

1º CONCURSO DE MONOGRAFIAS EM DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DO
TABACO

Categoria estudantes de graduação em Direito.

Políticas Públicas de Controle do Tabaco e Direitos Humanos: A falácia da plena Liberdade na
manifestação de vontade do consumidor de tabaco.

Eric Baracho Dore Fernandes

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. A LIBERDADE DO CONSUMIDOR COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL: UMA CRÍTICA A PROPAGANDA DE CIGARROS COMO INTERFERÊNCIA À IDÉIA DO LIVRE ARBÍTRIO NO HÁBITO DE FUMAR

3. O CONTROLE PÚBLICO DA PUBLICIDADE DO TABACO EM UMA ABORDAGEM COMPARADA: A TENDÊNCIA MUNDIAL DE DESESTÍMULO À PROPAGANDA DE CIGARROS

4. A LEGITIMIDADE DA RESTRIÇÃO SEVERA DE PROPAGANDAS QUE INDUZAM AO CONSUMO DO CIGARRO PERANTE A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

5. DA PONDERAÇÃO ENTRE OS BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS

5.1. AS RESTRIÇÕES ATUAIS PERANTE O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

5.1.1. Da adequação

5.1.2 Da necessidade

5.1.3 da proporcionalidade em sentido estrito

5.2 DO RESULTADO DA COLISÃO ENTRE DIREITOS

6. CONCLUSÕES E APONTAMENTOS FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Políticas Públicas de Controle do Tabaco e Direitos Humanos: A falácia da plena Liberdade na manifestação de vontade do consumidor de tabaco.

1. INTRODUÇÃO.

A Organização Mundial de Saúde estima que, no mundo, um terço da população adulta seja composta por fumantes, o equivalente a 1 bilhão e 200 milhões de indivíduos. Apenas no século XX, estima-se que o tabaco tenha sido responsável por cerca de 100 milhões de mortes. Tal panorama tende a aumentar de forma drástica no século XXI, para o qual são previstas cerca de 1 bilhão de mortes causadas pelo hábito de fumar¹. Nesse grave contexto de perigo para a saúde pública, a intervenção do Estado na forma de políticas públicas de controle sobre tal atividade se mostra essencial. Tais políticas públicas demonstram sua importância ao incidirem sobre um aspecto específico dessa indústria nociva: a publicidade comercial. De fato, a comunidade internacional tem demonstrado sensível preocupação com esse aspecto do problema, em especial em relação ao choque dessa liberdade de propaganda com o Direito Internacional dos Direitos Humanos².

No Brasil, o atual nível de restrição das políticas públicas de controle da publicidade do tabaco, materializado através de produções do legislativo³, executivo⁴ e agências reguladoras⁵, é

¹ Dados da OMS, disponibilizados no endereço eletrônico da Aliança de Controle do Tabagismo, disponível em: <<http://actbr.org.br/tabagismo/numeros.asp>>. Acesso em: 03/01/2010.

² Tal preocupação da comunidade internacional se mostra evidente ao analisarmos o elevado grau de anuência de Estados ao texto da Convenção Quadro para Controle do Tabaco, a ser analisada mais adiante neste trabalho.

³ Dentre tais dispositivos, destacaremos como centro da análise a lei 9294/96, modificada pela lei 10167/2000. BRASIL. **Lei nº 10.167 de 27 de Dezembro de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10167.htm>. Acesso em: 01/01/2010; BRASIL. **Lei nº 9.294**

objeto de intensa controvérsia jurídica⁶. Dentre os defensores da indústria do fumo, um dos argumentos mais freqüentes a favor do produto funda-se em uma idéia de *livre arbítrio do consumidor*. Segundo tal raciocínio, fumar seria um simples *hábito*, advindo única e exclusivamente de uma opção livre e individual. Dessa forma, a responsabilidade por danos causados por tais produtos ao estado de saúde do consumidor seria exclusivamente do próprio. Tal linha de raciocínio defende uma excludente de responsabilidade civil fundada na culpa exclusiva da vítima⁷.

Contudo, cabe questionar se, de fato, a decisão ou manifestação de vontade que resulta no ato de *iniciar o hábito de fumar ou deixar de fazê-lo* é, realmente, pautada em uma plena *liberdade de escolha*. Seria livre de estímulos ou condicionamentos externos que interfiram na convicção do consumidor? Seria tão-somente sua decisão de fumar ou não? Conseguiria ele continuar a fumar ou deixar de fazê-lo a partir de uma ponderação única e exclusivamente racional de prós e contras?

A liberdade, como direito humano e direito fundamental, ocupa uma posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Além de consagrada como cláusula pétrea pelo constituinte originário de 1988, é resguardada por tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

de 15 de Julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9294.htm>. Acesso em 01/01/2010.

⁴ BRASIL. Medida provisória nº 2190-34. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/MPV/2190-34.htm>. Acesso em: 03/01/2010.

⁵ Nesse sentido, destacam-se as seguintes resoluções da ANVISA: RDC nº 104/2001 (Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=22504&word=>>>. Acesso em: 03/01/2010) e RDC nº 335/2003 (Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=8190&word=>>>. Acesso em: 03/01/2010).

⁶ A esse respeito, destaca-se a recente Ação Direta de Inconstitucionalidade. BRASIL, STF, ADI nº 3311, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Pendente de Julgamento. Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2246660>>. Acesso em 10/01/2010.

⁷ DELFINO, Lucio. **O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco.** Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre, v. 55, n. 361, p. 63-87, nov. 2007.

Que, diga-se de passagem, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, são elevados ao patamar de Emenda Constitucional, caso observem à formalidade exigida pela Constituição⁸. Tal liberdade pode ser entendida em um conceito amplo (um *direito geral de liberdade*⁹) ou através de diversas espécies, como liberdade de ir e vir, liberdade de crença, de pensamento, de expressão e de propaganda. Contudo, em um ordenamento onde coexistem bens jurídicos contrapostos por outros de igual valor, o fato social passa a exigir técnicas de ponderação e delimitação do âmbito de abrangência de cada um dos direitos fundamentais em jogo¹⁰.

Na equação jurídica analisada neste trabalho, de um lado coloca-se a liberdade de propaganda das indústrias de tabaco e, de outro, a plena liberdade do consumidor na manifestação de sua vontade, e, em uma segunda dimensão, pelo direito social a saúde¹¹ e pela proteção da criança e do adolescente.

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01/01/2009.

⁹ Sobre a liberdade como um direito geral, recomenda-se GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 168.

¹⁰ Conforme aponta Jens Karsten, existe um quase consenso na doutrina internacional de que a propaganda para a promoção de produtos no mercado se enquadraria no escopo de aplicação do direito à liberdade de expressão, por propaganda ser uma "liberdade de expressão comercial". No mesmo sentido, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior, relacionando a liberdade de propaganda ao exercício da livre iniciativa e liberdade de expressão. Filiando-se a essa tese, o presente trabalho entende a liberdade de comunicação social e propaganda igualmente como uma espécie do direito fundamental de liberdade garantido pela Constituição que se aproxima da liberdade de expressão. Dessa forma, nesse trabalho será aplicada uma análise focada na colisão e restrição de direitos fundamentais. Cf. KARSTEN, Jens. **Controle do tabaco na União Européia e a proibição de propaganda.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 10, n.40, p. 9-19, out./dez. 2001; p. 17 e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas.** São Paulo: Manole, 2007, p. 234.

¹¹ Vale lembrar, além de protegida como direito social fundamental pela constituição federal, a saúde encontra também proteção pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. A título exemplificativo,

Desde já, é importante salientar que a pretensão deste breve ensaio não é questionar a legitimidade da comercialização dos produtos fumígenos *per se*. Tal ato é lícito e sequer questionado pela jurisprudência¹². Toda a cadeia produtiva, desde o cultivo até a preparação e comercialização do produto é amparada pela legalidade¹³, sendo fiscalizada e tributada¹⁴ de forma regular pelo poder público. De fato, a manutenção deste como produto lícito é útil para que o Estado mantenha um nível tolerável de controle sobre a tributação e fiscalização acerca da qualidade dos produtos fornecidos ao consumidor¹⁵. E ainda, conforme demonstra Virgílio Afonso da Silva, o direito individual de fumar protagoniza uma discussão completamente distinta da discussão acerca do direito à propaganda de tais produtos¹⁶.

Ao invés disso, através de uma abordagem comparada e sob a ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o arcabouço teórico a seguir será desenvolvido no sentido de questionar se (i) o ato do consumidor em iniciar o hábito de fumar ou deixar de fazê-lo é realmente pautado por uma *livre manifestação de vontade*; (ii) se o atual nível de restrição da

Declaração Universal dos Direitos Humanos a protege em seu art. XXV e o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a protege em seu artigo 12.

¹² SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm; PIRES, Melissa Areal. **Responsabilidade das empresas produtoras de cigarro**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n.28, p. 210, out./dez. 2004.

¹³ Nesse sentido, GRAU, Eros Roberto. Comercialização de cigarros. **Libre iniciativa. Princípio de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.215, p. 310-318, jan./mar.1999.

¹⁴ Sobre a tributação da cadeia produtiva do cigarro recomenda-se SOUZA, Hamilton Dias (coord). **Tributacao especifica**. Sao Paulo, Quartier Latin, 2007; e GALVAO, Ilmar. **Regime de tributação de cigarros pelo IPI**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n.155, p. 117-125, ago. 2008

¹⁵ “É de ressaltar, desde já, que a exploração comercial do tabaco e da nicotina (venda de cigarros) representa um negócio extremamente lucrativo, mas tolerado pelo Poder Público que, com isso, previne a clandestinidade que uma súbita proibição poderia causar – tal qual o fenômeno verificado durante a Lei Seca nos Estados Unidos – fomentadora de sensível evasão (sonegação) fiscal, bem como prejuízo da ruptura do controle exercido sobre a qualidade e sobre os componentes disponibilizados ao consumidor”. CRUZ, Guilherme Ferreira da. **Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Cigarros**. Revista de Direito do Consumidor – 47, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78. No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro**. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Tomo I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Parecer de 4/9/2009 para a Aliança de Controle do Tabagismo, p. 3. Disponível em http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em 03/01/2010.

publicidade de tabaco pelo poder público é eficaz para garantir uma maior proximidade a uma liberdade plena na manifestação de vontade do consumidor e (iii) se tal nível de restrições é legítimo perante o teste da razoabilidade e pela ponderação dos bens jurídicos envolvidos, a saber: a liberdade de propaganda e a liberdade do consumidor em manifestar sua vontade de forma plena e isenta de vícios.

2. A LIBERDADE DO CONSUMIDOR COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL: UMA CRÍTICA A PROPAGANDA DE CIGARROS COMO INTERFERÊNCIA À IDÉIA DO LIVRE ARBÍTRIO NO HÁBITO DE FUMAR¹⁷.

A idéia de livre-arbítrio puro é equivocada para descrever o início do hábito de fumar. A liberdade acaba sendo envolvida pelas informações possuídas pelos “pré-fumantes” e pelas influências na formação de sua vontade, tais quais a propaganda direta e indireta. Considerada a interferência na liberdade do consumidor, é possível realizar uma crítica a esse argumento recorrente, destacando os principais elementos utilizados pela propaganda de cigarros para obter tal influência.

Preliminarmente, é preciso destacar que a informação é componente essencial na formação de vontades do indivíduo para a tomada de decisões. Vale dizer, informação verdadeira e isenta de elementos que possam induzir o consumidor a erro. O Código de Defesa do Consumidor estabelece tal proteção da seguinte forma:

¹⁷ Sobre o tema, recomenda-se a seguir artigo que em muito fundamenta o exposto abaixo: DELFINO, Lucio. **O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco**. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre, v. 55, n. 361, p. 63-87, nov. 2007.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Nas ações indenizatórias promovidas em face das empresas de produtos fumígenos, em geral, a defesa é pautada pela idéia de livre arbítrio do consumidor. De acordo com os defensores da propaganda, a decisão de fumar seria única e exclusivamente do fumante, um hábito adquirido por uma decisão racional. Dessa forma, defendem uma linha de *culpa exclusiva da vítima* pelos danos causados. Essa tese se baseia na premissa de que não há, por parte das empresas, qualquer forma de influência que leve o consumidor ao hábito fumar ou os impeça de deixar de fazê-lo.

Mas o fato é que, como será demonstrado a seguir, esta premissa está errada. A vontade humana não é invariável, inatingível ou totalmente livre de influências. A mesma pode ser conduzida e transformada por estímulos externos, advindos de uma realidade obtida pela experiência. Sempre que possível, na tentativa de analisar uma situação de fato na qual o fator determinante seja uma manifestação de vontades pautada no livre arbítrio¹⁸, é necessário investigar possíveis interferências externas motivadoras, que induzem o indivíduo a um *agir* específico. Presente determinado nível de *estímulos prejudiciais à formação da vontade*, já seria

¹⁸ A própria ordem civil coloca a manifestação de vontade livre e isenta de vícios como fator determinante para a validade do *negócio jurídico*, conceito que abrange os contratos e outras formas de manifestação de vontades visando um fim prático, tutelado (ou não proibido) pela ordem jurídica. Mais detalhes em PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. I: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** 22º ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

possível falar em um prejuízo da *liberdade* do indivíduo. Assim sendo, não há como afirmar que determinado hábito depende única e exclusivamente de um *livre arbítrio* quando não há *liberdade plena* em tal escolha.

Em relação ao tabagismo, é possível afirmar que tanto a decisão de iniciar o hábito de fumar (ou a de manter tal hábito) advém de estímulos e condicionantes externos. E não apenas fatores sociais incontroláveis e imprevisíveis, como influências de amigos ou imitação pelos jovens¹⁹ do comportamento de adultos. Historicamente, a estratégia da indústria de tabaco tem se baseado em omissão de informações acerca dos males do fumo, e em técnicas de marketing que criam a *imagem de um estilo de vida ideal*.

Sobre a liberdade de propaganda em geral, Tércio Sampaio Ferraz Júnior assinala:

*“A propaganda é meio comunicacional de persuasão. A persuasão é um objetivo comunicacional que não se reduz ao instrumento publicitário. Integra o discurso político, o discurso jurídico, o discurso opinativo em geral, diferenciando-se dos discursos científicos, mas até deles fazendo parte na forma de discurso pedagógico. Persuadir significa argumentar de tal forma a obter um comportamento do destinatário, não importam as convicções que os argumentos nele produzam”.*²⁰ (Grifo nosso)

De fato, a definição dada acerca da propaganda e sua função social nos parece ser precisa. A propaganda comercial, em especial, assume papel essencial como força motriz do sistema capitalista de consumo, trazendo a tona o constante desejo de comprar cada vez mais bens e

¹⁹ De acordo com José Rosemberg, em obra que se tornou verdadeiro tratado e referência paradigmática sobre o tema, verificou-se recentemente a relação da idade em que se começa a fumar, no desenvolvimento mais intenso da dependência da nicotina. Dentre aqueles que iniciam o hábito em torno dos 14 anos, 90% estão viciados aos 19 anos. Tem-se comprovado que aqueles que iniciam o hábito com idade entre 14-16 anos desenvolvem muito maior dependência da nicotina. “A nicotina no adolescente produz rápida alteração no sistema noradrenérgico e dopaminérgico dos centros nervosos cerebrais. A vulnerabilidade dos adolescentes à nicotina deriva da circunstância de que o cérebro ainda não está totalmente desenvolvido. ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003; p. 28. No mesmo sentido, ROSEMBERG, José. **Pandemia do tabagismo – Enfoques Históricos e Atuais**. São Paulo – SES, 2002.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007, p. 234.

produtos, e, com isso, mantendo a roda da economia em constante movimento. Contudo, mesmo sendo dotada dessa importante função social, tal liberdade deve encontrar limites na utilização de informações falsas ou mentirosas, que induzam o consumidor ao erro ou ao prejuízo de seus direitos fundamentais, “entendendo-se por mentira a falsidade deliberada que negue ou omita uma verdade factual”.²¹

Ao menos no Brasil, a publicidade de cigarros jamais teve cunho informativo e esclarecedor. Sempre foi promovida com o intuito de criar uma ambientação agradável e associada a imagens de atividades esportivas, sociabilidade, saúde, requinte ou sucesso profissional. Tal estratégia persuasiva usava imagens sedutoras para incitar ao hábito, e quando tal veículo de comunicação alcança uma criança, adolescente ou pessoas menos maduras, opera sua influência com um alcance ainda maior. Sendo assim, parece mentirosa uma propaganda que, deliberadamente, busque associar um estilo de vida ideal a um hábito que, de acordo com uma verdade factual, causa graves danos à saúde. Nesse sentido, afirma Cláudia Lima Marques:

*“(...) não somente as empresas [do tabaco] desinformam voluntariamente seus milhares de consumidores, como enviaram mensagens que – para estes leigos – eram aceitáveis e acreditáveis. Em outras palavras, a informação publicitária (imagens, induções, sons, risos, frases, personagens, situações de esporte, lazer, prazer, etc.) é recebida e processada por um leigo, o consumidor brasileiro, que nela acredita...”.*²² (Grifo nosso)

Além da *publicidade direta*, não é possível deixar de analisar as conseqüências de uma *publicidade indireta*, muito mais sutil e igualmente sedutora. Entende-se por publicidade indireta, por exemplo, a estratégia de pagar atores e diretores de filmes para divulgar imagens positivas de

²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas.** São Paulo: Manole, 2007, p. 234.

²² MARQUES, Cláudia Lima. **Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n.835, p. 75-133, maio 2005.

cigarros durante as cenas. Segundo informações²³, entre os anos de 1978 e 1988, cerca de 188 atores e diretores de cinema norte-americano receberam pagamentos das empresas produtoras de tabaco para que seus produtos fossem exibidos. Lúcio Delfino traz alguns exemplos clássicos da época, a citar:

(...) cite-se a cena em que a personagem Betty Boop vende maços de cigarros no filme “Uma Cilada Para Roger Rabbit”, de Robert Zemeckis; ou, ainda, a cena em que Sean Connery, na pele de James Bond, acende um cigarro com prazer em “007 – Nunca Mais Outra Vez”. O mesmo fizeram Paul Hogan em “Crocodilo Dundee”, Bruce Willis no primeiro “Duro de Matar” e vários personagens de “Grease – Nos tempos da Brilhantina” e “Wall Street”.²⁴

Vale acrescentar, todos filmes exportados da indústria cinematográfica de Hollywood para diversos países, inclusive o Brasil. Aliás, não precisarmos ir muito longe para observar o alcance da publicidade indireta promovida pela indústria do tabaco. O Poder Judiciário do Distrito Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre o caráter abusivo desse tipo de estratégia comercial. Em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal em face das empresas Souza Cruz, Standart Ogilvy & Mather Ltda e Conspiração Filmes Entretenimento S/A, as mesmas foram condenadas ao pagamento de indenização milionária a título de danos morais coletivos²⁵. Tais empresas se uniram para veicular publicidade de tabaco utilizando mensagens subliminares e técnicas que visavam atingir crianças e adolescentes. Vale lembrar que, em grau de recurso, a sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal²⁶.

²³ As informações são de estudo publicado na revista *Tobacco Control*, vinculada à *British Medical Association*. Website da publicação: <<http://tobaccocontrol.bmj.com/>>. Acesso em: 02/01/2010.

²⁴ DELFINO, Lucio. **O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco**. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre, v. 55, n. 361, p. 63-87, nov. 2007; p. 78.

²⁵ BRASIL, TJDFT, Processo nº 2004.01.1.102028-0, Juiz Robson Barbosa de Azevedo, DJE 03/03/2006.

²⁶ BRASIL, TJDFT, Apelação Civil nº 2004.01.1.102028-0, Rel. Des. Vera Andrigli, DJE 24/07/2007.

Um acordo firmado entre indústria do tabaco e o governo dos Estados Unidos nos anos 90 determinava o fim desse tipo de propaganda indireta em filmes e na televisão. Entretanto, uma pesquisa realizada pelo Centro de Câncer de Norris Cotton (EUA), demonstrou que tal proposta jamais foi respeitada. Foram analisados os 25 filmes de maior audiência entre 1988 e 1997, dos quais 85% continham cenas de tabagismo. O aspecto mais preocupante do estudo foi que a veiculação de marcas de cigarro foi quase tão freqüente nos filmes adultos quanto nos filmes de adolescentes, reduzindo-se a 20% nos filmes infantis²⁷. De fato, a maioria dos filmes citados anteriormente ainda são diariamente assistidos por um público composto significativamente por crianças e adolescentes.

A análise dessas estatísticas leva a uma conclusão curiosa. É consenso que esse tipo de propaganda não deva alcançar crianças e adolescentes. De fato, espera-se que, diferentemente dos jovens, os adultos tenham discernimento e maturidade suficientes para decidir acerca do hábito de fumar. Contudo, nem todos os adultos que *atualmente* são fumantes fizeram uma escolha pautada por uma livre manifestação de vontades. Por influência da forte propaganda das décadas passadas, experimentaram o cigarro *ainda quando jovens*, tornando-se rapidamente dependentes do produto, sem a força de vontade, maturidade ou condições necessárias para desvencilhar-se do hábito após uso prolongado do produto.

Diga-se de passagem, que, apesar do posicionamento demonstrado publicamente pela indústria do tabaco sempre ter sido no sentido de que a propaganda não é direcionada a criança e adolescentes, documentos secretos²⁸ dos fabricantes atestam o contrário. A Souza Cruz, por exemplo, diz que “A Souza Cruz fabrica cigarros para uso exclusivo de adultos baseada nos

²⁷ Multinacionais de cigarro e cinema hollywoodiano continuam associados. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/atualidades/ano10_1/multinacionais.html>. Acesso em: 01/01/2010.

²⁸ Algumas das informações constantes de tais documentos são acessíveis em <http://www1.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=arquivos_secretos.pdf>. Acesso em 03/01/2010.

*melhores mecanismos e meios para a produção*²⁹. Os documentos secretos, contudo, desmentem a afirmação:

*“Eles representam o negócio de cigarros de amanhã. A medida que o grupo etária de 14 a 24 anos amadurece, ele se tornará a parte chave do volume total de cigarros, no mínimo pelos próximos 25 anos”*³⁰.

*“Atingir o jovem pode ser mais eficiente mesmo que o custo para atingi-los seja maior, porque eles estão desejando experimentar, eles tem mais influência sobre os outros da sua idade do que eles terão mais tarde, e porque eles são muito mais leais a sua primeira marca”*³¹.

*“É importante saber tanto quanto possível sobre os padrões de tabagismo dos adolescentes. Os adolescente de hoje são os potenciais consumidores regulares de amanhã, e a grande maioria dos fumantes começa a fumar na sua adolescência. Devido ao nosso grande espaço de mercado entre os fumantes mais jovens, a Philip Morris sofrerá mais do que qualquer outra companhia com o declínio do número de adolescentes fumantes”*³².

Não restringindo o alcance de tal propaganda indireta aos meios televisivos, a indústria do cigarro utiliza também o esporte como meio de propaganda. Imortalizado, por exemplo, no *slogan* do jogador Gerson, que dizia “você também gosta de levar vantagem em tudo, certo?” Ou até mesmo na Fórmula 1, onde a empresa Philip Morris (marca *Marlboro*) já patrocinou pilotos como Emerson Fittipaldi (que virou até mesmo marca de charuto³³), Rubens Barrichello e até mesmo o falecido herói nacional, Ayrton Senna.

Tais exemplos demonstram de forma clara a forte influência da indústria do fumo no livre-arbítrio do consumidor, seja em propagandas diretas, seja nas mais sutis propagandas

²⁹ Disponível em: <<http://www.souzacruz.com.br>>. Acesso em: 03/01/2010.

³⁰ J. W. Hind, R.J. Reynolds Tobacco, internal memorandum , 23rd January 1975. Documentos disponíveis em: <<http://www.cdc.gov/tobacco/industry-docs/>>. Acesso em 03/01/2010.

³¹ Escrito por um executivo da Philip Morris em 1957. Documentos disponíveis em: <<http://www.pmdocs.com/>>. Acesso em: 03/01/2010.

³² Memorando enviado por um pesquisador da Philip Morris, Myron E. Johnston para Robert B. Seligman, Vice Presidente de pesquisa e desenvolvimento da Philip Morris, 1981. Documentos disponíveis em <http://www.pmdocs.com/>. Acesso em 03/01/2010.

³³ Emerson vira marca de charuto. Disponível em http://www.inca.gov.br/atualidades/ano6_2/emerson.html. Acesso em 03/01/2010.

indiretas de seu produto. Sendo assim, se torna altamente questionável a hipótese de que dar início ao hábito de fumar seria uma decisão originada única e exclusivamente da livre manifestação de vontades do consumidor, isenta de vícios e influências externas. O que dizer, então, *da decisão de parar de fumar*. Além do fator dependência, parece razoável concluir, tendo em vista o panorama apresentado acima, que os fumantes estariam mais aptos a deixar o vício em um ambiente em que este não fosse estimulado por propagandas sedutoras.

Não há, ao nosso ver, total livre arbítrio no ato do homem médio que dá início ao hábito de fumar. Dessa forma, parece razoável concluir que um ambiente onde exista *plena liberdade de propaganda* macula a *plena liberdade do indivíduo*, como consumidor e cidadão titular de direitos humanos e direitos fundamentais, em tomar tal decisão.

Assim sendo, torna-se essencial a intervenção do estado para tutelar e proteger tal liberdade do consumidor, através da *restrição dessa liberdade de propaganda*. Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa:

*“(...) a exemplo do pensamento sobre a matéria do eminente professor Owen Fiss³⁴, da Universidade de Yale, em quem me inspiro, penso que nem sempre o estado exerce uma influência negativa no campo das liberdades de expressão e de comunicação”.*³⁵

O fato social demanda uma tutela estatal diferenciada, uma regulamentação incisiva para a proteção da Liberdade do consumidor. Dessa forma, a seguir, será analisado o panorama atual de

³⁴ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação à Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³⁵ BRASIL, STF, ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJU 05/11/2009. Nesse julgado, o Ministro Joaquim Barbosa demonstrou seu entendimento no sentido de que o estado deve operar uma restrição das liberdades de comunicação em geral de modo a atuar como garantidor de outras liberdades e direitos de mesmo valor. Para uma análise profunda do julgado em questão, recomenda-se DORE FERNANDES, Eric Baracho. ; LEGALE FERREIRA, Siddharta . Comentário à ADPF 130: Parâmetros para as decisões após a não recepção da Lei de Imprensa. Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense - RDM v. 5, p. 103-136, 2009.

controle público da publicidade de produtos fumígenos no direito comparado, com o intuito de identificar a inserção do Brasil na atual tendência mundial de restrições à liberdade comercial do tabaco. Como o Brasil e a comunidade internacional tem atuado na proteção de tais bens jurídicos?

3. O CONTROLE PÚBLICO DA PUBLICIDADE DO TABACO EM UMA ABORDAGEM COMPARADA: A TENDÊNCIA MUNDIAL DE DESESTÍMULO À PROPAGANDA DE CIGARROS.

Originalmente, o hábito de fumar se originou nas Américas e, rapidamente, se espalhou pela Europa Ocidental. Devido aos benefícios trazidos pelas indústrias do tabaco aos agricultores, operários e trabalhadores vinculados à industrialização e consumo do tabaco, o poder público admitiu a atividade como lícita, passando a tributá-la. O cigarro propriamente dito surgiu apenas no início do século XX, quando finalmente se alastrou de forma incontrolável pelo mundo, graças ao poderoso marketing existente em torno do produto³⁶. Os primeiros relatórios científicos sobre os malefícios causados pelo uso cigarro surgiram na década de 30. Antes disso, o hábito era associado à saúde e a supostas “curas milagrosas”.³⁷

Em 12 de Maio de 1994, os argumentos a favor da publicidade do cigarro sofreram um duro golpe, quando foram revelados documentos secretos referente às atividades desenvolvidas pela *British American Tobacco* e sua subsidiária nos Estados unidos, a *Brown and British American Tobacco*. Os documentos foram publicados em diversos periódicos científicos e em

³⁶ PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

³⁷ ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003. Disponível em: <<http://www1.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>>. Acesso em 31/12/2009.

artigos do *New York Times*. Após recursos da empresa alegando interferência em sua privacidade, a Corte Superior do Estado da Califórnia reconheceu que tais documentos deveriam ser de domínio público. Em 1998, um acordo entre as sete maiores companhias produtoras de cigarro e o governo dos Estados Unidos determinou que tais empresas disponibilizassem ao público todos os seus documentos internos. Os dados alarmantes contidos em tais documentos, em um total aproximado de 5 milhões deles³⁸, passaram a subsidiar diversos argumentos contra a publicidade abusiva do cigarro, demonstrando a necessidade de políticas públicas mais incisivas para seu controle.

Nas últimas décadas, a globalização da economia possibilitou que grandes companhias multinacionais dirigissem seus esforços no sentido de expandirem seus negócios para países em desenvolvimento, onde, ao mesmo tempo em que os custos de produção se reduzem, o potencial de consumo se eleva. Esse processo resultou em uma grande expansão recente do mercado de produtos fumígenos em países da América Latina, da Ásia, África e Leste Europeu. O reconhecimento de que a expansão do tabagismo é um problema mundial fez com que, em maio de 1999, durante a 52ª Assembléia Mundial da Saúde, os Estados Membros das Nações Unidas propusessem a adoção do primeiro tratado internacional de saúde pública da história da humanidade. Trata-se da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco³⁹.

A convenção determina um conjunto de medidas cujo objetivo principal é, em escala global, frear a expansão do consumo de tabaco. Por aproximadamente quatro anos, 192 países trabalharam em diversas redações do texto da Convenção-Quadro antes de chegar ao texto final, adotado por unanimidade na 56ª Assembléia Mundial da Saúde, em maio de 2003. Desde o início dos trabalhos de elaboração do tratado, o Brasil teve uma participação de destaque durante todo o

³⁸ Disponíveis em: <<http://www.library.ucsf.edu/tobacco/>>. Acesso em 03/01/2010.

³⁹ Ministério da Saúde. Por que aprovar a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco? Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/cquadro.pdf>>. Acesso em 03/01/2010.

processo de negociação. Foi inclusive o 2º país a assinar o seu texto, no 1º dia disponível para que os estados membros o fizessem. O tratado, promulgado pelo Decreto nº. 5.658 de 2006, possui medidas específicas em relação à propaganda do tabaco. Não apenas seu preâmbulo evidencia a preocupação dos países signatários com esse aspecto do problema, mas também encontramos vários outros dispositivos de comprometimento com a restrição total a propaganda ao longo do artigo 13 do referido diploma internacional, com a ressalva de que tais restrições devem se dar de modo compatível com a constituição de cada estado signatário⁴⁰.

As produções legislativas do Brasil nas últimas décadas demonstram que o país tem seguido essa tendência mundial de desestímulo ao consumo do cigarro. A Lei nº. 9294 de 1996 estabeleceu restrições à propaganda, que se tornaram mais severas ao serem modificadas pela Medida Provisória 1º 2.190-34 de 2001 e pela Lei nº 10.167 de 2000, que restringiu a propaganda comercial dos produtos apenas aos pôsteres, painéis e cartazes na parte interna dos locais de venda, restrição que gerou reação da indústria do tabaco através da contratação de diversos pareceres que alegavam a inconstitucionalidade da lei. A agência reguladora ANVISA também trouxe regulamentação restritiva à propaganda do tabaco, através das resoluções RDC nº 104/2001 e RDC nº 335/2003.

Dentre as nações que firmaram seu compromisso em proteger a humanidade dos efeitos negativos causados pela propaganda de produtos derivados do tabaco, o modelo melhor sucedido

⁴⁰ 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 (...). BRASIL. **Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco. Decreto nº 5.658 de 2 de Janeiro 2006.** Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_5658_2006.htm>. Acesso em: 02/01/2010.

até o momento é o da União Européia. Apesar de alguns dos Estados integrantes do bloco europeu admitirem minimamente a propaganda do tabaco, na maioria deles se verificou uma proibição mais radical. A Diretiva 89/27/CE proibiu a publicidade televisiva de produtos de tabaco. Em seguida, a Diretiva 98/27/CE proibiu genericamente toda e qualquer forma de publicidade e patrocínio de produtos de tabaco, mas acabou impugnada pela Alemanha e, em substituição, foi editada a Diretiva 2003/33/CE. Hoje, estão absolutamente proibidos apenas a publicidade e o patrocínio de produtos derivados do tabaco na rede televisiva e materiais de comunicação impressos.

Destaca Cleve⁴¹, que os Estados da União Européia se dividem atualmente em dois grandes grupos. O primeiro grupo, composto por países como Luxemburgo⁴², Suécia⁴³, Espanha⁴⁴, Grécia⁴⁵, Alemanha⁴⁶ e Áustria⁴⁷ tende a restringir a propaganda de produtos fumígenos de forma menos incisiva, em geral proibindo a publicidade apenas na televisão e no rádio, admitindo com algumas restrições a veiculação em outros meios de comunicação. O segundo grupo de países, dentre os quais destacamos França⁴⁸, Itália⁴⁹, Portugal⁵⁰, Finlândia⁵¹, Reino Unido⁵², Irlanda⁵³, Holanda⁵⁴, Dinamarca⁵⁵ e Bélgica⁵⁶, admite a propaganda de forma

⁴¹ CLEVE, Clemerson Merlin. **Prescrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais.** Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 101, n.382, p. 209-257, nov./dez. 2005.

⁴² Lei de 24/03/1989.

⁴³ Lei do Tabaco 1993.581, publicada em Estocolmo, em 3 de Junho de 1993.

⁴⁴ Lei n° 34/88 e Lei n° 25/94.

⁴⁵ Duas decisões ministeriais, datadas de 29 de Maio de 1989, dispõem sobre a publicidade do tabaco.

⁴⁶ Lei de 09/09/1997, alterada por lei de 20/07/200.

⁴⁷ Lei do Tabaco – *BGBI* 431/1995.

⁴⁸ Lei n° 91-32 de 10/01/1991 – *Loi Evin*, que permite a publicidade nos pontos de venda, de forma similar à legislação brasileira.

⁴⁹ Lei n° 52 de 22/02/1983.

⁵⁰ Decreto n° 421/80 e Decreto n° 226/83, alterados pelos Decretos n° 330/90 e n° 275/98.

⁵¹ Lei n° 693/76.

⁵² Lei de 07/11/2002, que admite a publicidade nos pontos de venda ou direcionada às pessoas que trabalham no ramo de comércio de produtos derivados do tabaco. Trata-se do TAPA (Tobacco Advertising and Promotion Act), que, em diversas etapas, restringiu a propaganda de cigarro no país. Mais detalhes em SILVA, Virgílio Afonso da. Parecer de 4/9/2009 para a Aliança de Controle do

mínima, impondo um grau mais severo de restrições. De forma similar ao Brasil, os países que compõem o segundo grupo restringem a propaganda na maioria dos meios de comunicação, e a toleram somente nos locais de venda. Um dado interessante é que, dentre as diversas leis nacionais leis que dispõem sobre tais restrições em países de qualquer um desses dois grandes grupos, nenhuma foi reconhecida pela Corte Européia de Direitos Humanos como uma restrição ilegítima perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵⁷.

Tal abordagem comparada demonstra a forte tendência mundial ao desestímulo dos produtos fumígenos na forma de restrições à propaganda do cigarro. Demonstra também que o Brasil não apenas se encontra em congruência com tal tendência, mas na vanguarda desta, na medida em que protagonizou um papel de destaque nos trabalhos que levaram à ampla aceitação da Convenção-Quadro pela comunidade internacional. Contudo, a análise desse diploma internacional nos remete a considerações mais complexas. A Convenção estabelece que as restrições com as quais os países signatários se comprometeram devem ser compatíveis com as constituições de cada um dos estados signatários. Dessa forma, a seguir, sob uma ótica pautada pela interpretação da Constituição e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, serão discutidas a *legitimidade e constitucionalidade* do nosso atual modelo de restrições à propaganda do tabaco.

Tabagismo. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf>. Acesso em: 03/01/2010.

⁵³ Lei nº 6/2002.

⁵⁴ A legislação da Holanda admite a publicidade apenas nos pontos de venda.

⁵⁵ Também admite apenas a publicidade nos pontos de venda.

⁵⁶ Da mesma forma, admite somente a publicidade nos pontos de venda.

⁵⁷ Conforme se constata do website da Corte Européia de Direitos Humanos. Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 03/01/2010. O mesmo é apontado por KARSTEN, Jens. **Controle do tabaco na União Européia e a proibição de propaganda.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 10, n.40,p. 7-8, out./dez. 2001.

4. A LEGITIMIDADE DA RESTRIÇÃO SEVERA DE PROPAGANDAS QUE INDUZAM AO CONSUMO DO CIGARRO PERANTE A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.

Como é de amplo conhecimento, a Lei nº 10.167 de 27 de Dezembro de 2000, ao alterar dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, restringiu de forma severa a veiculação de propagandas que tenham por objeto produtos fumígenos⁵⁸. A partir da vigência da nova lei, a propaganda comercial dos produtos em questão só pode ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda⁵⁹. Além disso, na propaganda passa a ser proibido veicular o consumo a qualquer prática de atividades esportivas ou em situações perigosas e ilegais, diferente da redação anterior que vedava apenas esportes olímpicos. Outro ponto relevante foi que a nova lei prevê não apenas a total proibição da presença de crianças e adolescentes na propaganda, mas também *quaisquer referências às mesmas*. É clara a tentativa do legislador em evitar que jovens se tornem destinatários desse tipo de influência.

É importante salientar que o nível atual de restrições à liberdade de comunicação no que tange os produtos derivados do tabaco é legítimo perante metodologia do teste de três fases, para determinar a legitimidade de qualquer restrição imposta à liberdade de expressão. Como destaca Paula Ligia Martins⁶⁰, o Direito Internacional dos Direitos Humanos assume que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, mas exige que qualquer limitação a ele imposta deva ser

⁵⁸ BRASIL. Lei 1º 10.167 de 27 de Dezembro de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L10167.htm>>. Acesso em: 01/01/2010.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ MARTINS, Paula Lígia. **Conteúdo e Extensão da Liberdade de Expressão e suas Limitações Legítimas**. In: O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2009.

cuidadosamente desenhada⁶¹. Tal metodologia é utilizada no âmbito da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem esclarecido em suas decisões⁶² que restrições à liberdade de expressão e comunicação devem (i) ser estabelecidas em lei e precisamente definidas; (ii) buscar atingir fins legítimos com as restrições impostas, ou seja, de acordo com os propósitos listados no art. 13 (2) da Convenção Americana de Direitos Humanos; e (iii) ser realmente necessária para garantir um daqueles fins legítimos.

Em relação ao primeiro requisito, a restrição legal, além de profundamente delimitada, encontra fundamento na própria Constituição Federal, no capítulo destinado à Comunicação Social. *In verbis*:

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

(...).

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

O Professor Luís Roberto Barroso entende, contudo, em parecer⁶³, que a legislação atual deixa de ser uma mera restrição à publicidade do tabaco, configurando um verdadeiro banimento. Segundo uma interpretação semântica do dispositivo, o autor afirma que a expressão “restrições”

⁶¹ O teste usado pelo Comitê de Direitos Humanos para aplicação do art. 19 do Protocolo de Direitos Civis e Políticos encontra-se expresso no Comentário Geral 10 do Relatório do Comitê de Direitos Humanos à Assembléia Geral, 38ª Sessão, Sup. n° 40, 1983 (A/38/40), Anexo VI.

⁶² OEA. Corte Interamericana de Directos Humanos. Opinião Consultiva 5/85, *la colegiacion obligatoria de periodistas*.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro**. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

traz implicitamente a impossibilidade do banimento da propaganda, o que, em tese, teria ocorrido com a restrição da propaganda apenas a painéis, pôsteres e cartazes na parte interna dos locais de venda.

Com a devida vênia, discordamos dessa interpretação. Em relação às liberdades e direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, Jane Reis Gonçalves Pereira⁶⁴ assinala que a teoria externa de limites dos direitos fundamentais é mais adequada para explicar problemas interpretativos envolvendo tais bens jurídicos. De acordo com a autora, a idéia de que os direitos não são ilimitados, mas vêm já delimitados na Constituição, não podendo ser restringidos, é desmentida pela indeterminação das normas constitucionais, assim como pela complexidade de grande parte dos casos que envolvam tais direitos, uma vez que nem sempre é possível delimitar com nitidez o âmbito de proteção definitiva dos direitos⁶⁵. Segundo tais teorias modernas de interpretação constitucional, é possível atribuir limites distintos aos que estabeleceu o professor Barroso através de interpretação exclusivamente semântica do dispositivo em questão.

Além disso, a afirmação da restrição da propaganda aos pôsteres e cartazes nos locais internos de venda configurar praticamente com um banimento a essa propaganda é no mínimo contraditória. Ainda no mesmo parecer, o Professor Barroso afirma:

“O cigarro é um produto maduro, vale dizer, está no mercado faz longo tempo e não há necessidade de criação de uma demanda específica pelo seu consumo. Diferentemente se passaria, por exemplo, com um novo sistema de transmissão de dados ou um novo programa de computador. Por ser um produto maduro, a

⁶⁴ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶⁵ Novamente negando uma interpretação unicamente semântica do dispositivo, vale destacar que a doutrina nos mostra claramente a possibilidade de restrições de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, desde que pautadas por parâmetros racionais de controle. Nesse sentido, NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

publicidade não se destina a estimular o consumo, mas, sim, a atrair os consumidores para uma determinada marca". (Grifo nosso)⁶⁶

Ora, se a intenção da propaganda de produtos fumígenos *não é atrair novos consumidores, mas apenas destacar as qualidades particulares de uma determinada marca em detrimento de outras*, parece razoável que a propaganda seja restrita aos locais de venda. É uma forma de garantir que a propaganda alcance, de forma mais precisa, *apenas* o público alvo pretendido pela indústria de tabaco, visto que tais locais concentrariam os consumidores que *já fazem uso do produto*. O “espaço amostral” dos afetados pela propaganda tenderia a concentrar mais consumidores *que já fumam*, ao invés das propagandas televisivas que atingem um público composto também por não fumantes (o que potencialmente inclui, conforme já demonstrado no presente trabalho, crianças e adolescentes).

O argumento de que a propaganda do tabaco tem como objetivo apenas convencer os fumantes a mudarem ou deixarem de mudar para outra marca de cigarro não é exclusividade do professor Barroso, firmando-se como argumento recorrente pelos críticos do nível atual de restrição da propaganda de tabaco. Em relação a tal argumento recorrente, afirma Jens Karsten:

*“Eu penso que esse argumento está mal definido. Se prova científica for necessária para suprir a necessária fundamentação para satisfazer a demanda provando a relação entre a propaganda de tabaco e o ato de começar a fumar, pode-se confiar em um relatório completo do Departamento Nacional de Pesquisas Econômicas dos Estados Unidos (NBER). Esse relatório demonstra, tanto quanto a ciência social pode fornecer provas, que eliminar a propaganda leva a redução na média per capita do consumo do tabaco de aproximadamente 7%”.*⁶⁷

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro**. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Tomo I, 2^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; p. 247.

⁶⁷ KARSTEN, Jens. **Controle do tabaco na União Européia e a proibição de propaganda**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 10, n.40, p. 9-19, out./dez. 2001; p. 18. O relatório ao qual o professor Jens Karsten se refere se trata de CHALOUPIKA, Frank; SAFFER, Henry. **Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence**. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w6958>>. Acesso em: 02/01/2010.

Perante o segundo requisito do teste de três fases, de que as restrições precisam buscar atingir fins legítimos e de acordo com o art. 13(2) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o nível atual de restrições se mostra igualmente legítimo. Analisemos o referido artigo da Convenção:

Artigo 13º - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (Grifo nosso)

Ora, toda e qualquer possibilidade de restrição à propaganda comercial prevista pelo Constituinte no art. 220, § 4º envolve produtos nocivos para a saúde. No caso do tabaco, é um consenso de que o produto se configura como fator de risco para diversas doenças⁶⁸. Logo,

⁶⁸ Muitos estudos desenvolvidos até o momento evidenciam sempre o mesmo: o consumo de derivados do tabaco causa quase 50 doenças diferentes, principalmente as doenças cardiovasculares (infarto, angina) o câncer e as doenças respiratórias obstrutivas crônicas (enfisema e bronquite). Além disso, esses estudos mostram que o tabagismo é responsável por: 200 mil mortes por ano no Brasil (23 pessoas por hora); 25% das mortes causadas por doença coronariana - angina e infarto do miocárdio; 45% das mortes causadas por doença coronariana na faixa etária abaixo dos 60 anos; 45% das mortes por infarto agudo do miocárdio na faixa etária abaixo de 65 anos; 85% das mortes causadas por bronquite e enfisema; 90% dos casos de câncer no pulmão (entre os 10% restantes, 1/3 é de fumantes passivos); 30% das mortes decorrentes de outros tipos de câncer (de boca, laringe, faringe, esôfago, pâncreas, rim, bexiga e colo de útero); 25% das doenças vasculares (entre elas, derrame cerebral). Em 2005, o câncer foi responsável por 7,6 milhões de mortes no mundo, ou seja 13% de todos os 53 milhões de óbitos registrados naquele ano. O tipo com maior mortalidade foi o câncer de pulmão (1,3 milhão de mortes). No Brasil, o câncer de pulmão é o tipo de tumor mais letal e também uma das principais causas

concluímos que antes de proteger a liberdade de escolha do consumidor de tais produtos, o poder constituinte buscou proteger o bem jurídico da *saúde*, tornando tal restrição legítima sob a ótica dos Direitos Humanos.

O terceiro e último teste da metodologia do Sistema da Convenção Interamericana é justamente a *necessidade* da restrição para o alcance daquela finalidade. Tal aspecto de ponderação se aproxima, materialmente, com a necessidade como subprincípio do princípio da proporcionalidade. Ou seja, a verificação concreta se outra medida menos gravosa pode ser utilizada para alcançar o mesmo resultado. Em relação a esse questionamento, mais uma vez trazemos a lúmen as palavras do mestre Jens Karsten:

“Muito importante também é a observação do relatório de que a regulação inclusiva tem um claro efeito na redução do uso do tabaco, enquanto a regulação limitada quase não é eficaz⁶⁹. A regulação limitada não reduz o impacto da propaganda porque permite a substituição por outro tipo de mídia. No total, uma redução na propaganda de tabaco não é alcançada com regulação limitada, por exemplo, na propaganda de televisão, mas deve, para ser efetiva, alcançar toda a mídia”.

“Essas descobertas também trazem argumentos para dizer que não existem alternativas para a regulamentação da propaganda. Não há como obter meios menos restritos para alcançar o mesmo fim. Medidas positivas, como campanhas de informação que demonstram os perigos de fumar para a saúde, são severamente prejudicadas se a promoção do tabaco é ao mesmo tempo permitida”.

de morte no país. As estimativas sobre a incidência e mortalidade por câncer, publicadas a cada dois anos pelo INCA indicam que, em 2009, 45 mil pessoas deverão adoecer de câncer de pulmão no Brasil (18 mil homens e 27 mil mulheres). Estatísticas disponíveis no *website* do instituto nacional do câncer (INCA), em: <<http://www1.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=atento&link=doencas.htm>>. Acesso em: 01/01/2010.

⁶⁹ Nessa passagem, o autor novamente se refere ao relatório do Departamento Nacional de Pesquisas Econômicas dos Estados Unidos (NBER), que assinala: Tobacco advertising is a public health issue if these activities increase smoking. (...) This paper also provides new empirical evidence on the effect of tobacco advertising. The primary conclusion of this research is that a comprehensive set of tobacco advertising bans can reduce tobacco consumption and that a limited set of tobacco advertising bans will have little of no effect. CHALOUPIKA, Frank; SAFFER, Henry. **Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence**. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w6958>>. Acesso em: 02/01/2010.

Dessa forma, tendo sido demonstrada a legitimidade das restrições perante a ótica dos Direitos Humanos, se faz necessário verificar a colisão entre os bens jurídicos em conflito através de uma técnica de *ponderação*.

5. DA PONDERAÇÃO ENTRE OS BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS.

Antes de analisar individualmente os direitos em conflito, é necessário delimitá-los, equacionando-os de forma clara. A colisão de bens jurídicos que esse trabalho busca analisar pondera, de um lado, a liberdade de propaganda de produtos fumígenos, manifestação da liberdade de expressão comercial e da livre iniciativa. Do outro lado, encontra-se a liberdade do consumidor em decidir de forma plena sobre um hábito nocivo a sua saúde. De forma secundária, se torna também inevitável ponderar em face dessa propaganda, ao lado da liberdade do consumidor, o direito à saúde, bem como os direitos de proteção diferenciada das crianças e adolescentes. Conforme já demonstrado no presente trabalho, tais direitos têm seu exercício prejudicado e limitado pela liberdade de propaganda do tabaco, de modo que o ordenamento jurídico precisa oferecer uma solução para tal embate. Analisa-se, a seguir, se as restrições da lei são adequadas mediante uma lógica de *ponderação*.

Destaca Paulo Gustavo Bonet Branco⁷⁰ que a ponderação como método não explica, teoricamente, por que um princípio há de prevalecer sobre o outro, apenas traça um campo de debate para que a cada princípio seja atribuído um peso em seu confronto recíproco, já que, segundo ele, não existem normas que classifiquem diretamente a força dos direitos em colisão. A função da ponderação é, então, a de método, *de racionalização de critérios* para delimitar a

⁷⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009; p. 138.

extensão dos bens jurídicos em choque. Nessa metodologia, se torna essencial um teste de *proporcionalidade*. Dessa forma, a seguir, após termos delimitado a natureza dos bens jurídicos em conflito, resta racionalizar a ponderação a ser feita através de um teste pautado pelo princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

5.1. AS RESTRIÇÕES ATUAIS PERANTE O TESTE DA PROPORCIONALIDADE.

Segundo os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, a aplicação do princípio da proporcionalidade significa que o “Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos, e proporcionalmente ao fim a ser atingido”.⁷¹ O princípio da proporcionalidade comporta três subprincípios, ou, de acordo com a doutrina alemã, tríplice fundamento ou requisitos de otimização, a saber: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

5.1.1. Da adequação.

O subprincípio da adequação é critério para se averiguar a legitimidade da restrição sobre um direito fundamental, reclamando que a razão que norteia tal interferência seja satisfeita com a restrição que se operará sobre o princípio afetado. Se um determinado meio não atende a um fim exigido por um princípio e mesmo assim afeta os limites de outro, tal meio não é legítimo perante

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008; p. 38.

uma perspectiva de adequação⁷². Em sentido instrumental, a adequação entre meio e fim da restrição significa que o meio empregado deve ser compatível com a finalidade a ser alcançada. Em um sentido de adequação constitucional⁷³, seria a exigência de que toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo.

Em relação à adequação entre meio e fim em sentido instrumental, faz-se necessário apreciar a capacidade empírica do meio em contribuir para a realização do fim. A finalidade é, sem dúvida, diminuir o número de potenciais novos fumantes ao proteger a liberdade de escolha do consumidor alvo dessa propaganda, bem como um aumento no número de fumantes que deixam o hábito. Por conseguinte, alcançando assim um resultado positivo também no que tange o direito social e humano da saúde e a proteção da criança e adolescente, visto que os jovens se encontram entre os principais atingidos por esse tipo de propaganda. Entendemos haver uma adequação em sentido instrumental pelo fato da restrição da lei 10.167 se adequar com a finalidade proposta. Ela não apenas *restringe de forma mais precisa essa publicidade a um grupo que tende a concentrar indivíduos que já fumam* (o que, diga-se de passagem, está em consonância com o argumento da própria indústria do tabaco de que tais propagandas têm como objetivo *promover uma marca nova entre pessoas que já fumam*), como também diminui o impacto da propaganda entre crianças e adolescentes.

A perspectiva de adequação constitucional garante que interesses constitucionalmente legítimos não sejam restringidos em face de direitos que, hierarquicamente, não gozem de proteção idêntica. Não há dificuldade alguma em encontrar a adequação da restrição em questão com bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Novamente, destacamos o *direito*

⁷² BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.171-172.

⁷³ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

fundamental e humano à liberdade do consumidor, o direito fundamental, social e humano da *saúde*, e, por fim, a criança e adolescente como categoria especial protegida pela carta magna.

Dessa forma, em relação a uma perspectiva de adequação, seja em sentido instrumental ou constitucional, concluímos que as restrições encontram fundamento. A seguir, prosseguimos o teste sob uma perspectiva de *necessidade*.

5.1.2 Da Necessidade.

O subprincípio da necessidade serve para restringir a escolha de meios adequados para a realização de um fim ligado a um direito ou princípio envolvido, de forma que se houver mais de um meio igualmente adequado para a execução de um fim (em uma perspectiva do subprincípio da adequação), deverá ser privilegiado aquele interfere no direito ou princípio de forma menos gravosa⁷⁴.

Na fundamentação anterior a respeito do teste de três fases, sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, discutiu-se um *requisito de necessidade* materialmente próximo da *necessidade como subprincípio da proporcionalidade*. Foi destacada a perspectiva de Jens Karsten, que apontando as conclusões obtidas por relatório do Departamento Nacional de Pesquisas Econômicas dos Estados Unidos (NBER), concluiu que não há alternativa menos gravosa senão a restrição severa das propagandas de cigarro na mídia, destacando que medidas pouco severas têm um grau mínimo de eficácia concreta na diminuição do número de fumantes.

Tais conclusões não são exclusividade das fontes citadas. O Instituto Nacional do Câncer (INCA) defende:

⁷⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.174

Diversos estudos mostram que o incremento na promoção do tabaco está diretamente ligado ao aumento do consumo de tabaco na população em geral. A promoção também está relacionada à iniciação ao tabagismo entre grupos específicos tais como mulheres e crianças como resultado de campanhas dirigidas a eles. Estudos também têm demonstrado que a eliminação ou a máxima restrição da promoção do tabaco reduz o seu consumo. Restrições parciais da promoção têm pouco ou nenhum impacto no consumo, normalmente porque somente quando alguns veículos de comunicação ou tipos de propaganda são restringidos, a indústria do tabaco simplesmente investe mais dinheiro em promoções através dos meios ainda permitidos.⁷⁵

Dessa forma, concluímos pela *necessidade* da medida. Além do mais, ainda que existissem outros meios menos gravosos, eles não atenderiam a necessidade de proteger o direito humano fundamental à saúde e a formação livre da vontade dos jovens com a mesma intensidade da restrição atual, devido ao elevado *grau de interferência* da liberdade de propaganda para com tais direitos, conforme verificaremos na análise do terceiro subprincípio.

5.1.3 Da Proporcionalidade em Sentido Estrito.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a ponderação do equilíbrio entre as vantagens e desvantagens adquiridas pela restrição, Robert Alexy destaca o sentido do subprincípio como sendo uma “otimização” das possibilidades legais⁷⁶. O objeto do subprincípio seria, de acordo com o autor, o limite de satisfação referente às suas possibilidades jurídicas. Para Alexy, a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste em avaliar

⁷⁵ **Os argumentos dos opositores do controle do tabagismo: sugestões de resposta às questões mais freqüentes.** Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=publicacoes&link=argumento_opositores.pdf>. Acesso em: 02/01/2010.

⁷⁶ “Balancing is the subject of the third sub-principle of the principle of proportionality, the principle of proportionality in the narrow sense. This principle expresses what optimisation relative to the legal possibilities means. ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing and Rationality**. Oxford: Blackwell Publishing; 2003; p. 6.

três aspectos, a saber: o grau de interferência de um direito em outro, o peso abstrato das normas em conflito e, por fim, a confiabilidade das premissas empíricas que fundamentam a restrição⁷⁷.

O primeiro aspecto diz respeito o grau de interferência ou não satisfação de um dos princípios em jogo. Significa que quanto maior o grau de não satisfação ou de prejuízo de um dos direitos, maior deverá ser o ônus argumentativo para a prevalência do direito contraposto. Ora, em uma circunstância onde a publicidade do tabaco atinge consumidores de forma indiscriminada através da propaganda direta e indireta nos meios de comunicação de massa, há um grande comprometimento à formação do livre-arbítrio. Como consequência, além da interferência da propaganda com o direito individual e humano da liberdade, há um posterior dano a outro direito fundamental, a saúde. Por fim, o ônus argumentativo se acentua ainda mais se considerar que crianças e adolescentes estão entre os potenciais afetados pela propaganda enganosa do tabaco. Dessa forma, há de se considerar a não satisfação não apenas da liberdade, mas de três direitos distintos.

O segundo aspecto consiste em verificar o peso dos direitos envolvidos, seja em abstrato ou diante do caso concreto examinado, procurando delinear ou desvendar a magnitude e extensão do mesmo em razão das particularidades verificadas. Quando se trata do peso em abstrato, não há hierarquia formal entre normas constitucionais, mas pode haver uma *hierarquia axiológica*, como é o caso da dignidade da pessoa humana em face de outros princípios. No caso da liberdade de propaganda em face de outras espécies de liberdade ou em face do direito à saúde, o Direito Internacional dos Direitos Humanos claramente coloca a liberdade de propaganda em uma posição axiológica inferior. Novamente, nas palavras de Jens Karsten:

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 22, nº 66, 2002. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf>. Acesso em: 03/01/2010. Ainda, para uma discussão aprofundada sobre essa metodologia, BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.177 e ss.

“É consenso que a expressão comercial não contribui da mesma maneira para uma sociedade liberal e democrata como, por exemplo, a expressão política ou artística. A liberdade de expressão comercial é, por essa razão, matéria que implica restrições. A proteção da saúde é um dos fundamentos sob o qual o art. 10 (2) da convenção Européia de Direitos Humanos permite a imposição de restrições à liberdade de expressão. Essa previsão estabelece, em suas partes relevantes: o exercício dessas liberdades, uma vez que isso traz obrigações e responsabilidades, pode estar sujeito a formalidades, condições, restrições ou penalidades conforme estabelecido ela lei, e são necessárias em uma sociedade democrática, no interesse da (...) proteção da saúde (...). É notável que a Corte Européia de Direitos humanos (em Strasburgo), na aplicação dessa limitação, jamais tenha derrubado uma lei nacional banindo a propaganda do tabaco e tenha colocado muito menos ênfase no discurso comercial do que nas variedades políticas e artísticas”.

Em relação ao direito a saúde, diga-se de passagem, o peso é ainda maior se levarmos em consideração a proteção diferenciada que o Direito Internacional dos Humanos atribui a esse direito, e em especial, à saúde das crianças e adolescentes. Tal proteção é expressa, por exemplo, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

ARTIGO 12

1. *Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.*
2. *As medidas que os Estados partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:*
 - a) *a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças (...).* (Grifo nosso)⁷⁸

Ainda em relação ao valor axiológico privilegiado dos bens jurídicos citados em face da liberdade de propaganda, vale lembrar o exemplo do direito norte-americano, no qual durante muito tempo a liberdade de propaganda sequer foi incluída no conjunto maior que constitui a

⁷⁸ BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Decreto nº 591 de 6 de Julho de 1992.** Disponível em http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm. Acesso em 02/02/2010

liberdade de expressão⁷⁹. Mesmo após sua inclusão nesse rol, a Suprema Corte entendeu o *comercial speech* como um valor inferior na escala de valores da Primeira Emenda. *In verbis*:

We have not discarded the "common-sense" distinction between speech proposing a commercial transaction, which occurs in an area traditionally subject to government regulation, and other varieties of speech. To require a parity of constitutional protection for commercial and noncommercial speech alike could invite dilution, simply by a leveling process, of the force of the Amendment's guarantee with respect to the latter kind of speech. Rather than subject the First Amendment to such a devitalization, we instead have afforded commercial speech a limited measure of protection, commensurate with its subordinate position in the scale of First Amendment values, while allowing modes of regulation that might be impermissible in the realm of noncommercial expression.⁸⁰ (Grifo nosso)

Por fim, o terceiro aspecto a ser considerado na metodologia de Alexy para aplicação da proporcionalidade em sentido estrito é a confiabilidade das premissas empíricas, o grau de certeza a respeito dos efeitos concretos que a decisão jurídica produzirá no fato social ao se adotar uma ponderação específica. Classifica-se, dessa forma, o grau de confiabilidade das premissas em leve, médio ou alto. Em relação às produções jurídicas e pareceres que buscam defender a propaganda do tabaco, o grau de vinculação prévia da tese para com um resultado *necessariamente favorável à propaganda* impede que um grau de confiabilidade mais elevado seja atribuído.

De fato, um grau de confiabilidade das premissas empíricas mais elevado deve ser atribuído somente para as teses patrocinadas por grupos ou desenvolvidas por autores que não demonstrem uma tendência prévia de vinculação de suas conclusões a determinado resultado. Assim, uma tese ou parecer jurídico contratado na defesa de qualquer dos dois sentidos possui um grau de confiabilidade menor como premissa empírica. Já um relatório como o realizado pelo

⁷⁹ SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: The Free Press, 1995.

⁸⁰ Caso *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, 436 U.S 447 (1978).

Departamento Nacional de Pesquisas Econômicas dos Estados Unidos (NBER) ou por órgãos governamentais possuiria um grau de confiabilidade maior, pois apesar de decidir no sentido de que as restrições são efetivas, não o faz patrocinado por interesses específicos⁸¹.

A partir da metodologia de aplicação proposta por Alexy para o *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*, consideramos que o nível de restrições da lei em questão se mostra proporcional, fundamentada através dos três aspectos apontados.

5.2 DO RESULTADO DA COLISÃO ENTRE DIREITOS.

Através de uma ponderação pautada pelo teste da proporcionalidade e seus subprincípios, concluímos que o nível atual de restrições estabelecido pela Lei nº. 10.167/2000 se mostra adequado. Em uma perspectiva de adequação, concluímos que restrição é não apenas adequada para evitar que os modelos comerciais de um estilo de vida ideal baseado no cigarro seduzam o consumidor ao hábito de fumar, mas também evita que tais imagens seduzam crianças e adolescentes. Em relação à necessidade, demonstramos, através de uma análise baseada na doutrina e em pesquisas empíricas das ciências sociais, que não há forma de alcançar aquela finalidade que seja menos gravosa à liberdade de propaganda. E por fim, em relação a uma proporcionalidade em sentido estrito, a teoria de Alexy serviu para aplicação desse subprincípio, que envolveu três aspectos.

⁸¹ É possível destacar uma vasta gama de pesquisas com grau de confiabilidade elevado como premissa empírica que sejam favoráveis à restrição severa da propaganda do cigarro, a citar: CHALOUPIKA, Frank J; GROSSMAN, Michael. **Price, Tobacco Control Policies and Smoking Among Young Adults**, JHE, Vol. 16, no. 3 (June 1997): 359-373; CHALOUPIKA, Frank J. **Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence**; GROSSMAN, Michael CRAWDORD, Moodie et al., **“Tobacco Marketing Awareness on Youth Smoking Susceptibility and Perceived Prevalence Before and After and Advertising Ban”**, European Journal of Public Health 18:5 (2008); ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003; ROSEMBERG, José. **Pandemia do tabagismo – Enfoques Históricos e Atuais**. São Paulo – SES, 2002.

De acordo com o primeiro deles, o grau de interferência da liberdade de propaganda nos direitos contrapostos, concluímos que a forma incisiva com a qual a propaganda direta e indireta do tabaco interfere com a liberdade de escolha não apenas de adultos, mas também de crianças e adolescentes, é elevada o suficiente para justificar um maior ônus argumentativo na defesa de tal liberdade. Em relação ao peso dos direitos envolvidos, não há como atribuir maior valor axiológico para a liberdade de propaganda quando esta é ponderada em face de direitos como a liberdade do indivíduo em manifestar sua vontade de forma plena perante um produto potencialmente nocivo, em face dos direitos de proteção diferenciada da criança e do adolescente ou em face do direito à saúde propriamente dito. Em relação à confiabilidade das premissas empíricas, deve-se atribuir menor valor científico a pareceres e pesquisas cujo resultado final é automaticamente vinculado aos interesses da indústria do tabaco.

Assim, concluímos que em uma colisão entre a liberdade de propaganda e os direitos por ela contrapostos, estes devem prevalecer de forma mais intensa sobre aquela.

6. CONCLUSÕES E APONTAMENTOS FINAIS.

Inicialmente, o trabalho se propôs a apresentar três questionamentos pontuais: se (i) o ato do consumidor em iniciar o hábito de fumar é, de fato, pautado por uma *livre manifestação de vontade*; (ii) se o atual nível de restrição da publicidade de tabaco pelo poder público é eficaz para garantir uma maior proximidade a uma liberdade plena na manifestação de vontade do consumidor e (iii) se tal nível de restrições é legítimo perante o teste da razoabilidade e pela ponderação dos bens jurídicos envolvidos.

Em relação ao primeiro questionamento, concluímos que, em um ambiente onde a propaganda de cigarros seja permitida, há um prejuízo na liberdade do consumidor em decidir

acerca de um hábito prejudicial à saúde. Não apenas na propaganda em sua expressão *direta*, mas também de forma *indireta* no cinema e nos esportes, a imagem de cigarro associado a um estilo de vida ideal disfarça a verdade factual de um hábito comprovadamente nocivo. Ainda mais preocupante é o fato de que dentre os principais indivíduos afetados pela propaganda do tabaco, estão crianças e adolescentes. Os jovens não apenas tem menos maturidade para exprimir sua vontade em face de propagandas sedutoras, mas também se incluem em uma faixa de risco na qual o vício de fumar se torna ainda mais provável de se adquirir, graças a um desenvolvimento mental ainda incompleto. Tal entendimento já foi demonstrado não apenas pelo legislativo, mas, inclusive, pelo poder judiciário.

Em relação ao segundo questionamento, concluímos pela eficácia da restrição da propaganda em relação à proteção da liberdade do consumidor em manifestar sua vontade. Os argumentos a favor da indústria do cigarro afirmam que o objetivo da propaganda não é induzir novos fumantes ao hábito, mas sim apenas destacar a qualidade de determinada marca em detrimento de outra. Contudo, ao mesmo tempo, de forma contraditória, afirmam que restringir a propaganda à pôsteres e cartazes no interior do local de venda se configuraria como um verdadeiro banimento à essa propaganda. Ora, restringir a propaganda aos locais de venda na verdade é uma forma de garantir que a propaganda atinja de forma mais precisa as pessoas que *já fumam*. Dessa forma, a propaganda cumpre a finalidade defendida pela própria indústria do fumo e, ao mesmo tempo, garante que esta atinja de forma menos intensa os não-fumantes, dentre eles as crianças e os adolescentes.

Por fim, em relação ao terceiro questionamento, a restrição atual das propagandas se mostra legítima perante a ponderação dos valores envolvidos. A metodologia utilizada para a colisão de direitos fundamentais foi cuidadosamente delimitada e pautada pelo teste da proporcionalidade e seus subprincípios: necessidade, adequação entre meio e fim e

proporcionalidade em sentido estrito, sendo este subprincípio também cuidadosamente dissecado de acordo com a metodologia proposta por Alexy, que pauta a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito em uma análise do grau de interferência no direito contraposto, do peso dos bens jurídicos conflitantes e da confiabilidade das premissas empíricas utilizadas. Diante da precisa metodologia de aplicação do princípio, o nível atual de restrições se mostra *proporcional*. Sendo assim, se mostra *inteiramente compatível com nossa ordem constitucional*, conforme o requisito estabelecido pela Convenção-Quadro.

A conclusão final desta breve monografia é de que as políticas públicas do Brasil têm caminhado em congruência com a atual tendência internacional de restrições à propaganda do cigarro, a exemplo do bem sucedido modelo da União Européia e da mobilização da sociedade internacional em torno da Convenção-Quadro. É verdade que, ao lado da livre iniciativa, a liberdade de propaganda é dotada do importante papel de “força motriz” por trás da economia de uma sociedade capitalista. Contudo, não há como sobrepor esse bem jurídico a outros que, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do atual modelo de neoconstitucionalismo, são dotados de maior valor axiológico. Sob uma ótica pautada por tais elementos, as restrições mostram-se não apenas justificadas, mas *essenciais* para a proteção de bens jurídicos de valor *universal e supranacional*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e Artigos:

ALBANESE, Mario & MONACO, Luiz Carlos M & VICENTE, João Eduardo. **Fabricantes de cigarros. Induzimento ao consumo do produto em função de publicidade enganosa e abusiva.** Revista de Direito do Consumidor, Sao Paulo, v. 10, n.38, p. 209-230, abr./jun. 2001.

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights.** Trans. J. Rivers. Oxford: Oxford University Press; 1985.

_____. **Constitutional Rights, Balancing and Rationality.** Oxford: Blackwell Publishing; 2003.

_____. **Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales.** *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 22, n^o 66, 2002. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_011.pdf. Acesso em: 02/01/2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro.** In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I, 2^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais: Limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/19846/19410>. Acesso em 01/12/2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHALOUPKA, Frank J; GROSSMAN, Michael. **Price, Tobacco Control Policies and Smoking Among Young Adults**, JHE, Vol. 16, no. 3 (June 1997): 359-373. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w5740>>. Acesso em 02/01/2009.

_____. **Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence**. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w6958>>. Acesso em 02/01/20010.

CLEVE, Clemerson Merlin. **Prescrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 101, n.382, p. 209-257, nov./dez. 2005.

DELFINO, Lucio. O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco. **Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre, v. 55, n. 361, p. 63-87, nov. 2007.**

DORE FERNANDES, Eric Baracho; LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Comentário à ADPF 130: Parâmetros para as decisões após a não recepção da Lei de Imprensa**. Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense - RDM v. 5, p. 103-136, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas.** São Paulo: Manole, 2007.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação à Diversidade na Esfera Pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GALVAO, Ilmar. **Regime de tributação de cigarros pelo IPI.** Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo , n.155,p. 117-125, ago. 2008.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Comercialização de cigarros. **Livre iniciativa. Princípio de proporcionalidade.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.215, p. 310-318, jan./mar.1999.

HALL, Kermit L. e ELY JR, James W. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions.** 2a edição. New York: Ed. Oxford University Press, 2009.

KARSTEN, Jens. **Controle do tabaco na União Européia e a proibição de propaganda.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 10 , n.40,p. 7-8, out./dez. 2001.

MACIEL JUNIOR, João Bosco. A proibição de fumar por lei municipal. **Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 100 , n.376,p. 413-422, nov./dez. 2004.**

MARQUES, Claudia Lima. **Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94 , n.835, p. 75-133, maio 2005.

MARTINS, Paula Lígia. **Conteúdo e Extensão da Liberdade de Expressão e suas Limitações Legítimas.** In: O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2009.

MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. **Comentário a jurisprudência recente sobre os danos causados pelo consumo de cigarros.** Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 5 , n.19, p. 143-159, jul./set. 2004.

MIGLIORA, Luiz Guilherme Moraes Rego & BASTOS, Felipe & FRANCA, Thomas Belitz. **As ações indenizatórias movidas por fumantes contra empresas que produzem cigarros no direito comparado e brasileiro.** Revista dos Tribunais, Sao Paulo, v. 95 , n.846,p. 30-65, abr. 2006.

MIGLIORA, Luiz Guilherme Moraes Rego & ET AL. **As ações sobre tabaco nos Estados Unidos e no Brasil: uma análise comparativa.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n.862, p. 34-65, ago. 2007.

OLIVEIRA, Amanda Flavio de. **Direito de não fumar: uma abordagem humanista**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade civil das empresas fabricantes de fumo**. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 22º ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

ROSEMBERG, José. **Nicotina. Droga universal**. São Paulo: SES/CVE, 2003. Disponível em: <<http://www1.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/nicotina.pdf>>. Acesso em 31/12/2009.

ROSEMBERG, José. **Pandemia do tabagismo – Enfoques Históricos e Atuais**. São Paulo – SES, 2002.

SAFFER, Henry. **The Effect of Advertising on Tobacco and Alcohol Consumption**. Disponível em: <<http://www.nber.org/reporter/winter04/saffer.html>>. Acesso em 01/01/2010.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm; PIRES, Melissa Areal. **Responsabilidade das empresas produtoras de cigarro**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7 , n.28, p. 204-230, out./dez. 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Parecer de 4/9/2009 para a Aliança de Controle do Tabagismo.**

Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf>.

Acesso em 03/01/2010.

SOUZA, Hamilton Dias (coord). **Tributação específica.** São Paulo, Quartier Latin, 2007

SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the Problem of Free Speech.** New York: The Free Press, 1995.

TEPEDINO, Gustavo Jose Mendes. **A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao habito de fumar.** Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 102 , n.384,p. 209-228, mar./abr. 2006.

Legislação:

BRASIL. **Lei nº 10.167 de 27 de Dezembro de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10167.htm>. Acesso em: 01/01/2010.

BRASIL. **Lei nº 9.294 de 15 de Julho de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9294.htm>. Acesso em 01/01/2010.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 01/01/2010.

BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Decreto nº 591 de 6 de Julho de 1992. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm. Acesso em 02/01/2010

BRASIL. Medida provisória nº 2190-34. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/MPV/2190-34.htm. Acesso em: 03/01/2010.

BRASIL. Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco. Decreto nº 5.658 de 2 de Janeiro 2006. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_5658_2006.htm. Acesso em: 02/01/2010.

BRASIL. Resolução ANVISA RDC nº 104/2001. Disponível em: <http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=22504&word=>>. Acesso em: 03/01/2010.

BRASIL. Resolução ANVISA RDC nº 335/2003. Disponível em: <http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=8190&word=>>. Acesso em: 03/01/2010

Julgados:

BRASIL, STF, ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJU 05/11/2009.

BRASIL, STF, ADI nº 3311, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Pendente de Julgamento.

Acompanhamento processual disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2246660>>. Acesso em 10/01/2010.

BRASIL, TJDFT, Processo nº 2004.01.1.102028-0, Juiz Robson Barbosa de Azevedo, DJE 03/03/2006.

BRASIL, TJDFT, Apelação Civil nº 2004.01.1.102028-0, Rel. Des. Vera Andrighi, DJE 24/07/2007.

Suprema Corte dos Estados Unidos:

Caso *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, 436 U.S 447 (1978).

Websites consultados:

Aliança de Controle do Tabagismo (ACT). Disponível em: <<http://actbr.org.br/>>. Acesso em: 03/01/2010.

Corte Européia de Direitos Humanos. Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 03/01/2010.

Instituto Nacional do Câncer (INCA). Disponível em: <<http://www.inca.gov.br>>. Acesso em: 03/01/2010.

Revista Tobacco Control. Disponível em: <<http://tobaccocontrol.bmj.com/>>. Acesso em: 02/01/2010.

Sousa Cruz. Disponível em: <<http://www.souzacruz.com.br>>. Acesso em 03/01/2010.

The National Bureau of Economic Research (NBER). Disponível em: <<http://www.nber.org/>>. Acesso em: 03/01/2010.

Tobacco Control Archives. UFSC Library. Disponível em: <<http://www.library.ucsf.edu/tobacco/>>. Acesso em 03/01/2010.