



VOTO EM SEPARADO

Perante a COMISSÃO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 769, de 2015, do Senador José Serra, que *altera a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, para vedar a propaganda de cigarros ou qualquer outro produto fumígeno e o uso de aditivos que confiram sabor e aroma a estes produtos, bem como estabelecer padrão gráfico único das embalagens de produtos fumígenos; altera a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para configurar como infração de trânsito o ato de fumar em veículos quando houver passageiros menores de dezoito anos; e dá outras providências.*

I – RELATÓRIO

É submetido à apreciação da Comissão de Desenvolvimento Nacional (CEDN), o Projeto de Lei do Senado nº 769, de 2015, de autoria do Senador José Serra, que *altera a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, para vedar a propaganda de cigarros ou qualquer outro produto fumígeno e o uso de aditivos que confiram sabor e aroma a estes produtos, bem como estabelecer padrão gráfico único das embalagens de produtos fumígenos; altera a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para configurar como infração de trânsito o ato de fumar em veículos quando houver passageiros menores de dezoito anos; e dá outras providências.*

A proposição, composta de cinco artigos, promove diversas modificações na Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao



uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do §4º do art. 220 da Constituição Federal, para:

a) proibir qualquer forma de propaganda, publicidade, promoção ou patrocínio de produtos fumígenos também nos locais de venda;

b) obrigar que as embalagens dos cigarros sejam padronizadas, mantendo as advertências quanto aos riscos e prejuízos do fumo, conforme regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária;

c) proibir o uso de substâncias sintéticas e naturais que possam conferir, intensificar, modificar ou realçar sabor ou aroma de cigarros ou outros produtos fumígenos;

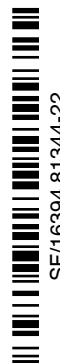
Além disso, altera o art. 162 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o *Código de Trânsito Brasileiro*, para punir com multa e cômputo de pontos na carteira o motorista que fumar ou permitir que passageiro fume em veículo que esteja transportando menores de dezoito anos.

Nos termos da justificção da proposição:

As três primeiras medidas têm por finalidade se opor às estratégias mais agressivas de marketing da indústria tabagista, que atuam na indução do tabagismo entre jovens. A quarta procura desestimular os pais e responsáveis que ainda continuam fumando na presença de crianças e adolescentes, o que, comprovadamente, é um estímulo para que o jovem, em algum momento, experimente o tabaco, aumentando os riscos de se tornar um dependente. Além disso, a medida é importante para a proteção de crianças e jovens contra a exposição ao fumo passivo em local fechado, pois proíbe que se fume em veículo que esteja transportando menores de dezoito anos.

O relator do Projeto de Lei do Senado nº 769, de 2015 na Comissão Especial de Desenvolvimento Nacional, Senador Otto Alencar, apresentou Parecer nº , de 2015, em 17 de fevereiro de 2016, em que entende que a proposição estaria dotada de constitucionalidade e juridicidade.

Nos termos do parecer do relator, o projeto seria constitucional, pois:



A proposição trata de matéria inserida na competência legislativa da União, conforme o disposto no art. 22, incisos XXIX e XI, e no art. 24, incisos V e XII, da Constituição, segundo os quais compete à União legislar privativamente sobre propaganda comercial e trânsito e transporte e concorrentemente com os Estados e o Distrito Federal sobre produção e consumo e proteção e defesa da saúde.

Ademais, nos termos do §3º do art. 220 da Lei Maior, compete à lei 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 o §4º do mesmo dispositivo constitucional estabelece que a propaganda comercial de tabaco, entre outros produtos, estará sujeita a restrições legais e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Cabe ao Congresso Nacional dispor sobre a matéria, e a iniciativa parlamentar é legítima, nos termos dos arts. 48 e 61 da Lei Maior.

Quanto à juridicidade, destaca o Parecer que:

o projeto se afigura irretocável, porquanto: i) o *meio* eleito para o alcance dos objetivos pretendidos (normatização via edição de lei) é o adequado; ii) o assunto nele vertido *inova* o ordenamento jurídico; iii) possui o atributo da *generalidade*; iv) se afigura dotado de potencial *coercitividade*; e v) é compatível com os princípios diretores do sistema de direito pátrio.

A proposição está redigida em conformidade com a boa técnica legislativa, observando os preceitos da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, ressalvada a necessidade dos ajustes objeto das emendas que propomos.

No mérito, o relator Senador Otto Alencar é favorável às medidas propostas pelo autor Senador José Serra, por entender, nos termos do seu parecer, como segue:

Como bem salienta o autor do projeto em sua justificação, o Brasil avançou significativamente na adoção de medidas de combate ao tabagismo, tais como a proibição da propaganda de cigarros (exceto nos pontos de venda), a obrigatoriedade de inclusão de advertências sobre os malefícios do tabagismo nas embalagens e nos maços de cigarros, a proibição de patrocínios de eventos por marcas de cigarros e a proibição do uso de produtos fumígenos em recinto coletivo fechado, entre outras.



A despeito dessas conquistas, é preciso dar continuidade a essas políticas antitabagismo, de modo a reduzir ainda mais o uso de produtos fumígenos, os quais, como é de conhecimento público, tantos males têm causado à população em razão de serem extremamente prejudiciais à saúde.

[...]

O projeto avança em relação à legislação vigente, especialmente ao estender a proibição de propaganda comercial desses produtos aos locais de venda e ao coibir o uso de cigarros no interior de automóveis em que haja menores de dezoito anos.

Inobstante entender que o Projeto objeto do Parecer goza de boa técnica legislativa, o relator propõe ajustes na proposição na forma de emendas, para:

No art. 3º da Lei no 9.294, de 1996, alterado pelo art. 1º do projeto, propomos a renumeração dos §§8º a 10 para §§3º e 4º. Excluimos a referência à regulamentação de dispositivos pela Anvisa, tendo em vista o disposto no art. 61, §1º, I, “e” no art. 84, VI da Constituição, os quais estabelecem a competência privativa do Presidente da República para dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal.

No art. 5º da Lei no 9.294, de 1996, propomos que se deixe de reproduzir o §1º, tendo em vista não ter havido alteração em seu texto.

Alteramos a redação do *caput* do art. 2º do projeto, por razões de técnica legislativa.

No art. 4º da proposição, incluímos a revogação dos §§1º e 2º do art. 3º-A da Lei no 9.294, de 1996.

O Projeto de Lei do Senado nº 769, de 2015, com as emendas do relator contidas no Parecer nº , de 2015, apresentado em 17 de fevereiro de 2016, estaria apto para votação e decisão, em caráter terminativo, na Comissão de Desenvolvimento Nacional.

Contudo, tanto a proposição quanto as razões do parecer do relator, muito embora sejam louváveis as intenções do autor Senador José Serra e do relator Senador Otto Alencar nas medidas de combate ao tabagismo, são inconstitucionais, antijurídicas e, no mérito, não atingiriam os fins pretendidos, pelas razões que se passa a expor.



SF/16394.81344-22

II - ANÁLISE

A proposição trata de matéria inserida na competência legislativa privativa da União, conforme disposto no art. 22, incisos XXIX e XI, e no art. 24, incisos V e XII, da Constituição, segundo os quais compete à União legislar privativamente sobre propaganda comercial e transporte e concorrentemente com os Estados e o Distrito Federal sobre produção e consumo e proteção e defesa da saúde.

Contudo, o art. 220, §4º do texto constitucional estabelece que a propaganda comercial de tabaco está sujeita a restrições legais e não à proibição total, como é objeto do Projeto de Lei em análise. Isto porque as restrições constitucionalmente admitidas são limitadas por direitos e garantias fundamentais, a começar pelo direito fundamental à liberdade de comunicação, contida no art. 5º, inciso IX.

Ao proibir que os produtos sejam expostos e impor a padronização das embalagens em um único modelo a ser definido pelo Estado, a proposição cassa, de forma irremediavelmente inconstitucional, o direito das empresas de comunicar aos consumidores, ainda que sem intuito de propaganda, a existência de seus produtos e de diferenciá-los uns dos outros, sejam eles da mesma fabricante ou importadora ou de concorrentes entre si.

Ademais, a proibição da diferenciação dos produtos fumígenos, ou do uso de marcas com seus sinais distintivos, seja em cor, elemento gráfico, forma ou palavra, e a proibição à exposição e visibilidade desses produtos nos pontos de venda, como é objeto do art. 1º da proposição, viola o direito fundamental à proteção da propriedade e, em específico, da propriedade das marcas e de seu decorrente e lógico uso, contidos no art. 5º, incisos XXII e XXIX, e no art. 170, inciso II da Constituição. Representa afronta ao direito fundamental à imagem ao cassar a expressão das marcas nos produtos, expresso no art. 5º, inciso X da Carta Magna, e que se estende às pessoas jurídicas. Quebra o direito fundamental de informação dos consumidores, insculpido no art. 5º, inciso XIV do texto constitucional.



Proscreever tanto a diferenciação dos produtos fumígenos por meio da expressão integral das marcas e a sua exposição e visibilidade nos locais de venda, quanto a fabricação ou importação e a comercialização no País dos que contenham substâncias que confirmem, intensifiquem, modifiquem ou realcem sabor ou aroma, fere o direito à liberdade de iniciativa e de livre concorrência, protegido no art. 1º, IV e art. 170, *caput* e seu inciso IV da Carta da República. A Constituição determina que haja a limitação da intervenção do Estado na atividade econômica a ser exercida pelo particular, sendo garantido às empresas o direito de praticar livremente, dentro dos parâmetros constitucionais, todos os atos relacionados ao desenvolvimento de sua atividade.

Acordos internacionais de proteção à propriedade intelectual, dos quais o Brasil é signatário e se comprometeu perante a comunidade de países a zelar por seu fiel e integral cumprimento, são descumpridos pela proposição, em especial o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, conhecido internacionalmente por TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) e a Convenção de Paris de 1967.

Internalizado no ordenamento jurídico nacional por força do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio estabelece em seu art. 15 que a natureza dos bens ou serviços para os quais se aplique uma marca não constituirá, em nenhum caso, obstáculo a seu registro. Ao estabelecer a padronização das embalagens – impedindo a fruição integral do uso da marca – e a exposição e visibilidade destas nos locais de venda – finalidade da marca no exercício da liberdade comercial – inutiliza-se o seu registro, sendo claramente obstáculo por via indireta.

O Acordo expressa ainda, no art. 20, que o uso comercial de uma marca não será injustificadamente sobrecarregado com exigências especiais, tais como o uso com outra marca, o uso em uma forma especial ou o uso em detrimento de sua capacidade de distinguir os bens e serviços de uma empresa daqueles de outra empresa, o que coaduna com as proteções constitucionais previstas na Constituição brasileira e é integralmente contrariado pelas proposições em discussão.

Há ferimento no dever de zelo contra a concorrência desleal, prevista no ordenamento jurídico brasileiro e na Convenção de Paris de 1967 em seu art. 10, *bis*,



internalizada por meio do Decreto 75.572, de 8 de abril de 1975, em que o Brasil se obrigou a assegurar aos nacionais proteção efetiva contra essa ilegal prática comercial.

Medida similar de padronização das embalagens de derivados de tabaco adotada pela Austrália está sendo questionada no âmbito da Organização Mundial do Comércio. Painel para julgamento foi formado e a condenação daquele País poderá lhe gerar graves sanções econômicas e comerciais.

Nesse sentido, a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual já se posicionou contra a implementação de embalagens genéricas no Brasil. A ABPI em sua resolução 84/2014 expôs seu “veemente repúdio” à implementação das embalagens genéricas no Brasil e recomendou que o governo brasileiro posicione-se contrariamente a qualquer legislação estrangeira nesse sentido, nos fóruns internacionais e em suas manifestações nos procedimentos de solução de controvérsias iniciados no âmbito da OMC e outras organizações internacionais.

Pelas razões acima expostas, as proposições contidas no Projeto de Lei nº 769, de 2015, são inconstitucionais.

As medidas propostas são também antijurídicas, seja quanto i) o *meio* eleito para o alcance dos objetivos pretendidos (normatização via edição de lei), ii) *inovação* no ordenamento jurídico, iii) atributo de generalidade, iv) *coercitividade* e v) compatibilidade com os *princípios diretores do sistema de direito pátrio*.

Já foi demonstrado que as propostas ferem direitos e garantias fundamentais petrificados na Constituição, razão pela qual a edição de lei não pode ser meio juridicamente válido. Em se tratando de direitos fundamentais, o art. 60, inciso IV proíbe que mesmo emenda constitucional lhes venha a abolir. Não há gradação possível para abolição de direitos e garantias fundamentais, sendo que sua derrogação parcial está igualmente vedada, não se cogitando desse debate.



A inadequação do meio em razão do freio constitucional incompatibiliza as propostas, como consequência lógica e inarredável, com os princípios diretores do sistema de direito pátrio.

Além de inadequadas no meio e na compatibilidade com o sistema jurídico pátrio, as propostas versam sobre tema já tratado na Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, alterada pela Lei no 12.546, de 14 de dezembro de 2011. O art. 3º da Lei vigente já proíbe a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, inclusive nos locais de venda. É ressalvada apenas a exposição desses produtos, já acompanhadas das cláusulas de advertência previstas nos §§2º, 3º e 4º do mesmo artigo, e da tabela de preços, exposição essa que atende ao art. 220, §4º da Constituição e cuja previsão legal está em consonância com os direitos e garantias fundamentais explicitados nas razões desse parecer.

O Poder Executivo regulamentou a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, alterada pela Lei no 12.546, de 14 de dezembro de 2011, por meio do Decreto 8.262, de 31 de maio de 2014, o qual limitou a forma das embalagens de produtos fumígenos ao nelas proibir o uso de palavras, símbolos, dispositivos sonoros, desenhos ou imagens que possam induzir diretamente o consumo, sugerir consumo exagerado ou irresponsável, induzir o consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais, sugerir ou induzir bem-estar ou saúde, criar falsa impressão de que uma marca seja menos prejudicial à saúde do que outra, conduzir a conclusões errôneas quanto às características e à composição do produto e quanto aos riscos à saúde inerentes ao seu uso, dentre outras proibições.

Advertências de saúde são também previstas no mencionado Decreto, que devem ocupar 20% (vinte por cento) da área de cada uma das faces dos mostruários ou expositores de produtos fumígenos que estejam visíveis ou público, e de 100% (cem por cento) da face posterior, 30% (trinta por cento) da parte inferior da face frontal e 100% (cem por cento) de uma das laterais de suas embalagens.

A Lei no. 9.503, de 23 de setembro de 1997 – *Código de Trânsito Brasileiro* – prevê no art. 252, inciso V, que dirigir o veículo com apenas uma das mãos, exceto quando deva fazer sinais regulamentares de braço, mudar a marcha do veículo, ou acionar equipamentos e acessórios do veículos, é infração de trânsito. Portanto, o ato



de fumar na direção já seria proibido em razão de previsão mais abrangente, independentemente de se na presença ou não de crianças ou adolescentes.

Tanto para os motoristas quanto os passageiros que eventualmente fumem na presença de crianças e adolescentes, medida mais efetiva seria a implantação de política pública por meio de campanhas educativas em postos de saúde, escolas, hospitais e demais órgãos da Administração Pública quanto à importância de não expor menores de 18 anos à fumaça de derivados de tabaco, em atendimento ao direito da criança e do adolescente a proteção à sua saúde e o desenvolvimento sadio e harmonioso, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

Os aspectos levantados indicam que as propostas em debate não contêm inovação constitucionalmente válida e que justifique a edição de nova lei para além da aplicação da legislação já vigente no ordenamento jurídico pátrio.

As medidas não são dotadas da generalidade esperada em razão da previsão do art. 220, §4º da Constituição, vez que não somente a propaganda comercial de tabaco, mas também a de bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias está sujeita a restrições legais. Por tratar apenas de produtos fumígenos, as proposições estabelecem proibições que além de inconstitucionais dirigem-se apenas a um grupo de empresas que fabricam e comercializam um tipo dos produtos cuja Carta da República determina restrições. A Constituição demanda que a normatização se dê igualmente a esses outros produtos que podem ser tão ou mais nocivos.

Por fim, a coercitividade resta prejudicada em razão dos efeitos não pretendidos e que seriam resultantes da entrada em vigor das propostas em discussão. Isto porque medidas como a padronização de embalagens, proibição de exposição e visibilidade de produtos lícitos nos locais de venda ou de uso de substâncias que confirmam aroma ou sabor aos fumígenos aumentaria ainda mais a falsificação e o contrabando de cigarros no Brasil, problema sério que gera aumento da criminalidade, consumo de derivados do tabaco não controlados pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e perdas bilionárias de tributos para a União, Estados e Municípios.



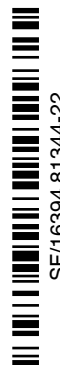
Por todos os motivos expostos, o Projeto de Lei nº 769, de 2015, é também antijurídico.

Quanto ao mérito, as proposições não atendem aos objetivos pretendidos.

As embalagens, a toda evidência, afetam muito pouco a escolha do indivíduo – consumidor ou não – de consumir produtos fumígenos, isto em razão das exaustivas advertências de saúde e do conhecimento geral a respeito dos seus riscos inerentes. O uso de marcas e seus sinais distintivos nas embalagens e a exposição desses produtos nos locais de venda são formas do consumidor distingui-los em suas diferentes características, qualidade e tecnologia. A experiência científica e social mostra que as pessoas começam a fumar, sobretudo, em decorrência da influência de amigos e familiares.

O homem médio não ignora os riscos no consumo de derivados de tabaco, mas opta por fazê-lo por sua livre e espontânea vontade. Está claro que criar proibições às empresas não reduziria a opção pelo consumo do produto. Pelo contrário: retiraria do Estado a possibilidade de fiscalizar e controlar o cumprimento da legislação quanto a cigarros e demais derivados de tabaco ao dar mais poder de fogo aos falsificadores e contrabandistas, que certamente não cumprem a lei e veriam uma pista maior para praticar seus crimes em prejuízo da população e do Estado.

Outros efeitos adversos viriam com o aumento do contrabando de cigarros. A cadeia produtiva do tabaco experimentaria forte queda na demanda em razão da competição com os produtos ilegais; por consequência, pressionada pelos custos operacionais na manutenção de uma operação lícita cuja carga tributária é elevada, reduziria o valor pago ao produtor rural, afetando mais de 180 mil famílias que vivem dessa cultura no Sul e no Nordeste do Brasil. O desemprego aumentaria e os comerciantes que cumprem a lei e não vendem fumígenos clandestinos se veriam competindo com outros que não a atendem, criando ainda mais dificuldades econômicas a setor combalido pela forte crise econômica que assola o País.



Benefícios à saúde pública seriam inexistentes neste cenário de produtos fumígenos contrabandeados ocupando o vácuo que seria deixado pelas fabricantes e importadoras licitamente estabelecidas; é possível até mesmo que os avanços no combate ao tabagismo, experimentados pelo Brasil ao longo dos últimos anos, sofressem reversão neste cenário, o que anularia qualquer intenção de melhora da saúde e redução do consumo desses produtos.

Diante dos fortes elementos em consideração, resta discordar do mérito do projeto.

III – VOTO

Em vista do exposto, manifestamo-nos pela inconstitucionalidade e antijuridicidade do Projeto de Lei do Senado nº 769, de 2015, e, no mérito, por sua rejeição.

Sala da Comissão,

Senador GLADSON CAMELI



SF/16394.81344-22