

PARECER

Referência: Projeto de Lei do Senado nº 103/2014; Projeto de Lei do Senado nº 769/2015; Projeto de Lei nº 1.744/2015.

Assunto: Consistência jurídico-constitucional e jurídico-internacional e racionalidade da política pública da obrigação legal da embalagem padronizada de cigarros e outros produtos fumígenos derivados do tabaco.

Consultentes: Aliança de Controle do Tabagismo (ACTbr) e Fundação Ary Frauzino para Pesquisa e Controle do Câncer

Ementa:

1. Imposição legal de embalagem padronizada de cigarros e demais produtos fumígenos derivados do tabaco: compatibilidade com a Constituição Federal; limitação do direito fundamental à publicidade pelo direito à saúde e à vida.
2. Proibição total da publicidade do tabaco, inclusive imposição legal de embalagem padronizada: compatível com o direito social internacional referente especificamente à saúde, com as normas internacionais referentes à liberdade de expressão e com o direito internacional ao livre comércio, consagrado no GATT.
3. Imposição legal da embalagem padronizada dos produtos fumígenos derivados de tabaco: medida adequada a reduzir o consumo do tabaco e os casos de tabagismo, doença epidêmica em escala global e primeira causa de morte precoce no planeta; evidências as mais diversas; reação a essa medida pela indústria do tabaco e suas despesas vultosas em publicidade, inclusive mediante o *design* das embalagens, como evidência.
4. Proibição total da publicidade do tabaco, inclusive com a imposição legal de embalagem padronizada: medida necessária para incrementar a eficiência das políticas públicas destinadas à redução do consumo do tabaco, à diminuição dos casos de tabagismo como doença epidêmica em escala global e, no limite, à debelação definitiva dessa epidemia planetária.
5. Marca: uso para fins de publicidade. Direito à marca: não inclusão do direito à publicidade. Direito à marca, sujeição a restrições.
6. Estado brasileiro: poder de restringir o uso da marca e de elementos da marca por uma empresa, tanto do ponto de vista do seu direito constitucional quanto nos termos do direito internacional, inclusive do TRIPS.
7. Imposição legal da embalagem padronizada de produtos derivados do tabaco: inexistência de expropriação direta ou indireta de marca ou de qualquer outra propriedade intelectual; controle e limitação do uso da marca para fins de publicidade danosa à saúde e à vida humanas.
8. Vedação de embalagem “vistosa” de produtos fumígenos derivados do tabaco, inclusive do aspecto “vistoso” da própria marca: justificativa para fins de proibição total da publicidade de um produto causador de uma epidemia em escala global. Caráter excessivo da imposição da embalagem padronizada: apenas na impossibilidade de distinção de uma marca de outras pelo consumidor; constrangimento do consumidor à compra de um produto desconhecido. Direito comparado: países vinculados ao TRIPS.
9. Cores, elementos gráficos e formatos referentes às marcas de produtos derivados do tabaco: proibição juridicamente legítima em caso

de existência de impacto publicitário e de não impedimento da identificação do produto pelo eventual comprador.

10. Tratado bilateral de investimento privado: subordinação às normas constitucionais e jurídico-internacionais fundamentadoras da proibição total da publicidade do tabaco, inclusive mediante a imposição legal de embalagem padronizada; declaração de nulidade ou anulação em caso de contrariedade a essas normas.

11. Imposição legal de embalagem padronizada dos produtos fumígenos: atendimento dos princípios e normas de proteção ao consumidor previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

12. Brasil: Parte da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco; vinculação aos princípios e regras dessa Convenção, assim como às diretrizes propostas para a sua implementação, especialmente às Diretrizes do art. 13, definidoras da embalagem como um meio importante de publicidade da indústria do tabaco; dever de imposição legal da embalagem padronizada de cigarros e congêneres, dimensão do dever de proibir totalmente a publicidade desses produtos; inadimplência para com a Convenção-Quadro por descumprimento da exigência de cinco anos para a implementação da proibição total da embalagem padronizada de produtos fumígenos derivados do tabaco, nos termos do seu art. 13, § 4º, alínea *e*.

13. Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e as diretrizes para a sua implementação: instrumentos aptos para promoção do “direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, nos termos determinados pelo § 1º do art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); prevenção e combate de uma doença epidêmica em escala global, principal causa de morte precoce no planeta, o tabagismo.

14. Argumento da indústria do tabaco: regulação do Estado na padronização das embalagens do cigarro como caso de paternalismo “opressor” da liberdade de escolhas do indivíduo – falta de fundamento científico: 1º) diferença entre paternalismo e restrição à liberdade, “paternalismo libertário” como um promotor de liberdade, regulação das embalagens de cigarro para o equilíbrio das capacidades cognitivas individuais em um mercado estrategicamente afetado por propaganda e *marketing* exploradores de falhas cognitivas; 2º) relacionamento entre liberdade individual e regulação estatal; não incidência de jogo de soma zero, conforme os principais desenvolvimentos da teoria dos jogos; equilíbrio coordenado na relação entre liberdade individual e regulação estatal; ganhos recíprocos da liberdade e da saúde coletiva, especialmente no contexto de aptidão do Estado para promover liberdades mediante a promoção do equilíbrio cognitivo de indivíduos por via da regulação das embalagens de cigarro. Conclusão mais que justificada: a adoção da política de padronização de embalagens de produtos derivados do tabaco como um ganho individual (em razão da ampliação da liberdade) e coletivo (em função da promoção da saúde coletiva).

I.

Da consulta

Aliança de Controle do Tabagismo (ACTbr) e a Fundação Ary Frauzino para Pesquisa e Controle do Câncer consultam-nos acerca da constitucionalidade e da compatibilidade jurídico-internacional dos projetos de lei que dispõem sobre embalagem padronizada de cigarros e outros produtos fumígenos derivados de tabaco, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, especialmente no que concerne aos seus funda-



mentos jurídicos e adequação como política pública. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 103/2014, Projeto de Lei do Senado nº 769/2015 e Projeto de Lei nº 1.744/2015.

As consulentes apresentam indagações nos termos dos seguintes quesitos, distribuídos em cinco quesitos (ou blocos de quesitos):

Primeiro Quesito. Quanto à adoção de embalagens padronizadas de cigarros e outros produtos fumígenos no Brasil:

Questão 1.1. Está de acordo com a Constituição Federal, especialmente no que diz respeito ao direito à vida, à saúde, à livre iniciativa, liberdade comercial e liberdade de expressão?

Questão 1.2. Viola ou não os princípios e regras jurídicas da Organização Mundial de Comércio? Contraria ou não os preceitos do Direito Internacional?

Questão 1.3. É medida necessária e adequada a uma eficaz política pública de controle do tabagismo, visando à redução dos males provocados pelo tabagismo à saúde humana, especialmente aos jovens?

Segundo Quesito. Quanto ao uso de marca e de elementos de marca por uma empresa:

Questão 2.1. O Estado brasileiro pode restringir o uso de marca e de elementos da marca por uma empresa?

Questão 2.2. Com a adoção das embalagens padronizadas pelo Brasil haveria uma expropriação indireta ou direta do uso da marca?

Questão 2.3. Direito de marca: até que ponto a embalagem vistosa é marca?

Questão 2.4. Até que ponto a proibição do uso de elementos, cores e formatos, que aumentam a atratividade da embalagem do produto, configura violação do direito de marca?

Terceiro Quesito. O Brasil é signatário de algum tratado ou acordo bilateral internacional de proteção a investimentos privados no país?

Quarto Quesito. Do ponto de vista do direito do consumidor, a adoção das embalagens padronizadas é uma medida que atende aos princípios e normas de proteção ao consumidor, previstos no ordenamento jurídico brasileiro?

Quinto Quesito. A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e as diretrizes para sua implementação têm caráter vinculante aos Estados que a ratificaram, como o fez o Brasil? Em caso positivo, que valor têm estes instrumentos para se alcançar o mais alto nível de saúde como referência baseada em evidências?

A seguir, antes de apresentar nossos argumentos e respostas aos quesitos formulados pela consulente (seções V a IX), descreveremos brevemente o teor dos projetos de lei questionados (seção II), consideraremos os fatos tomados como motivos para a proposição desses projetos (seção III) e exporemos sucintamente o arcabouço normativo básico referente à matéria (seção IV). Além das respostas específicas a cada quesito, apresentaremos argumentos de caráter teórico e científico concernentes a todos os quesitos (seções X e IX). Por fim, exporemos sucintamente as nossas conclusões (seção XII).

II.

Dos projetos de lei sobre embalagem padronizada de cigarros e demais derivados de tabaco em tramitação no Congresso Nacional

O Projeto de Lei do Senado nº 103/2014, que se destina a alterar “a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para instituir embalagens genéricas para produtos de tabaco”, propõe a seguinte redação para o § 3º do art. 3º da referida Lei:

“§ 3º As embalagens e os maços de cigarros, cigarrilhas, charutos, fumo para cachimbo ou de qualquer outro produto derivado de tabaco não conterão dizeres, cores ou outros elementos gráficos além da marca do produto e da logomarca do fabricante, em letras de cor preta sobre fundo branco, e advertência sobre os malefícios do fumo, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem, na forma do regulamento”¹.

Já o Projeto de Lei do Senado nº 769/2015 é mais abrangente, contendo a seguinte ementa:

“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 confirmam sabor e aroma a estes produtos, bem como estabelecer padrão gráfico único das embalagens de produtos fumígenos; altera a Lei nº 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.”

Nos termos dessa ementa, o art. 1º do PLS nº 769/2015 propõe, no que importa ao nosso parecer, a seguinte alteração no art. 3º da Lei nº 9.294/1996:

“Art. 3º. É vedada, em todo o território nacional, qualquer forma de propaganda, publicidade, promoção e patrocínio do tabaco, de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, inclusive nos locais de vendas.

§ 1º Para fins do disposto no caput, entende-se por:

I – propaganda, publicidade e promoção qualquer forma de comunicação, recomendação ou ação comercial com o objetivo, efeito ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto fumígeno; e

II – patrocínio qualquer forma de contribuição, financeira ou não, a evento, atividade ou indivíduo com o objetivo ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto fumígeno ou seu consumo.

§ 2º A vedação prevista no caput inclui:

I – a exposição e a visibilidade dos produtos mencionados nos locais de venda, bem como a utilização de máquinas automáticas na comercialização dos produtos;

II – qualquer forma de propaganda, publicidade, promoção e patrocínio institucional de empresas fabricantes ou exportadoras de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno derivado ou não do tabaco.

§ 3º Revogado

§ 4º Revogado

§ 5º Revogado

¹ Diário do Senado Federal nº 36, 27 de março de 2014, p. 183: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/03/2014&paginaDireta=00183>.

§ 6º Revogado

§ 7º

§ 8º *As embalagens dos produtos fumígenos derivados ou não do tabaco, com exceção dos destinados à exportação, deverão apresentar padrão gráfico único e conter mensagens de advertência, acompanhadas de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem.*

§ 9º *Nas embalagens de produtos fumígenos vendidas diretamente ao consumidor, as mensagens a que se refere o § 8º serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em cem por cento de sua face posterior, em 30% de sua parte frontal e em uma de suas laterais.*

§ 10. *O disposto nos §§ 8º e 9º deste artigo será regulamentado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.*²

Por fim, o Projeto de Lei nº 1.744/2015, que trata específica e exclusivamente da “padronização das embalagens dos produtos fumígenos derivados , ou não, do tabaco comercializados no país”. Esse Projeto apresenta a regulação mais detalhada da matéria, tendo o seguinte teor:

“Art. 1º Esta lei determina a padronização das embalagens dos produtos fumígenos derivados, ou não, do tabaco comercializados no País.

Art. 2º Entende-se por embalagem de produto fumígeno derivado , ou não, do tabaco, a que acondiciona o produto e é destinada à comercialização, excluindo a destinada exclusivamente ao transporte e distribuição do produto para os locais de venda.

Parágrafo único. Fica expressamente proibida a comercialização ou fornecimento gratuito de qualquer embalagem adicional àquela destinada à comercialização, ainda que removível e independente do material utilizado.

Art. 3º As embalagens dos produtos fumígenos derivados , ou não, do tabaco, com exceção daquelas destinadas exclusivamente à exportação, devem adequar-se às seguintes condições:

I – Não conter qualquer informação, elemento gráfico ou elemento comercial da marca e respectivo fabricante nas superfícies externas e internas;

II – Não apresentar elemento decorativo, em qualquer forma ou textura, como relevos, realces, proeminências, ou quaisquer outros nas superfícies externas e internas;

III – Apresentar cor única nas superfícies externa e interna, determinada por regulamento próprio;

IV – Apresentar nome da marca, tamanho e cor de sua respectiva fonte, impressos na superfície externa conforme padronização determinada por regulamento próprio;

V – Não conter qualquer recurso que altere as características da embalagem, inclusive aqueles destinados a emitir sons, luzes ou imagens;

VI – As imagens de advertência sanitária, conforme disponibilizadas pela ANVISA, devem ocupar, obrigatoriamente, 100% da área de uma das maiores faces visíveis ao público, e 67% da parte superior da área da outra maior face visível ao público em toda a extensão da sua largura, conforme regulamentação própria;

VII – A mensagem de advertência sanitária ‘Venda proibida a menores de 18 anos’, conforme regulado pela ANVISA, deve ocupar, obrigatoriamente, 25% do comprimento e toda a extensão da largura da área de uma das maiores laterais;

VIII – A mensagem de advertência sanitária, conforme disponibilizado e regulado pela ANVISA, deve ocupar, obrigatoriamente, 75% do comprimento e toda a extensão da largura da área de uma das maiores laterais;

IX – Apresentar nome da marca;

² Diário do Senado Federal nº 196, 4 de dezembro de 2015, pp. 348-50: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=04/12/2015&paginaDireta=00248> (grifamos).

- X – Apresentar componentes principais;
- XI – Apresentar nome dos aditivos;
- XII – Apresentar tipo do produto;
- XIII – Apresentar quantidade do produto na embalagem;
- XIV – Apresentar nome e CNPJ do fabricante;
- XV – Apresentar, quando for produto importado, nome e CNPJ do importador;
- XVI – Apresentar data da fabricação do produto;
- XVII – Apresentar número do lote;
- XVIII – Apresentar contato do Serviço de Atendimento ao Consumidor;
- XIX – Apresentar código de barras.

§1º O selo de controle da Secretaria da Receita Federal do Brasil, quando aplicado, não alterará os parâmetros gráficos das advertências sanitárias, não as reduzirá e nem poderá sobrepor-las.

§2º O disposto no inciso III, quanto à cor da embalagem, não se aplica:

I – Às mensagens e imagens das advertências sanitárias, previstas na Lei 9.294/1996;

II – Às demais informações exigidas pela legislação vigente;

III – Ao nome da marca e demais informações obrigatórias, estabelecidas nesta Lei;

§3º Qualquer envoltório externo à embalagem deve ser transparente, incolor e sem qualquer elemento gráfico;

Art. 4º A Agência Nacional de Vigilância Sanitária regulamentará os dispositivos desta Lei.

Art. 5º O não cumprimento do disposto nesta Lei constitui infração sanitária, sujeitando o infrator às penalidades da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977 e Lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996 e demais disposições aplicáveis.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, respeitados os prazos estabelecidos em regulamento para adequação e escoamento de embalagens já existentes.³

Embora os três projetos de lei citados, ora em tramitação no Congresso Nacional, tenham, no essencial, conteúdo jurídico convergente, o Projeto de Lei nº 1.744/2015, por ser específico e mais detalhado, servirá de principal referência como objeto de análise no presente parecer.

III.

Motivações e justificações factuais dos projetos de lei destinados a impor a embalagem padronizada de produtos fumígenos derivados do tabaco

O PLS nº 103/2004, o PLS nº 769/2015 e o PL nº 1.744/2015 são motivados e encontram suas justificativas em um conjunto de evidências empíricas referentes ao malefício do cigarro para a saúde e a vida humanas (III.1) e aos efeitos da publicidade para a iniciação no ato de fumar e a manutenção da dependência com o fumo, especialmente entre crianças, adolescentes e jovens (III.2). A seguir, consideraremos esses dois tipos de motivação e justificação dos referidos projetos de lei.

³ Sítio da Câmara dos Deputados:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C3DAAEB289BA071A9ADDC5726A25F809.proposicoesWeb2?codteor=1341764&filename=PL+1744/2015.

III.1. A grave nocividade do fumo de produtos derivados de tabaco para a saúde e a vida humanas

As evidências empíricas dos malefícios do cigarro para a saúde e a vida humanas têm sido amplamente apresentadas pela comunidade científica e acadêmica brasileira, estrangeira e internacional, assim como amplamente admitidas e divulgadas pela Organização Mundial de Saúde. No Brasil, um informativo da Associação Médica Brasileira (AMB), baseado nessas evidências e com referência a inúmeros estudos e pesquisas de renomadas instituições e cientistas, apresenta um quadro desolador do impacto do fumo e de produtos derivados do tabaco sobre a saúde⁴.

Segundo esse informativo, “pode-se afirmar que há concordância, por parte da comunidade científica mundial, de que a nicotina é uma droga psicoativa que causa dependência aos seus consumidores” e que o “fumante é um dependente químico, que teve seu funcionamento cerebral alterado pela presença de nicotina”⁵. A Associação Médica Brasileira esclarece:

“O tabagismo é uma doença multifatorial, em que o principal componente é a dependência da nicotina, que é química, pertencendo ao grupo das drogadições. Por isso, a classificação do tabagismo como doença foi agregada às doenças neurocomportamentais.

[...]

O tabagismo consta da Classificação Internacional das Doenças (CID-10) como um transtorno mental e comportamental decorrente do uso de substância psicoativa, especificamente como um transtorno mental e comportamental devido ao uso de fumo (F17).”⁶

Na caracterização do tabagismo como doença na CID-10, a Organização Mundial de Saúde relacionou os seguintes “transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso do fumo” (F17): “intoxicação aguda” (F170), “uso nocivo para a saúde” (F171), “síndrome de dependência” (F172), “síndrome [estado] de abstinência” (F173), “síndrome de abstinência com delírium” (F174), “transtorno psicótico” (F175), “síndrome de amnésia” (F176), “transtorno psicótico residual ou de instalação tardia” (F177), “outros transtornos mentais ou comportamentais” (178) e “transtorno mental ou comportamental não especificado” (F179)⁷. A OMS “reconhece o tabagismo como uma doença crônica, epidêmica, transmitida por meio da propaganda e publicidade, tendo como ve-

⁴ Associação Médica Brasileira. *Evidências científicas sobre tabagismo para subsídios ao poder judiciário*. São Paulo: AMB, 2013.

⁵ *Ibid.*, pp. 8-9.

⁶ *Ibid.*

⁷ Consultado em: <http://www.cid10.com.br/buscacode?query=F17> (acesso em 18 de abril de 2017).

tor a poderosa indústria do tabaco”, considerando-se que é “a maior causa isolada evitável de adoecimento e mortes precoces no mundo.”⁸

O tabagismo, doença epidêmica grave em escala global, é causa de diversas doenças que atingem funções e órgãos os mais diferentes. Nesse sentido, a Associação Médica Brasileira, enfatiza a seguinte “síntese de evidência” em seu supramencionado informativo:

“A fumaça do tabaco é uma mistura de gases e partículas , totalizando mais de 4700 substâncias tóxicas, responsáveis por 55 doenças associadas ao consumo ativo do tabaco e outras doenças relacionadas à exposição passiva à fumaça ambiental do tabaco.”⁹

Em relação a câncer, as evidências são contundentes:

“Há mais de 60 substâncias cancerígenas identificadas na fumaça do tabaco, que causam, iniciam ou promovem o câncer em vários órgãos, pois afetam o código genético das células (DNA). O câncer de pulmão, decorrente do fumo , é a primeira causa de mortes por câncer em homens e a segunda, entre as mulheres.”¹⁰

A Associação Médica Brasileira também evidencia, entre outros malefícios do tabaco, que “fumar é a principal causa de doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC) e câncer de pulmão”, “causa impotência sexual”, “representa o pior prognóstico para o tratamento e para a evolução da AIDS”, “é a principal causa de acidente vascular encefálico” e está “associado ao aumento de morte súbita, infarto agudo do miocárdio” e outras doenças cardiovasculares, e está relacionado ao incremento de “comorbidades psiquiátricas”, assim como que “fumar na gravidez representa sérios riscos de saúde da gestante e do feto” e que os “bebês e as crianças pequenas expostas ao fumo passivo têm risco aumentado da morte súbita infantil” (SIDS)¹¹.

Além disso, a Associação Médica Brasileira adverte em seu informativo, baseado em sólidas evidências, que “toda exposição ao fumo do tabaco, até mesmo o consumo de um cigarro ocasional ou exposição passiva à fumaça, é prejudicial à saúde”¹², explicitando a “seguinte síntese” de evidência:

“Os indivíduos expostos à fumaça ambiental do tabaco e que nunca fumaram apresentam um risco 20% a 30% maior de contraírem câncer de pulmão, quando comparados a indivíduos não expostos.”¹³

⁸ Meirelles, Ricardo. “Tabagismo e Câncer”. *Onco&*, outubro/novembro de 2010, pp. 16-19, p. 16 (consultado em: http://revistaonco.com.br/wp-content/uploads/2010/11/artigo2_edicao2.pdf (acesso 18 de abril de 2017)).

⁹ Associação Médica Brasileira, ob. cit. na p. 4, p. 12

¹⁰ *Ibid.*, p. 15.

¹¹ *Ibid.*, pp. 19, 23, 25, 30, 31, 37-9.

¹² *Ibid.*, p. 13.

¹³ *Ibid.*, p. 17.

Todos esses efeitos catastróficos do tabagismo sobre a saúde e a vida humanas, que o tornaram doença epidêmica em escala global conforme a Organização Mundial de Saúde, serviram como motivação e justificativa factual dos projetos de lei que propõem a imposição da embalagem padronizada dos produtos fumígenos derivados do tabaco no Brasil.

III.2. Efeito da publicidade do tabaco mediante o *design* da embalagem na iniciação no fumo e na manutenção da dependência, especialmente entre menores

Os projetos de lei destinados à proibição total da publicidade do tabaco mediante a imposição legal da embalagem padronizada dos respectivos produtos fumígenos também apresentaram como motivação e justificativa o efeito publicitário dos *designs* dessas embalagens no consumo do tabaco, especialmente entre os menores de idade. A esse respeito, destaca-se a seguinte manifestação do Instituto Nacional do Câncer (INCA):

“Há mais de um século, companhias de tabaco desenvolvem sofisticadas estratégias de marketing para as embalagens de seus produtos com o objetivo de reforçar a iniciação do tabagismo entre jovens e a manutenção da dependência e do consumo entre os usuários regulares. Essa estratégia tem se tornando cada vez mais utilizada, principalmente devido à tendência mundial de banir a propaganda dos produtos de tabaco.

Documentos internos de companhias de tabaco demonstram o quanto o design das embalagens é essencial para a expansão do consumo.

Ao contrário de outros produtos onde a embalagem é descartada depois de aberta, os fumantes geralmente mantêm o maço até consumir todos os cigarros. Ou seja, os maços ficam 24 horas por dia com os fumantes, que os levam para todos os lugares, deixando-os constantemente expostos. Por isso, as embalagens funcionam como uma forma de propaganda, permitindo um alto grau de visibilidade social do produto. Daí o reconhecimento dos maços de cigarros como produto ‘crachá’, ‘emblema’ ou ‘símbolo’.

As embalagens também são usadas como forma de criar a percepção sobre o produto. A cor, a forma e as letras da embalagem comunicam perfeitamente o teor, o gosto e a sensação esperada. Vários estudos demonstram como a visão da embalagem afeta a forma como o fumante descreve as características do produto:

‘Maços vermelhos conotam sabor forte, maços verdes conotam frescor ou mentol e os maços brancos sugerem saúde e segurança. E se você colocar um cigarro de baixos teores em um maço vermelho, as pessoas dirão que ele tem um sabor mais forte do que o mesmo cigarro quando colocado em um maço branco.’¹⁴

Na “justificativa” do Projeto de Lei nº 1.744/2015, enfatiza-se o caráter sedutor dos maços de cigarro expostos em locais de venda de produtos dirigidos ao consumo do público infanto-juvenil:

“Note-se, ainda, que os produtos derivados do tabaco são expostos nos locais de venda ao lado de balas, chocolates e outros produtos de bombonière, que são notori-

¹⁴ “Brasil – Advertências Sanitárias nos Produtos de Tabaco – 2009” – Ministério da Saúde – Instituto Nacional do Câncer – INCA – Rio de Janeiro/RJ – 2008. Versão digital disponível no link: http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/brasil_advertencias_sanitarias_nos_produtos_de_tabaco2009b.pdf. Acesso em 15 de abril de 2018. Trecho também citado na “justificativa” do Projeto de Lei nº 1.744/2015 (ver *supra* referência na nota 3).

amente destinados ao público infante-juvenil. Isso promove a aceitação social e um contexto social favorável expansão do consumo dos produtos de tabaco , apesar de todos os seus efeitos deletérios já amplamente conhecidos.”¹⁵

Essas considerações encontram amparo em inúmeros estudos empíricos da comunidade científica, conforme enfatiza o informativo supracitado da Associação Médica Brasileira, que aponta para “a estratégia da indústria do tabaco que utiliza as embalagens como veículo de propaganda do produto, bem como expõe seus produtos ao lado de doces, balas e chocolates, atraindo crianças e jovens”¹⁶.

Além desses motivos, a “justificativa” do PL nº 1.744/2015 apresenta, com base em estudos e pesquisas da Administração de Serviços de Saúde Mental e Abuso de Substâncias [*Substance Abuse and Mental Health Services Administration – SAMHSA*] dos Estados Unidos, da Organização Mundial de Saúde (OMS), do Centro Brasileiro de Informação sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID), do Ministério da Saúde e do IBGE, as seguintes evidências:

“Segundo a Organização Mundial da Saúde, o tabagismo é uma doença pediátrica, pois cerca de 90% dos fumantes começam a fumar na adolescência, e 2/3 tornam-se fumantes regulares antes dos 19 anos de idade, época da vida marcada por intensas mudanças, pela busca de auto-afirmação, rebeldia e também pela transgressão, na qual o jovem quer experimentar novas atitudes e comportamentos. A cada dia 100 mil jovens começam a fumar, sendo que 80% deles vivem em países em desenvolvimento.

No Brasil, pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID) em 2010, apontou que a idade média do primeiro uso de tabaco é de 13,3 anos. Ressalte-se assim que a iniciação ocorre na maior parte dos casos por menores de idade. A Pesquisa Nacional sobre Saúde do Escolar (PENSE) do Ministério da Saúde e IBGE, de 2012, mostrou que a proporção de estudantes do ensino fundamental (entre 13 e 15 anos) que experimentaram cigarros foi de 22,3%.”¹⁷

Esse conjunto de evidências sobre o impacto da publicidade, inclusive dos *designs* das embalagens, em estimular o tabagismo, doença epidêmica em escala global, principalmente pela iniciação de crianças, adolescentes e jovens no fumo de cigarro, constitui motivação e justificativa factual dos projetos destinados à imposição legal de embalagens padronizadas de produtos fumígenos derivados do tabaco no Brasil.

IV. Arcabouço normativo

IV.1. Dispositivos da Constituição Federal

Ante de tudo, são relevantes ao presente caso dispositivos constitucionais concernentes à livre iniciativa, à liberdade de expressão e comunicação, à saúde e à proteção

¹⁵ Ver *supra* referência na nota 3.

¹⁶ Associação Médica Brasileira, ob. cit. na nota 4, p. 41

¹⁷ Ver *supra* referência da nota 3.

do consumidor e dos menores. Em relação à livre iniciativa estabelece o art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Observe-se que diretamente desse dispositivo decorre que a livre iniciativa não é um princípio absoluto, não podendo expandir-se em detrimento do valor social do trabalho. Ambos são considerados também, inseparavelmente, como fundamentos da ordem econômica, no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, em que consta explicação apostrofada: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, [...]”. A livre iniciativa adensa-se na afirmação da liberdade econômica, nos termos parágrafo único desse dispositivo constitucional:

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

Desse preceito, em combinação com outras disposições constitucionais, especialmente a referente ao direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*) pode inferir-se a caracterização da liberdade de comércio como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, mas esse direito não só concorre com outros direitos fundamentais, mas também pode sofrer limitações da lei.

A respeito das marcas, o único dispositivo constitucional referente expressa e diretamente à sua proteção encontra-se no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal:

“XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Essa disposição constitucional deixa claro que a propriedade da marca não é protegida em termos absolutos, devendo ser restringida, entre outras, por restrições atinentes ao interesse social, das quais não se pode excluir a saúde pública.

Já o inciso X do art. 5º da Constituição Federal estabelece:

“X – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Esse preceito constitucional relaciona-se com o art. 220, § 3º, inciso II, e § 4º, da Constituição Federal, que se refere à comunicação social, particularmente à propaganda do tabaco:

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

o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 3º Compete à lei federal:

[...]

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

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

Esse dispositivo, embora garanta a liberdade de expressão e comunicação na área comercial, introduz reservas marcantes em relação à propaganda comercial do tabaco, que estará sujeita a restrições legais por ser um produto nocivo à saúde e, nos espaços fechados ou de convivência, ao meio ambiente (poluição tabágica ambiental – PTA).

Às reservas previstas no art. 220 em relação à propaganda comercial do tabaco, deve-se acrescentar o direito fundamental individual e coletivo dos consumidores, previsto no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal:

“XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Também é pertinente o princípio econômico de defesa do consumidor, expresso no art. 170, inciso V, da Constituição:

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

[...]

V – defesa do consumidor”.

Cabe considerar igualmente o direito social à saúde, previsto no art. 6º da Constituição Federal e a competência da União, dos Estados e dos Municípios para legislar concorrentemente sobre “defesa da saúde”, nos termos do art. 24, inciso XII, da Constituição Federal, mas sobretudo a saúde como “direito de todos e dever do Estado” conforme prescrito no art. 196 da do diploma constitucional:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Por fim, cumpre mencionar os preceitos constitucionais referentes à proteção da infância, adolescência e juventude, especialmente o art. 203, inciso I, e o *caput* do art. 227 da Constituição Federal:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

[...]

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

No presente contexto, esses dispositivos são relevantes particularmente no que diz respeito ao dever de se assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, “com absoluta prioridade”, os direitos à vida e à saúde.

Esse arcabouço normativo não deve ser interpretado isoladamente, mas antes em uma interpretação que considere a Constituição e a ordem jurídica como um todo de sentido. Nesse particular, cabe lembrar as palavras de Carlos Cossio:

“Bem sabe o jurista que um caso sempre se resolve pela totalidade do ordenamento e nunca por uma só de suas partes, tal como o peso de uma esfera gravita sobre a superfície que a suporta, ainda que seja um só o ponto pelo qual toma contato.”¹⁸

Além disso, por força do desenvolvimento de relações transconstitucionais¹⁹, os dispositivos constitucionais pertinentes devem ser articulados com normas de outras ordens jurídicas, especialmente com ordenamentos normativos do direito internacional público, como faremos a seguir.

IV.2. Normatizações jurídico-internacionais

IV.2.1. Direito internacional dos direitos humanos e direito internacional econômico em geral

No plano do direito internacional dos direitos humanos civis em geral, é pertinente à presente consulta o art. 19, §§ 2º e 3º, alínea *b*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁰, no que concerne à liberdade de expressão:

“Artigo 19

[...]

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas

¹⁸ Cossio, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 454 (traduzimos do original espanhol).

¹⁹ Cf. Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

²⁰ Esse Pacto foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, nos termos do art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal. O Pacto encontra-se em vigor no Brasil desde 24 de abril de 1994, na forma do seu art. 49, § 2º.

restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

[...]

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a *saúde* ou a moral públicas” (grifamos).

Esse dispositivo aponta claramente para limites à liberdade de expressão, inclusive no que tange à saúde. Evidentemente, não se trata de um direito absoluto, envolvendo responsabilidades especiais tanto no plano privado quanto na dimensão pública. Da mesma maneira, determina o art. 13, §§ 1º e 2º, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²¹:

“Artigo 13. 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 ideias 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:

[...]

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da *saúde* ou da moral públicas” (grifamos).

No plano do direito internacional econômico em geral, destaca-se no presente cenário, o art. XX, alínea *b*, do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT)²², referente ao livre comércio:

“Artigo XX

Exceções Gerais

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas:

[...]

(b) necessárias à proteção da *saúde e da vida das pessoas* e dos animais e à preservação dos vegetais” (grifamos).

Fica claro que a própria liberdade comercial, protegida de forma um tanto radical pela Organização Mundial do Comércio (OMC), pode ser restringida por medidas previstas no próprio estatuto básico dessa instituição, o GATT, sendo pertinente, neste parecer, aquelas “necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas”.

²¹ Essa Convenção foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e promulgada pelo Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992, tendo entrado em vigor no Brasil em 25 de setembro de 1992, em conformidade com o disposto no § 2º de seu art. 74.

²² Nos termos da Ata Final que Incorpora aos Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgada pelo Decreto nº 1355, de 30 de dezembro de 1994, tendo entrado em vigor para o Brasil em 1º de janeiro de 1995.

Também o direito internacional econômico concernente à propriedade intelectual tem relevância no nosso contexto. A respeito, os artigos 8º e 17 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)²³, estabelecem:

“Artigo 8
Princípios

1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias *para proteger a saúde e nutrição públicas* e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.
2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

[...]

ARTIGO 17
Exceções

Os Membros poderão estabelecer exceções limitadas aos direitos conferidos para uma marca, tal como o uso adequado de termos descritivos, desde que tais exceções levem em conta os legítimos interesses do titular da marca e de terceiros” (grifamos).

Esses dispositivos, mais uma vez, apontam para os limites do uso da marca e da propriedade intelectual em geral, especialmente “para proteger a saúde e nutrição públicas”.

Aos dispositivos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos civis e no campo do direito internacional econômico, cumpre acrescentar o direito social à saúde prescrito no art. 12, §§ 1º e 2º, alínea c, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁴:

“Artigo 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de 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*:
[...]
c) *A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas*, endêmicas, profissionais e outras, *bem como a luta contra essas doenças*” (grifamos).

Observa-se, portanto, que tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de comércio e a propriedade intelectual sofrem limitações relevantes do direito internacio-

²³ Nos termos da Ata Final que Incorpora aos Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, tendo entrado em vigor para o Brasil em 1º de janeiro de 1995.

²⁴ Esse Pacto foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, tendo entrado em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992, nos termos do seu art. 27, § 2º.

nal dos direitos humanos e do próprio direito internacional econômico que protege o livre comércio. Todos esses dispositivos citados estão em vigor na ordem jurídica brasileira e, do ponto de vista doméstico, devem ser interpretados à luz da Constituição Federal.

IV.2.2. Regulação internacional específica para o controle do tabaco

A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco²⁵ trata especificamente do tema tratado no presente parecer. Alguns dos seus dispositivos contêm material normativo diretamente relacionado ao caso em análise. Destaca-se o art. 1º, alínea c, da Convenção-Quadro:

“(c) ‘publicidade e promoção do tabaco’ é qualquer forma de comunicação, recomendação ou ação comercial com o objetivo, efeito ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto do tabaco ou o seu consumo”.

Também é marcadamente relevante o art. 13 da Convenção-Quadro, que trata da proibição total da publicidade do tabaco:

“Artigo 13

Publicidade, promoção e patrocínio do tabaco

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

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

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

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

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

²⁵ Essa Convenção-Quadro foi adotada pela 56ª Assembleia Mundial da Saúde em 21 de maio de 2003, assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2005, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 1.012, de 27 de outubro de 2005, ratificada pelo Governo brasileiro em 3 de novembro de 2005 e promulgada pelo Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, tendo entrado em vigor no Brasil em 1º de fevereiro de 2006.

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

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

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

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

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

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

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

7. As Partes que tenham proibido determinadas formas de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco terão o direito soberano de proibir as formas de publicidade, promoção e patrocínio de além-fronteira de produtos de tabaco que entrem em seus respectivos territórios, bem como aplicar as mesmas penalidades previstas para a publicidade, promoção e patrocínio que se originem em seus próprios territórios, em conformidade com a legislação nacional. O presente parágrafo não apóia nem aprova nenhuma penalidade específica.

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

Esse artigo não só admite a proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio de produtos do tabaco como forma adequada de reduzir-lhes o consumo, mas também dá prioridade a essa proibição. Em respeito à Constituição e aos princípios constitucionais dos Estados-Partes, ele concede que em certas situações não será viável a proibição total, mas não deixa de determinar medidas drásticas de restrição à publicidade nesses casos constitucionais excepcionais.

Por sua vez, as Diretrizes para Implementação do Artigo 13 da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (Publicidade, Promoção e Patrocínio de Tabaco) estabelece os seguintes parâmetros:

“A embalagem e o design do produto são elementos importantes de publicidade e promoção. As Partes deveriam considerar a adoção de embalagem genérica para eliminar os efeitos de publicidade e promoção na embalagem. Embalagem, cigarros individuais ou outros produtos de tabaco não deveriam ter publicidade e promoção, incluindo características do design que tornam o produto atrativo.”

“O efeito da publicidade ou promoção nas embalagens pode ser eliminado através da exigência de embalagem genérica: em preto e branco ou outras duas cores contrastantes quaisquer, como determinado pelas autoridades nacionais; nada além do nome da marca, o nome do produto e/ou nome do fabricante, detalhes de contato e a quantidade do produto na embalagem, sem quaisquer logos ou outras caracteris-

ticas além das imagens de advertência, selos de impostos, marcas e outras informações exigidas pelo governo.”²⁶

Nessas diretrizes, definem-se expressamente a embalagem e o *design* do produto como elementos importantes de publicidade e promoção. Esse é o tema central da discussão da constitucionalidade e legitimidade jurídico-internacional dos projetos de lei acima mencionados, que pretendem dispor sobre a embalagem padronizada do tabaco e produtos fumígenos para fins de reduzir-lhes o consumo, em nome da saúde e da vida das pessoas em geral e das crianças, dos adolescentes e dos jovens em especial.

Esses dispositivos internacionais, interpretados em combinação com os dispositivos constitucionais acima mencionados, servirão de base normativa para a argumentação que desenvolveremos a seguir e para a resposta aos quesitos apresentados pelas consulentes.

V. Resposta ao primeiro quesito

O primeiro quesito, tal como formulado pelos consulentes, é muito abrangente. A rigor trata-se de quatro questões relacionadas à adoção de embalagens padronizadas de cigarro e outros produtos fumígenos no Brasil. Em primeiro lugar, indaga-se a conformidade da imposição legal de embalagens padronizadas com a Constituição no que concerne ao direito à vida e à saúde, à livre iniciativa, à liberdade comercial e à liberdade de expressão (questão 1.1). Em segundo lugar, pergunta-se se essa imposição legal contraria preceitos do direito internacional, especialmente os princípios e as regras jurídicas da Organização Mundial do Comércio (questão 1.2). Em seguida, indaga-se se é medida necessária e adequada a uma eficaz política pública para o controle do tabaco, com vista aos males provocados pelo tabagismo à saúde humana, particularmente dos jovens (questão 1.3). Antes de responder diretamente a cada uma dessas questões, farei uma consideração sobre a localização do direito à publicidade no direito constitucional brasileiro.

V.I. Do direito fundamental à publicidade no direito brasileiro

Se partíssemos do direito comparado, vamos encontrar as soluções as mais díspares quanto ao *status* constitucional do direito à publicidade (propaganda comercial). Por um lado, nos Estados Unidos da América, especialmente a partir da década de 1970,

²⁶ Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/Diretrizes-para-artigo-13.pdf> (último acesso em 23 de abril de 2017). Essas Diretrizes foram aprovadas na Terceira Conferência das Partes (COP3), realizada de 17 a 22 de novembro de 2007, em Durban, na África do Sul (cf. http://apps.who.int/gb/ctc/E/E_cop3.htm#Main_documents).

o direito à publicidade passou a ser tratado estritamente nos termos da liberdade de expressão e, portanto, a ter uma ampla proteção nos termos da Primeira Emenda à Constituição americana. Trata-se então de liberdade de expressão comercial com um peso imenso na mentalidade constitucional americana²⁷. Por outro lado, na Austrália, especialmente na decisão que admitiu a constitucionalidade de exigência legal de embalagens padronizadas²⁸, a liberdade de expressão não tem significado constitucional e, quando considerada, é tida como um dos direitos humanos (da pessoa natural), nos termos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Lei de Direito Humanos de 2011²⁹. A ação contra a lei de embalagem genérica foi proposta com base na suposta ofensa ao direito de propriedade intelectual³⁰. Também na Colômbia, nos termos da Decisão C-830, de 2010, da Corte Constitucional³¹, excluiu-se a noção de liberdade de expressão comercial, discutindo-se a questão em termos da relação do direito à saúde e à vida em face do exercício do livre comércio³². Embora, como veremos adiante, os argumentos de direito comparado possam ajudar na argumentação a respeito da questão no âmbito do direito brasileiro, faz-se mister compreender a especificidade constitucional brasileira.

Um dos caminhos fáceis para uma conclusão em favor do art. 3º da Lei nº 9.294/1996, na redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.546/2011, que proibiu quase totalmente a publicidade do tabaco, e para um parecer favorável ao PLS nº 103/2014, ao PLS nº 769/2015 e ao PL nº 1.744/2015, mediante os quais se pretende impor a embalagem padronizada do cigarro e outros produtos fumígenos, seria simplesmente afirmar

²⁷ Cf. Berman, Micah L. “The Commercial Speech Doctrine in the United States: False Promise and Promising Approaches for Protecting Public Health”. In: Adalberto Pasqualotto (org.). *Publicidade de tabaco: frente e verso da liberdade de expressão comercial*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 202-214, esp. pp. 203 ss. [trad. bras.: “A doutrina da liberdade de expressão comercial nos Estados Unidos: promessas falsas e abordagens promissoras para o resguardo da saúde pública”. *Ibid.*, pp. 215-229, esp. 217 ss.].

²⁸ Suprema Corte da Austrália, *JT International SA v Commonwealth of Australia* [2012] HCA 43 (5 October 2012). Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2012/43.html>.

²⁹ Cf. Lieberman, Jonathan; Perriam, Laura. “Truth in Packaging: Plain Tobacco Packaging and Large Graphic Health Warnings in Australia”. In: Adalberto Pasqualotto (org.). *Publicidade de tabaco: frente e verso da liberdade de expressão comercial*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 168-183, esp. pp. 173 ss. [trad. bras.: “A verdade na embalagem: embalagens genéricas contendo imagens e advertências sobre os riscos do tabaco à saúde na Austrália”. *Ibid.*, pp. 184-201, esp. 189 ss.].

³⁰ *Ibid.*, p. 168 [trad. bras., p. 184].

³¹ Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-830 de 2010. Referência de Expediente D-8096. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-830-10.htm>.

³² Cf. Cabrera, Oscar; Guillen, Paula Ávila; Carballo, Juan. “Viabilidad jurídica de una prohibición completa a la publicidad de tabaco. El caso ante la Corte Constitucional de Colombia”. In: Adalberto Pasqualotto (org.). *Publicidade de tabaco: frente e verso da liberdade de expressão comercial*. São Paulo: Atlas, 2015, pp.230-252, esp. pp. 244 ss. [trad. bras.: Viabilidade jurídica de uma proibição total da publicidade de tabaco. O caso perante a Corte Constitucional da Colômbia. *Ibid.*, pp. 253-275, esp. pp. 267 ss.].

que a publicidade (propaganda comercial) não constitui sequer um direito fundamental no Brasil e não teria qualquer relação com a liberdade de expressão, pois não se encontra entre os direitos fundamentais explicitamente enumerados em nossa Constituição. Embora não nos pareça que a publicidade seja *apenas* relacionada à liberdade de expressão na forma derivada de liberdade de expressão comercial, cabe admitir que a publicidade é um direito indiretamente (implicitamente) atribuído à Constituição Federal, do qual são titulares também pessoas jurídicas.

Entendemos que a publicidade é um direito fundamental derivado da intersecção da liberdade de expressão e comunicação (CF, art. 5º, inciso IX) com a liberdade de comércio, extraída do princípio da “livre iniciativa” (CF, art. 1º, inciso IV), especificado, por sua vez, no princípio do “livre exercício de qualquer atividade econômica” (CF, art. 170, parágrafo único). Entretanto, primariamente, a publicidade está relacionada com a liberdade de comércio e só secundariamente com a liberdade de expressão. Esta está conectada, antes de tudo, com a circulação livre de ideias e opiniões, inclusive sobre o comércio e a economia em geral, pois uma empresa de tabaco, por exemplo, pode fazer críticas duras à legislação antitabagista e defender certas atitudes contra o controle do tabagismo no âmbito específico da liberdade de expressão. A publicidade não importa uma liberdade de expressão autônoma, pois, nela, a liberdade de expressão está subordinada à liberdade de comércio e ao interesse econômico.

Nesse sentido, o tom forte da liberdade de expressão no discurso constitucional recente, inclusive no Brasil, fica amortecido quando se trata de publicidade. Nesta, a comunicação serve como meio de persuasão para aumentar a compra do respectivo produto. Trata-se de racionalidade estratégica no sentido de Jürgen Habermas³³, mediante a qual o consumidor é um meio para o fim da venda do produto e respectivo lucro. Daí por que a publicidade tende a ser um direito fundamental frágil mediante direitos fundamentais enquadráveis na categoria dos direitos humanos, como a vida e a saúde, especialmente dos hipossuficientes. No entanto, é fundamental que se considere cada caso concreto e as situações subjetivas para que não se abuse de argumentos falaciosos sobre as restrições à publicidade de determinados produtos.

³³ Habermas, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handens*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982, vol. 1, pp. 384-385, 444-447 [trad. bras.: Teoria do agir comunicativo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, vol. 1, pp. 495-496, 571-575].



V.II Conformidade da imposição legal de embalagens padronizadas de cigarros e demais produtos fumígenos com a Constituição no que concerne ao direito à vida e à saúde, à livre iniciativa, à liberdade comercial e à liberdade de expressão

A embalagem de cigarro e outros derivados do tabaco, com *designs* destinados a tornar o produto mais atraente é, sem dúvida, uma das dimensões mais relevantes do *marketing* e da publicidade. Nesse sentido, nas Diretrizes do art. 13 da Convenção-Quadro para Controle do Tabaco, em vigor no Brasil desde 1º de fevereiro de 2006, declara-se que “a embalagem e o design do produto são elementos importantes de publicidade e promoção” (ver *supra* pp. 17-18). Não é, por acaso, que as grandes corporações econômicas dispõem parte significativa das suas despesas com o *design* de seus produtos e respectivas embalagens, havendo um mercado altamente rentável de profissionais que atuam como *designers* nessa área da publicidade.

A publicidade (“propaganda comercial”), relacionada primariamente com a liberdade de comércio e secundariamente com a liberdade de expressão, não é um direito absoluto, sobretudo no direito constitucional brasileiro. Inclusive nos Estados Unidos da América, onde a amplitude da chamada “liberdade de expressão comercial” foi levada ao extremo, a Suprema Corte admitiu limites a tal liberdade nos seguintes termos:

- “1. Para qualificar-se à proteção da Primeira Emenda, expressão comercial deve dizer respeito a atividades lícitas e não ser enganosa.
2. O interesse que o governo pretende promover mediante restrição à liberdade de expressão deve ser substancial.
3. A restrição deve promover diretamente o interesse em causa.
4. A restrição não pode ser mais extensa do que o necessário para promover o referido interesse.”³⁴

Entretanto, a experiência constitucional americana é de vai-e-vem nessa matéria, com decisões que tendem a absolutizar a “liberdade de expressão comercial” e outras que admitem restrições relevantes, sem que a Suprema Corte decida sobre as divergências dos tribunais *a quo*, o que tem levado a uma confusão na orientação das expectativas normativas a respeito do tema³⁵. O caso brasileiro é bem diferente, pois o nosso ordenamento e a nossa prática constitucional nunca superestimaram a liberdade de expressão nem a liberdade de comércio. Apesar das contradições e ambivalências, o Supremo Tribunal Federal tomou decisões drásticas para a restrição da liberdade de expressão e comunicação, especialmente em defesa da dignidade humana³⁶. A proteção à

³⁴ Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York, 447 US, 557, 564-566 (1980). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/447/557>. Citado conforme síntese de Berman, ob. cit. na nota 27, p. 205 [trad. bras., p. 219].

³⁵ *Ibid.*, pp. 206 ss. [trad. bras., pp. 220 ss.]

³⁶ Desatca-se o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, julg. 17/11/2003, TP, DJ 19/03/2004 (caso *Ellwanger*).

saúde e à vida, especialmente das crianças, dos adolescentes e dos jovens, é contraposta de maneira explícita e marcante à liberdade de comércio e à publicidade. Trata-se, sem dúvida, de uma área de tensão, com propensão à prevalência do direito à vida e à saúde quando os produtos comerciais sejam claramente nocivos à saúde e perigosos para a vida. Portanto, devemos olhar com restrição o recurso à jurisprudência e à doutrina estrangeira que superestimam a liberdade de expressão e a liberdade comercial, sobretudo quando se trata dos Estados Unidos da América.

Entre os inúmeros dispositivos acima transcritos da Constituição, cabe enfatizar, no nosso contexto, o art. 220, § 3º, inciso II, que dispõe caber 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 ao meio ambiente”. À luz desse dispositivo, indaguemos se, conforme processo em andamento no Supremo Tribunal Federal (RE 635.659/SP), caso venha a se entender que o uso da maconha (voto do Ministro Luiz Roberto Barroso) e também de outras drogas mais danosas à saúde como a cocaína seja legalizado, haveria pleno direito de publicidade pelo produtor ou, no mínimo, de uso de embalagem com *designs* para atrair consumidores. Dificilmente, alguém sustentaria que o Estado brasileiro, considerando o caráter nocivo dessas drogas para a saúde física e mental e diretamente à vida (*overdose*), não pudesse proibir totalmente a publicidade desses produtos, inclusive impondo embalagens padronizadas.

Não só a proibição total da publicidade de produtos nocivos à saúde é possível a partir de ponderações de política pública do legislador federal nos termos do art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal, mas também a própria proibição da produção e comercialização desses produtos, nos termos dos direitos fundamentais à vida e à saúde, vinculados ao dever do Estado de garantir a saúde “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” (CF, art. 196). Inúmeros alimentos, medicamentos, agrotóxicos e drogas entorpecentes são proibidos por serem nocivos à saúde e porem em risco a vida. Muitas vezes, isso decorre de regulações infralegais de agências governamentais, especialmente no caso de remédios e alimentos. Por que toda essa dificuldade com a simples proibição da publicidade do tabaco?

Mesmo os Estados Unidos da América, terra da liberdade comercial e da liberdade de expressão levadas ao extremo, a Administração de Alimentos e Drogas [*Food and Drug Administration*] tem tomado medidas proibitivas da comercialização de pro-

dutos nocivos à saúde, sem que se imagine discutir a sua constitucionalidade. Também lá, a proibição do uso e tráfico (comércio) de drogas entorpecentes como cocaína, maconha e LSD sempre foi radical, sem que se imaginasse uma decisão da Suprema Corte decidindo pela inconstitucionalidade dessas medidas. Assim se manifesta a contradição do discurso jurisprudencial americano de censura a um suposto paternalismo em relação às normas restritivas da publicidade do cigarro³⁷ (adotada também por juristas lusobrasileiros³⁸), censura que supõe um indivíduo idealmente autônomo, capaz de decidir quando começar a fumar e deixar de fumar, desconsiderando as evidências científicas que já negaram totalmente a alegação de que “a decisão de fumar é de ‘livre arbítrio’”, pois envolve “uma doença crônica, uma dependência química à nicotina”³⁹. Esse discurso antipaternalista, porém, não é aplicado pelos seus defensores aos entorpecentes como cocaína e maconha, entre outros, radicalmente proibidos em nome da saúde pública.

Não que queiramos defender a proibição dessas drogas à luz do ordenamento constitucional brasileiro, mas apenas apontar que, se o seu uso e a sua comercialização forem legalizados, muito provavelmente será proibida totalmente a publicidade delas, inclusive mediante a imposição de embalagem padronizada, com base na sua nocividade à saúde física e mental, nos termos do art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

Mas com relação à publicidade do tabaco, há cláusula de reserva explícita referente à sua nocividade à saúde e ao meio ambiente, nos termos do art. 220, § 4º, da Constituição, ao determinar que a “propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior”. É muito improvável que um argumento pela desproporcionalidade de uma proibição total da publicidade do tabaco, inclusive da imposição legal de embalagem padronizada, possa vingar. Lembremos que há agrotóxicos e medicamentos que são proibidos por serem nocivos à saúde, de tal maneira que o legislador

³⁷ Cf. Berman, ob. cit. na nota 27, pp. 206-208 [trad. bras., pp. 220-222].

³⁸ Cf., por exemplo, Canotilho, José Joaquim Gomes; Machado, Jónatas Eduardo Mendes. “Parecer: A ANVISA e a proibição de substâncias aditivas nos produtos fumígenos”. 17 de abril 2012, esp. p. 42. Ferraz Jr., Tércio Sampaio. “A liberdade de fumar: sobre a liberdade de fumar e o direito à saúde na Constituição e na lei”. In: T. S. Ferraz Jr. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007, 194-218, esp. p. 196. Para a crítica do argumento do “paternalismo” no contexto do tabagismo, cf. Silva. Virgílio Afonso da. Parecer sobre Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012, da ANVISA). 9 de setembro de 2013, pp. 18-20. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/conteudo/859_Parecervirgilio.pdf. Ver também referência desse autor na próxima nota (nota 39). Retornaremos a esse tema de maneira mais aprofundada nas seções X e XI.

³⁹ Associação Médica Brasileira, ob. cit. na nota 4, p. 7. Em sentido similar ao nosso argumento, ver Silva. Virgílio Afonso da. “A constitucionalidade da proibição total da publicidade de produtos derivados do tabaco”. In: Clarissa Menezes Homs (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 185-216, pp. 188-190.

vai além desse dispositivo. As pessoas que estiverem dependentes desses medicamentos poderão arguir que se trata de paternalismo e exigir a compra e o uso do remédio? Claro que não. Proibir totalmente a propaganda comercial é algo muito menos drástico em relação à liberdade de comércio e ao direito de publicidade.

Não me parece ser necessário, nesse caso, um argumento de proporcionalidade nos termos da jurisprudência e doutrina alemã, divulgada no Brasil a partir da obra de Robert Alexy, ao menos no seu terceiro nível, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento da ponderação⁴⁰. Na presente contenda, parece-me ser viável afirmar que, ao conter ressalva específica para a publicidade do tabaco, diferentemente da reserva genérica (CF, art. 220, § 3º, inciso II), o art. 220, § 4º, da Constituição Federal, ofereceu um campo amplo de atuação do legislador para impedir os efeitos danosos da propaganda comercial pelos seus efeitos altamente nocivos à saúde. O ônus argumentativo da desproporcionalidade à luz da Constituição brasileira é imenso e praticamente fadado ao insucesso. A única alternativa seria afirmar que o fumo de produtos derivados de tabaco não é tão danoso à saúde para justificar uma proibição completa da publicidade ou supor que a proibição da publicidade não influi na redução do tabagismo como doença epidêmica. Mas as evidências são claras. Uma ponderação, nesse caso, poderia levar-nos ao ridículo, assim como se tentássemos ponderar perante a liberdade de comércio a proibição da comercialização (não só a publicidade) de um medicamento cancerígeno como medida de proteção à saúde.

A indústria do tabaco vive e se reproduz com base em uma doença epidêmica, o tabagismo, que normalmente se adquire na juventude, nos termos do Código de Doença Internacional (CID-10) da Organização Mundial de Saúde (ver *supra* p. 7). Ela depende, para a sua sobrevivência, da manutenção de indivíduos doentes ou de tornar novos indivíduos reféns da doença do tabagismo, especialmente menores de idade. Além dos efeitos altamente danosos do tabagismo para a saúde humana, inclusive para o fumante passivo, apresentados acima com base no informativo da Associação Médica Brasileira, baseado em abalizados estudos e pesquisas promovidos por renomados cientistas e instituições nacionais, estrangeiras e internacionais, incontestáveis pela própria indústria do tabaco, cabe mencionar a recente análise sistemática do *Global Burden of Disease Study 2015*, publicado na Revista “*The Lancet*”, sobre a prevalência do fumo e doenças a ele

⁴⁰ Cf. Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, esp. pp. 100-103 [trad. bras.: *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 116-120. Aplicando rigorosamente o modelo de proporcionalidade proposto por Alexy em favor da proibição total da publicidade do tabaco no Brasil, ver Silva, ob. cit. na nota 39, pp. 197 ss.

atribuídas em 195 países e territórios⁴¹. Em acurada síntese dessa publicação, o médico Drauzio Varela apresentou as seguintes evidências contidas no estudo:

“O mundo tem quase 1 bilhão de fumantes. O cigarro é a principal causa de morte precoce em mais de cem países.

[...] No mundo inteiro, fumam diariamente 25% dos homens e 5,4% das mulheres.

[...] Em 2015, houve 6,4 milhões de mortes atribuíveis ao cigarro. Esse número corresponde a 11,5% do total de mortes no mundo.

[...] Em 1990, fumar estava entre as cinco principais causas de incapacitação para o trabalho em 88 países, número que aumentou para 109, em 2015.

[...] Em 2015, havia 22 países com prevalências mais altas do que 15% nas adolescentes, 18 deles no oeste e na região central da Europa. Dos 24 em que a prevalência nos adolescentes do sexo masculino fica acima de 20%, seis estão na Europa Central. Os demais se acham espalhados por várias regiões.

[...] Graças ao bombardeio das campanhas publicitárias, no Leste Europeu a prevalência entre as mulheres aumentou a partir de 1990 e se manteve em níveis altos entre os homens (chega a 60% na Ucrânia)”.

Ainda relacionado com o referido estudo, Varela acrescenta os seguintes comentários:

“Segundo Emmanuela Gakidou que liderou o estudo, ‘o Brasil tem sido uma enorme história de sucesso’. No período de 1990 a 2015, o país apresentou a terceira maior queda mundial na prevalência em ambos os sexos: 55%. Em 1990, cerca de 30% dos brasileiros com mais de 15 anos fumavam; hoje, são pouco mais de 10%.

A diminuição foi alcançada graças a um conjunto de políticas públicas: aumento de impostos, restrições à publicidade e ao fumo em lugares públicos, imagens expostas nos maços de cigarro e divulgação dos malefícios pelos meios de comunicação de massa.

Apesar da queda porcentual, ainda estamos entre os dez países com o maior número absoluto de fumantes, ao lado de China, Indonésia, Estados Unidos, Rússia, Bangladesh, Japão, Alemanha e Filipinas.

Em sua trajetória criminosa, a indústria do fumo se volta agora para os mercados emergentes dos países africanos situados abaixo do deserto do Saara, em que as leis de combate ao tabagismo são frouxas e onde faltam recursos para enfrentar o marketing milionário das companhias.”⁴²

Uma situação catastrófica dessa natureza, em que uma indústria se alimenta e cresce com base na manutenção e no estímulo de uma doença epidêmica, que é a maior causa de morte precoce no mundo, poderia levar ao argumento inocente de que caberia a própria proibição do cigarro. No caso brasileiro, tendo em vista que há uma prévia opção constitucional pela legalidade do uso do cigarro e demais produtos derivados do tabaco, isso exigiria uma emenda constitucional. Entretanto, assim como a proibição de outras drogas não impediu o aumento do seu consumo, antes levou a um mercado criminoso com luta violenta entre facções criminosas e entre essas e o Estado, a proibição

⁴¹ Gakidou, Emmanuela *et al.* “Smoking prevalence and attributable disease burden in 195 countries and territories, 1990–2015: a systematic analysis from the Global Burden of Disease Study 2015”. *The Lancet* (online), 5 de abril de 2017. Acesso em 15 de abril de 2017: [http://thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)30819-X/fulltext](http://thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)30819-X/fulltext).

⁴² Varela, Drauzio. “Um mundo de fumantes”. *Folha de São Paulo*, 15 de abril de 2017. Acesso em em 15 de abril de 2017: <http://www1.folha.uol.com.br/columnas/drauzio varela/2017/04/1875750-um-mundo-de-fumantes.shtml>.

do cigarro levaria à mesma situação. Não seria, pois, meio adequado para a redução do tabagismo e teria efeitos colaterais também na área da criminalidade organizada.

A proibição plena da publicidade (propaganda comercial), porém, apresenta-se como uma forma de reduzir o impacto altamente nocivo do tabaco para a saúde e a vida de fumantes ativos e passivos. Parece-me que, no direito brasileiro, já há uma preferência *prima facie* pela saúde e a vida em face da publicidade, um direito fundamental atribuído indiretamente à Constituição mediante a intersecção da liberdade de comércio (CF, art. 1º, inciso IV, e art. 170, parágrafo único) e a liberdade de expressão e comunicação (CF, art. 5º, inciso IX). Particularmente nos termos do art. 220, § 3º, inciso II, e do art. 220, § 4º, da Constituição Federal, o direito à publicidade apresenta-se como frágil perante o direito à saúde.

Portanto, não acatamos aqui a tese da hipótese normativa (“suporte fático abstrato”) e do âmbito de proteção amplos, uma tese que foi disseminada a partir da obra de Robert Alexy, sendo significativa especialmente para o direito geral de liberdade⁴³. Partimos da alteridade do direito, indissociável da alteridade da experiência social em geral, e da correspectividade e transsubjetividade dos direitos fundamentais, que não devem ser considerados isoladamente *prima facie*. Mesmo o direito geral de liberdade de um é *prima facie* limitado pelo direito geral de liberdade de outrem. Também já *prima facie*, ao menos no direito brasileiro, há uma limitação constitucional do direito geral de liberdade por outros direitos, como a vida, embora essa limitação possa ser superada em caráter definitivo. Caso contrário, com base no direito geral de liberdade, teríamos o direito fundamental *prima facie* de matar alguém no direito constitucional brasileiro. Essa compreensão só poderia prevalecer se adotássemos um conceito hobbesiano de direito e liberdade “O direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir [...]. Naturalmente, todo homem tem direito a todas as coisas, inclusive aos corpos dos outros”⁴⁴. Essa posição parte de um direito de liberdade no Estado de natureza, que seria posto à disposição do soberano quando da formação da sociedade civil, para que não reinasse o caos. Ao contrário, no modelo de formação da sociedade em termos de Locke, a liberdade do estado de natureza, ao contrário da “licenciosidade”, importa que nenhum homem “deve preju-

⁴³ Alexy, ob. cit. na nota 40, pp. 290 ss. [trad. bras., pp. 321 ss.].

⁴⁴ Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Org. Richard Tuck. Cambridge: Cambridge University Press, 1992 [1ª ed. Londres, 1651], p. 91 [64] – Capítulo XIV [trad. bras.: *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural – col. “Os Pensadores”, 1979, p. 78 – com tradução diversa da ora apresentada].



dicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses”⁴⁵, de tal modo que o direito geral de liberdade seria limitado *prima facie*, inclusive por outros direitos. Essa compreensão de liberdade e de direito limitados *prima facie* é, sem dúvida, a que mais se aproxima de um sistema de direitos e liberdades em um Estado democrático de direito, que foi o modelo adotado pela Constituição brasileira. Isso não significa que a limitação *prima facie* possa ser superada em caráter definitivo conforme as circunstâncias do caso e a especificidade da ordem jurídica, como nos casos de retração do direito à vida na pena de morte em período de guerra (art. 5º, inciso XLVII, alínea *a*), estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, permissão do aborto etc.

No presente caso, porém, o direito à publicidade, extraído da liberdade de comércio e da liberdade de expressão, não consegue superar a sua fragilidade *prima facie* em face do direito à saúde e à vida nas circunstâncias concretas a que estamos expostos. Tal superação só teria sentido se fosse possível comprovar, com evidências, que o fumo de cigarro e outros derivados do tabaco não seria prejudicial à saúde ou só tivesse um efeito irrelevante sobre a saúde. Mas, ao contrário, há um consenso indiscutível na comunidade científica de que as evidências apontam ser o fumo de cigarro e congêneres fator direto de uma das mais graves doenças epidêmicas do planeta e que mais causa morte precoce no plano global, com acima esclarecido.

Outro argumento seria sustentar que a proibição total da publicidade do cigarro, especialmente a imposição legal de embalagem padronizada, não seria adequada ou necessária para reduzir o tabagismo, o que como veremos é um argumento insustentável, sobretudo porque a indústria do tabaco gasta vultosos valores em publicidade, destacadamente nos *designs* de suas embalagens, indubitavelmente com o fim de aumentar sua venda e seu lucro. Além disso, quando medidas jurídicas restritivas da publicidade, inclusive de legislação impositiva de embalagem genérica, são aprovadas, a indústria do tabaco investe valores altíssimos em bancas de advocacia poderosas para que essas medidas sejam anuladas. Caso a proibição da publicidade, sobretudo a imposição legal de embalagem padronizada, não tivesse o efeito de reduzir o número de fumantes e o tabagismo como doença epidêmica, evidentemente a indústria do tabaco não estaria tão interessada em impedi-la. A esse tema, voltaremos com maior detalhe na subseção V.4.

⁴⁵ Locke, John. *Second Treatise of Government*. Org. C.B. Macpherson. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1980 [1ª ed. 1690], p. 9 – Capítulo II, § 6 [trad. bras.: *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo: Abril Cultural – col. “Os Pensadores”, 1978, p. 36].

Diante dos argumentos e evidências apresentadas, não me parece que haja nenhuma alegação razoável para afastar a conclusão de que a imposição legal de embalagens padronizadas de cigarros e demais produtos fumígenos é plenamente compatível com a Constituição Federal no que concerne à limitação do direito fundamental à publicidade (atribuído indiretamente à constituição pela intersecção da livre iniciativa e liberdade de comércio, de um lado, e da liberdade de expressão, de outro) pelo direito à saúde e à vida. Mas outros argumentos servirão para fortificar essa primeira conclusão.

V.3. Compatibilidade da imposição legal de embalagens padronizadas de cigarros e demais produtos fumígenos com os preceitos do direito internacional e os princípios e regras jurídicas da Organização Mundial do Comércio

As normas internacionais de direitos humanos referentes à liberdade de expressão, em vigor no Brasil com força “supralegal”, acima citadas (seção IV.2.1), têm como destinatários ativo apenas as pessoas humanas, não se aplicando a pessoas jurídicas como as corporações da indústria do tabaco. Nesse sentido, a liberdade de expressão prevista no art. 19, §§ 2º e 3º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, é um direito de titularidade da pessoa natural, o que decorre expressamente do art. 2º, § 1º, do PIDCP, que estabelece o compromisso dos Estados Partes de “respeitar e garantir a todos os *indivíduos* que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto” (grifamos). Além disso, a liberdade de expressão nos termos do PIDCP sujeita-se a cláusulas de reserva, pode ser restringida por lei, inclusive para proteger a saúde (art. 19, § 3º, alínea *b*). Do ponto de vista do direito constitucional brasileiro, as restrições para proteção à saúde previstas na cláusula de reserva do PIDCP devem ser interpretadas à luz dos argumentos constitucionais apresentados na subseção anterior, na situação hipotética de uma pessoa natural produtora de produtos fumígenos derivados do tabaco.

Também o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prescreve a liberdade pensamento e de expressão, tem como destinatário ativo o “ser humano”, nos termos expressos no seu art. 1º, § 2º. Da mesma maneira, que o PIDCP, a CADH contém, em seu art. 13, § 2º, alínea *b*, uma cláusula de reserva, inclusive admitindo restrições legais da liberdade de pensamento e expressão para a proteção da saúde. Portanto, da mesma forma, do ponto de vista do direito doméstico, essa cláusula de reserva deve ser interpretada à luz da Constituição brasileira, nos termos da argumentação desenvolvida na subseção anterior, na situação hipotética de que uma pessoa natural seja produtora de cigarro ou outros derivados do tabaco e pretenda fazer publicidade de seu

produto com embalagens atraentes. Nada impediria que o legislador determinasse também a proibição.

Entretanto, do ponto de vista do direito internacional, a publicidade (propaganda comercial) está relacionada primariamente à liberdade de comércio, nos termos do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT 1994), diploma normativo básico da Organização Mundial do Comércio. Como se sabe, a OMC foi criada para promover o livre comércio. Não obstante, mesmo essa instituição do liberalismo econômico global admite “exceções gerais” aos princípios e regras do livre comércio, inclusive medidas “necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas”, nos termos do art. XX, alínea *b*, do GATT. Segundo o *caput* desse dispositivo, desde que “essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas” enumeradas nas “exceções gerais” ao livre comércio. Não há dúvida de que medidas proibitivas da publicidade do tabaco, inclusive a imposição legal da embalagem genérica, preenchem plenamente essa exigência, pois de maneira alguma poderiam conter algo injustificadamente discriminatório ou constitutivo de restrição ao comércio internacional. Seria absurdo afirmar que se trataria de protecionismos contrários ao livre comércio internacional no caso brasileiro em análise, pois se trata de restrições concernentes a uma indústria com enorme valor econômico para o Brasil, inclusive tributário. Portanto, os projetos de embalagem padronizada correspondem perfeitamente às “exceções gerais” do GATT aos princípios e regras do livre comércio internacional. E essa conclusão torna-se mais vigorosa se o GATT, especialmente o seu art. XX, alínea *b*, é interpretado do ponto de vista doméstico à luz da Constituição brasileira, nos termos da argumentação desenvolvida na subsecção anterior.

Acrescente-se que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais impõe aos Estados Partes o dever de proteger a saúde dos indivíduos sob sua jurisdição. O art. 12 do PIDESC estabelece que os Estados Partes “reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” (§ 1º), impondo-lhes o dever de adotar medidas “para assegurar” a “prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças” (§ 2º, alínea *c*). É óbvio que as medidas que visam a proibir totalmente a publicidade do tabaco, inclusive mediante imposição legal de embalagem padroni-

zada, enquadram-se plenamente nesses dispositivos, pois se destinam à prevenção e à luta contra uma doença epidêmica no plano global, o tabagismo, conforme a própria classificação da OMS.

No plano do direito internacional, o argumento justificador dos projetos de lei que visam à imposição da embalagem padronizada de cigarro e outros produtos fumígenos derivados do tabaco completa-se com a referência à Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, cujo art. 13 determina, como regra, a proibição de toda e qualquer publicidade do tabaco (ver *supra* pp. 16-17), só admitindo exceções para a adoção de proibição apenas parcial se o Estado Parte não estiver “em condições de proceder à proibição total devido às disposições de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais” (§ 3º). Esse, porém, não é o caso do direito constitucional brasileiro, tal como foi demonstrado na subsecção anterior. Entretanto, a análise específica da relação da Convenção-Quadro com o direito brasileiro será feita na secção VII, na resposta ao terceiro quesito.

Diante do exposto, cabe concluir que a proibição total da publicidade do tabaco, inclusive mediante a imposição legal de embalagem padronizada, não é apenas compatível com o direito social internacional referente especificamente à saúde, mas também com as normas internacionais referentes à liberdade de expressão e, por fim, com o direito internacional ao livre comércio, consagrado no GATT.

V.4. A imposição legal de embalagem padronizada de cigarro e demais produtos fumígenos derivados do tabaco como medida adequada e necessária a uma eficaz política pública de controle do tabagismo com vista à redução dos males provocados pelo tabagismo à saúde humana, especialmente dos jovens

V.4.1. Da adequação

Dos elementos apresentados na argumentação acima já se pode inferir que a proibição total da publicidade do tabaco, inclusive mediante a imposição legal de embalagem padronizada, é um meio adequado para reduzir os males provocados pelo tabagismo, especialmente entre jovens, que, em princípio, têm uma menor capacidade de defender-se dos impactos do *marketing* em sua mente. Agora, cabem algumas considerações específicas.

A indústria do tabaco há muito gasta valores vultosos com publicidade, o que evidentemente serve à ampliação da venda de seus produtos, especialmente mediante novos fumantes. As suas estratégias são altamente manipulativas e astuciosas. Já na década de 1920, para alcançar o mercado feminino, uma campanha de publicidade mas-

siva e eficiente induziu, nos Estados Unidos, um grande número de mulheres ao fumo, com a atrativa mensagem que relacionava o fumo à libertação, igualdade e emancipação femininas (“*torches of freedom*”)⁴⁶. E qualquer medida de política pública que tenha pretendido proibir parcial ou totalmente a publicidade do cigarro e congêneres, no Brasil e alhures, sempre se defrontou com ações judiciais da indústria do tabaco. Se a proibição da publicidade não fosse adequada à ampliação do mercado do tabagismo, uma doença epidêmica gravíssima, não haveria uma reação tão forte da indústria do tabaco. Só se partíssemos da ideia absurda de que as corporações do tabaco investem um alto montante de seu orçamento em publicidade, inclusive nos sedutores *designs* das embalagens, sem que isso trouxesse nenhum lucro ou vantagem no mercado.

O mais grave, porém, é que a publicidade do tabaco visa atingir principalmente jovens, adolescentes e crianças, mais suscetíveis de manipulação pela imaturidade, assim como menos capazes de se libertar mais tarde da dependência adquirida em verdes anos. Conforme os dados acima mencionados (seção III), a Organização Mundial de Saúde aponta que 90% (noventa por cento) dos fumantes começam a fumar na adolescência, tornando-se 2/3 (dois terços) deles fumantes habituais antes dos 19 (dezenove) anos de idade. Nessa época, o ser humano está em formação e muito mais exposto às chamadas novidades do mercado e da publicidade. No Brasil, em 2010, o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID) declarou que a idade média do uso de tabaco é de 13,3 anos. Por sua vez, os dados da Pesquisa Nacional sobre Saúde Escolar do Ministério da Saúde e IBGE, de 2012, verificou que 22,3% dos estudantes do ensino fundamental, entre 13 e 15 anos, já haviam fumado cigarro (ver *supra* p. 10).

O foco principal da publicidade da indústria tabagista é, sem sombra de dúvida, os menores. Isso fica evidente no julgamento do relevante processo *Estados Unidos versus Philip Morris e outros* (2006), no qual a Juíza Gladys Kessler, com base em documentos comprobatórios e estudos científicos, trouxe à luz

3296. As provas são claras e convincentes – e além de qualquer dúvida razoável – de que os Réus esforçavam-se por vender seus produtos para jovens com menos de 21 anos, enquanto, constante e desonestamente, negavam em público tais práticas.

3297. Em resposta à montanha de provas em contrariedade, os Réus alegam que todos os bilhões de dólares que gastam promovendo o *marketing* dos cigarros servem ao objetivo primordial de reter consumidores leais (‘fidelidade à marca’) e ao objetivo secundário de incentivar os fumantes a trocar de marca.

3298. As atividades de *marketing* dos Réus visam atrair para o mercado novos fumantes, de preferência jovens e com longa perspectiva de vida, que possam substituir os consumidores que morrem (em grande parte por causa de doenças causadas

⁴⁶ Cf. Leal, Tatiane; Freire Filho, João; Rocha, Everardo. “*Torches of freedom*: mulheres, cigarros e consumo”. *Comunicação, Mídia e Consumo*, vol. 13, nº 38, setembro/dezembro de 2016, pp. 48-72.

pelo tabaco) ou param de fumar... Os Réus usaram de seu conhecimento sobre o público jovem para criar campanhas de *marketing* sofisticadas e atraentes, com o objetivo de seduzi-los para que começassem a fumar, assim tornando-se viciados em nicotina.

[...]

3301. Os Réus gastaram, todos os anos, bilhões de dólares com atividades de *marketing*, procurando incentivar pessoas jovens a experimentar e a continuar comprando seus cigarros, assim tornando-se os fumantes substitutos de que necessitam para sua sobrevivência. Os investimentos feitos pelos Réus em promoção e propaganda de cigarros aumentaram dramaticamente nas últimas décadas, em particular desde a assinatura do MAS [*Tobacco Master Settlement Agreement*].

3302. Mesmo em face dessas evidências, os Réus negaram, repetidas vezes e com grande pose de moralistas, ter dirigido ações de vendas e *marketing* para os jovens.⁴⁷

No contexto dessa decisão, citou-se a afirmação um tanto irônica do Presidente do *Vector Holdings Group*, Bennett LeBow: “se as empresas tabagistas realmente eliminassem o *marketing* para crianças, estariam fora do mercado em 25 ou 30 anos, porque não teriam consumidores suficientes para manter seus negócios.”⁴⁸ Se bem que tal prognóstico possa ser considerado exagerado, não há dúvida que a proibição total da publicidade do tabaco, inclusive com a imposição legal de embalagens padronizadas, terá um efeito marcante na redução do tabagismo, a doença epidêmica grave e primeira causa de morte precoce no planeta.

A publicidade do tabaco, que, pelo menos em alguns casos, veicula informação enganosa (intencionalmente ou não), influencia as decisões do consumidor de maneira inconsciente e estimula a iniciação no fumo e a dependência ao tabaco, especialmente nos jovens, estando, portanto, relacionada, no seu êxito, a atividades ilegais⁴⁹. A exposição dos sedutores maços de cigarro em espaços da loja em que se encontram produtos de interesse infanto-juvenil, tais como bombons, chocolates e refrigerantes, constitui um forte apelo à iniciação no uso do tabaco.

Não vale a alegação exasperada de Clèmerson Merlin Clève, com referência a um estudo específico, de que na experiência de proibição da publicidade do tabaco na Noruega teria sido demonstrado que não haveria relação científica comprovada entre a proibição nos meios de comunicação de massa e a redução do número de fumantes⁵⁰. Kraft e Svenden, os autores citados por Clève para basear a sua alegação, são favoráveis

⁴⁷ United States Court for the District of Columbia, *United States of America v. Philip Morris USA, Inc., et al.* (Civil Action nº 99-2496), 17 de agosto de 2017, pp. 1207-1209. Disponível em: <http://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/doj-final-opinion.pdf>. Citado nos termos da publicação *Veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris*. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo - ACTbr, 2008, pp. 40-41.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 974, § 2637. Citado conforme *Veredicto Final*, p. 35.

⁴⁹ Cf. Berman, ob. cit. na nota 27, pp. 210-213 [trad. bras., pp. 225-227].

⁵⁰ Clève, Clèmerson Merlin. Parecer apresentado nos autos da ADI nº 3311/DF, 20 de outubro de 2004, pp. 97-98 (fls. 1609-1610).

à legislação norueguesa e não chegaram a tal conclusão, mas apenas consideraram que, na Noruega, os efeitos da proibição da publicidade do tabaco foram menores do que em outros países, considerando que tal proibição não foi acompanhada por suficientes medidas preventivas e educativas⁵¹.

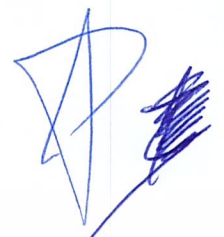
Também me parece infundada a alegação de Luís Roberto Barroso de que, para “questionar a adequação” de medida proibitiva da publicidade do tabaco “basta o registro de que existe controvérsia séria a respeito, e de que não é possível concluir, com segurança, que o banimento da publicidade tenha impacto significativo sobre o consumo de cigarro”⁵². Não há algo absoluto na ciência e muito menos no que concerne à avaliação da oportunidade de uma política pública. Sempre pode haver divergências de alguns interessados. No caso do tabagismo, essas divergências são geralmente expostas por profissionais altamente bem remunerados pela indústria do tabaco. O que vale é uma postura praticamente consensual na comunidade acadêmica de que a publicidade é um dos maiores fatores de iniciação e manutenção do tabagismo, atingindo principalmente os menores. A evidência incontestável é que a indústria do tabaco luta de todas as formas para impedir medidas restritivas da publicidade do tabaco, inclusive com milionários pagamentos a bancas de advocacia poderosas para representá-la em juízo e a influentes juristas para apoiarem a sua causa com pareceres. Só teria sentido dizer que a proibição total da publicidade do tabaco, inclusive da imposição de embalagens padronizadas, não seria adequada à redução do consumo do tabaco nem do tabagismo como doença epidêmica e primeira causa de morte precoce no planeta, se a indústria tabagista não investisse valores vultosos em propaganda comercial e não atuasse radicalmente contra a adoção de medidas proibitivas da publicidade ou, no limite, pela sua anulação judicial. Mas esse não é o mundo do tabagismo⁵³.

Portanto, a imposição legal da embalagem dos produtos fumígenos derivados de tabaco apresenta-se, conforme evidências as mais diversas, como medida adequada a reduzir o consumo do tabaco e os casos de tabagismo, doença epidêmica em escala global e primeira causa de morte precoce no planeta.

⁵¹ Kraft, Pål; Svendsen, Terje. “Tobacco Use Among Young Adults in Norway, 1973-95: Has the Decrease Levelled out?”. *Tobacco Control*, vol. 6, nº 1 (spring, 1997), pp. 27-32. Consultado a partir de Silva, ob. cit. na nota 39, pp. 206-207.

⁵² Barroso, Luís Roberto. “Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro”. In: L. R. Barroso. *Temas de direito constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, pp. 243-273, p. 269.

⁵³ Argumento similar é apresentado de forma consistente por Silva, ob. cit. na nota 39, p. 207.



V.3.2. Da Necessidade

A necessidade dos meios utilizados, hoje tão explorada entre os germanófilos no Brasil⁵⁴, está relacionada originariamente com a racionalidade com respeito aos fins, para que se definam os custos e benefícios de uma ação instrumental ou estratégica. É algo vinculado à escolha racional. Trata-se, então, de saber se o meio utilizado para alcançar um fim ou determinados fins é o menos custoso.

No plano constitucional, esse debate diz respeito à verificação da desnecessidade de uma medida restritiva de direitos fundamentais se for possível encontrar outras medidas tão ou mais eficientes com menor custo para o direito fundamental afetado. O perigo dessa discussão é superestimarmos um tipo de “proporcionalismo” que isola as medidas restritivas e põe umas em confrontação com as outras. Vejamos.

Qual é a finalidade de medidas de proibição total da publicidade do tabaco, inclusive com a imposição legal de embalagem padronizada, nos termos do art. 220, § 3º, inciso II, e § 4º, da Constituição Federal, assim como de normas de direito internacional de proteção da saúde em vigor no Brasil? Evidentemente, tais medidas proibitivas visam a reduzir o consumo do cigarro e produtos fumígenos derivados do tabaco para que sejam relevantemente diminuídos os casos de tabagismo como doença epidêmica em escala global e primeira causa de mortes precoces no planeta. A longo prazo, visa-se a eliminar a epidemia do tabagismo. Para que se alcance esses fins, o meio mais eficiente é buscar o maior número de medidas possíveis que sejam adequadas. Não se trata aqui de discutir se a proibição da publicidade do tabaco contribui de forma mais ou menos eficiente do que outras medidas para que se alcance essa finalidade constitucional e jurídico-internacionalmente legítima. O mais importante é que ela se soma a outras medidas que servem, em conjunto, eficientemente, para que se alcance o fim definido. Por exemplo, campanhas de esclarecimento isoladamente ou campanhas de esclarecimento com proibição parcial da publicidade são menos eficientes do que campanhas de esclarecimento junto com proibição total da publicidade para fins de combate à epidemia. Acrescente-se que há evidências de que as campanhas publicitárias da indústria do tabaco são mais eficientes do que as campanhas de política pública contrárias ao tabaco⁵⁵.

Portanto, é indiscutível que a proibição total da publicidade do tabaco, inclusive com a imposição legal de embalagem padronizada, é necessária para incrementar a efi-

⁵⁴ Cf., por exemplo, Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007, pp. 214 ss.; Silva, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 170-174.

⁵⁵ Cf., no mesmo sentido, Silva, ob. cit. na nota 39, pp. 208-209.



ciência das políticas públicas que se destinam a reduzir o consumo do tabaco, a diminuir os casos de tabagismo como doença epidêmica em escala global e, no limite, a debelar definitivamente essa epidemia planetária.

VI Resposta ao segundo quesito

O segundo quesito diz respeito ao uso de marca e de elementos de marca por uma empresa. Quatro questões são apresentadas a respeito. Em primeiro lugar indaga-se se o Estado brasileiro pode restringir o uso de marca e de elementos da marca por uma empresa (questão 2.1). Em seguida, consulta-se se com a adoção das embalagens padronizadas pelo Brasil haveria uma expropriação indireta ou direta do uso da marca (questão 2.2). Em terceiro passo, pergunta-se até que ponto a embalagem “vistosa” é marca (questão 2.3). Por fim, os consulentes indagam até que ponto a proibição do uso de elementos, cores e formatos, que aumentam a atratividade da embalagem do produto, configura violação do direito de marca (questão 2.4). Antes de responder a cada uma dessas questões, faremos um breve comentário sobre o conceito de marca.

VI.1. O que se entende por marca?

Nos termos do art. 15 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), que entrou vigor no Brasil em 1º de janeiro de 1995 (ver *supra* p. 15), “qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca”. Segundo esse dispositivo, “estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, serão registráveis como marca”. Por sua vez, a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Intelectual) define a “marca de produto ou serviço” como “aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa” (art. 123, inciso I). Como se observa, a marca serve para a identificação do produto perante outros produtos.

A marca faz parte do direito de propriedade intelectual, cujo cerne é o seguinte, nos termos do art. 16, § 1º, do TRIPS:

“1. O titular de marca registrada gozará do direito exclusivo de impedir que terceiros, sem seu consentimento, utilizem em operações comerciais sinais idênticos ou similares para bens ou serviços que sejam idênticos ou similares àqueles para os quais a marca está registrada, quando esse uso possa resultar em confusão. [...]”

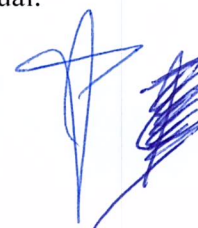
Muito embora a marca possa ser usada para fins de publicidade, o direito à marca, em si mesmo, não envolve o direito à publicidade. Além disso, o direito à marca, assim como todo e qualquer direito, sobretudo o direito de propriedade, está sujeito a restrições.

VI.2. Legitimidade jurídico-constitucional do Estado brasileiro para restringir o uso de marca e de elementos da marca por uma empresa

É indiscutível que o Estado brasileiro pode restringir o uso de marca e de elementos de marca de empresas em atividade na sua jurisdição. A respeito, o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que determina caber à lei assegurar a “propriedade das marcas” “tendo em vista o interesse social”. Esse dispositivo expressa uma dimensão específica da noção geral da função social da propriedade (CF art. 5º, inciso XXIII), da qual resulta que a propriedade, muito menos o seu uso, pode ser considerada ilimitada. Isso não ocorre apenas mediante desapropriação (CF art. 5º, inciso XXIV). Por exemplo, a legislação ambiental pode prescrever a interdição definitiva de uma fábrica pelos danos causados ao meio ambiente e exigir aos respectivos proprietários indenização, assim como a legislação sobre a saúde pode interditar um restaurante por não preencher os requisitos legais de higiene. Inclusive as posturas municipais limitam o direito de propriedade e seu uso. Esse *status* constitucional da propriedade relaciona-se com o fato de que, ao contrário da visão antiga do direito romano, a compreensão moderna de propriedade só inclui o “*jus utendi et fruendi*” (direito de usar e gozar), mas não o “*jus abutendi*” (direito de abusar).

No campo específico da propriedade intelectual, suas restrições em nome do interesse social têm sido diversas. Destaca-se a “quebra de patente” do chamado “coquetel anti-AIDS” pelo Governo brasileiro, mediante o Decreto nº 6.108, de 4 de maio de 2007. Quanto ao uso da marca, cabe enfatizar a limitação que foi imposta pela Lei 14.223/2006, do Município de São Paulo, que não só fez restrições relevantes ao “anúncio publicitário” (art. 6º, inciso I, alínea *b*), mas também ao “anúncio indicativo: aquele que visa apenas identificar, no próprio local da atividade, os estabelecimentos e/ou profissionais que dele fazem uso” (art. 6º, inciso I, alínea *a*). Para fins de defesa da “paisagem urbana”, esse dispositivo impôs restrição ao uso das marcas por qualquer empresa estabelecida no Município de São Paulo, que, assim, sofrem limitações drásticas na exposição de seus sinais de identidade.

Os fundamentos constitucionais de limitação ao direito de marca também encontram correspondência específica no direito internacional da propriedade intelectual.



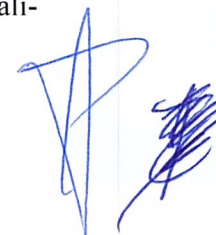
Nesse sentido, o art. 17 do TRIPS, sabidamente um estatuto do liberalismo econômico para a proteção da propriedade intelectual, determina que os “Membros poderão estabelecer exceções limitadas aos direitos conferidos para uma marca, tal como o uso adequado de termos descritivos, desde que tais exceções levem em conta os legítimos interesses do titular da marca e de terceiros.” Esse dispositivo aponta evidentemente para o fato de que cabem restrições aos direitos conferidos para uma marca se o seu uso for prejudicial a interesses de terceiros protegidos pela ordem jurídica do respectivo país. Além disso, os princípios do TRIPS estabelecem que os “Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a *saúde* e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo” (art. 8º, § 1º), assim como que “podem ser necessárias medidas apropriadas para evitar o *abuso dos direitos* de propriedade intelectual por seus titulares” (art. 8º, § 2º) (grifamos).

Diante do exposto, pode-se corroborar que o Estado brasileiro, tanto do ponto de vista do seu direito constitucional quanto nos termos do direito internacional, pode restringir o uso da marca e de elementos da marca por uma empresa.

VI.3. Imposição legal de embalagens padronizadas não é uma expropriação indireta ou direta do uso da marca

O direito à marca faz parte do direito de propriedade intelectual. Como tal, nos termos da Constituição Federal e do TRIPS, pode sofrer limitações legais em vista do interesse social, da proteção à saúde e da defesa de interesses legítimos de terceiros. Uma marca poderá até mesmo ser definitivamente proibida se ela passar a ter impacto destrutivo sobre a sociedade e o Estado, e até mesmo se for contrária à segurança nacional e internacional (art. 73 do TRIPS). Trata-se, aqui, de regulação do direito de propriedade.

A regulação do direito de propriedade intelectual, para impor limites ao uso da marca, não se confunde com expropriação direta ou indireta. No Brasil, há duas formas básicas de expropriação previstas constitucionalmente. A primeira é o confisco, que, em princípio, é inconstitucional, sendo expressamente proibida a sua forma indireta mediante a utilização de tributo (CF, art. 150, inciso IV). A exceção é o confisco de propriedade utilizada para atividades criminosas ou produtos derivados dessas atividades, nos termos do art. 243 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 81/2004), que trata da expropriação, “sem qualquer indenização”, das “propriedades rurais onde forem locali-



zadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo”, assim como a confiscação de “todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo”. (Acrescente-se a previsão constitucional da “pena” de “perda de bens” decorrentes da prática de crime – CF, art. 5º, inciso XLVI, alínea b –, embora, nesse caso, não se use o termo ‘confisco’.) A outra forma de “expropriação” é a “desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro” (CF, art. 5º, inciso XXIV) ou, excepcionalmente, em “títulos da dívida pública” (CF, art. 182, § 4º, inciso III) ou “da dívida agrária” (CF, art. 184). Em todos esses casos de “desapropriação”, trata-se de situações em que a União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal (conforme a hipótese) “tomam” a propriedade de uma pessoa física ou jurídica para dar-lhe uma função social. A única forma de “expropriar-se” propriedade juridicamente legítima no Brasil é a “desapropriação” com a devolução da indenização.

A regulação do direito de propriedade não pode ser confundida com “expropriação”. Nesse caso, o Estado não “toma” nem “adquire” a propriedade de ninguém, mas simplesmente determina as condições de sua aquisição, transferência e uso. A esse respeito, a decisão do Supremo Tribunal da Austrália, no julgamento da ação em que se afirmou a constitucionalidade da lei de embalagem padronizada dos produtos fumígenos derivados do tabaco, foi enfática ao rejeitar definitivamente os argumentos da “expropriação”, apresentado pelas autoras, corporações da indústria do tabaco:

“É possível que haja um objetivo legal de aquisição de bens, como havia no Caso de Nacionalização de Bancos, mas não há tal propósito evidente no presente caso. O objeto legal central da Lei de Embalagens é dissuadir as pessoas de usarem produtos de tabaco. Se esse objeto fosse efetivo, os negócios dos demandantes podem ser prejudicados, mas a Estado não adquire, por esse meio, algo na natureza da própria propriedade.”⁵⁶

Limitação ao negócio na forma de restrição ao comércio de determinado produto não tem nada a ver com expropriação. Essa solução também foi adotada pela Alta Corte de Justiça da Inglaterra e País de Gales, no julgamento que confirmou a legitimidade jurídica da lei que impôs a embalagem padronizada. Com base no próprio TRIPS, a

⁵⁶ “It is possible that there be a statutory objective of acquiring property, as there was in the *Bank Nationalisation Case*, but there is no such purpose evident in the present case. The central statutory object of the Packaging Act is to dissuade persons from using tobacco products. If that object were to be effective, the plaintiffs’ businesses may be harmed, but the Commonwealth does not thereby acquire something in the nature of property itself” (High Court of Australia, *JT International SA v Commonwealth of Australia* [2012] HCA 43, 5 October 2012, § 372; disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2012/43.html>).

Corte distinguiu claramente entre expropriação e controle do uso, localizando a legislação sobre embalagem no segundo nível⁵⁷. No resumo da decisão, o Justice Green foi contundente:

“Não vejo nenhuma base lógica ou racional para impor ao Estado o dever de pagar uma compensação às empresas de tabaco por deixarem de se dedicar a uma atividade que facilita uma epidemia de saúde e impõe grandes custos ao Estado.”⁵⁸

Na decisão, além de rejeitar a alegação da “expropriação”, da qual resultaria o direito de indenização conforme as autoras, a Corte britânica radicalizou o seu argumento:

“Não existem casos em que tenha sido paga uma compensação pela redução de uma atividade que é inequivocamente contrária ao interesse público. Na minha opinião, os fatos do caso são excepcionais, de modo que, mesmo que se tratasse de um caso de expropriação absoluta, nenhuma compensação seria paga.”⁵⁹

Além das decisões claras dos tribunais da Austrália e da Inglaterra, o Conselho Constitucional da França, país que também é Membro do TRIPS, adotou a mesma orientação em relação à medida legal que impôs a embalagem padronizada, negando que haja qualquer forma de expropriação ou violação do direito de propriedade, com base, entre outros, nos seguintes fundamentos:

20. Considerando que as disposições impugnadas impõem a neutralidade e a uniformização das unidades de embalagem, embalagem exterior e sobre-embalagem de cigarros e tabaco de enrolar, assim como de papel de cigarro e papel para enrolar cigarros; que elas não impedem que cada um desses suportes compreendam o registro da marca, de tal sorte que o produto possa ser identificado pelo comprador; que o proprietário da marca regularmente registrada mantém a faculdade de usar perante os consumidores, mesmo que essa possibilidade seja estritamente regulamentada; que ele também permanece protegido contra o uso ou uso indevido da marca por terceiros; que, portanto, as disposições impugnadas não estabelecem uma privação da propriedade, na acepção do artigo 17 da Declaração de 1789

21. Considerando que ao impor a neutralidade e padronização das unidades de embalagem, embalagem exterior e sobre-embalagem de cigarros e tabaco de enrolar, assim como de papel de cigarro e papel para enrolar cigarros, o legislador quis privar esses produtos de uma forma de publicidade susceptíveis de incentivar o consumo, enquanto se verificar que esse consumo afeta a saúde das pessoas; que ele tem assim perseguido o objetivo de proteção da saúde; que as disposições impugnadas não proíbem nem a produção, nem a distribuição, nem a venda de tabaco ou de seus produ-

⁵⁷ [2016] EWHC 1169 (Admin), p. 316, §§ 784-788. Acessível em: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/05/bat-v-doh-judgment.pdf>.

⁵⁸ “I cannot see any logical or rational basis for imposing upon the State a duty to pay compensation to the tobacco companies for ceasing to engage in an activity which facilitates a health epidemic and imposes vast costs upon the state” (Judiciary of England and Wales, *British American Tobacco & others v Department of Health*, Summary of Judgment by Mr Justice Green, Queens Bench Division of the High Court, Administrative Court, 19 de maio de 2016, p. 3. § 14; disponível em <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/05/bat-v-doh-summary.pdf>).

⁵⁹ “There are no cases where compensation has been paid for the curtailment of an activity which is unequivocally contrary to the public interest. In my judgment the facts of the case are exceptional such that even if this were a case of absolute expropriation no compensation would be payable” ([2016] EWHC 1169 (Admin), p. 325, § 811).

tos; que não haverá interferência manifestamente desproporcionada com os direitos de propriedade e de livre iniciativa.”⁶⁰

Essas referências ao direito comparado justificam-se, nesse contexto, porque, Austrália, Reino Unido e França, assim como o Brasil, estão vinculados ao TRIPS, o regime internacional altamente liberal da propriedade intelectual, mas adotaram medidas legais rigorosas de imposição da embalagem padronizada do cigarro e congêneres, que foram consideradas conformes às normas constitucionais e internacionais de proteção da propriedade pelos respectivos judiciários nacionais. Acrescente-se que a União Europeia aprovou, em 3 de abril de 2014, diretiva sobre produtos de tabaco (*Tobacco Products Directive*), na qual se estabeleceu explicitamente que os 28 estados da União têm a opção de implementar medidas legais que imponham a embalagem padronizada⁶¹. Esse ato normativo foi mantido pela Corte Europeia de Justiça em 4 de maio de 2016⁶².

Do exposto infere-se evidentemente que a imposição legal da embalagem padronizada de produtos derivados do tabaco não implica expropriação direta ou indireta de marca ou de qualquer outra propriedade intelectual, pois se trata de controle e limitação do uso da marca para fins de publicidade danosa à saúde e à vida humanas.

⁶⁰ “20. Considérant que les dispositions contestées imposent une neutralité et une uniformisation des unités de conditionnement, emballages extérieurs et suremballages des cigarettes et du tabac à rouler ainsi que du papier à cigarette et du papier à rouler les cigarettes ; qu’elles n’interdisent pas que chacun de ces supports comporte l’inscription de la marque, de telle sorte que le produit puisse être identifié avec certitude par son acheteur ; que le propriétaire de la marque régulièrement déposée conserve ainsi la faculté de l’utiliser auprès des consommateurs, même si cette possibilité est strictement encadrée ; qu’il demeure également protégé contre l’usage ou le détournement de la marque par des tiers ; que, par suite, les dispositions contestées n’instituent pas une privation de propriété au sens de l’article 17 de la Déclaration de 1789.

21. Considérant qu’en imposant une neutralité et une uniformisation des unités de conditionnement, emballages extérieurs et suremballages des cigarettes et du tabac à rouler ainsi que du papier à cigarette et du papier à rouler les cigarettes, le législateur a entendu priver ces produits d’une forme de publicité susceptible d’en favoriser la consommation, alors qu’il est établi que cette consommation nuit à la santé des personnes ; qu’il a ainsi poursuivi l’objectif de protection de la santé ; que les dispositions contestées n’interdisent ni la production, ni la distribution, ni la vente du tabac ou des produits du tabac ; qu’il n’en résulte aucune atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d’entreprendre” (Conseil Constitutionnel. Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, §§ 20-21) (Conseil Constitutionnel. Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, §§ 20-21 ; disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2015-727-dc/decision-n-2015-727-dc-du-21-janvier-2016.146887.html>).

⁶¹ Directive 2014/40/EU of the European Parliament and of the Council, 3 de Abril de 2014, *Official Journal of the European Union*, 29/04/2014, L 127/1-38. Disponível em: http://ec.europa.eu/health/sites/health/files/tobacco/docs/dir_201440_en.pdf.

⁶² *Philip Morris Brands and Others*, European Court of Justice, May 4, 2016, Case C-547-14. Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5b4ac128357df4fc8b24389847d7897f5.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTa350?text=&docid=177724&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=185180>.

VI.4. Embalagem “vistosa” como dimensão primária da publicidade

As consulentes indagam até que ponto a embalagem “vistosa” é marca. A questão deve ser respondida em partes. A primeira diz respeito à apresentação “vistosa” da marca para fins de publicidade. A segunda diz respeito a alguma dimensão “vistosa” da própria marca e seus efeitos publicitários.

A apresentação vistosa da marca na embalagem de cigarro e congêneres (e de qualquer outro produto), mediante *designs* altamente sofisticados, inclui-se entre as estratégias de publicidade. Diante de tudo o que já expusemos neste parecer, a proibição de embalagens “vistas” que sirvam para promover o consumo do tabaco, especialmente entre menores de idade, conforma-se perfeitamente à ordem constitucional brasileira e às normas jurídicas internacionais, inclusive as do GATT e do TRIPS.

Mas, de maneira astuta, pode-se alegar que a própria marca tem um caráter “vistoso”, inclusive quando comparada com outras marcas. Essa alegação não acrescenta nada em relação aos argumentos que desenvolvemos acima. Desde que a dimensão “vistosa” da marca sirva para a publicidade do produto mediante a embalagem, é juridicamente admissível que o legislador afaste esse aspecto “vistoso” mediante a imposição do modelo padronizado. Observe-se que o modelo de embalagem padronizada, tal como proposto nos projetos de lei ora analisados e nas leis estrangeiras acima consideradas, não impedem a identificação da marca pelo consumidor fumante. Como enfatiza o Conselho Constitucional da França no trecho acima citado, as disposições legais que impõem embalagem padronizada “não impedem que cada um desses suportes compreendam o registro da marca, de tal sorte que o produto possa ser identificado pelo comprador”. O que se impõe é a discricção no uso da marca, de tal maneira que sua utilização publicitária seja impedida, na formação de um “mercado passivo”⁶³. A marca serve essencialmente para distinguir o produto perante outros (caráter de “exclusividade”, não importando primariamente um direito de uso, no entendimento da Alta Corte de Justiça da Inglaterra e País de Gales⁶⁴). O direito de seu uso, especialmente para fins publicitários, pode ser restringido em nome de interesse jurídico legítimo, especialmente para fins de combater uma epidemia grave como o tabagismo.

Nesses termos, pode-se concluir que, para fins de proibição total da publicidade de um produto que é a causa de uma epidemia em escala global, justifica-se a vedação

⁶³ Cf. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-830 de 2010. Referência de Expediente D-8096, seção VI.13. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-830-10.htm>.

⁶⁴ [2016] EWHC 1169 (Admin), §§ 737-743 e 784-788.

de embalagem “vistosa” de produtos fumígenos derivados do tabaco, inclusive se o aspecto “vistoso” puder ser atribuído à própria marca. A imposição da embalagem padronizada só seria excessiva se o consumidor não pudesse distinguir uma marca de outra, vendo-se constringido a comprar um produto que desconhece.

VI.4. Da possibilidade jurídica da proibição do uso de elementos, cores e formatos atrativos na embalagem do produto

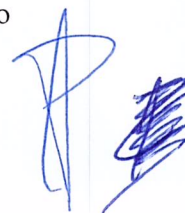
De maneira similar, pode-se responder à questão de até que ponto a proibição do uso de elementos, cores e formatos, que aumentam a atratividade da embalagem do produto, configura violação ao direito de marca. Na medida em que elementos, cores ou formatos da marca possam ser usados publicitariamente para promover o consumo de produto altamente nocivo à saúde, nada impede que tal uso seja restringido por lei. A marca serve para distinguir o produto de outros, especialmente dos concorrentes. É um direito negativo de exclusividade, não primariamente um direito de uso, como enfatizou a Alta Corte da Inglaterra e do País de Gales. Desde que o comprador possa distinguir a marca na embalagem, como salientou o Conselho Constitucional da França, não há nenhum desrespeito ao direito de propriedade industrial em enquadrar e limitar a apresentação de elementos da marca na embalagem, para fins legítimos de proteção da saúde e para combater uma epidemia. Conforme esse entendimento, cores, elementos gráficos e formatos referentes às marcas de produtos derivados do tabaco podem ser proibidos, desde que tenham impacto publicitário e desde que não se impeça a identificação do produto pelo eventual comprador.

VII.

Resposta ao terceiro quesito

No terceiro quesito, indaga-se se o Brasil é signatário de algum tratado ou acordo bilateral internacional de proteção a investimentos privados no país. Parece-me que esse quesito é irrelevante para o presente parecer.

O Brasil é signatário de vários tratados bilaterais de investimento privado. Tal situação em nada altera o fato de que o Brasil deve respeitar as exigências constitucionais e jurídico-internacionais de proteção da saúde dos seres humanos sob sua jurisdição. Também não afasta as normas constitucionais e jurídico-internacionais que admitem restrições à liberdade de comércio, à publicidade e à propriedade intelectual. Um tratado bilateral de investimento privado assinado pelo Brasil, mas que viole as normas da Constituição Federal e os pactos e convenções internacionais concernentes à proteção dos direitos à saúde e à vida, será nulo ou anulável. Observe-se que, mesmo havendo



tratado bilateral de investimento assinado entre o Uruguai e Suíça, a Philip Morris, com sede em Lausane, na Suíça, foi totalmente derrotada na sua demanda perante o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), órgão do Banco Mundial, contra a legislação restritiva do comércio do tabaco no Uruguai, tendo que pagar indenização de 7 milhões de dólares a este país meridional⁶⁵.

Em suma, nenhum tratado bilateral de investimento pode prevalecer sobre as normas constitucionais e jurídico-internacionais que constituem fundamento à proibição total da publicidade do tabaco, inclusive mediante a imposição legal de embalagem padronizada. Se contrariar essas normas, deverá ser declarado nulo ou anulado.

VIII. Resposta ao quarto quesito

As consulentes indagam, no quarto quesito, se, do ponto de vista do direito do consumidor, a adoção das embalagens padronizadas é uma medida que atende aos princípios e normas de proteção ao consumidor, previstos no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir, apresentamos os nossos argumentos favoráveis a uma resposta afirmativa a esse quesito.

O ordenamento constitucional brasileiro de 1988 optou por uma proteção contundente do consumidor, especialmente tendo em vista a assimetria entre as grandes corporações empresariais e os consumidores em geral. No capítulo dos direitos fundamentais individuais e coletivos, a Constituição Federal estabeleceu que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, inciso XXXII). Além disso, entre os princípios da ordem econômica, inclui-se a “defesa do consumidor” (CF, art. 170, inciso V).

Implementando as normas constitucionais de defesa do consumidor e cumprindo o art. 48 do Ato das Disposições Transitórias, o legislador brasileiro promulgou o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). O art. 6º, incisos I, III e IV, e o art. 37 desse diploma normativo prescrevem:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos

⁶⁵ *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/7). Detalhes do processo disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7>. Laudo disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>.

incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

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, desrespeite 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.”

Enquanto o inciso I do art. 6º nos remete diretamente aos argumentos em resposta ao primeiro quesito (seção V), os incisos III e IV merecem alguns comentários complementares. A assimetria de informação entre comerciante, sobretudo grandes corporações econômicas como as da indústria do tabaco, e consumidor, tem sido enfatizada na literatura especializada⁶⁶. Essa situação, caso não seja enfrentada por normas de defesa do consumidor, redundaria necessariamente em desrespeito ao direito fundamental de “acesso à informação” (CF, art. 5º, inciso XIV) pelos consumidores.

Em grande parte, a publicidade da indústria do tabaco, inclusive mediante o *design* da embalagem, é enganosa, passando, subliminarmente, a ideia de emancipação, liberdade e mesmo do caráter saudável do fumo do tabaco. No mínimo, a publicidade nas embalagens é enganosa por omissão, pois não contém as informações dos malefícios causados pelo tabaco e, portanto, é “capaz de induzir em erro o consumidor” (CDC, art. 37, § 1º). Daí por que as leis impuseram, em inúmeros países, informações sobre a natureza nociva do fumo nas embalagens de produtos fumígenos. Além de enganosa, a publicidade é abusiva nos termos da lei, pois se aproveita “da deficiência de julgamento e experiência da criança” e é “capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (art. 37, § 2º).

A assimetria informacional é marcadamente relevante entre a indústria do tabaco e os menores de idade (crianças, adolescentes e jovens), que constituem a grande

⁶⁶ Cf., por exemplo, Franzolin, Cláudio José. “Assimetria informacional na relação entre o consumidor e o fabricante de produtos de tabaco”. In: Clarissa Menezes Homs (coord.). *Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 147-181; Miragem, Bruno; Marques, Cláudia Lima. “A constitucionalidade das restrições à publicidade de tabaco por lei federal: diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública”. In: Adalberto Pasqualotto (org.). *Publicidade de tabaco: frente e verso da liberdade de expressão comercial*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 3-37, p. 20.

maioria dos que se iniciam no fumo de produtos derivados do tabaco. Em relação a eles, é dever da família, da sociedade e do Estado, “com prioridade”, “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF, art. 227). A publicidade enganosa e abusiva da indústria tabaco, inclusive com os “vistosos” e sedutores maços de cigarro, atingem principalmente os pertencentes a esse estrato etário da população, explorando-lhes a “deficiência de julgamento e experiência”. Caso o Estado não tome medida para combater a “exploração” dos menores por meio da publicidade veiculada nas embalagens de produtos derivados do tabaco, ele estará frontalmente violando, por omissão, o art. 227 da Constituição. O próprio Estado, por essa omissão, estará caindo na “negligência” a que se refere esse dispositivo.

Tendo em vista que a assimetria informativa entre a indústria do tabaco e os consumidores e o caráter enganoso e abusivo da publicidade dos produtos derivados de tabaco, inclusive mediante a embalagem, são altamente nocivos à saúde e à vida dos consumidores, especialmente dos menores de idade, estando diretamente relacionado com uma doença epidêmica em escala global, os argumentos apresentados nas respostas ao primeiro quesito (seção V) e ao segundo quesito (seção VI), aplicam-se à resposta ao presente quesito.

De acordo com o exposto, só nos resta responder que a imposição legal de embalagem padronizada dos produtos fumígenos atende perfeitamente aos princípios e normas de proteção ao consumidor previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

IX

Resposta ao quinto quesito

Por fim, no quinto quesito, as consulentes indagam-nos se a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e as diretrizes para sua implementação têm caráter vinculante para os Estados que a ratificaram, como o fez o Brasil. Em caso de uma resposta positiva, perguntam-nos sobre o valor destes instrumentos para se alcançar o mais alto nível de saúde como referência baseada em evidências.

A resposta ao quinto quesito serve para corroborar e fortificar os argumentos apresentados nas respostas aos demais quesitos. O Brasil não só ratificou a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, mas também a promulgou mediante o Decreto nº Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, de tal maneira que ela vale como direito doméstico, tendo entrado em vigor no Brasil em 1º de fevereiro de 2006 (ver *supra* nota 25). Cumpre afirmar que, como se trata de uma convenção de proteção dos direitos hu-



manos à saúde e à vida, tem força “supralegal” nos termos do julgamento conjunto do RE 466343/SP, RE 349703/RS e HC 87.585/TO (STF, TP, 03/12/2008, DJe-104, 05/06/2009, e DJe-118, 26/06/2009). O Estado brasileiro tem o dever jurídico interno e internacional de cumprir a Convenção-Quadro. O Brasil, nos termos do acima citado art. 13, § 2º, da Convenção, obrigou-se a proceder “à proibição total da publicidade, promoção e patrocínio do tabaco”. Como não há regras ou princípios constitucionais brasileiros que impeçam a adoção da proibição total, mas, ao contrário, o direito constitucional brasileiro admite e aponta para tal proibição (como demonstrado nas seções anteriores), a exceção prevista no § 3º do art. 13 da Convenção não se aplica ao Brasil.

Conforme o art. 5º, § 4º, da Convenção-Quadro, inclui-se, entre as “obrigações gerais” das Partes, a cooperação “na formulação de medidas, procedimentos e *diretrizes* propostos para a implementação da Convenção e dos protocolos aos quais tenham aderido” (grifamos). As Diretrizes para Implementação do Artigo 13 da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (Publicidade, Promoção e Patrocínio de Tabaco) estabelece que a “embalagem e o design do produto são elementos importantes de publicidade e promoção” e que o “efeito da publicidade ou promoção nas embalagens pode ser eliminado através da exigência de embalagem genérica”. Essa Diretriz, embora se apresente em forma de recomendação, tem consequências mais intensas sobre as Partes. Como a embalagem, com o seu *design* elaborado por profissionais do *marketing*, é reconhecida como uma parte importante de publicidade e promoção dos produtos derivados do tabaco, a consequência lógica é que as Partes, quando não se enquadrem na exceção do art. 13, § 3º, da Convenção-Quadro, ficam obrigadas a adotar o modelo da embalagem padronizada, pois estão obrigadas a impor a proibição total da publicidade dos produtos fumígenos derivados do tabaco. O caráter recomendatório das Diretrizes do art. 13 só vale para aquelas Partes que se enquadram na exceção do § 3º desse artigo.

Portanto, o Brasil, enquanto Parte da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, está vinculado aos princípios e regras dessa Convenção, assim como às diretrizes propostas para a sua implementação, especialmente às Diretrizes do art. 13, que definem a embalagem como um meio importante de publicidade da indústria do tabaco. Conforme a Convenção, o Brasil deve impor legalmente a embalagem padronizada de cigarros e congêneres, pois tem o dever de proibir totalmente a publicidade desses produtos. Acrescente-se que, nesse particular, o Brasil já está inadimplente para com a Convenção-Quadro, que exige cinco anos para a implementação da proibição total da embalagem

padronizada de produtos fumígenos derivados do tabaco, nos termos do seu art. 13, § 4º, alínea e.

É claro que, diante de todas as evidências empíricas e fundamentos jurídicos apresentados neste parecer, não há nenhuma dúvida de que a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e as diretrizes para a sua implementação são instrumentos aptos para promover “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, nos termos determinados pelo § 1º do art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), pois servem à prevenção e ao combate de uma doença epidêmica em escala global, que é a principal causa de morte precoce no planeta, o tabagismo.

X.

A constitucionalidade da adoção de embalagens padronizadas pelo Brasil sob o enfoque dos incentivos comportamentais

Para encerrar este parecer, resolvemos confrontar um dos principais argumentos utilizados pela indústria do tabaco, que se encontra na ênfase no direito de liberdade a partir do conceito de paternalismo. Segundo a indústria, não competiria ao Estado brasileiro intervir na esfera de liberdade do cidadão em relação a suas escolhas. Nesse âmbito, o argumento amplia-se para se dizer que, ao assim proceder, o Estado estaria agindo de forma paternalista. A ênfase no paternalismo é, assim, apresentada como argumento *curinga* para afastar a restrição às liberdades individuais. O paternalismo seria a ponte para se afirmar que limitações à propaganda não são limitações à liberdade da indústria – essas, sim, limitadas pelo texto constitucional, conforme o art. 220, §4º, da Constituição Federal –, mas limitações à liberdade individual e, portanto, fora da esfera de restrição determinada pelo referido dispositivo constitucional.

A premissa adotada neste argumento é, todavia, fortemente equivocada. Primeiramente, porque assume, de antemão, que os indivíduos agem necessariamente de modo racional e que, por conseguinte, suas ações decorrem de escolhas refletidas. Em segundo lugar, porque definem o princípio da liberdade a partir de uma compreensão linear dos comportamentos humanos, como se a esfera da liberdade exigisse um pleno absentismo do Estado em sua capacidade e função de orientar os indivíduos a adotarem ações mais conscientes.

A indústria do tabaco busca, portanto, criar uma falsa dicotomia a partir da ideia de que a liberdade se opõe ao paternalismo estatal. O Estado, portanto, assumiria uma função *repressora*, como a figura de um pai controlador, para aqui se utilizar uma metá-

fora. O próprio conceito de paternalismo impõe um sentido pejorativo, enquanto, por outro lado, a ideia de liberdade expõe algo positivo a ser defendido pela própria condição racional do ser humano. Desse modo, o Estado estaria atuando para limitar injustificadamente, sobretudo, a liberdade de escolha, como um direito do consumidor.

Em pareceres apresentados pela indústria do tabaco em caso análogo referente à vedação da adição de sabores em cigarros, o paternalismo aparece com uma carga emotiva tamanha, que sugere estar o Estado transformando os indivíduos em meros sujeitos presos a uma regulação que os oprime de suas mais básicas capacidades racionais, como o direito de escolher até mesmo aquilo que lhes venha a causar algum malefício. No parecer de Canotilho e Machado, são estas as palavras:

“[...] a liberdade individual é incompatível com legislação e regulação perfeccionista que, no quadro de uma nova era de paternalismo behaviorista, pretende purificar, higienizar e pasteurizar a sociedade ou sujeitar a existência humana a condições laboratoriais pressurizadas”⁶⁷.

São palavras muito fortes – “regulação perfeccionista”, “paternalismo behaviorista” – que, por sua vez, vêm acompanhadas seja de verbos de impacto – “purificar”, “higienizar”, “pasteurizar” – , seja, mais categoricamente, da ênfase em uma limitação plena da “existência humana” ao ponto de *sujeitá-la* “a condições laboratoriais pressurizadas”. A capacidade de dramatização do argumento em torno do paternalismo é de uma criatividade ímpar e possivelmente assim o é, porque, ao se examinar mais cuidadosamente esse argumento, ele cai facilmente por terra. O uso de conceitos soltos, tal como “paternalismo behaviorista”, não vem acompanhado de nenhuma referência a pesquisas científicas a respeito de teorias sobre o comportamento humano e – o que é mais grave – tentam novamente situá-lo no espectro de uma plena oposição à liberdade. Utilizam-se palavras de impacto para ocultar a própria insustentabilidade do argumento.

Por isso, ao contrário do drama argumentativo em torno do tema curinga do paternalismo, que nada diz, examinemos o debate acadêmico mais avançado na temática. É preciso, afinal, sair do conforto de jargões jurídicos soltos sem sustentação científica, que a indústria do tabaco e suas bancas de advogados e pareceristas tanto gostam de desenvolver, e passar a apostar em verdadeiros estudos acadêmico-científicos. Não dá mais para, em tema de tamanha relevância, limitarmos a análise a construções abstratas e conceitos rebuscados, mas que não se mantêm de pé ao menor confronto com a ciência. Façamos, portanto, este exercício de sair da zona de conforto e enfrentemos o problema com a devida cautela que ele exige.

⁶⁷ Canotilho; Machado, “Parecer” cit. na nota 38, p. 41.



Ao se examinar o debate acadêmico-científico sobre a temática, ao contrário do normalmente alegado pela indústria do tabaco, vários estudos expõem que a relação entre liberdade individual e paternalismo não é binária, como se necessariamente opostos fossem.⁶⁸ Há, entre ambos, um campo vasto de possibilidades interativas e, também, combinações que, ao invés de *limitar* a liberdade, o paternalismo pode vir a ser um *indutor* da liberdade individual. Aqui entraria, sobretudo, o papel de adoção de um paternalismo libertário para possibilitar que os indivíduos, de modo livre, possam fazer melhores escolhas.

É uma estratégia que, especialmente no âmbito de políticas públicas, expõe que os indivíduos, mais do que sujeitos plenamente racionais, cometem normalmente equívocos e que o Estado tem o dever de adotar estratégias que *facilitem* que os indivíduos, com suas próprias capacidades cognitivas e liberdades decisórias, não sejam transformados em instrumentos de manipulação, por exemplo, do mercado. Os diferentes setores do mercado, cientes dessa imperfeição cognitiva dos indivíduos e de sua propensão a escolhas equivocadas, adotam várias estratégias para persuadi-los a se comportarem de um modo que traga às respectivas empresas o lucro almejado. O Estado, nesse contexto, também ciente dessa imperfeição cognitiva dos indivíduos, por outro lado, *equilibra* o jogo de forças, *facilitando* o caminho para que os indivíduos façam – agora, sim, de modo livre e, não, manipulado – as melhores escolhas.

Sobretudo no âmbito de estudos econômicos, a ênfase nessa dimensão menos idealizada do sujeito racional livre tem apontado novas abordagens a respeito das políticas públicas. É o que Ted O’Donogue, professor do Departamento de Economia da Cornell University, e Mattheu Rabin, professor do Departamento de Economia da Universidade da Califórnia, Berleley, sustentam:

“O enfoque econômico clássico à análise de políticas assume que as pessoas sempre respondem otimamente aos custos e benefícios de suas escolhas disponíveis. Um grande número de evidências sugere, todavia, que, em alguns contextos, as pessoas cometem erros que os levam a não se comportar conforme seus melhores interesses. Prescrições de políticas econômicas devem mudar, uma vez que nós reconheçamos que os humanos são humanamente racionais ao invés de *super-humanamente racionais*, e, em particular, deve ser proveitoso para economistas es-

⁶⁸ Ver Thaler, R. H.; Sunstein, C. R. “Libertarian Paternalism”. *The American Economic Review*, vol. 93, nº 2, fev. 2003, pp. 175-179; Carlin, B.; Gervais, S.; Manso, G. “Libertarian Paternalism, Information Production, and Financial Decision Making”. *The Review of Financial Studies*, 26(9), 2013, pp. 2204-2228. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/23470238>; O’Donoghue, T.; Rabin, M. “Studying Optimal Paternalism, Illustrated by a Model of Sin Taxes”. *The American Economic Review*, 93(2), 2003, pp. 186-191. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3132222>.



tudar as possíveis vantagens de *políticas paternalistas* que ajudam as pessoas a fazer escolhas melhores”⁶⁹

Do mesmo modo, os pesquisadores norte-americanos Richard Thaler, professor do Departamento de Economia e de Ciências Comportamentais da Universidade de Chicago, e Cass Sunstein, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, têm já há muito pesquisado o quão equivocado é o uso do conceito de paternalismo para uma defesa intransigente da liberdade. Segundo eles, ao invés de se construir uma falsa oposição entre ambos, mais adequado seria sustentar o que eles chamam de “paternalismo libertário”. Segundo eles:

“Nós acreditamos que o fervor antipaternalista expresso por muitos economistas é baseado em uma combinação de uma falsa assunção e de, ao menos, duas má-compreensões. A falsa assunção é a de que as pessoas sempre (usualmente?) tomam decisões que são em seu melhor interesse. Esse argumento é tanto tautológico – e, portanto, desinteressante – ou verificável. Nós sustentamos que ele é verificável e falso – na verdade, obviamente falso.

A primeira má-compreensão é que há alternativas viáveis ao paternalismo. Em muitas situações, algumas organizações ou agentes *devem* fazer uma escolha que irá afetar as escolhas de algumas outras pessoas. Esse ponto se aplica tanto a atores privados como públicos. Considere o problema envolvendo o diretor do refeitório de uma empresa que descobre que a ordem em que a comida é organizada influencia as escolhas que as pessoas fazem. Para simplificar, considere três estratégias alternativas: (1) ela poderia fazer escolhas que ela pensa poderia colocar os consumidores em melhor situação; (2) ela poderia fazer uma escolha aleatoriamente; (3) ela poderia maliciosamente escolher itens que ela pensa poderiam tornar os consumidores tão obesos quanto possível. A opção 1 parece ser paternalista, o que é, mas alguém iria advogar em favor das opções 2 e 3?

A segunda má-compreensão é que o paternalismo sempre envolve coerção. Como o exemplo do refeitório ilustra, a escolha de qual ordem apresentar os itens alimentícios não coage ninguém a fazer algo, embora alguém possa preferir algumas ordens a outras em bases paternalistas. Será que muitos seriam contra colocar frutas antes da sobremesa no lanche de uma escola primária, se o resultado fosse aumentar o consumo de maçãs em relação a *Twinkies*⁷⁰? Essa questão é fundamentalmente diferente se os consumidores são adultos? Se nenhuma coerção está envolvida, pensamos que alguns tipos de paternalismo devem ser aceitáveis para até mesmo o mais ardente libertário. Nós chamamos essas ações *paternalismo libertário*.⁷¹

A partir das passagens acima e dos exemplos apresentados, é possível, de modo didático e direto, enfatizar a importância de se estabelecer formas de regulação que, sem retirar a autonomia individual e sua capacidade de escolha, *sugere e facilita* que o indivíduo tome a escolha mais racional. Claramente, ao contrário do alegado pela indústria do tabaco, *não há, nessa situação, oposição entre liberdade e paternalismo, mas, ao contrário, uma simbiose entre ambos de modo a promover ainda mais liberdade*. O argumento da indústria do tabaco, retratado, por exemplo, na passagem acima do parecer de Machado e Canotilho sobre o assim intitulado “paternalismo behaviorista” não se

⁶⁹ O’Donoghue; Rabin, ob. cit. na nota 68, p. 186.

⁷⁰ *Twinkies* são bolinhos com recheio cremoso e de alto valor calórico vendidos nos EUA.

⁷¹ Thaler; Sunstein, ob. cit. na nota 68, p. 175.

sustenta ao menor embate com as pesquisas mais avançadas na área do comportamento humano, como aqui sucintamente apresentado. O “paternalismo libertário”, em hipótese alguma, visa a “purificar, higienizar e pasteurizar” a sociedade, tampouco “sujeitar a existência humana a condições laboratoriais pressurizadas”. Muito ao contrário, aliás – se é possível extrair algum sentido compreensível dessas palavras. O “paternalismo libertário” busca, sim, *promover liberdade, potencializar a capacidade cognitiva dos indivíduos de modo que possam fazer as melhores escolhas*. Repare: as escolhas não são limitadas pelo Estado. O Estado, ao contrário, *equilibra as condições de compreensão cognitiva do ambiente*, de modo que os indivíduos, de modo autônomo – e, portanto, não manipulado por forças do mercado –, possam exercer mais plena e racionalmente sua liberdade de escolha.

O denominado “paternalismo libertário”, originalmente retratado pelo título de *behavioral economics* (economia comportamental), tem sido largamente utilizado, em diferentes setores, como estratégia para promoção da liberdade de escolha dos indivíduos. Em matéria recentemente publicada pelo *The New York Times*, por exemplo, buscou-se relacionar a economia comportamental com a possibilidade de um melhor tratamento médico. Intitulada *Como a Economia Comportamental Pode Produzir Tratamentos Médicos Melhores (How Behavioral Economics Can Produce Better Health Care)*, Dhuv Khullar, médico do Massachusetts General Hospital e da Escola de Medicina de Harvard, afirma que “a comunidade médica apenas recentemente passou a explorar como a economia comportamental pode melhorar a saúde”. Ele sustenta, acompanhando as mesmas premissas apresentadas anteriormente pelos demais autores da área, que “as pessoas nem sempre tomam decisões – mesmo aquelas imensamente importantes sobre o bem-estar físico e financeiro – baseadas em cálculos cuidadosos de riscos e benefícios.” E acrescenta: “ao contrário, nosso comportamento é poderosamente influenciado por nossas emoções, identidade e meio-ambiente, assim como pelo modo como as opções são apresentadas para nós”.⁷²

É, nesse ponto, que é preciso entender como a indústria do tabaco explora exatamente essa deficiência natural do ser-humano em relação a suas escolhas. Ciente de que há um déficit cognitivo e que os indivíduos são fortemente influenciados por suas “emoções, identidade e meio-ambiente, assim como pelo modo como as opções [lhes]

⁷² Khullar, Dhruv. “How Behavioral Economics Can Produce Better Health Care”, *The New York Times*, 13 de Abril de 2017, disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/04/13/upshot/answer-to-better-health-care-behavioral-economics.html>, acessado em 10 de abril de 2017.

são apresentadas”, a indústria do tabaco, por meio de forte marketing e adoção de estratégias explícitas e subliminares de propaganda, *condiciona comportamentos* de indivíduos a seu propósito mais imediato: a venda de seu produto. A propaganda, como as embalagens produzidas com cores, fontes e imagens que *influenciam* as escolhas individuais, nada mais é, em último momento, que um limitador da própria liberdade individual. É o que expõem John Pierce, Victoria White e Sherry Emery - pesquisadores, respectivamente, da Universidade da Califórnia-San Diego, do Centro de Pesquisa Comportamental em Câncer em Vitória, Austrália, e do Instituto de Pesquisas e Políticas de Saúde da Universidade de Illinois em Chicago – a respeito das estratégias de marketing da indústria do tabaco para encorajar, por exemplo, a iniciação ao vício:

“Documentos da indústria obtidos como parte do processo legal demonstraram que as companhias do tabaco usam um modelo de negócios que é focado em manter e ampliar o número de novos usuários de seus produtos, mesmo que isso signifique alcançar adolescentes. Isso é alcançado pela propaganda de produtos que promovem a cognição de adolescentes para o aumento da probabilidade da experimentação e do uso continuado. Ao longo do século passado, o cigarro se tornou um dos produtos de mais forte propaganda ao redor do mundo. As companhias do tabaco criaram imagens de distintos estilos de vida associados com diferentes marcas e suas estratégias de marketing incluem o desenho de embalagens, a colocação dos produtos, publicidade, atividades promocionais e fixação de preços. Em 2008, o Instituto Nacional do Câncer dos EUA publicou um amplo relatório de evidências que concluiu que o marketing de produtos do tabaco é associado, de modo causal, ao uso do tabaco, particularmente pelos jovens. [...]

O design do maço de cigarro é também parte da publicidade da marca, na medida em que proporciona os elementos centrais da imagem da marca a partir da qual toda a publicidade é construída. A cor do maço, os elementos gráficos, a proporção, a textura, os materiais e a tipografia promovem a imagem da marca. Documentos da indústria do tabaco revelam que uma estratégia central para incentivar a iniciação é convencer adolescentes que os ‘benefícios psicológicos’ que são associados com a marca irão ajudá-los a lidar com os desafios emocionais da adolescência.”⁷³

Por isso, é evidente que há uma imediata correlação entre as estratégias de *marketing* da indústria do tabaco e o déficit cognitivo de indivíduos, sobretudo de jovens. As propagandas de cigarro espelhadas também no *design* dos maços de cigarro diretamente afetam psicologicamente as escolhas, induzindo os indivíduos a tomarem a decisão que interessa à indústria, mas que será, inevitavelmente, uma escolha equivocada em relação a sua saúde. Por isso, o Estado, por intermédio de mecanismos como os desenvolvidos pela economia comportamental, *equilibra* esse jogo de forças e *promove incentivos*, dando, assim, um “empurrãozinho”, para que o indivíduo, ao tomar sua decisão, o faça de modo mais pleno, racional e, por consequência, livre. É assim que conclui Dhuv Khullar seu artigo:

⁷³ Pierce, John; White, Victoria M.; Emery, Sherry L. “What public health strategies are needed to reduce smoking initiation?”. *Tobacco Control*, vol. 21, 2012, p. 259.

“Uma visão mais completa do comportamento humano parece necessária para uma medicina mais efetiva. Saúde é fundamentalmente o produto de uma miríade de decisões diárias feitas por médicos e pacientes e, ao revelar o que de fato nos motiva, poderemos ser mais capazes de incentivar um ao outro em direção a decisões mais prudentes e vidas mais saudáveis.”⁷⁴

No caso das embalagens padronizadas, o Estado nada mais está fazendo do que dar este “empurrãozinho” para que os indivíduos, caso desejem fumar, o façam de modo livre e, não, induzido ou influenciado por características próprias da propaganda dos cigarros, que, por sua vez, exploram as deficiências cognitivas naturalmente presentes nos seres humanos. A correlação da marca com o ato de fumar é clara. Segundo os dados apresentados por Pierce, White e Emery, “jovens adolescentes que têm uma marca favorita de cigarro são aproximadamente 50% mais propensos a fumar nos seis anos seguintes, e entre aqueles dispostos a vestir ou usar um item da marca do tabaco eram 84% mais propensos a serem fumantes adultos.”⁷⁵

Por outro lado, como fator de equilíbrio nesse jogo de forças, há fortes evidências de que a adoção da embalagem padronizada tem proporcionado escolhas mais racionais e livres dos indivíduos. E não é sem razão que os dados têm mostrado uma redução do número de fumantes onde tem sido adotada, como é o caso da Austrália⁷⁶. É, por isso, altamente falacioso construir a dicotomia ‘liberdade x paternalismo’, quando, na verdade, conforme os diversos estudos empíricos realizados no âmbito da economia comportamental, liberdade e paternalismo podem e devem andar lado a lado.

Essa conclusão, por outro lado, joga por terra a ideia de que a limitação imposta pelo direito constitucional brasileiro, conforme o art. 220, §4º, não tem correlação alguma com o direito individual de liberdade. Essa leitura, que além de evidenciar uma profunda deficiência na análise do *sistema da Constituição*, embasa-se nessa dicotomia falsa entre *paternalismo e liberdade* e, mais ainda, na separação artificial entre os diferentes sentidos de liberdade, como se eles não se comunicassem. É evidente, como já desenvolvido anteriormente neste parecer, que as liberdades se chocam e o próprio texto constitucional estabelece critérios de prevalência em situações concretas. O que esta seção demonstra, porém, é que, mesmo que não houvesse choque, em uma situação meramente hipotética, estaríamos concluindo que a liberdade individual *precisa* do “empurrãozinho” do Estado para que *se equilibre cognitivamente* a capacidade decisória dos

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 259.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 260.

indivíduos e melhor se defendam de estratégias de *marketing* que exploram essa deficiência cognitiva para *restringir a liberdade*.

XI.

A Liberdade e o “empurrãozinho” do Estado como atividade coordenada de ganhos mútuos

Em continuidade ao que foi afirmado no tópico anterior, é preciso enfatizar, ainda sobre outra ótica, o argumento de que a adoção de embalagens padronizadas de cigarro, ao contrário de uma restrição à liberdade individual, é uma *promoção à liberdade individual*. A indústria do tabaco, por meio de argumentos abstratos e conceitos sem o menor embasamento empírico, explora muito de uma ingenuidade que associa princípios e conceitos a um pensamento imediatista de tudo ou nada ou de soma zero. De um lado, tem-se a liberdade; de outro, o Estado repressor paternalista. Porém, é visível que a realidade é muito mais complexa e o constitucionalismo exige respostas que não podem ser simplificadas como se a vitória de um princípio implicasse, necessariamente, a derrota de outro. Se analisada essa dimensão a partir da teoria dos jogos, poder-se-ia dizer que o “empurrãozinho” do Estado em matéria de promoção de liberdade de escolha é uma forma de atividade cooperativa em que tanto o indivíduo, pela promoção de sua liberdade, como antes demonstrado, e o Estado, pela promoção da saúde coletiva, ganham mutuamente.

É, neste ponto, que, ao lado do argumento que reforça o papel do “paternalismo libertário”, a dicotomia normalmente apresentada pela indústria do tabaco, colocando em lados opostos liberdade e Estado, não se sustenta até mesmo quando se analisa o tema sob o enfoque da teoria dos jogos, que pressupõe, conforme suas perspectivas mais clássicas, uma racionalidade instrumental de meios e fins, em que cada um dos agentes – no caso, o indivíduo e o Estado – adotam a melhor estratégia para alcançar o resultado que lhes traga maiores benefícios e, portanto, a maior utilidade⁷⁷.

O problema da tese defendida pela indústria do tabaco, como antes antecipado, é que ela assume, de antemão, que indivíduos e Estado, nessa situação particular comercial referente às embalagens de cigarro, encontram-se em um típico caso de um jogo de soma zero, ou seja, cada um dos agentes irá fazer de tudo para ganhar nessa relação e, por conseguinte, levar o adversário à derrota. O indivíduo, portanto, para sustentar sua

⁷⁷ Segundo John Von Neumann, “o indivíduo que tenta obter essa respectiva máxima (no caso, de utilidade) é também tido como aquele que age ‘racionalmente’” (Neumann, John Von; Morgenstern, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953, p. 9).

liberdade individual, precisa vencer o Estado em seu poder “opressor”, que busca, como salienta o parecer de Canotilho e Machado antes apresentado, “purificar, higienizar e pasteurizar a sociedade ou sujeitar a existência humana a condições laboratoriais pressurizadas”⁷⁸.

O discurso de oposição entre liberdade individual e Estado é, estrategicamente, persuasivo e amplamente utilizado pela indústria do tabaco, mas acreditar nele é de uma ingenuidade profunda. Até porque, especialmente em um tema de tamanha complexidade como liberdades e suas diferentes facetas, assim como as formas de regulação estatal, há um universo de possíveis comportamentos coordenados que não representam, em hipótese alguma, um simples jogo de soma zero. O fato de o Estado regular mercado não é, ontologicamente, uma oposição à liberdade, mas pode ser, ao contrário – como antes aqui apresentado em torno do conceito de “paternalismo libertário” –, um promotor de liberdades.

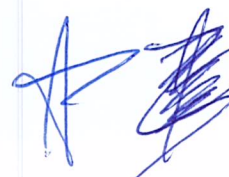
Essa correlação de forças, que é muito trabalhada na perspectiva do sistema regulatório, encontra-se na compreensão de que, mais do que uma relação adversarial de tudo ou nada, a regulação está em alcançar uma coordenação de comportamentos em que o equilíbrio permitirá ganhos mútuos de ambos agentes. Assim, mesmo que se pudesse chamar o Estado de adversário nesta relação, ele pode *coordenar suas ações com aquelas dos indivíduos* de modo que ambos encontrem um equilíbrio que irá resultar em ganhos mútuos.

No âmbito da teoria dos jogos, um importante conceito encontra-se no denominado “equilíbrio de Nash”, que sustenta que, mesmo a hipótese de não coalizações ou não cooperação entre os agentes, quando cada agente deseja obter o melhor acordo, um equilíbrio de ganhos mútuos é possível. Em outras palavras, “se você estiver jogando este jogo, há, ao menos, uma combinação de estratégias tais que, se você mudar a sua (e ninguém mais mudar a deles), você se sairá pior”⁷⁹. Seguindo esta premissa, os agentes deverão adotar a melhor estratégia até o momento em que, mutuamente, ambos estejam plenamente satisfeitos com suas escolhas.

Ao se relacionar o “equilíbrio de Nash” com a padronização das embalagens de cigarro, verifica-se que tanto o indivíduo, no exercício de sua liberdade, quanto o Estado, na busca da saúde coletiva, podem adotar diferentes comportamentos até o alcance

⁷⁸ Canotilho; Machado, “Parecer” cit. na nota 38, p. 41.

⁷⁹ Siegfried, Tom. *Beautiful Math: John Nash, Game Theory, and the Modern Quest for a Code of Nature*. Washington, US: Joseph Henry Press, 2006, p. 59.



daquela resposta que será, para ambos, satisfatória. Se, por exemplo, o indivíduo tiver o direito de escolher a marca de cigarro sem nenhuma restrição a sua embalagem, por outro lado, o Estado estará fracassando em sua estratégia de promoção da saúde coletiva. Por sua vez, se o Estado estiver proibindo o indivíduo de fumar, ele poderá estar ganhando em promoção da saúde coletiva, mas o indivíduo estará profundamente afetado no exercício de sua liberdade individual. O ponto ótimo desse equilíbrio vai se desenhando, portanto, a partir de idas e vindas até o momento em que ambos os agentes consigam satisfazer sua utilidade, mesmo que, para tanto, não tenham previamente buscado, necessariamente, uma cooperação entre si. O equilíbrio pode ser alcançado mesmo de forma não-cooperativa, em que cada indivíduo busca adotar sua melhor estratégia, que, em uma situação de equilíbrio, representa também o melhor ganho mútuo.

A relação entre a liberdade individual e o Estado, no âmbito da padronização das embalagens de cigarro, pode ser, portanto, *coordenada* a partir de uma situação de equilíbrio. Não é, portanto, uma relação de tudo ou nada, de soma zero, em que um agente perde e o outro ganha. Ambos podem ganhar sob a dimensão de equilíbrio entre as estratégias em prol da liberdade individual e da busca da saúde coletiva pelo Estado. Como agentes em um jogo coordenado, o indivíduo e o Estado podem atuar buscando, de um lado, promover a liberdade e, de outro, promover a saúde pública. Esses dois conceitos, nas circunstâncias, não são necessariamente opostos – aliás, podem ser mutuamente catalisadores de suas próprias utilidades. O Estado, ao agir de modo a dar o “empurrãozinho” nas capacidades cognitivas individuais, proporciona que os indivíduos, de modo livre, façam as melhores escolhas. O Estado, nesse caso, não está limitando a liberdade individual, mas estabelecendo uma estratégia que, ao mesmo tempo em que promove liberdade individual, proporciona também um incremento da saúde coletiva. É uma coordenação de ganhos mútuos e, não, uma relação adversarial de soma zero. O equilíbrio está claramente configurado na medida em que, tanto indivíduo quanto o Estado, ganham em suas respectivas utilidades.

Em síntese, o argumento da indústria do tabaco de denominar a atuação do Estado de “paternalista” e enfatizar a liberdade individual como um princípio de proteção negativa da intervenção estatal não se sustenta ao menor crivo da crítica. Não há, seja no próprio conceito de paternalismo – que, como antes visto a partir do “paternalismo libertário”, pode significar promoção de liberdade individual –, seja até mesmo na teoria dos jogos, a menor sustentação empírica para se defender a proibição de padronização das embalagens de cigarro. Paternalismo pode promover liberdades, como o *behavioral*



economics deixa evidente e, por outro lado, a relação entre liberdade e Estado pode ser *de equilíbrio de ganhos mútuos*, como a teoria dos jogos facilmente explicita.

XII. Conclusões

Diante do exposto, chegamos às seguintes conclusões:

XII.1. Em relação ao primeiro quesito

1. A imposição legal de embalagens padronizadas de cigarros e demais produtos fumígenos derivados do tabaco é plenamente compatível com a Constituição Federal, tendo em vista a limitação do direito fundamental à publicidade pelo direito à saúde e à vida.

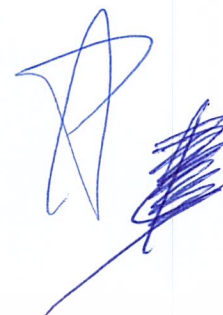
2. A proibição total da publicidade do tabaco, inclusive mediante a imposição legal de embalagem padronizada, não é apenas compatível com o direito social internacional referente especificamente à saúde, mas também com as normas internacionais referentes à liberdade de expressão e, por fim, com o direito internacional ao livre comércio, consagrado no GATT.

3. A imposição legal da embalagem dos produtos fumígenos derivados de tabaco apresenta-se, conforme evidências as mais diversas (e também em vista da própria reação a essa medida pela indústria do tabaco, que dispense vultosas somas em publicidade de seus produtos, inclusive mediante o *design* das embalagens), como medida adequada a reduzir o consumo do tabaco e os casos de tabagismo, doença epidêmica em escala global e primeira causa de morte precoce no planeta.

4. A proibição total da publicidade do tabaco, inclusive com a imposição legal de embalagem padronizada, é necessária para incrementar a eficiência das políticas públicas que se destinam a reduzir o consumo do tabaco, diminuir os casos de tabagismo como doença epidêmica em escala global e, no limite, para debelar definitivamente essa epidemia planetária.

XII.2. Em relação ao segundo quesito

1. Muito embora a marca possa ser usada para fins de publicidade, o direito à marca, em si mesmo, não envolve o direito à publicidade. Além disso, o direito à marca, assim como todo e qualquer direito, sobretudo o direito de propriedade, está sujeito a restrições.



2. O Estado brasileiro, tanto do ponto de vista do seu direito constitucional quanto nos termos do direito internacional, pode restringir o uso da marca e de elementos da marca por uma empresa.

3. A imposição legal da embalagem padronizada de produtos derivados do tabaco não implica expropriação direta ou indireta de marca ou de qualquer outra propriedade intelectual, pois se trata de controle e limitação do uso da marca para fins de publicidade danosa à saúde e à vida humanas.

4. Para fins de proibição total da publicidade de um produto que é a causa de uma epidemia em escala global, justifica-se a vedação de embalagem “vistosa” de produtos fumígenos derivados do tabaco, inclusive se o aspecto “vistoso” puder ser atribuído à própria marca. A imposição da embalagem padronizada só seria excessiva se o consumidor não pudesse distinguir uma marca de outra, vendo-se constrangido a comprar um produto que desconhece.

5. Cores, elementos gráficos e formatos referentes às marcas de produtos derivados do tabaco podem ser proibidos, desde que tenham impacto publicitário e desde que não se impeça a identificação do produto pelo eventual comprador.

XII.3. Em relação ao terceiro quesito

Nenhum tratado bilateral de investimento pode prevalecer sobre as normas constitucionais e jurídico-internacionais que constituem fundamento à proibição total da publicidade do tabaco, inclusive mediante a imposição legal de embalagem padronizada. Se contrariar essas normas, deverá ser declarado nulo ou anulado.

XII.4. Em relação ao quarto quesito

A imposição legal de embalagem padronizada dos produtos fumígenos atende perfeitamente aos princípios e normas de proteção ao consumidor previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

XII.5. Em relação ao quinto quesito

1. O Brasil, enquanto Parte da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, está vinculado aos princípios e regras dessa Convenção, assim como às diretrizes propostas para a sua implementação, especialmente às Diretrizes do art. 13, que definem a embalagem como um meio importante de publicidade da indústria do tabaco. Conforme a Convenção, o Brasil deve impor legalmente a embalagem padronizada de cigarros e congêneres, pois tem o dever de proibir totalmente a publicidade desses produtos. Acrescente-se que, nesse particular, o Brasil já está inadimplente para com a Convenção-Quadro, que exige cinco anos para a implementação da proibição total da embalagem

padronizada de produtos fumígenos derivados do tabaco, nos termos do seu art. 13, § 4º, alínea e.

2. A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e as diretrizes para a sua implementação são instrumentos aptos para promover “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, nos termos determinados pelo § 1º do art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), pois servem à prevenção e ao combate de uma doença epidêmica em escala global, que é a principal causa de morte precoce no planeta, o tabagismo.

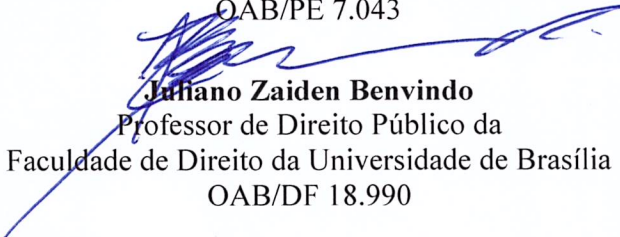
XII.6. Em relação a todos os quesitos

Não há o menor fundamento científico para o argumento, tão utilizado pela indústria do tabaco, de que a regulação do Estado na padronização das embalagens do cigarro é um claro exemplo de paternalismo, que “oprime” o indivíduo em suas escolhas. Primeiramente, porque o conceito de paternalismo não significa uma restrição à liberdade. Ao contrário, conforme os desenvolvimentos do denominado “paternalismo libertário”, regular embalagens de cigarro, exatamente por equilibrar as capacidades cognitivas individuais em um mercado estrategicamente afetado por propaganda e *marketing* que exploram falhas cognitivas, é um *promotor de liberdades*. Em segundo lugar, conforme os principais desenvolvimentos da teoria dos jogos, a relação entre liberdade individual e regulação do Estado não é de soma zero, como se, para um ganhar, o outro tenha de ser derrotado. Ao revés, especialmente no contexto em que o Estado pode promover liberdades pela promoção do equilíbrio cognitivo de indivíduos pela regulação das embalagens de cigarro, a relação entre liberdade individual e regulação estatal é de equilíbrio *coordenado*, em que tanto a liberdade quanto a saúde coletiva ganham afinal na relação. Essa conclusão mais que justifica a adoção da política de padronização de embalagens como um ganho individual (em razão da ampliação da liberdade) e coletivo (em função da promoção da saúde coletiva).

Brasília, 12 de maio de 2017


Marcelo da Costa Pinto Neves

Professor Titular de Direito Público da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
OAB/PE 7.043


Juliano Zaiden Benvindo
Professor de Direito Público da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
OAB/DF 18.990