

PARECER

A CONSULTA

A **Aliança de Controle do Tabagismo**, associação sem fins lucrativos, voltada à promoção de ações para a diminuição do impacto sanitário, social, ambiental e econômico gerado pela produção, consumo e exposição à fumaça do tabaco, elaborou consulta acerca da extensão das restrições à propaganda de produtos derivados do tabaco autorizadas pelo art. 220, § 4º, da Constituição. No entendimento da consulente, a Constituição não garante um direito definitivo e absoluto da indústria do tabaco para fazer propaganda de seus produtos.

Nesse sentido, e no intuito de fortalecer os argumentos apresentados tanto no âmbito legislativo, quanto no âmbito regulamentar, quanto, por fim, no âmbito judicial, a Aliança de Controle do Tabagismo formulou a presente consulta, mediante a apresentação dos seguintes quesitos:

- 1. A Constituição, em seu art. 220, § 4º, prevê que a propaganda de tabaco estará sujeita a restrições legais. Essa disposição permite a restrição total, ou seja, a supressão da propaganda de tabaco por meio de lei ordinária, considerando-se os danos que causa à saúde e a faixa etária das pessoas que começam a fumar?**
- 2. Seria necessária uma emenda constitucional para restringir totalmente a propaganda de tabaco?**
- 3. A Constituição asseguraria o direito da indústria do tabaco de fazer propaganda de seu produto?**



- 4. A liberdade de expressão comercial está inserida na cláusula geral de liberdade de expressão e tem a mesma garantia?**

- 5. O direito à vida e à saúde, direitos fundamentais, podem justificar restrições ao direito à liberdade de expressão, de expressão comercial e à livre iniciativa?**

- 6. A Constituição Federal, ao estabelecer a defesa do consumidor como garantia fundamental (art. 5º, XXXII) e como princípio da ordem econômica (art. 170, V) acaba por vedar a propaganda enganosa e a propaganda abusiva e garantir o direito do consumidor a informações verdadeiras, claras e precisas. Essas disposições não seriam um argumento adicional para justificar o fim da publicidade de um produto nocivo à saúde e que comprovadamente causa dependência e mata metade de seus usuários de longo prazo?**

A resposta sintética, ao final, a esses quesitos exige, dentre outras, considerações acerca da idéia de restrição a direitos fundamentais e de seus limites, o que, por sua vez, implica a necessidade da análise da regra da proporcionalidade, com suas sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Implica também um exame prévio de certas distinções conceituais importantes, como aquelas relativas à liberdade de fumar e ao direito à propaganda, dentre outros. É o que será feito a seguir.

1. Introdução

O debate sobre os malefícios causados pelos produtos derivados do tabaco não é novo. Durante muito tempo, no entanto, essa foi uma discussão que era travada sobretudo no âmbito da medicina e da saúde pública. De uns tempos para cá, esse cenário tem mudado rápida e drasticamente, pois, cada vez mais políticas de combate aos males do tabaco dependem de um arcabouço jurídico sólido para poderem produzir os efeitos desejados. Em 1988, quando da promulgação da Constituição, esse debate era, na área jurídica brasileira, ainda incipiente. Mesmo assim, a Constituição já contém dispositivos suficientes – se bem desenvolvidos pela legislação ordinária, pelo poder regulamentador e pelos planejadores de políticas públicas – para proteger os direitos daqueles envolvidos na questão. Ainda que o objetivo específico deste parecer seja o de responder aos quesitos formulados acima, ele pode também ser compreendido como uma forma de indicar que uma adequada interpretação da

Constituição é capaz de tornar o caso brasileiro um exemplo internacional de arcabouço jurídico consistente no âmbito do combate aos efeitos nocivos criados pela indústria do tabaco.

2. Definindo os termos do debate

Antes de passar ao embate jurídico relativo à possibilidade de restrições a direitos e, especialmente, à possibilidade de restrição total à propaganda de produtos derivados do tabaco, parecem ser necessárias algumas análises conceituais prévias, que envolvem alguns conceitos que, embora muitas vezes utilizados em conjunto, devem ser claramente distinguidos. É o que será feito nos próximos dois tópicos.

2.1. Direito de fumar e direito à propaganda

Uma primeira distinção fundamental a ser feita é aquela entre o direito (ou liberdade) de fumar e o direito à propaganda de produtos derivados do tabaco. Embora simples e trivial, muitos argumentos usados no debate parecem supor que essa distinção não existe. Não me parece ser necessária muita argumentação para se demonstrar a simplicidade dessa distinção e a necessidade de clareza no seu trato.

Em primeiro lugar, partindo-se do pressuposto conceitualmente menos exigente (que, para os fins deste tópico, é suficiente), segundo o qual existe, indubitavelmente, tanto um direito de fumar quando um direito à propaganda de produtos derivados do tabaco,¹ o que salta aos olhos é uma primeira distinção essencial: esses direitos têm titulares distintos. O titular de um eventual direito de fumar seria qualquer indivíduo adulto, enquanto que o direito à propaganda de produtos derivados do tabaco tem como titulares aqueles que fabricam esses produtos. O primeiro seria um direito exercido por pessoas físicas; o segundo é um direito exercido por pessoas jurídicas. Isso já seria suficiente para distinguir o debate sobre a restrição ao ato de fumar do debate acerca da restrição à propaganda de cigarros. Esses debates, embora tematicamente interligados, não se confundem.

¹ Retornarei à questão acerca da fundamentação desse direito à propaganda mais adiante (cf. p. 9).

Essa constatação conduz naturalmente à segunda distinção necessária: uma restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco *não constitui uma restrição a uma eventual liberdade de fumar*. Essa distinção – à qual muitas vezes não se dá a devida atenção – é também trivial. Tanto isso é assim que é possível imaginar – sem grandes esforços criativos – uma situação na qual todos podem fumar livremente, em qualquer ambiente, em qualquer horário, ainda que a propaganda de cigarros seja completamente vedada. O fato de haver restrições concomitantes ao exercício dos dois direitos – de fumar e de fazer propaganda – não é sinal de que os debates sejam idênticos, mas apenas de que, em ambos os casos, chegue-se cada vez mais à conclusão de que essas restrições são imprescindíveis.

Mas o objeto do presente parecer é apenas a restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco e não a uma eventual liberdade de fumar. A definição desse objeto leva-nos naturalmente à necessidade de um outro esclarecimento importante sobre os termos e argumentos do debate em análise.

2.2. Liberdade e paternalismo

Dada a não-atenção às distinções esclarecidas acima, é comum que se argumente que qualquer intervenção estatal no âmbito da fabricação, do consumo e da propaganda de produtos derivados do tabaco seria uma invasão na esfera de autonomia privada dos indivíduos sobre como conduzir sua vida, uma espécie indevida de paternalismo estatal. Aqui, de novo, são necessários alguns esclarecimentos conceituais.

Quando Hannah Arendt supostamente afirmou – como resposta a amigos que a advertiam sobre os malefícios do cigarro e que pediam para que ela parasse de fumar – que ela se recusaria a viver para a sua saúde,² ela claramente estava defendendo sua liberdade individual de fazer o que quiser com sua vida e com sua saúde. Conquanto mesmo essa liberdade estritamente individual e privada possa ter – e em geral tem – efeitos na coletividade (mesmo que a pessoa fume única e exclusivamente sozinha e em sua casa, já que

2 A menção a essa resposta de Hannah Arendt é citada por Tercio Sampaio Ferraz Jr., "A liberdade de fumar: sobre a liberdade de fumar e o direito à saúde na Constituição e na lei", in Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*, São Paulo: Manole, 2007, p. 195.

o custo com o tratamento das doenças relacionadas ao fumo serão custeadas com o dinheiro de todos³), não são esses efeitos que interessam neste momento. O que aqui interessa é muito mais simples. Se, como ficou claro no tópico anterior, uma restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco não é sinônimo de intervenção em uma suposta liberdade de fumar (e uma não implica a outra), então *todos os argumentos baseados na contraposição entre liberdade e paternalismo caem por terra*. Não importa o quanto se restringe o direito à propaganda, a decisão sobre fumar ou não fumar continua sendo uma decisão única e exclusivamente individual.

Mas é necessário ir além. Quando se argumenta que ninguém, a não ser o próprio indivíduo, "é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne de sua responsabilidade",⁴ esse pensamento – que, na essência, pode até ser correto – pressupõe um tipo ideal de indivíduo que dificilmente se encontra na realidade, um indivíduo que, tendo informações suficientes para a sua tomada de decisão, decide de forma sempre consciente. Não é meu intuito, aqui, discutir essa questão de forma global, ou seja, não é relevante aqui entrar no debate acerca de questões morais como a liberdade de fazer coisas erradas (para si ou para outrem), a proteção contra si mesmo e a idéia de fraqueza de vontade (acrasia).⁵ Por mais que se aceite que cabe ao indivíduo ser "senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir", parece-me claro que um dos objetivos principais da vedação da propaganda de produtos derivados do tabaco é sobretudo a proteção de uma camada da população que, objetivamente, não pode ser facilmente enquadrada no tipo ideal que esse pensamento pressupõe: as crianças e os adolescentes.

3 Segundo Márcia Ferreira Teixeira Pinto, o gasto anual do Sistema Único de Saúde com o tratamento de algumas doenças ligadas ao tabagismo é de R\$ 338,6 milhões (dados de 2005). Cf. Márcia Ferreira Teixeira Pinto, *Custos de doenças tabaco-relacionadas: uma análise sob a perspectiva da economia e da epidemiologia*, Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz/Escola Nacional de Saúde Pública (tese de doutorado), 2007, pp. 100 e 111.

4 Tercio Sampaio Ferraz Jr., "A liberdade de fumar: sobre a liberdade de fumar e o direito à saúde na Constituição e na lei", p. 196.

5 Para esse debate, cf., por exemplo, Jeremy Waldron, "A Right to do Wrong", in Jeremy Waldron, *Liberal Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 63 e ss.; Jürgen Schwabe, "Der Schutz des Menschen vor sich selbst", *Juristenzeitung* 53 (1998), pp. 66 e ss.; Michael Stocker, *Plural and Conflicting Values*, Oxford: Clarendon Press, 1990, pp. 211 e ss.

Se é fato – e é fato – que as pessoas se iniciam no fumo sobretudo nessa fase da vida,⁶ parece-me que recorrer a um conceito libertário de anti-paternalismo simplesmente não faz sentido, nem do ponto de vista moral, nem do ponto de vista psicológico, nem do ponto de vista jurídico-constitucional. Não por outra razão, o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Constituição, dá especial atenção à proteção da criança e do adolescente.

Além disso, falar em um indivíduo "senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir" quando se está tratando de um produto que contém nicotina, uma substância que, sabidamente, causa dependência física e psíquica é, no mínimo, algo sujeito a fortes relativizações. O consumo de um produto que vicia parece não ser inteiramente compatível com a idéia de liberdade irrestrita e consciente de escolha.

2.3. A atual situação da propaganda de produtos derivados do tabaco no Brasil

Quando aqui se fala em "propaganda de produtos derivados do tabaco", essa expressão não inclui apenas propaganda no rádio, na TV ou em revistas, mas toda e qualquer forma de propaganda, inclusive aquelas atualmente permitidas. Este breve tópico tem como função exatamente esclarecer que, embora tenha sofrido restrições paulatinas nos últimos anos, a propaganda de produtos derivados do tabaco não é vedada por completo. Ela ainda ocorre nos pontos de venda, por meio de pôsteres, painéis e cartazes, nos termos do art. 3º da lei 9.294/1996 (com a redação dada pela lei 10.167/2000). Não por outra razão, os postos de venda – como caixas de padarias – tornaram-se verdadeiras vitrines para a publicidade de cigarros, cada vez mais luminosas e chamativas.

Por conseguinte, quando se fizer menção, neste parecer, a uma restrição total à propaganda, isso necessariamente inclui a propaganda nos postos de venda e outras formas mais sutis de publicidade. Sigo aqui, portanto, a definição dada pela *Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco*, adotada pelos países membros da Organização Mundial de

6 Cf., nesse sentido, Harry A. Lando et al., "Age of Initiation, Smoking Patterns, and Risk in a Population of Working Adults", *Preventive Medicine* 29:6 (1999), p. 594. Esse estudo demonstra também que quanto mais cedo o início no fumo, maior é a dificuldade em parar de fumar. Cf. também Sherry A. Everett et al., "Initiation of Cigarette Smoking and Subsequent Smoking Behavior among U.S. High School Students", *Preventive Medicine* 29:5 (1999), pp. 327 e ss.

Saúde em 21 de maio de 2003, e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Em seu art. 1º, (c), a convenção define a propaganda dos produtos derivados do tabaco nos seguintes termos: "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". A menção à *Convenção-Quadro* conduz, por fim, ao último tópico destinado à definição dos termos do debate.

2.4. A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco

Como mencionado acima, o Brasil é signatário da *Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco*, a qual, desde a edição do decreto 5.658/2006, está em plena execução no país. Essa convenção contém uma série de dispositivos sobre a restrição total à propaganda de produtos derivados do tabaco que devem ser colocados em prática no Brasil. O principal deles é o art. 13, especialmente em seus parágrafos 1 a 3, que merecem ser transcritos aqui:

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 art. 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 art. 21.

Como se percebe, a convenção tem como objetivo principal a *restrição total* à propaganda dos produtos derivados do tabaco. A regra é, portanto, a restrição total. Nesse sentido, uma eventual restrição não-total, nos termos do § 3º, deverá ser considerada como exceção, razão pela qual o ônus argumentativo está, na verdade, com aqueles que entendem que a convenção não deve ser aplicada com força máxima. Em outras palavras, são os defensores da permissão da propaganda de produtos derivados do tabaco que têm o ônus de demonstrar que a Constituição brasileira inviabilizaria a restrição total prevista no § 2º transcrito acima. O que este parecer pretende, portanto, não é justificar uma possibilidade hipotética dessa restrição total, mas apenas confirmar a conformidade da Convenção-Quadro com a Constituição brasileira e, por conseguinte, confirmar toda a sua força executória no território nacional.

Feitas essas considerações iniciais sobre os termos nos quais o debate deve estar baseado, passo a análise da questão jurídico-constitucional propriamente dita.

3. Constituição, direito à propaganda e restrição a direitos

A Constituição não garante, explicitamente, um direito à propaganda. Para fundamentá-lo, alguns dos defensores da impossibilidade de restrição total à propaganda de produtos derivados do tabaco argumentam que a previsão constitucional da possibilidade de restrição legal a esse tipo de propaganda (art. 220, § 4º) significa, ao mesmo tempo, um reconhecimento de um direito definitivo a essa propaganda, que poderia até ser regulamentada ou conformada, mas nunca restringida ou vedada.⁷

O que interessa inicialmente neste tópico é, portanto, discutir se a Constituição, de alguma forma, garante um direito à propaganda e, além disso, se a previsão constitucional do art. 220, § 4º tem alguma função garantidora de direitos nesse sentido.

Existem diversas maneiras de se determinar a extensão de um direito fundamental. Neste parecer, como de resto em toda a minha produção acadêmica,⁸ parto da premissa de que

⁷ Nesse sentido, cf. o parecer de Clèmerson Merlin Clève, apresentado na ADI 3311.

direitos fundamentais têm um suporte fático e um âmbito de proteção *amplos*.⁹ No caso em análise, isso significa aceitar que existe, sim, um direito à propaganda, que, por sua vez, inclui o direito à propaganda de produtos derivados do tabaco. Esse direito pode ser fundamentado por meio das normas constitucionais contidas no art. 5º, IV (liberdade de expressão) e IX (liberdade de comunicação) e no art. 220 (liberdade de imprensa).

A garantia de um direito à propaganda de produtos derivados do tabaco não decorre, portanto, da sua menção expressa no § 4º do art. 220, que, de resto, *não é um artigo que garante direitos*, mas da interpretação de outros dispositivos constitucionais sobre manifestação do pensamento, comunicação e imprensa. Isso significa, e seria impensável que assim não fosse, que existe um direito à propaganda de tudo aquilo que é produzido ou vendido legalmente no país, independente da menção a esse ou aquele produto no texto constitucional. Seria no mínimo estranho pensar o contrário, ou seja, que o direito à propaganda de algum produto só existiria se isso fosse explicitamente previsto pela Constituição.

Assim, há um direito à propaganda de produtos derivados do tabaco da mesma forma que há um direito à propaganda de produtos derivados da farinha de trigo, do milho, de produtos feitos de plástico, de ferro, de aço, de produtos perecíveis e não-perecíveis etc. Essa constatação, apesar de trivial, é de extrema importância, como se verá a seguir.

A Constituição faz menção à propaganda de apenas alguns produtos e serviços (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias). O dispositivo constitucional que menciona essa propaganda (art. 220, § 4º) tem como objetivo disciplinar a restrição a essa propaganda. O ponto de partida, portanto, é o seguinte:

(a) A Constituição garante um direito geral à propaganda (subsumido nos direitos à liberdade de expressão, de comunicação e de imprensa).

8 Cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009.

9 Para outros autores que partem da mesma premissa, cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 321 e ss.; Wolfram Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, pp. 172; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, pp. 204 e ss.; Wolfgang Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt", *Der Staat* 43 (2004), pp. 167 e ss.

(b) A Constituição expressamente prevê a possibilidade de que algumas formas de propaganda (de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias) sofram restrições.

Neste ponto, é necessário indagar o que significa a associação das duas premissas expostas acima. Duas respostas são possíveis: (1) O direito à propaganda de produtos e serviços não mencionados na exceção constitucional (art. 220, § 4º) é absoluto, já que restrições só seriam possíveis nos casos da propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias; e (2) O direito à propaganda é restringível em todos os casos. Essas respostas, por sua vez, suscitam outros questionamentos, especialmente aqueles que dizem respeito à existência de direitos absolutos (no caso da resposta 1) e aqueles que dizem respeito à extensão das restrições possíveis (tanto no caso da resposta 1 quanto no caso da resposta 2). Esses questionamentos serão analisados a seguir.

3.1. A função das cláusulas de restrição

Talvez seja intuitivo pensar que, se um determinado dispositivo legal ou constitucional prevê expressamente a possibilidade de que um direito seja restringido em determinados casos, então nos casos não abarcados por essa previsão a restrição não seria permitida. Essa intuição decorre da idéia de que, se o direito pudesse ser restringido em todos os casos, a previsão explícita de restrição em apenas alguns casos seria inteiramente supérflua. Infelizmente, contudo, nem sempre a nossa intuição é capaz de perceber todas as nuances da interpretação constitucional. Um exemplo simplório pode ser útil para demonstrar o quanto essa intuição é equivocada.

Um fabricante de armas decide fazer uma ampla campanha publicitária, no horário nobre das principais emissoras de TV e nas primeiras páginas dos principais jornais do país, com o intuito de divulgar o seu mais novo modelo de revólver. As autoridades públicas intervêm para impedir essa propaganda. O fabricante, e sua agência de propaganda, argumentam que a Constituição, que garante o direito à propaganda, não impôs nenhuma restrição à propaganda de armas, as quais, embora sejam produtos de venda e utilização estritamente controladas, não são produtos ilegais.

Aquele que entende que a restrição à propaganda de armas é perfeitamente constitucional – como provavelmente será o caso da maioria das pessoas que se debruçarem sobre o assunto – poderá chegar a essa conclusão ou (1) porque entende que não existe um direito geral à propaganda, ou (2) porque entende que esse direito, embora exista, pode ser restringido em alguns casos (como no caso da propaganda de armas). A primeira alternativa (a não-existência de um direito constitucional à propaganda), embora não seja de todo insustentável, traria consigo uma conseqüência de difícil aceitação, qual seja, a de que o exercício da propaganda, por não ter base constitucional, poderia ser restringido ao bel-prazer do legislador ordinário, sem necessidade de fundamentação constitucional, e essa restrição nunca poderia ser objeto de controle de constitucionalidade, já que o direito à propaganda não seria garantido pela Constituição. Essa não parece ser uma situação plausível, razão pela qual já foi rejeitada acima, ao se afirmar a existência de um direito à propaganda em nível constitucional. Resta a segunda alternativa.

A segunda alternativa, como foi visto acima, pressupõe a existência de um direito à propaganda, garantido em nível constitucional, mas que pode ser restringido em alguns casos. Com isso, volta-se à pergunta inicial e o círculo se fecha: que casos são esses? Se esses casos são apenas aqueles mencionados na própria Constituição (art. 220, § 4º), então a propaganda de armas deve ser liberada. Se essa conclusão não parece plausível – e não é – então, de todas as alternativas possíveis, resta apenas uma: a Constituição garante um direito à propaganda, que pode, como todos os outros direitos, ser restringido em determinados casos, que não são apenas aqueles explicitamente previstos na Constituição.

Neste ponto, uma última pergunta retorna: se o direito à propaganda pode ser restringido também nos casos não previstos pela Constituição, não seria a cláusula restritiva supérflua, como se aventou no início deste tópico? A resposta é, e só pode ser, negativa. A função da cláusula de restrição é deixar explícito que o legislador, nos casos nela previstos, tem um menor ônus de fundamentar o porquê de determinada legislação restritiva, já que esse porquê já é fornecido pela própria Constituição.¹⁰ No caso em análise, a própria Constituição

¹⁰ Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?", in Cláudio Pereira de Souza Neto / Daniel Sarmento / Gustavo Binbenbajm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 615-616.

estabelece que a lei deverá estabelecer meios contra a "propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (art. 220, § 3º, II) e é também a própria Constituição que já define que dentre os alvos *possíveis* está a propaganda de "tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias" (art. 220, § 4º). O legislador infraconstitucional *está liberado, portanto, do ônus de demonstrar que é constitucional a restrição à propaganda desses produtos e serviços.*

Em suma, a relação entre o direito geral e a cláusula de restrição, que, no caso em análise, são representados pelo direito geral à propaganda e a cláusula de restrição do art. 220, § 4º, é a seguinte: (a) o direito geral à propaganda é um direito restringível em inúmeros casos, não havendo direito *absoluto* à propaganda; (b) a cláusula de restrição deixa explícitos objetivos que o próprio constituinte impôs ao legislador ordinário e o libera do ônus argumentativo nesse aspecto.

As perguntas que restam, e que serão respondidas nos tópicos a seguir, são: (1) Se o direito à propaganda não é absoluto e pode ser restringido em inúmeros casos, qual é o limite para a atividade restritiva do legislador? e (2) A atividade legislativa restritiva é limitada pelo art. 220, § 4º?

3.2. Limites das restrições

A partir da análise desenvolvida nos tópicos anteriores, percebeu-se que, na medida em que não existem direitos absolutos, todos os direitos podem estar sujeitos a algum tipo de restrição. O que aqui importa é sobretudo analisar sob que condições tais restrições são possíveis e, especialmente, quais são os limites para essas restrições. No que diz respeito a essa última indagação, o ponto central é: pode haver *restrição total* a algum direito?

Nos últimos tempos, vem se delineando um certo consenso na jurisprudência¹¹ e na doutrina¹² – incluindo-se aí os trabalhos que defendem posições contrárias à defendida neste parecer¹³ – de que qualquer restrição infraconstitucional a direitos constitucionalmente garantidos deve passar pelo teste da proporcionalidade. A proporcionalidade seria, então, a resposta às indagações iniciais deste tópico, já que ela é *o instrumento apto a impor limites à atividade restritiva infraconstitucional*. Em outras palavras, as restrições legais a algum direito previsto constitucionalmente serão consideradas como constitucionais se, além de respeitarem os requisitos de forma e competência, passarem no teste da proporcionalidade.

Não é mais suficiente, portanto, o recurso à máxima segundo a qual "interpretam-se restritivamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição", como propunha Carlos Maximiliano,¹⁴ retomado no contexto do presente debate por Tercio Sampaio Ferraz Jr.¹⁵ Isso por duas razões. Em primeiro lugar, porque essa

11 Apenas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos últimos cinco anos, cf., por exemplo, AC MC 509/AP, AC MC QO 189/SP, ADI 1040/DF, ADI 1351/DF, ADI 1721/DF, ADI 2591/DF, ADI 2626/DF, ADI 2868/PI, ADI 3146/DF, ADI 3324/DF, ADI 3453/DF, ADI MC 1910/DF, ADI-MC 3090/DF, HC 82354/PR, HC 82788/RJ, HC 84270/SP, HC 84677/RS, HC 84862/RS, HC85379/SP, HC 85687/RS, HC 85692/RJ, HC 87223/PE, HC 87638/MT, HC 87827/RJ, HC 89417/RO, HC 89429/RO, HC 90232/AM, Inq 1957/PR, Inq-AgR 2206/DF, RE 346084/PR, RE 413782/SC, RE 418376/MS, RE 447584/RJ, RE 463629/RS, RE AgR 376749/PR, RE-AgR 364304/RJ, RHC 81057/SP, RHC 85656/MS, RHC 88371/SP, RMS 24699/DF, RMS 24901/DF, RMS 24956/DF. Para uma análise dessas decisões, cf. Bruno Ramos Pereira, *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Dissertação de Mestrado (FD-USP), 2009.

12 De forma apenas exemplificativa, cf., dentre outros, Humberto Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *Revista de Direito Administrativo* 215 (1999): 151-179; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000; Willis Santiago Guerra Filho, "Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade". *Revista dos Tribunais* 719 (1995): 57-63; Gilmar Ferreira Mendes, "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo* 14 (2000): 361-372; Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50; Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

13 Cf., por todos, Clèmerson Merlin Clève, "Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial", *Crítica Jurídica* 24 (2005), p. 296; Tercio Sampaio Ferraz Jr., "A propaganda de produtos submetidos às restrições do art. 220, § 4º da Constituição Federal", in Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*, São Paulo: Manole, 2007, p. 229; Luís Roberto Barroso, "Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro", in Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 267 e, do mesmo autor, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 23 (1998), pp. 65 e ss.

14 Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2. ed., Porto Alegre: Globo, 1933, § 377, p. 322.

15 Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., "A propaganda de produtos submetidos às restrições do art. 220, § 4º da Constituição Federal", p. 224.

máxima não fornece critérios, formais ou substanciais, para guiar a interpretação e o controle das medidas restritivas de direito. E, em segundo lugar, porque Carlos Maximiliano, como não poderia deixar de ser, tinha outro conceito de constituição em mente, uma constituição liberal e absenteísta, nos moldes da constituição que vigia à época, a Constituição de 1891. Mas é importante notar que é o próprio Maximiliano que, já naquela época, ressaltava que a máxima mencionada acima não poderia ser, especialmente no campo do direito público, aplicada à risca, já que a finalidade do texto pode ser, em vários casos, um critério mais importante.¹⁶

4. Conteúdo essencial de direitos e regra da proporcionalidade

Visto que direitos não são absolutos, mas restringíveis e que os limites a essas restrições é definido pela aplicação da regra da proporcionalidade, faz-se necessário responder à última indagação feita no primeiro parágrafo do tópico 3.2: pode haver restrição total a algum direito? Em outras palavras, a indagação que aqui importa é: uma restrição *total* a um direito pode ser, em algum caso, considerada *proporcional* e, por conseguinte, *constitucional*? A resposta é afirmativa, como se verá a seguir, com base na análise do chamado conteúdo essencial dos direitos fundamentais.¹⁷

Algumas constituições do mundo – de forma pioneira, a constituição alemã de 1949 – contêm previsões que visam a assegurar o que se convencionou chamar de *conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais*. A constituição alemã, por exemplo, em seu art. 19, II, prevê:

"Em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial".

Em vários aspectos fortemente influenciada pela constituição alemã, a constituição portuguesa dispõe, em seu art. 18, 3, que:

¹⁶ Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, § 377, pp. 322-323.

¹⁷ Sobre o assunto, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009. A análise desenvolvida nos próximos parágrafos segue de perto o texto desse trabalho.

"As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais."

Também a constituição da Espanha, em seu art. 53, 1, traz dispositivo muito semelhante, nos seguintes termos:

"Os direitos e liberdades [...] vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que, em qualquer caso, deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades [...]."

Constituições mais recentes, especialmente aquelas dos países da Europa oriental, também fortemente influenciados pelo constitucionalismo alemão, foram no mesmo caminho. A constituição polonesa, por exemplo, prevê em seu art. 31, 3:

"Qualquer limitação ao exercício de uma liberdade ou de um direito constitucional poderá ser instituída somente por lei e somente quando necessária ao Estado Democrático para a proteção de sua segurança ou da ordem pública, ou para proteger o meio ambiente, a saúde, a moral pública ou as liberdades e os direitos de outras pessoas. *Tais limitações não poderão violar a essência das liberdades e dos direitos.*"¹⁸

A Constituição brasileira não contém previsão semelhante. Mesmo assim, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e alguns trabalhos acadêmicos¹⁹ fazem menção à idéia. No chamado "Caso Ellwanger", por exemplo, o Min. Celso de Mello afirmou:

"Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, 'hic et nunc', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde

18 Para outras constituições do antigo bloco socialista do leste europeu que contêm dispositivos semelhantes, cf., por exemplo, as constituições da Estônia (art. 11), da Hungria (art. 8, 2), da Romênia (art. 53, 2) e da Eslováquia (art. 13, 4).

19 Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo: Malheiros, 1993, pp .67 e ss.; Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 111; Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 139 e ss.; Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 39 e Cláudia Perotto Biagi, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses *não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistério da doutrina".²⁰

A expressão "conteúdo essencial" não é, contudo, auto-explicativa. Ela não diz nada sobre qual é a amplitude desse conteúdo essencial, nem sobre como defini-lo. Neste ponto, a primeira indagação a ser enfrentada é aquela expressa pela dicotomia conteúdo essencial absoluto *vs* conteúdo essencial relativo.²¹

Aquele que eventualmente defenda que todo direito, fundamental ou não, tem um conteúdo essencial *absoluto* quer com isso dizer que há uma área de proteção desse direito que é *absolutamente infensa* a intervenções (estatais ou privadas) e a restrições. Essa posição, embora pareça bastante plausível, não encontra quase nenhuma acolhida nos trabalhos monográficos a respeito.²² Seu principal problema está ligado à forma como definir esse conteúdo absoluto. Qual seria, por exemplo, o conteúdo essencial absoluto e intangível da liberdade de expressão? Que tipo de restrição atingiria esse conteúdo essencial absoluto e seria, por conseguinte, inconstitucional? Embora não seja o caso de fazer uma análise minuciosa da questão aqui, uma pequena digressão é necessária.

A concepção de que cada direito fundamental tem um núcleo intangível absoluto pressupõe, necessariamente, que quanto mais intensa for a restrição a um direito, tanto mais esse núcleo estará ameaçado. Em outras palavras: restrições mais intensas seriam sempre, e necessariamente, mais perigosas. Por mais intuitiva que possa ser essa idéia, ela é equivocada. Um pequeno exemplo é suficiente para demonstrar esse equívoco.²³

Se uma lei vier a proibir manifestações de partidos social-democratas, nos dias 10 de fevereiro de cada ano, entre 14 e 15 horas, dificilmente tal lei seria considerada constitucional. Note-se, no entanto, que se trata de *restrição ínfima* – apenas um dia por ano,

20 RTJ 188, 858 (912) (sem grifos no original). Referências idênticas podem ser encontradas em: Inq. 1957 e MS 24.369.

21 A segunda indagação importante, que será abordada mais adiante (tópico 4.1, p. 18), diz respeito à dicotomia conteúdo essencial objetivo *vs* conteúdo essencial subjetivo.

22 Para um resumo das posições e dos autores que as subscrevem, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 183 e ss.

23 Sobre esse exemplo, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 106 e ss.

durante apenas uma hora. Embora uma lei como essa estivesse longe de atingir um eventual "conteúdo essencial absoluto" do direito de reunião (não importa como esse conteúdo fosse definido), ela seria considerada *inconstitucional*. Já uma lei que não apenas proíba, mas considere também como *crime*, punível com detenção, manifestações de qualquer partido político em um determinado dia (o dia inteiro) poderá ser considerada constitucional, a despeito de ser uma restrição sensivelmente mais intensa do que a mencionada anteriormente. É o que determina, no caso brasileiro, o art. 39, § 5º, I, da Lei Eleitoral (9.504/97), para os dias de realização de eleições.

Esse simples exemplo destaca duas variáveis importantes para o presente parecer: (1) a idéia de conteúdo essencial absoluto não é parâmetro para definir a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma medida, já que, como se viu, medidas que não passam nem perto desse conteúdo podem eventualmente ser consideradas *inconstitucionais*; (2) a intensidade de uma intervenção restritiva em um direito fundamental não é, sozinha, parâmetro suficiente para analisar sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, já que, como se viu, uma restrição mais intensa pode ser, em alguns casos, mais aceitável do que uma restrição menos intensa. Se isso é assim, então o conteúdo essencial de um direito só pode ser definido de forma relativa, porque essa definição depende de variáveis presentes nos casos concretos, não sendo possível de ocorrer em abstrato.

Como se viu no tópico 3.2, o parâmetro de análise de constitucionalidade é mais complexo e pressupõe a aplicação da *regra da proporcionalidade*, que envolve uma análise da adequação da medida restritiva adotada, de sua necessidade e, por fim, de um sopesamento entre os direitos envolvidos, que, por sua vez, implica um exame comparativo entre os graus de restrição e realização desses mesmos direitos. A proporcionalidade é, portanto, dividida em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nos seguintes termos: uma medida estatal que restringe um direito fundamental é *adequada* se for apta a fomentar os objetivos perseguidos;²⁴ ela é *necessária* se a realização do objetivo perseguido não puder ser promovida, com a mesma eficiência, por meio de outro ato que limite em menor

24 Cf., nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria processual da constituição*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, pp. 84 e 85; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 78; Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

medida o direito fundamental atingido;²⁵ ela é, por fim, *proporcional em sentido estrito* se o grau de realização do direito a ser fomentado justificar o grau de restrição ao direito atingido.

4.1. A proporcionalidade e a possibilidade de restrição total à propaganda

A restrição total à propaganda de algum produto não é, obviamente, uma restrição irrelevante. Dependendo do modo de encarar a questão, essa restrição pode parecer mais ou menos séria. Neste ponto vem à tona a segunda dicotomia fundamental relacionada à idéia da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, já mencionada anteriormente, que é a dicotomia entre conteúdo essencial objetivo *vs* conteúdo essencial subjetivo.²⁶

Como já afirmado em outro lugar,²⁷ "no primeiro caso [*conteúdo essencial objetivo*], trata-se de uma análise acerca do direito fundamental como um todo, a partir de sua dimensão como direito objetivo; no segundo [*conteúdo essencial subjetivo*], o que importa é investigar se há um direito subjetivo dos indivíduos a uma proteção ao conteúdo essencial de seus direitos fundamentais".

Em geral, há um certo consenso de que analisar o problema do ponto de vista objetivo é pouco frutífero, pois quase nenhuma restrição seria considerada ameaçadora. A partir desse enfoque, a restrição total à propaganda apenas dos produtos derivados do tabaco seria uma restrição ínfima ao direito geral à propaganda, uma restrição que não ameaçaria esse direito em sua dimensão objetiva. O significado desse direito para a vida social como um todo²⁸ não estaria ameaçado. Assim, ainda que este parecer pretenda demonstrar a possibilidade da restrição total dessa propaganda, esse caminho fácil não será trilhado. O que importa, quando se discute restrições a direitos, é o significado dessas restrições do ponto de vista *subjetivo*, ou seja, do ponto de vista daqueles indivíduos que são diretamente atingidos pela restrição. O controle, a partir dessa perspectiva, é necessariamente mais forte.

25 Cf., nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 72 e Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 38.

26 Cf. a nota de rodapé 21, acima.

27 Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 185.

28 Sobre esse conceito, cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1993, § 334, p. 141.

Mas, mesmo assim, não é difícil encontrar um sem-número de exemplos que demonstram que, mesmo do ponto de vista subjetivo, há casos em que ocorrem restrições totais consideradas como constitucionais: a pena de morte (no Brasil, apenas em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; a permissão legal de aborto (Código Penal, art. 128) restringe totalmente o direito à vida do feto;²⁹ qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados.³⁰

Em todos os casos, a possibilidade de restrição total individual é justificada pela aplicação da regra da proporcionalidade. Se há razões suficientes para a restrição, ou seja, se o grau de realização do direito colidente justifica o grau de restrição ao direito atingido (vida, liberdade, propriedade), e assumindo a medida restritiva como adequada e necessária, as restrições são consideradas *constitucionais*.

Restrições totais, embora excepcionais, não são, portanto, algo impensável a partir da perspectiva que assume a proporcionalidade como forma de controle às restrições a direitos.³¹ E, como já se mencionou anteriormente,³² *essa é a perspectiva dominante no Supremo Tribunal Federal e na doutrina constitucional brasileira contemporânea*.

Em suma: *restrições a direitos fundamentais (mesmo as totais) que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos*,³³ porque a aplicação desse teste de proporcionalidade está associada à idéia de que o grau de proteção ao direito não é definido em abstrato, de forma absoluta, mas *em concreto*, de forma *relativa*. Resta portanto, saber se uma eventual proibição total da propaganda de produtos do tabaco passa nesse teste.

29 Não é o caso aqui de adentrar a polêmica sobre se esse direito existe e quando ele começa. O exemplo é meramente ilustrativo.

30 Cf., nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 186.

31 Para posições nesse sentido na doutrina estrangeira, cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 297-298. Mais recentemente, cf., por exemplo, David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 81.

32 Cf. notas de rodapé 11 e 12, acima

33 Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 297.

4.2. A propaganda de produtos derivados do tabaco e a proporcionalidade

Neste parecer, já ficou claro, não se adotou o caminho mais fácil para justificar a possibilidade de restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco. Ou seja, não se negou aqui a existência de um direito a essa propaganda nem se partiu de um enfoque de análise das restrições que fosse baseado apenas no significado da restrição para o direito como um todo, e não no significado da restrição para o titular do direito subjetivo. Mesmo assim, da mesma forma como outras restrições totais a direitos podem ser, sob certas condições, aceitáveis, pretendo demonstrar a seguir que isso é o que ocorre no caso em questão, a partir de uma análise mais detalhada da aplicação da regra da proporcionalidade. Como ficará claro ao longo da análise, não se pretende aqui cair no simplismo de querer fundamentar a proporcionalidade de restrições apenas com base na intuição, em preferências pessoais ou em simples comparações de textos legais. A questão em análise não é uma simples questão textual, mas um problema que envolve a necessidade de dados concretos para a fundamentação de decisões jurídicas. Não por outra razão será necessário, com frequência, recorrer a trabalhos de outras áreas do saber, especialmente de medicina, saúde e políticas públicas.

4.2.1. Adequação

O primeiro passo do argumento é definir o objetivo perseguido pela restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco. O que se almeja com essa medida é, claramente, uma *diminuição na taxa de novos fumantes* e, acessoriamente, também um aumento no número de pessoas que abandonam o cigarro, por meio da redução do incentivo que a propaganda faz ao ato de fumar.

Como se sabe, a esmagadora maioria dos fumantes começa a fumar ainda na adolescência.³⁴ Não por coincidência, são essas as pessoas mais suscetíveis à influência da propaganda em geral, e da propaganda de produtos derivados do tabaco em especial.³⁵ Assim, eliminar a possibilidade de propaganda nesse setor seria uma forma de diminuir o incentivo a

³⁴ Cf. os trabalhos mencionados na nota de rodapé 6, acima.

³⁵ Cf. os trabalhos mencionados nas notas de rodapé 37, 38, 39, 40 e 41, abaixo.

novos fumantes, especialmente os adolescentes. Não há dúvidas de que essa premissa é verdadeira e, por conseguinte, de que a medida (proibição de propaganda) é *adequada* para fomentar os objetivos perseguidos (diminuição no número de fumantes).³⁶ Aqui, nem haveria muita necessidade de se alongar na demonstração desse fato. Se a medida não fosse adequada, ou seja, *se a restrição à propaganda não fomentasse uma diminuição no número de fumantes, a indústria do tabaco não estaria preocupada com ela e não estaria investindo o esforço e o dinheiro que investe para tentar derrubá-la*. De resto, imaginar que a propaganda de um produto não tem o poder de influenciar as suas vendas seria contrária à própria razão de ser da propaganda.³⁷

Mesmo assim, isto é, embora seja mais do que intuitiva a percepção de que há uma relação de causalidade entre a restrição à propaganda e o objetivo de diminuir o número de novos fumantes, especialmente adolescentes, é possível – e, por razões argumentativas, aconselhável – ir além da intuição. São inúmeros os estudos empíricos que comprovam a premissa que aqui se adota. O caso mais emblemático talvez seja o do Reino Unido, onde o TAPA (*Tobacco Advertising and Promotion Act*), em diversas etapas, banuiu a propaganda de cigarro no país. Há diversos estudos que comparam os níveis de propensão ao fumo entre adolescentes antes da entrada em vigor do TAPA, durante suas várias fases, e após a última fase.³⁸ A tendência é sempre a mesma: mantidas constantes outras variáveis, quanto menos propaganda, menor a suscetibilidade (real ou potencial) ao fumo entre adolescentes que não fumam. Nos Estados Unidos, há diversos estudos semelhantes. Pierce et al., por exemplo, são categóricos ao afirmar: a atividade publicitária tem relação causal com o início do fumo entre adolescentes.³⁹ *Isso vale para qualquer tipo de propaganda, inclusive aquela feita apenas nos*

36 Sobre o conceito de adequação, nos termos do teste da proporcionalidade, cf. o tópico 4, p. 17, acima.

37 Não é à toa que as marcas de cigarro mais conhecidas entre adolescentes são aquelas que mais fazem propaganda em revistas lidas por pessoas nessa faixa de idade. Cf., nesse sentido, Charles King III et al., "Adolescent Exposure to Cigarette Advertising in Magazines", *Journal of the American Medical Association* 279:7 (1998), pp. 516 ss.

38 Cf., por exemplo, Abraham Brown & Crawford Moodie, "The Influence of Tobacco Marketing on Adolescent Smoking Intentions via Normative Beliefs", *Health Education Research* [advanced access] (2009), pp. 1 e ss. e Crawford Moodie et al., "Tobacco Marketing Awareness on Youth Smoking Susceptibility and Perceived Prevalence Before and After an Advertising Ban", *European Journal of Public Health* 18:5 (2008), pp. 484 e ss.

39 Cf. John P. Pierce et al., "Tobacco Industry Promotion of Cigarettes and Adolescent Smoking", *Journal of the American Medical Association* 279:7 (1998), p. 511. Cf. também, no mesmo sentido, Joseph R. DiFranza et al., "Tobacco Promotion and the Initiation of Tobacco Use: Assessing the Evidence for Causality", *Pediatrics* 117 (2006), pp. 1237 e ss.; Ellen Feighery et al., "Seeing, Wanting, Owning: the Relationship

pontos de venda.⁴⁰ Por fim, um dos autores de um dos estudos mais influentes nessa área, Nicola Evans, afirma categoricamente que "os resultados de sua pesquisa sustentam a hipótese de que a propaganda de tabaco pode exercer uma influência no encorajamento ao início da atividade de fumar entre adolescentes que *é mais forte do que o convívio com colegas ou familiares que fumam*".⁴¹

Esse fenômeno é percebido pelos próprios adolescentes. Recente pesquisa do Datafolha demonstrou que, dentre pessoas de 12 a 22 anos, 71% delas entende que a simples exposição de cigarros nos pontos de venda, na forma como feita hoje em dia, influencia de alguma forma o fumo entre os adolescentes.⁴² 63% das pessoas entrevistadas acham que pessoas da sua idade (12 a 22 anos) podem sentir vontade de fumar simplesmente ao ver os cigarros expostos nos locais de venda (essa taxa chega a 71% entre os que têm entre 12 e 14 anos).⁴³

Não parece haver dúvidas, portanto, de que a restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco é *adequada* para o objetivo de diminuir o número de novos fumantes, especialmente – mas não apenas – entre adolescentes.

Contudo, antes de passar para o exame da necessidade, parece ser importante rebater alguns argumentos recorrentes no sentido contrário ao que foi defendido acima, pois parece-me que eles pressupõem um conceito de adequação que não é aquele que a regra da proporcionalidade implica. O primeiro deles é aquele baseado em um artigo sobre o consumo de produtos derivados do tabaco na Noruega, de autoria de Kraft e Svendsen.⁴⁴ Alega-se que

Between Receptivity to Tobacco Marketing and Smoking Susceptibility in Young People", *Tobacco Control* 7 (1998), pp.123-128; Caroline Schooler et al., "Seventh Graders' Self-Reported Exposure to Cigarette Marketing and its Relationship to Their Smoking Behavior", *American Journal of Public Health* 86 (1996), pp. 1216 e ss.

40 Sobre a influência da propaganda feita nos pontos de venda, cf., por todos, Sandy J. Slater et al., "The Impact of Retail Cigarette Marketing Practices on Youth Smoking Uptake", *Archives of Pediatrics & Adolescent Medicine* 161 (2007), pp. 440 e ss.

41 Nicola Evans et al., "Influence of Tobacco Marketing and Exposure to Smokers on Adolescent Susceptibility to Smoking", *Journal of the National Cancer Institute* 87 (1995), pp. 1538 e ss. (sem grifos no original).

42 Cf. Datafolha, "Percepção de marcas de cigarros em pontos de venda", dezembro/2008, pp. 8 e 67 [disponível em www.actbr.org.br/uploads/conteudo/222_Datafolha-pontos-de-venda-2008.pdf].

43 Idem, pp. 8 e 71.

44 Cf. P. Kraft & T. Svendsen, "Tobacco Use Among Young Adults in Norway, 1973-95: has the decrease levelled out?", *Tobacco Control* 6 (1997), pp. 27 e ss.

os resultados da pesquisa feita por esses dois autores demonstrariam "a inexistência de relação comprovada, do ponto de vista da ciência, entre o banimento da propaganda nos meios de comunicação de massa e a diminuição dos fumantes",⁴⁵ ou seja, que o banimento da propaganda de produtos derivados do tabaco não é nem mesmo adequado para fomentar o fim a que se propõe. Não é essa, no entanto, a conclusão da pesquisa mencionada. Segundo Kraft e Svendsen, a conclusão é apenas a de que, no geral, a redução da taxa de fumantes na Noruega (entre 1973 e 1995) foi *menor* do que a de outros países da Europa. Isso não significa que o banimento da propaganda não produza efeitos. Chegar a essa conclusão é deixar de lado a existência de uma série de outros fatores que podem influenciar os hábitos de consumo de produtos derivados do tabaco. Assim, por mais que o banimento produza efeitos, outras variáveis podem, caso não controladas devidamente, exercer pressão no sentido contrário. E são, de novo, os próprios autores, Kraft e Svendsen, que fazem essa constatação. Sua conclusão final não é a de que o banimento da propaganda não é um meio adequado para os fins a que se propõe – pelo contrário, eles, e diversos outros autores,⁴⁶ entendem que a legislação norueguesa é uma experiência bem-sucedida –, mas apenas que, no caso da Noruega, a tendência verificada "reflete uma subutilização de medidas preventivas em geral e de medidas de educação para a saúde em particular. Os meios financeiros apropriados para esse tipo de educação e informação foram reduzidos 90% durante os anos 80".⁴⁷ Ou seja, se a redução no número de fumantes não foi a esperada, isso se deveu não à inadequação do banimento da propaganda, mas à drástica redução de investimentos em outros setores relevantes no mesmo período.

Um outro argumento a ser rebatido é aquele segundo o qual "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", para

45 Nesse sentido, cf. o parecer de Clèmerson Merlin Clève, apresentado na ADI 3311 (Capítulo 2, "Restrição desproporcional de direito fundamental e liberdade de conformação do legislador").

46 Cf., nesse sentido, Marc T. Braverman & Leif Edvard Aarø, "Adolescent Smoking and Exposure to Tobacco Marketing Under a Tobacco Advertising Ban: Findings From 2 Norwegian National Samples", *American Journal of Public Health* 94:7 (2004), pp. 1230 e ss. e M. K. Rimpelä et al., "The Effects of Tobacco Sales Promotion on Initiation of Smoking: Experiences from Finland and Norway", *Scandinavian Journal of Social Medicine* 49:suppl. (1993), pp. 5 e ss. Rimpelä et al. fazem explícita menção às distorções que a indústria do tabaco faz desses estudos empíricos (inclusive de alguns de autoria desses mesmos autores).

47 Cf. P. Kraft & T. Svendsen, "Tobacco Use Among Young Adults in Norway, 1973-95: has the decrease levelled out?", pp. 27 e ss.

definir a medida (banimento) como inadequada.⁴⁸ Como se sabe, para se definir uma medida como adequada, nos termos da regra da proporcionalidade, não é necessário que haja segurança inequívoca do atingimento completo de seus objetivos, mas apenas que haja a perspectiva de fomento desses mesmos objetivos.⁴⁹ Diante da enorme quantidade de material empírico nesse sentido, e a despeito de possíveis controvérsias menores, pode-se considerar a medida como adequada. Caso contrário, e como já foi indagado, por que seria investido tanto dinheiro em propaganda se ela não fosse um meio adequado para convencer as pessoas a consumir o produto que se tenta vender?⁵⁰

4.3.2. Necessidade

Embora não seja tarefa de um parecer que pretende sustentar a constitucionalidade da restrição total à propaganda de produtos derivados do tabaco demonstrar que não existem alternativas a essa medida – esse ônus cabe àqueles que entendem que existem alternativas – parece ser possível demonstrar aqui que a proibição é, sim, medida *necessária*, nos termos da regra da proporcionalidade.

Como já foi mencionado acima,⁵¹ uma medida que restringe um direito é necessária se não houver outra medida que seja ao menos tão eficiente quanto, mas que restrinja menos o direito atingido. No caso em análise, as alternativas mais plausíveis à restrição total à propaganda seriam, claro, ou nenhuma restrição ou restrições apenas parciais. Parecem ser necessários poucos argumentos para afirmar que uma restrição total é mais eficiente que nenhuma restrição ou que restrições apenas pontuais. Se essas alternativas são menos

48 Luís Roberto Barroso, "Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro", p. 269.

49 O próprio Luís Roberto Barroso defende, em abstrato, um conceito de adequação semelhante ao aqui defendido. Cf. Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no direito constitucional", *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 23 (1998), p. 71. Para referências adicionais, cf. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 730 e ss.; Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 1981, pp. 50 ss.; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 116; Eberhard Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *AöR* 98 (1973), p. 572

50 Segundo a Organização Mundial da Saúde, apenas nos Estados Unidos a indústria do tabaco gasta mais de 10 bilhões de dólares anuais com propaganda. Cf. www.who.int/entity/tobacco/en/atlas22.pdf.

51 Cf. tópico 4, p. 17.

eficientes, ainda que possam ser mais brandas com o direito à propaganda – até porque menos restritivas – elas não podem contar como alternativas, nos termos da regra da proporcionalidade. Isso porque, ao contrário do que às vezes se afirma, o teste da necessidade, no âmbito da regra da proporcionalidade, *não é sinônimo* de "princípio da menor ingerência possível",⁵² até porque "menor ingerência possível" será sempre a omissão. Nada menos intenso do que não fazer nada. É por isso que, nesse âmbito, mais precisa é a tese segundo a qual, para que alguma medida entre como possível "competidora" nos termos do teste da necessidade, ela tem que ser ao menos *tão eficiente quanto a medida adotada em análise*.⁵³ Como ambas as alternativas mencionadas acima são menos eficientes do que a restrição total à publicidade, elas estão "fora do páreo".

A única alternativa que restaria para a indústria do tabaco seria defender a liberdade parcial da propaganda acompanhada de campanhas de esclarecimento. Contudo, essa alternativa também não consegue vencer a proibição total no teste da proporcionalidade. A razão é simples: porque a restrição total também pode – e deve – ser acompanhada de campanhas de esclarecimento. Se isso é assim, a variável "campanha de esclarecimento" deixa de ser relevante no problema, já que está presente em ambos os cenários. Com isso, volta-se ao cenário descrito no parágrafo anterior, favorável à restrição total.

Além disso, existem inúmeros indícios empíricos de que as campanhas publicitárias de produtos do tabaco são muito mais efetivas (mais recepcionadas pela população-alvo) do que as campanhas anti-tabaco.⁵⁴ Diante disso, cairia por terra um eventual argumento no sentido de que seria eficiente manter formas de propaganda de produtos derivados do tabaco, desde que campanhas de esclarecimento ocorressem de forma paralela

52 Sobre o teste da necessidade como sinônimo de "princípio da menor ingerência possível", cf. Luís Roberto Barroso, "Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro", p. 270.

53 Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 173. É interessante notar que o próprio Barroso inicia sua análise do teste da necessidade com uma citação do Tribunal Constitucional Federal alemão, na qual se lê claramente que, para que se possa definir uma medida como não necessária, é preciso que a alternativa suscitada seja "igualmente eficaz" (BVerfGE 39, 210 [230-1]).

54 Cf., por exemplo, Jennifer B. Unger, "Measuring Exposure to Pro- and Anti-tobacco Marketing Among Adolescents", *Journal of Health Communication* 6:1 (2001), pp. 11 e ss. (especialmente p. 19).

4.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Como já foi visto acima,⁵⁵ no debate acerca da proporcionalidade em sentido estrito o que está em jogo é sobretudo uma comparação entre graus de restrição a direitos e graus de realização dos direitos contrapostos. Como visto em vários momentos acima, a perspectiva aqui adotada é a mais favorável à indústria do tabaco. Essa opção tem fundo argumentativo: se se demonstra que uma restrição total à propaganda é justificável até mesmo quando se parte dos pressupostos defendidos pela indústria, é plausível supor que, sob condições argumentativas menos favoráveis aos interesses dos produtores (por exemplo, quando se nega a própria existência do direito à propaganda), justificar essa restrição total é ainda mais simples.

Assim, como já se salientou, ao invés de negar um direito à propaganda, parte-se aqui de que esse direito existe, como parte do direito à liberdade de expressão e de comunicação;⁵⁶ e, ao invés de fazer uma análise da restrição ao direito a partir de um enfoque objetivo (o significado da restrição para a ordem jurídica como um todo), essa análise é feita a partir de um enfoque subjetivo (o significado da restrição para os titulares do direito restringido).⁵⁷ Por fim, ao invés de levar em consideração também a importância abstrata dos direitos atingidos, aqui será levada em consideração apenas a perspectiva dos graus concretos de restrição e realização. Ao não se considerar aqui a importância abstrata dos direitos atingidos,⁵⁸ concede-se, por assim dizer, uma última chance aos argumentos da indústria do tabaco, já que, se essa importância abstrata fosse levada em consideração, a posição da indústria seria, de antemão, insustentável, já que se está falando de direito à vida e direito à saúde em face do mero exercício de um direito à propaganda. Por isso, será deixado de lado aqui – por razões argumentativas – a enorme diferença de importância abstrata dos direitos envolvidos.

55 Cf. tópico 4, p. 18.

56 Cf. p. 9, acima.

57 Cf. tópico 4.1, p. 18.

58 Para uma defesa de se incluir a importância abstrata dos direitos envolvidos no processo de sopesamento (não como fator único, mas como fator complementar), cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 604, nota 64.

Assim, o que está aqui em jogo é uma comparação entre o grau de realização ao direito à vida e ao direito à saúde, de um lado, e o grau de restrição à liberdade de expressão e à liberdade de comunicação, de outro. Aqui, de novo, seguindo a tônica deste parecer, meras intuições sobre o assunto não são suficientes. Por mais que não haja uma possibilidade matemática de mensuração de graus de restrição e graus de realização a direitos, é possível e necessária, ainda assim, a construção de uma argumentação racional nesse âmbito.⁵⁹

Como já se mencionou acima,⁶⁰ com a restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco pretende-se diminuir o número de novos usuários, especialmente entre as pessoas mais jovens. A relação de causalidade entre uma intensa restrição à propaganda e a potencial diminuição no número de fumantes ficou clara, especialmente por meio dos estudos empíricos citados anteriormente.⁶¹ Também a já mencionada pesquisa do Datafolha demonstra como a realização do objetivo perseguido tem relação direta com a restrição da propaganda.⁶²

Neste ponto, a indagação que se faz necessária é: quanto isso significa de realização do direito à vida e do direito à saúde? A resposta, também aqui, está estritamente ligada a dados empíricos. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o tabagismo é a *principal causa de mortes evitáveis no mundo inteiro*.⁶³ Em 1999, o Banco Mundial afirmava que cerca de 4 milhões de pessoas morriam por ano em decorrência do tabaco.⁶⁴ Em 2008, a OMS já contabiliza 5,4 milhões de mortes anuais.⁶⁵ A projeção é de que esse número chegue a 10 milhões por ano em 2030, com um claro aumento no número de mortes nos países em desenvolvimento (de 2 milhões para 7 milhões por ano).⁶⁶ Apenas no Brasil, segundo o Instituto Nacional de Câncer, são 200.000 mortes por ano, ou seja, *cerca de 548 mortes por dia*.⁶⁷

59 Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 89 e ss. e Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

60 Cf. tópico 4.2.1.

61 Cf. notas de rodapé 37, 38, 39 e 40.

62 Cf. notas de rodapé 42 e 43.

63 Cf. World Health Organization, *Report on the Global Tobacco Epidemic*, 2008, p. 8 (disponível em 6 idiomas diferentes em www.who.int/tobacco/mpower/gtcr_download/en/index.html).

64 Cf. World Bank Group, *Maîtriser l'épidémie: l'État et les aspects économiques de la lutte contre le tabagisme*, Washington: World Bank, 1999, p. 22.

65 Cf. World Health Organization, *Report on the Global Tobacco Epidemic*, 2008, p. 6.

66 Idem, p. 23.

67 Cf. os dados em www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=brasil.htm.

Como se percebe, não são números pequenos. Se uma ampla restrição à propaganda fomenta a redução desses números – e não parece haver dúvidas de que fomenta – o grau de realização do direito à saúde e do direito à vida decorrente dessa medida é claramente *elevado*. Em outras palavras: ganha-se muito. E ganha-se muito mesmo que o banimento da propaganda consiga reduzir o número de fumantes em apenas 10% ou algo semelhante.

Do lado do direito à propaganda dos fabricantes de produtos derivados do tabaco, não há dúvida também de que o grau de restrição é elevado. Mas, como já foi mencionado anteriormente,⁶⁸ os direitos garantidos constitucionalmente são a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação, aos quais o direito à propaganda é *atribuído por meio de interpretação*.⁶⁹ Embora essa atribuição não seja pacífica – ou seja, embora muitos possam entender que o direito à propaganda não é protegido constitucionalmente – adotou-se, aqui, a premissa mais benéfica à indústria do tabaco, como já se salientou várias vezes. Mesmo assim, se a análise do direito atingido for a análise dos direitos à liberdade de expressão e à liberdade de comunicação, percebe-se claramente que o direito à propaganda constitui apenas uma pequena parte desses direitos, que são muito mais amplos.⁷⁰ Nesse sentido, ainda que a restrição à propaganda seja elevada, quando analisada no contexto dos direitos na qual se insere (expressão e comunicação), essa restrição atinge apenas uma parte pequena desses direitos.

Diante disso, percebe-se que a restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco, ainda que total, pode ser considerada uma restrição proporcional, porque tende a realizar em grande medida a proteção à saúde e à vida, restringindo de forma apenas parcial os direitos à liberdade de expressão e à liberdade de comunicação.

Mas é possível ir além. Mesmo que se parta de uma premissa ainda mais benéfica à indústria do tabaco – a de que o direito à propaganda, mesmo não sendo um direito explicitamente garantido pela Constituição, deve ser analisado de forma autônoma em face da

68 Cf. p. 9, acima.

69 Sobre o conceito de norma atribuída, cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 69 e ss.

70 Embora defenda tese distinta da sustentada neste parecer, essa premissa parece ser aceita também por Tercio Sampaio Ferraz Jr., quando afirma que a comunicação e a persuasão não se reduzem ao instrumento publicitário. Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., "A propaganda de produtos submetidos às restrições do art. 220, § 4º da Constituição Federal", p. 234.

proteção ao direito à vida e ao direito à saúde – o cenário não mudaria. A razão é simples: vamos supor que se considere que, se analisarmos o direito à propaganda de forma autônoma, chegaríamos à conclusão de que a restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco é elevada. Nesse caso, estaríamos diante de uma restrição intensa como meio para se realizar uma também intensa proteção dos direitos à vida e à saúde. Nesses casos – em que tanto o grau de restrição quanto o grau de realização são equivalentes – pode o legislador tomar a decisão que entender mais adequada para a realização dos direitos fundamentais. O que os autores que se ocupam desse tema costumam afirmar é que, em casos de impasse como esse, o legislador tem uma liberdade de conformação para decidir.⁷¹ Mas essa é uma regra argumentativa geral. No caso brasileiro, contudo, há argumentos *constitucionais* para se desfazer o impasse. O primeiro deles é o art. 220, § 4º, que, como já salientado, fornece uma razão extra contra a propaganda de produtos de tabaco e a favor da proteção da saúde e da vida dos indivíduos. O segundo é a proteção especial que a Constituição confere à saúde da criança e do adolescente (art. 227), que são os alvos preferenciais da propaganda de cigarro.⁷² Neste ponto, alguém poderia argumentar que, na medida em que a venda de cigarros é proibida para menores de 18 anos, o argumento baseado na proteção da saúde da criança e do adolescente seria improcedente. Como já foi mencionado acima, é sabido que é nessa fase da vida que os fumantes têm seu primeiro contato com o cigarro.⁷³ Além disso, não é preciso muito esforço para perceber a alarmante quantidade de adolescentes e crianças que fumam. Quem anda pela rua, quem passa em frente a escolas, percebe isso facilmente. Por fim, e como também já foi visto acima, existem inúmeras pesquisas que demonstram a influência da

71 Cf., nesse sentido, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 603; do mesmo autor, "Verfassungsrecht und einfaches Recht", *VVDStRL* 61 (2002), p. 22; e Martin Borowski, "Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung", in Jan-R. Sieckmann & Laura Clérico (orgs.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 113.

72 Cf., nesse sentido, os tópicos 2.2 e 4.2.1 deste parecer.

73 Cf., nesse sentido, Harry A. Lando et al., "Age of Initiation, Smoking Patterns, and Risk in a Population of Working Adults", *Preventive Medicine* 29:6 (1999), p. 594 e Sherry A. Everett et al., "Initiation of Cigarette Smoking and Subsequent Smoking Behavior among U.S. High School Students", *Preventive Medicine* 29:5 (1999), pp. 327 e ss.

propaganda de cigarro em crianças e adolescentes.⁷⁴ E a indústria sabe disso, porque cada vez mais direciona a apresentação estética de seus produtos para o público infanto-juvenil.

Nesse sentido, é a própria Constituição que já indica um claro caminho para solucionar o impasse, em favor da restrição e em detrimento do direito à propaganda. Se somarmos a isso a força dos dispositivos da já mencionada Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde, e em vigor no Brasil desde 2006, essa solução do impasse em favor da restrição e em detrimento do direito à propaganda fica ainda mais clara.

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, percebe-se que uma restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco, *ainda que total*, passa, até mesmo nos cenários mais favoráveis às teses defendidas pela indústria do tabaco, no teste da proporcionalidade e, por isso, *deve* ser adotada pelo legislador brasileiro, da mesma forma como já ocorre ou está em vias de ocorrer em alguns países do mundo. A utilização, na frase anterior, do verbo "dever" e não apenas do verbo "poder" justifica-se, mais uma vez, em face dos dispositivos da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco. Se o Brasil não fosse signatário da Convenção, a restrição total seria talvez uma possibilidade. Como a Convenção já foi assinada, aprovada no Poder Legislativo⁷⁵ e no Poder Executivo,⁷⁶ a restrição total deixa de ser uma possibilidade e passa a ser um *dever*.

5. Resposta aos quesitos

À vista de todo o exposto, passo agora a responder sinteticamente aos quesitos da consulta.

74 Cf., por exemplo, Jennifer B. Unger, "Measuring Exposure to Pro- and Anti-tobacco Marketing Among Adolescents", *Journal of Health Communication* 6:1 (2001), pp. 11 e ss.; Nicola Evans et al., "Influence of Tobacco Marketing and Exposure to Smokers on Adolescent Susceptibility to Smoking", *Journal of the National Cancer Institute* 87 (1995), pp. 1538 e ss.; Abraham Brown & Crawford Moodie, "The Influence of Tobacco Marketing on Adolescent Smoking Intentions via Normative Beliefs", pp. 1 e ss.

75 Por meio do decreto legislativo 1.012/2005.

76 Por meio do decreto 5.658/2006.

Ao 1º quesito

A Constituição, em seu art. 220, § 4º, prevê que a propaganda de tabaco estará sujeita a restrições legais. Essa disposição permite a restrição total, ou seja, a supressão da propaganda de tabaco por meio de lei ordinária, considerando-se os danos que causa à saúde e a faixa etária das pessoas que começam a fumar?

Sim. Como se viu ao longo deste parecer, o critério de controle das restrições a direitos previstos constitucionalmente mais aceito pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina jurídica brasileira é o critério da *proporcionalidade*. Segundo esse critério, não há que se falar, de antemão, em um conteúdo essencial absoluto para esses direitos. Restrições a direitos (*mesmo as totais*) que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. Como demonstrou, uma restrição total à propaganda de produtos derivados do tabaco é, em relação aos objetivos perseguidos – diminuir o número de novos fumantes, especialmente entre adolescentes – uma medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Ao 2º quesito

Seria necessária uma emenda constitucional para restringir totalmente a propaganda de tabaco?

Não. Não há nada no texto constitucional que impeça que o legislador ordinário e o poder regulamentador restrinjam a propaganda de produtos derivados do tabaco, na medida adequada, necessária e proporcional. Pelo contrário, é o próprio texto constitucional que já indica que a restrição à propaganda desses produtos poderá sofrer restrições, sem especificar um limite para tanto.

Ao 3º quesito

A Constituição asseguraria o direito da indústria do tabaco de fazer propaganda de seu produto?

Não explicitamente. Mesmo assim, se partirmos de uma perspectiva mais generosa, é possível derivar um direito à propaganda das normas que garantem o direito à livre expressão do pensamento (Constituição, art. 5º, IV) e à livre comunicação (Constituição, arts. 5º, IX e

220). Mas esse é um direito *prima facie*, que, nesse sentido, pode ser restringido. Não se trata, portanto, de um direito absoluto nem definitivo. Circunstâncias fáticas e jurídicas podem condicionar a sua realização, podendo haver restrição total se isso for adequado, necessário e proporcional para a realização de outros direitos fundamentais (como o direito à vida e à saúde, por exemplo).

Ao 4º quesito

A liberdade de expressão comercial está inserida na cláusula geral de liberdade de expressão e tem a mesma garantia?

Não explicitamente. Mas, como foi afirmado na resposta ao quesito 3, é possível derivar, da norma que garante a liberdade de expressão (art. 5º, IV), em conjunto com a norma que garante a liberdade de comunicação (arts. 5º, IX e 220), um direito à liberdade de expressão comercial. Com relação à força da garantia dessa norma, há diversos argumentos que poderiam ser utilizados para fundamentar a tese segundo a qual o direito à propaganda não seria, em abstrato, tão importante quanto outros direitos, como o direito à vida e à saúde. Neste parecer, embora esse pressuposto teórico tivesse sido mais favorável à tese aqui defendida, decidi percorrer outro caminho, que foi o de não questionar a importância abstrata dos direitos envolvidos. Mesmo assim, ou seja, mesmo partindo do pressuposto de que o direito à propaganda estaria no mesmo nível de um direito como direito à vida, demonstrou-se aqui que a restrição ao direito à propaganda, por ser proporcional, deve ser aceita como constitucional.

Ao 5º quesito

O direito à vida e à saúde, direitos fundamentais, podem justificar restrições ao direito à liberdade de expressão, de expressão comercial e à livre iniciativa?

Sim. Como ficou claro ao longo de todo o texto deste parecer e nas repostas aos quesitos acima.

Ao 6º quesito

A Constituição Federal, ao estabelecer a defesa do consumidor como garantia fundamental (art. 5º, XXXII) e como princípio da ordem econômica (art. 170, V) acaba por vedar a propaganda enganosa e a propaganda abusiva e garantir o direito do consumidor a informações verdadeiras, claras e precisas. Essas disposições não seriam um argumento adicional para justificar o fim da publicidade de um produto nocivo à saúde e que comprovadamente causa dependência e mata metade de seus usuários de longo prazo?

Sim. Como foi visto ao final do parecer, ao lado dos princípios constitucionais envolvidos mais diretamente no sopesamento, há outros que fazem com que a balança penda ainda mais para o lado da proibição de propaganda. O primeiro deles foi a proteção da saúde da criança e do adolescente. O segundo foi justamente a proteção ao consumidor. Ao contrário do que às vezes se afirma, a propaganda de produtos derivados do tabaco não é algo que realiza o direito à informação, mas, ao contrário, é algo que pretende convencer o indivíduo a comprar algo que faz mal a sua saúde, não importa de que forma, com que frequência e em que quantidade for consumido.

É o meu parecer.

São Paulo, 4 de setembro de 2009

Virgílio Afonso da Silva
Professor Titular de Direito Constitucional
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O conteúdo e as conclusões aqui apresentados são de exclusiva responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as opiniões da Universidade de São Paulo