

A PROIBIÇÃO TOTAL DA PUBLICIDADE DE PRODUTOS DE TABACO É CONSTITUCIONAL

Apesar de restrita aos pontos de venda, a publicidade de produtos derivados do tabaco continua forte nesses meios e tem o público infante-juvenil como alvo. Em parecer sobre a constitucionalidade de se proibir totalmente a publicidade desses produtos, o Professor Doutor Virgílio Afonso da Silva, Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, confirma essa possibilidade a partir sobretudo do critério da proporcionalidade, que é o mais largamente aceito pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina jurídico brasileira para o controle das restrições a direitos previstos constitucionalmente.

Definindo os termos do debate¹

Distinção fundamental para o tema é aquela que diferencia o titular de um eventual **direito de fumar** (o fumante, pessoa física) do titular de um **direito à propaganda** (a indústria do tabaco – pessoa jurídica). Como decorrência, distingue-se o debate sobre a restrição ao ato de fumar do debate acerca da restrição à propaganda de cigarros: embora interligados esses debates não se confundem.

Assim, a restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco não é sinônimo de intervenção em uma suposta liberdade de fumar, caindo por terra os argumentos baseados na contraposição entre **liberdade** e **paternalismo**. Não importa o quanto se restrinja o direito à propaganda, a decisão sobre fumar ou não fumar continua sendo uma decisão única e exclusivamente individual.

Por outro lado, o objetivo principal da proibição da propaganda de produtos derivados do tabaco é, sobretudo, a proteção de crianças e adolescentes, camada da população que não pode ser enquadrada no tipo ideal de indivíduo – dificilmente encontrado na realidade – que, tendo informações suficientes para a sua tomada de decisão, decide de forma sempre consciente.

Partindo-se do fato de que a maioria das pessoas começa a fumar antes dos 19 anos, e o ordenamento jurídico protege de maneira especial essa população, recorrer a um conceito libertário de anti-paternalismo não faz sentido, seja do ponto de vista moral, seja do ponto de vista psicológico, seja do ponto de vista jurídico-constitucional.

¹ Esse documento é baseado no Parecer de 4/9/2009 elaborado pelo Professor Doutor Virgílio Afonso da Silva para a Aliança de Controle do Tabagismo

Embora tenha sofrido restrições paulatinas nos últimos anos, a propaganda de produtos derivados do tabaco não é vedada por completo no Brasil. Ela ainda ocorre nos pontos de venda, por meio de pôsteres, painéis e cartazes (Lei 9294/1996, art. 3º). Daí o aumento no número de pontos de venda e sua sofisticação, a ponto de se tornarem verdadeiras vitrines para a publicidade de cigarros, cada vez mais luminosas e chamativas.

O Brasil é signatário e ratificou a **Convenção Quadro sobre o Controle do Uso do Tabaco** (decreto 5658/2006), que contém uma série de dispositivos sobre a restrição total à propaganda de produtos derivados do tabaco que devem ser colocados em prática no país. A regra da Convenção Quadro é a restrição total. A restrição não-total deve ser considerada exceção. Assim, o ônus de demonstrar que a Constituição brasileira inviabilizaria a restrição total da propaganda de produtos derivados do tabaco está, na verdade, com aqueles que entendem que a Convenção Quadro não deve ser aplicada com força máxima.

Constituição, direito à propaganda e restrição a direitos

A Constituição não garante, explicitamente, um direito à propaganda. Esse direito pode ser eventualmente fundamentado por meio das normas constitucionais que garantem a liberdade de expressão (art. 5º, IV), a liberdade de comunicação (art. 5º, IX) e a liberdade de imprensa (art. 220). O direito à propaganda de produtos derivados do tabaco está incluído nesse direito à propaganda, como, de resto, o direito à propaganda de tudo aquilo que é produzido ou vendido legalmente no país. O art. 220, §4º, da Constituição, tem como objetivo disciplinar a restrição à propaganda de alguns produtos e serviços (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias), e não garantir o direito à propaganda desses produtos, já que seria no mínimo estranho pensar que o direito à propaganda de algum produto só existiria se isso fosse explicitamente previsto pela Constituição.

O direito geral à propaganda, garantido apenas implicitamente na Constituição, pode, como todos os outros direitos, ser restringido em determinados casos, que não são apenas aqueles explicitamente previstos na Constituição.

A função da cláusula de restrição (art. 220, §4º) 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.

No caso do art. 220, §4º, o legislador está liberado, portanto, do ônus de demonstrar que é constitucional a restrição à propaganda desses produtos e serviços.

Mas qual seria o limite dessa restrição? Qualquer restrição infraconstitucional a direitos constitucionalmente garantidos deve passar pelo teste da proporcionalidade.

Conteúdo essencial de direitos e regra da proporcionalidade

Uma restrição total a um direito pode ser, em algum caso, considerada proporcional e, por conseguinte, constitucional? A resposta é afirmativa com base na aplicação da regra da proporcionalidade, dividida em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: uma medida estatal que restringe um direito fundamental é *adequada* se for apta a fomentar os objetivos perseguidos; 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 medida o direito fundamental atingido; 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.

A possibilidade de restrição total à propaganda de produtos derivados do tabaco é justificada pela aplicação da regra da proporcionalidade. Se há razões suficientes para a restrição, ou seja, se o grau de realização de direito conflitante justifica o grau de restrição ao direito atingido (vida, liberdade, propriedade), e assumindo a medida restritiva como adequada e necessária, a restrição é considerada constitucional.

Adequação

O objetivo perseguido pela restrição à propaganda de produtos derivados do tabaco é a diminuição na taxa de novos fumantes e, acessoriamente, um aumento no número de pessoas que abandonam o cigarro, por meio da redução do incentivo que a propaganda faz ao ato de fumar.

Eliminar a possibilidade de propaganda nesse setor seria uma forma de diminuir o incentivo a novos fumantes, especialmente os adolescentes. A medida é, portanto, adequada pois fomenta os objetivos perseguidos, conforme demonstram inúmeros estudos citados no Parecer. Por outro lado, imaginar que a propaganda de um produto não tem poder de influenciar as vendas seria contrário a própria razão de ser da propaganda.

Necessidade

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. As alternativas à restrição total seriam: nenhuma restrição ou restrições apenas parciais. A restrição total é evidentemente mais eficiente que as alternativas apresentadas. Sendo menos eficientes, não podem contar como alternativas. 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.

Proporcionalidade em sentido estrito

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.

Assim, o que está 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.

O tabagismo é a principal causa de mortes evitáveis no mundo. Cinco milhões e quatrocentas mil pessoas morrem por ano vítimas do tabagismo. A projeção é de que esse número chegue a 10 milhões em 2030, com claro aumento no número de mortes nos países em desenvolvimento. No Brasil são 200 mil mortes por ano, cerca de 548 pessoas por dia.

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.

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. Esse direito à propaganda decorre, por meio de interpretação, dos direitos à liberdade de expressão e à liberdade de comunicação, garantidos constitucionalmente. O direito à propaganda constitui, portanto, apenas uma pequena parte desses direitos, que são muito mais amplos.

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.

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.

No caso brasileiro há, ainda, outros argumentos constitucionais para justificar a restrição total. 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.

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 Convenção-Quadro para Controle do Uso do Tabaco, 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. A 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 Legislativo e no Poder Executivo, a restrição total deixa de ser uma possibilidade e passa a ser um *dever*.

Para ler o parecer jurídico na íntegra, acesse este link:

http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf