harlem Brundtland, ex-Primeira-Ministra da Noruega e ex-Diretora-Geral da OMS, mostrou-se uma **doença transmissível**, "transmissível pelo marketing". Nessa perspectiva, a limitação da atividade publicitária é peça importante e empiricamente adequada no combate ao fumo.

50. Ao lado disso, também aqui pertinente o já referido relatório do Banco Mundial, anterior às vedações impugnadas, publicado em 1999, indicativo de que igualmente adequada a imposição de advertências sanitárias.

No início da década de 1960, diferentes países passaram a exigir alguma espécie de aviso sanitário nas embalagens dos cigarros, embora poucos impusessem mensagens fortes e rotativas. Pesquisas em alguns desses locais já indicavam a potencialidade da medida na redução do fumo. Estudo da Turquia conclui que as advertências sanitárias diminuíram 8% do consumo em seis anos. Na África do Sul, onde introduzida a exigência em 1994, verificada substancial queda no consumo, 58% dos fumantes entrevistados afirmaram que foram motivados a parar de fumar ou reduzir o uso. Evidências também foram colhidas no Canadá, na Austrália e na Polônia, no sentido de que os avisos auxiliam as pessoas a não consumir o produto, sobremaneira quando são fortes, precisos e destacados.

51. De se consignar, ademais, que as advertências sanitárias continuam a ser progressivamente incrementadas em outros países. Mais recentemente, adotado, nos Estados Unidos, o formato de mensagens escritas com imagens representando os malefícios dos produtos, cobrindo metade do verso e do anverso do produto. Com amparo no *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act* (2009), a agência federal *Food and Drug Administration* (FDA) regulou a matéria em março de 2020, a estabelecer onze novas advertências sanitárias, com frases ao lado de fotos coloridas, com vigência em 08.7.2023.

O diretor do órgão da FDA responsável pelos produtos derivados do tabaco declarou, ao ser editada a nova regulação, que essas advertências “representam a mudança mais significativa nos rótulos dos cigarros em mais de 35 anos e irão aumentar consideravelmente a conscientização pública de menos conhecidas mas graves consequências negativas do fumo de cigarro. (...) Pesquisas mostram que as atuais advertências nos cigarros, não alteradas desde 1984, tornam-se virtualmente invisíveis tanto para os fumantes como não fumantes, em parte pelo seu pequeno tamanho, localização e ausência de imagem (...) ”.

52. Por fim, cabe registrar a existência de projeções, com base em evidências, do potencial impacto das medidas MPOWER, se adotadas em alto nível em suas diferentes facetas, na redução do número de mortes no futuro.

Um dos estudos, utilizando o modelo de projeção *SimSmoke*, da Universidade de Georgetown (EUA), considera os quadros normativos e dados relativos a 41 países no período de 2007 a 2010 – países esses que totalizavam população fumante de 287,68 milhões e população total de quase 1 bilhão. Estimado, como resultado da adoção de medidas MPOWER

(os países analisados adotaram ao menos uma das vertentes em seu mais alto nível), o decréscimo de 14,84 milhões de pessoas fumantes. Correlatamente, a prevenção de 7,42 milhões de mortes prematuras, naquele universo, até 2050. Do quantitativo de mortes evitadas, aproximadamente 613 mil são atribuídas às vedações publicitárias e 1,38 milhão às advertências nas embalagens:

Tudo isso sem considerar as complicações de saúde da parcela da população de pessoas fumantes que não chegam a morrer prematuramente, a outra metade. Não se podendo esquecer, também, do reflexo nas pessoas qualificadas como fumantes passivas.

Em toque semelhante, estudo que tomou especificamente o Brasil como paradigma. Utilizando o mesmo modelo de simulação *SimSmoke*, leva em conta as medidas adotadas pelo país entre 1989 e 2010 e compara dois cenários para o ano de 2010: o alcançado com a adoção dessas medidas e o que haveria caso não adotadas, atribuindo, a cada uma das facetas da política de controle do tabaco, o percentual de redução isolado.

Considerada a prevalência do fumo de 35,4% em 1989 na população brasileira, estima-se que, se tivessem sido mantidas as medidas ao nível implementado até aquele ano, a prevalência em 2010 seria de 31% e, em 2050, de 24,9%. Ao passo que, com as medidas adotadas até 2010, a prevalência foi de 16,8%, o que significou uma redução de quase 50%. Isso se traduz em um total de quase 420 mil mortes evitadas até 2010 e de 7 milhões até 2050.

Dentro disso, conclui-se que a contribuição isolada das restrições publicitárias e das advertências sanitárias nas embalagens, na redução da prevalência do fumo alcançada em 2010, foi, respectivamente, de 13,7% e 7,8%:

53. Portanto, as medidas contestadas na presente ação, tanto quanto à propaganda como à “contrapropaganda”, são aptas a alcançar os fins visados pelo legislador, em especial a redução do fumo e do consumo de tabaco. Dessa maneira, adequadas dentro do teste da proporcionalidade.

II.8.2 Necessidade

54. Ao empréstimo das palavras da Corte Constitucional da Colômbia, ao examinar a validade de normas que vedam a propaganda dos produtos naquele país:

En efecto, distintos apartes de esta decisión demuestran que existe un consenso global acerca de las graves consecuencias que el consumo de tabaco conlleva para la salud de las personas, tanto usuarios como fumadores pasivos, al igual que para el medio ambiente. Es así que ese consenso ha servido de base para que instrumentos internacionales como el CMCT fijen obligaciones a los Estados tendientes a controlar y desincentivar el consumo de tabaco. De otro lado, no existe duda que el mensaje publicitario, en tanto instrumento dirigido a persuadir al individuo para que adopte una decisión de consumo particular, es un elemento de particular importancia para la promoción del uso de productos de tabaco.

De fato, a propaganda, à luz do consenso global alcançado, coloca-se como um dos eixos a serem adotados no controle do consumo de produtos fumígenos, ao lado das advertências sanitárias aqui impugnadas, entre outras medidas. Não o único, mas importante elemento no combate à epidemia do tabaco, ainda responsável, por 161.853 mortes anuais no Brasil. O que representa uma média de 443 mortes por dia, 18 mortes por hora e quase uma morte a cada três minutos.

Bem vistas as coisas, na linha do que mencionado no exame da adequação, as restrições à propaganda e as mensagens e imagens na embalagens dos produtos são providências que se mostram necessárias para, no contexto **multifacetado** das ações de combate ao fumo e de controle do tabaco, fazer frente aos malefícios à saúde da população.

Essencial frisar, justamente, o caráter **multiforme** e **plurissetorial** que as medidas, na esteira do compromisso assumido com a ratificação da CQCT, hão de ser implementadas, o que justifica a adoção de não apenas uma delas, mas da conjunção das diferentes dimensões que o controle efetivo do tabaco demanda.

Daí transparecer, desde logo, a necessidade das medidas elegidas pelo legislador federal, ao conjugar as restrições à propaganda e a imposição de “contrapropaganda”, além da assistência prestada no âmbito do SUS, a vedação ao fumo em lugares públicos, a fixação de preço mínimo e a extrafiscalidade dos tributos, entre outras. Não podem ser compreendidas

isoladamente, mas no **contexto multidimensional** em que se inserem, dentro da complexidade que é a tutela da saúde frente ao fumo.

55. Soma-se a isso, no que tange a cada uma das medidas constatadas, a circunstância de que exigências menos restritivas não teriam a mesma efetividade, a corroborar a necessidade das opções feitas pelo legislador.

Quanto à vedação da propaganda, mostra-se eficaz se abrangente, linha seguida pelas normas impugnadas, que chega a, com a alteração promovida em 2011, vedá-la inclusive no local de venda, excetuada a exposição dos produtos.

Com efeito, a vedação das atividades de propaganda, promoção e patrocínio é efetiva se comprehensiva, pois, caso contrário, os recursos empresariais destinados a esses fins apenas sofrem realocação para as formas e os meios permitidos, comprometendo o exato objetivo de não incentivar o consumo dos produtos. Assim, compete restringir, de maneira ampla, os meios de promoção da marca e dos produtos, sejam eles diretos (TV e rádio, mídia impressa, outdoors, pontos de vendas, etc.), sejam indiretos (descontos, amostras grátis, aparições em programas de TV ou filmes, exposição nas mídias sociais, etc.).

Já constatado que, quando o banimento publicitário é parcial – por exemplo, apenas proibindo a propaganda na televisão –, o total gasto com publicidade não se reduz, apenas sofre dita realocação. Em paralelo, que proibições publicitárias parciais têm pouco ou nenhum efeito no combate ao fumo. Assim, as restrições comprehensivas à propaganda e à promoção dos produtos não apenas deixam poucas opções para as empresas redirecionarem os seus recursos de marketing como também são eficazes na redução do fumo, tal como constatado em estudo de 22 países de alta renda com base em dados de 1970 a 1992. Sem esquecer que igualmente verificado que a propaganda e a promoção dos produtos fumígenos têm efeito sobre as crianças, impactando a procura por cigarro e a formação de novos consumidores.

Nessa toada, a conclusão alcançada na 3^a Sessão da Conferência das Partes da CQCT (COP3), ocorrida em de 2008, a constar das diretrizes da implementação do artigo 13 da Convenção-Quadro, relativo à propaganda, promoção e patrocínio:

5. A ban on tobacco advertising, promotion and sponsorship is effective only if it has a broad scope. Contemporary marketing

communication involves an integrated approach to advertising and promoting the purchase and sale of goods, including direct marketing, public relations, sales promotion, personal selling and online interactive marketing methods. If only certain forms of direct tobacco advertising are prohibited, the tobacco industry inevitably shifts its expenditure to other advertising, promotion and sponsorship strategies, using creative, indirect ways to promote tobacco products and tobacco use, especially among young people.

6. Therefore, the effect of a partial advertising ban on tobacco consumption is limited. This is recognized in Article 13 of the Convention, which lays down the basic obligation to ban tobacco advertising, promotion and sponsorship. According to Article 13.1 of the Convention, "Parties recognize that a comprehensive ban on advertising, promotion and sponsorship would reduce the consumption of tobacco products".

56. Da mesma maneira, as advertências sanitárias sutis, como mencionado, não guardam a mesma efetividade das mensagens incisivas e destacadas (inclusive com fotos ou ilustrações) como as impostas nas normas impugnadas.

Nessa linha, o relatório do Banco Mundial de 1999, mencionado anteriormente, traz estudos da década de 1990 que já suportavam tal conclusão. Na Polônia, constatou-se forte nexo de causalidade entre os avisos que passaram a ocupar 30% do verso e do anverso das embalagens de cigarro e a decisão de parar de fumar ou diminuir o consumo. Dos entrevistados, 3% responderam ter parado de fumar por conta das advertências; outros 14%, ter tentado parar; e outros 14%, ter entendido melhor os malefícios do fumo. Também, na Austrália, os avisos intensificados em 1995 parecem ter tido maior impacto que os anteriores, mais sutis. No Canadá, estudo de 1996 indicou que metade das pessoas fumantes pretendiam parar de fumar ou diminuir o consumo em razão do que constava das embalagens.

Outra não foi a conclusão alcançada na 3^a Sessão da Conferência das Partes (COP3), de 2008, e materializada nas diretrizes para a implementação do artigo 11 da CQCT então adotadas, no ponto sobre as medidas efetivas de embalagem e rotulagem dos produtos.

Assim, medidas menos gravosas, de um ou outro tipo, não se mostram igualmente eficazes, o que justifica, nessa perspectiva, o grau de restrição mais elevado adotado pelo legislador.

57. A reforçar essas conclusões, faço nova referência ao estudo que aplicou o modelo *SimSmoke* ao Brasil, o qual, além de considerar as medidas adotadas até 2010, também simula o incremento que então ainda se poderia ter na redução da prevalência do fumo e na prevenção de mortes, se implementadas todas as políticas da CQCT a partir de 2011 (**na linha do que se colocam as restrições efetivamente agravadas em 2011 e objeto do aditamento acolhido no presente voto**):

58. Note-se que, na presente ação, não se trata das medidas mais restritivas possíveis: pode nem sequer ser admitida a exposição dos produtos nos locais de venda, proibição inicialmente adotada pela Islândia em 2001 e seguida por ao menos outros 20 países até 2016, incluindo o Reino Unido, onde completamente implementada a medida em 2015.

Ademais, como feito na Austrália em 2011, pode-se também ter restrição mais intensa com a padronização das embalagem dos derivados de tabaco, no caso contendo apenas as advertências sanitárias consistentes em fotos e frases, além da marca e especificação do produto em formato simples (*Tobacco Plain Packaging Act 2011*). Em outros termos: embalagens genéricas, nem mesmo permitida a inserção de logo ou slogan nas embalagens. Nada que pudesse fazer o fumo mais atraente.

Do mesmo modo, a lei uruguaia de controle do tabagismo (Lei nº 18.256 /2008), consoante alteração promovida pela Lei nº 19.723/2018, que alterou aquele diploma no ponto das embalagens dos produtos derivados do tabaco.

Na mesma linha, ademais, o Canadá, em 2019, por meio do ato *Tobacco Products Regulations (Plain and Standardized Appearance)* , adotou o mecanismo das embalagens padronizadas para os produtos derivados do tabaco. Recentemente, a Finlândia, entre outras medidas, também instituiu as embalagens genéricas em 13.4.2022, a serem implementadas até 01.5.2023.

Restrições da espécie, de maior grau, estão abrangidas pelas diretrizes para implementação dos artigos 11 e 13 da CQCT resultantes da 3^a Sessão da Conferência das Partes (COP3), ocorrida em de 2008.

Quanto às embalagens genéricas:

[Article 11]

Plain packaging

46. Parties should consider adopting measures to restrict or prohibit the use of logos, colours, brand images or promotional information on packaging other than brand names and product names displayed in a standard colour and font style (plain packaging). This may increase the noticeability and effectiveness of health warnings and messages, prevent the package from detracting attention from them, and address industry package design techniques that may suggest that some products are less harmful than others.

No que toca à exposição dos produtos, que servem a propósitos publicitários e de promoção do produto e da marca (ainda mais se não adotada embalagem genérica), consigna-se:

[Article 13]

Retail sale and display

12. Display of tobacco products at points of sale in itself constitutes advertising and promotion. Display of products is a key means of promoting tobacco products and tobacco use, including by stimulating impulse purchases of tobacco products, giving the impression that tobacco use is socially acceptable and making it harder for tobacco users to quit. Young people are particularly vulnerable to the promotional effects of product display.

13. To ensure that points of sale of tobacco products do not have any promotional elements, Parties should introduce a total ban on any display and on the visibility of tobacco products at points of sale, including fixed retail outlets and street vendors. Only the textual listing of products and their prices, without any promotional elements, would be allowed. As for all aspects of Article 13 of the Convention, the ban should also apply in ferries, airplanes, ports and airports.

14. Vending machines should be banned because they constitute by their very presence a means of advertising or promotion under the terms of the Convention.

Recommendation

Display and visibility of tobacco products at points of sale constitutes advertising and promotion and should therefore be banned. Vending machines should be banned because they constitute, by their very presence, a means of advertising and promotion.

Packaging and product features

15. Packaging is an important element of advertising and promotion. Tobacco pack or product features are used in various ways

to attract consumers, to promote products and to cultivate and promote brand identity, for example by using logos, colours, fonts, pictures, shapes and materials on or in packs or on individual cigarettes or other tobacco products.

16. The effect of advertising or promotion on packaging can be eliminated by requiring plain packaging: black and white or two other contrasting colours, as prescribed by national authorities; nothing other than a brand name, a product name and/or manufacturer's name, contact details and the quantity of product in the packaging, without any logos or other features apart from health warnings, tax stamps and other government-mandated information or markings; prescribed font style and size; and standardized shape, size and materials. There should be no advertising or promotion inside or attached to the package or on individual cigarettes or other tobacco products.

17. If plain packaging is not yet mandated, the restriction should cover as many as possible of the design features that make tobacco products more attractive to consumers such as animal or other figures, "fun" phrases, coloured cigarette papers, attractive smells, novelty or seasonal packs.

Recommendation

Packaging and product design are important elements of advertising and promotion. Parties should consider adopting plain packaging requirements to eliminate the effects of advertising or promotion on packaging. Packaging, individual cigarettes or other tobacco products should carry no advertising or promotion, including design features that make products attractive

Ademais, no presente caso, excepcionados, das exigências relativas às advertências sanitárias impugnadas, os cigarros e maços destinados à exportação (art. 3º, § 3º, Lei nº 9.294/1996).

Ainda mais restritiva, em grau máximo, poderia ser a vedação da própria comercialização, a que não chegou o legislador. Optou-se por forte regulação dos produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, para combater já notório problema de saúde pública, em vez de, simplesmente, proibir a sua venda ou o seu uso, o que não resolveria o complexo problema enfrentado. De todo modo, não adotadas restrições das mais elevadas no que toca à embalagem e aos pontos de venda.

59. Nesses moldes, compreendidos o **contexto multidimensional** do fumo, o **caráter multifacetado** da política pública que se pretenda efetiva na presente seara e a efetividade das vedações publicitárias **compreensivas** e

das mensagens sanitárias **incisivas**, mostram-se necessárias as medidas impugnadas, pelo que atendida a segunda exigência do teste da proporcionalidade.

Ressalte-se que o Estado brasileiro, a fim de conscientizar as pessoas fumantes e a população em geral, não se limita à imposição de obrigações e restrições às empresas. Há, nos autos, vários exemplos de materiais produzidos pelo Ministério da Saúde, em particular pelo INCA, no intuito de proporcionar informações ao público e a profissionais da medicina (v.g., materiais nos docs. 20 e 21), sem esquecer que campanhas de conscientização remontam a momento pré-constitucional, consoante visto no tópico de contextualização da lei impugnada. Tudo isso no esteio das necessárias estratégias multifacetadas neste campo.

II.8.3 Proporcionalidade em sentido estrito

60. Compete, em terceiro lugar, no exame da proporcionalidade, a apreciação da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação entre os valores em jogo, aqueles tutelados e os restringidos.

Como se depreende da justificativa de voto até aqui explicitada, as medidas contestadas nesta ação direta de constitucionalidade procuram reduzir o fumo e o consumo de tabaco, em destacada proteção da saúde. Além da proteção direta da saúde das atuais e potenciais pessoas fumantes, também busca o legislador, com as políticas públicas multifacetadas, a salubridade do meio ambiente, necessário, sobremaneira à luz da fumaça gerada, para a proteção preventiva da saúde da população.

Também está em jogo a tutela dos direitos de **grupo especialmente protegido** pela Constituição Federal. Lembre-se, como antes referi, que, no que toca à epidemia do tabaco, está-se diante de verdadeira **doença pediátrica**, o que atrai a incidência da proteção da criança e do adolescente, revestida, na arquitetura constitucional, de **impositiva prioridade**:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o **direito à vida**, à **saúde**, à alimentação, à **educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los **a salvo de toda forma de negligência**, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ademais, consoante já anotei, e na linha do que exposto nas balizas antes explicitadas neste voto, *“a liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da Lei Maior) não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas tendo em vista sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais, destacando-se, no caso do controle do tabaco, a proteção da saúde e o direito à informação. O risco associado ao consumo do tabaco justifica a sujeição do seu mercado a intensa regulação sanitária, tendo em vista o interesse público na proteção e na promoção da saúde.”* (ADI 4874, sob a minha relatoria, Pleno, j. 01.02.2018, DJe 01.02.2019)

61. Nessa moldura, a promoção da saúde pelas medidas impugnadas, em contexto em que reconhecida a existência de perigo à saúde pública, de proporção global, justifica, de maneira constitucionalmente válida, a restrição da livre iniciativa e a liberdade de expressão empresarial, não se podendo fechar os olhos, ainda, para a realidade do setor, em que o **público jovem, se não infantil**, não é consumidor accidental, mas o mais das vezes alvo da busca de nova clientela, sujeitando-se às consequências negativas do fumo, não necessariamente antevistas e devidamente compreendidas.

É dizer, a restrição imposta à expressão e comunicação empresarial é, aqui se reconhece, de elevado grau, ainda que não máximo (como se poderia ter com a vedação da própria exposição dos produtos nos locais de venda e a imposição de embalagens genéricas, para além da vedação da venda e do consumo, esta não cogitada pelo legislador), mas faz frente a um problema de saúde pública de notória gravidade, o qual resultou na adesão do Brasil à CQCT, ao lado de outros 181 países.

Com a ratificação da CQCT, no contexto da epidemia global, exsurge ao Brasil **dever de atuar**, diante do que, a concretizar verdadeira política de Estado no combate ao fumo e ao consumo do tabaco, passa o legislador brasileiro a incrementar as restrições antes existentes.

Cabe rememorar que os artigos 11 e 13 da CQCT, aqui de relevo, por tratarem da embalagens dos produtos e da propaganda, promoção e patrocínio, são os únicos que explicitam prazo para a adoção das medidas pertinentes, o que torna ainda mais clara a necessidade de agir, dentro da moldura acordada pelos países signatários. Nesse sentido atuou proativamente o Congresso Nacional, além do intenso envolvimento do

Estado brasileiro na própria confecção do tratado internacional, que reflete a preocupação sanitária que vinha se construindo com maior intensidade na década de 1980 e que se consolida no cenário pós-constitucional.

Em poucas palavras, se grave a restrição imposta pelas normas contestadas, **proporcional** à tutela da saúde em contexto de riscos e malefícios inegavelmente sérios e graves. O objetivo da norma é **constitucionalidade válido (e coincidente com o fim do art. 220, § 4º, CF, i.e., a redução do fumo e do consumo do tabaco)**, e o grau de restrição se **justifica para a promoção da saúde pública**.

De modo semelhante à conclusão que este Plenário já chegou em relação à proibição do fumo em lugares públicos (ADI 4306, antes citada), entendo que **da ponderação prevalece, na hipótese, a tutela da saúde, inclusive à luz da imposição prioritária do art. 227, CF**.

Ainda, as medidas concretizam **objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF)**, mediante o estabelecimento de limites à atividade empresarial, no trato de problema de saúde pública de grande proporção. Limitada a livre iniciativa, aqui na dimensão expressiva e comunicativa, a possibilitar a construção de **uma sociedade mais livre, justa e solidária**, o desenvolvimento nacional **sustentável**, a **redução de desigualdades** e a promoção **do bem de todos**.

62. O mesmo há de se concluir, acrescento, em relação à alegada violação do direito à concorrência.

A parte autora entende violada a livre concorrência (art. 170, IV, CF), pois a vedação publicitária implicaria vantagem concorrencial indevida às empresas fabricantes mais conhecidas no momento de sua imposição e correlato desfavorecimento dos fabricantes de menor porte ou que depois pretendessem ingressar nesse mercado.

Mesmo que viesse a ser comprovado eventual impacto concorrencial das normas impugnadas no sentido apontado, comprehendo, contudo, prevalecer a tutela da saúde diante dos **notórios, difusos e graves** malefícios do fumo, cenário que alcançou escala global e verdadeiro **consenso** da comunidade internacional acerca da necessidade de agir **nas múltiplas dimensões implicadas na complexidade da matéria**. Legítima, no caso, a opção do legislador por desestimular o consumo, o que inevitavelmente se liga à redução desse mercado, ainda que possa implicar, em determinado momento, eventual benefício para uma ou outra empresa.

Na hipótese, note-se, o propósito da política pública é uniforme no sentido de, qualquer que seja o fabricante do produto, reduzir o seu consumo, em prol da saúde pública, e com o emprego de meios igualmente homogêneos. Eventual impacto concorrencial, ainda que se verifique, surge como efeito colateral incapaz de, por si só, afastar o reconhecimento da higidez constitucional das restrições impostas.

63. A concluir a presente análise da proporcionalidade em sentido estrito, trago breves notas sobre as alegações de paternalismo da política pública, contestada na faceta da publicidade e das advertências sanitárias, dimensões integrantes de arcabouço **multifacetado** de medidas de combate ao fumo e controle do tabaco.

Já reconhecido pelo Banco Mundial, em estudo mencionado na presente justificativa de voto, que a lógica da escolha racional e liberdade consumerista é posta em xeque no contexto dos produtos derivados do tabaco. A autonomia do consumidor ao escolher fumar é reconhecidamente enfraquecida na presente seara, a afastar a premissa de que os recursos da sociedade seriam alocados de modo mais eficiente pela livre escolha das pessoas em fumar ou não fumar, como se tal ato resultasse efetivamente da ponderação racional dos custos e benefícios do ato, o que justifica a atuação estatal para frear o fumo.

Nesse campo, a lógica da escolha racional perde força diante de ao menos três circunstâncias. Primeiro, muitas das pessoas fumantes não estão de fato ciente de todos os riscos (ainda mais à época das políticas educativas incipientes). Segundo, o início do fumo se dá geralmente quando se é muito jovem, e a capacidade de crianças e adolescentes de realizar a escolha mais ponderada sobre o ato de fumar pode restar prejudicada, ainda que haja informação a respeito. Terceiro, o fumo tem custos também para as pessoas não fumantes, desde a inalação de fumaça alheia até o impacto econômico no sistema de saúde, a desequilibrar a análise de custo-benefício pela pessoa fumante.

Mais do que isso, imaginar que aqui a problemática se resume ao cotejo entre paternalismo e liberdade torna nebuloso o fato de que, como pontuado no parecer do Professor Virgílio Afonso da Silva, **não está aqui em questão a liberdade de fumar**. Ademais, reduz o debate a termos simplistas, porque deixa de lado a complexidade que o fumo, histórica e culturalmente, envolve. Conforme lembra o historiador da medicina Allan Brandt, Professor de História da Ciência da Universidade da Harvard:

As a culture, we seek to insist ---despite much powerful evidence to the contrary--- that smoking remains a simple question of individual agency, personal fortitude, and the exercise of free will. Certainly, if it involves imposing risks on others, its public use should legally curtailed. As a result, there has been much support for restrictions, incrasingly common, prohibiting smoking in public places. But at the same time, there has been an ongoing insistence that smoking remains an aspect of personal agency, beyond the ken of regulatory interest. This view is widely held because it protects our large sense of individual control and agency. (...)

(...)

Calls for public responsibility need not to erode our expectations of individual responsibility. It would be far easier and more appropriate to consider smoking truly an individual choice if, for example, cigarettes were subject to a serious and effective regulation. **Setting individual versus social responsibility creates a false dichotomy that has served the tobacco industry's interests.**

This is not smokers are absolved of accountability. To the contrary, most investigators of addictive behaviors confirm that individual motivation and acceptance of responsibility are critical to cessation and recovery. But we should not allow the industry to use calls for individual responsibility to secure a free ride at the expense of smokers and society. **Indeed, the very notion that responsibility can be allocated either to smokers or to the industry misrepresents a deep historical reality about the interconnectedness of culture, behavior, and commerce in the last century.**

Nessa complexidade é que **multifacetado** o combate ao fumo, como amplamente visto.

64 . Em conclusão, as medidas impugnadas **atendem ao teste da proporcionalidade** .

II.9 Delegação legislativa vs. poder regulamentar

65. Argumenta, a parte autora, que o legislador federal procedeu a indevida delegação legislativa ao atribuir, ao Ministério da Saúde, a tarefa de especificar as advertências sanitárias impostas na lei (§§ 2º a 5º do art. 3º da Lei 9.294/1996).

Em particular, a atribuição normativa constante do § 2º do art. 3º, a que se referem os § 3º a 5º: *“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)

66. Não procede a argumentação, por se tratar, no caso, de competência regulamentar de segundo grau de Ministro de Estado, para fiel execução da lei. Aplicável, no ponto, o precedente formado ao julgamento da **ADI 1075**, em que questionada a atribuição legal, ao Ministério da Fazenda, de competência para definir documentos equivalente a nota fiscal ou recibo para fins de imposto de renda (Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. virtual de 25.9 a 05.10.2020, DJe 19.10.2020):

(...) PRECEITO NORMATIVO QUE ATRIBUI, A MINISTRO DE ESTADO, A DEFINIÇÃO DOS DOCUMENTOS EQUIVALENTES À NOTA FISCAL OU RECIBO PARA EFEITOS TRIBUTÁRIOS – LEGITIMIDADE DO PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO – ATRIBUIÇÃO REGULAMENTAR DE SEGUNDO GRAU QUE POSSUI EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 87, PARÁGRAFO ÚNICO, II) – INOCORRÊNCIA DE OUTORGA, PELA LEI Nº 8.846/94, DE DELEGAÇÃO LEGISLATIVA AO MINISTRO DA FAZENDA – PODER REGULAMENTAR SECUNDÁRIO DESVESTIDO DE CONTEÚDO NORMATIVO PRIMÁRIO (...)

O PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO, EMBORA DE EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL, NÃO LEGITIMA A EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS DE CARÁTER PRIMÁRIO, ESTANDO NECESSARIAMENTE SUBORDINADO, NO QUE CONCERNE AO SEU EXERCÍCIO, CONTEÚDO E LIMITES, AO QUE PRESCREVEM AS LEIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

– A competência regulamentar deferida aos Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, possui inquestionável extração constitucional (CF, art. 87, parágrafo único, II), de tal modo que o poder jurídico de expedir instruções para a fiel execução das leis compõe, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, “*ope constitutionis*”, a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União.

– As instruções regulamentares, quando emanarem de Ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja

para exigir o que esta não exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu, notadamente em tema de direito tributário. Doutrina. Jurisprudência.

– Poder regulamentar e delegação legislativa: institutos de direito público que não se confundem. Inocorrência, no caso, de outorga, a Ministro de Estado, de delegação legislativa. Reconhecimento de que lhe assiste a possibilidade de exercer competência regulamentar de caráter meramente secundário.

De maneira semelhante, aqui, o Ministério da Saúde, ao definir as advertências sanitárias, apenas está a **regulamentar a execução** das obrigações impostas pelo legislador, **sem inovar**, de modo primário, o ordenamento jurídico. Age, nos termos do art. 87, parágrafo único, II, a “*expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos*”. No caso, para que os avisos, que **guardam estrita pertinência** com a área de atuação do órgão executivo (i.e., saúde), tenham conformação densificada à luz do conhecimento técnico respectivo.

Afastadas, portanto, a configuração de delegação legislativa e a inconstitucionalidade arguida.

67. Acrescente-se que a parte autora menciona atos normativos da Anvisa, sem, contudo, constituir objeto da ação norma legal relativa especificamente à agência, tampouco referidos atos.

No ponto, comporta apenas rememorar o decidido na ADI 4874, sob a minha relatoria (Pleno, j. 01.02.2018, DJe 01.02.2019), no que pertinente, no plano abstrato, ao **poder regulador** da ANVISA:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002. PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA.

RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO – CQCT. IMPROCEDÊNCIA.

1. Ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 delinea o regime jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial.

2. A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).

3. A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial. Precedentes: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014.

4. Improcedência do pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, XV, parte final, da Lei nº 9.782/1999, cujo texto unívoco em absoluto atribui competência normativa para a proibição de produtos ou insumos em caráter geral e primário. Improcedência também do pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, III, da Lei nº 9.782/1999, que confere à ANVISA competência normativa condicionada à observância da legislação vigente.

(...)

68. Nesses termos, **constitucionais** as normas impugnadas, o que leva a invariável juízo de improcedência.

III. Dispositivo

69. Ante o exposto, **conheço** da ação, inclusive nos termos do aditamento apresentado, e, no mérito, julgo **improcedente** o pedido.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/09/2022 00:00