

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO À INFORMAÇÃO E BANIMENTO DA PUBLICIDADE DE CIGARRO

LUÍS ROBERTO BARROSO*

I. Introdução — II. Generalidades. 1) Alguns consensos; 2) Algumas informações relevantes. III. Liberdade de expressão, direito à informação e publicidade na Constituição de 1988 — IV. Da inconstitucionalidade do Projeto de Lei. 1) A publicidade no rádio, na televisão e na imprensa pode ser restringida, mas não proibida; 2) O projeto não resiste à ponderação de valores imposta pela moderna teoria constitucional; 3) O projeto não resiste ao teste da razoabilidade — V. Conclusões.

I. Introdução

Trata-se de estudo sobre a legitimidade do banimento absoluto da propaganda comercial de cigarros do rádio, da televisão e da imprensa, além de outros meios, para permiti-la apenas em *pôsteres, painéis e cartazes na parte interna dos locais de venda*, conforme estatuído pela Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000.

A nova lei alterou o diploma que regulamenta o art. 220, § 4º, da Constituição Federal, dispondo sobre as restrições ao uso e propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas (Lei 9.294, de 15.07.96, e atribuiu ao seu art. 3º a seguinte redação:

“Art. 3º. A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior [fumígenos] só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.”

O tema aqui analisado insere-se no amplo debate acerca dos limites da interferência estatal no campo das liberdades constitucionais e envolve a definição dos

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Master of Laws* pela Universidade de Yale. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

parâmetros a serem utilizados na harmonização de valores e interesses sociais contrapostos. O estudo que se segue obedece ao roteiro transcrito no sumário.

II. Generalidades

1. Alguns consensos

O cigarro é um produto controvertido há muitas décadas. No Brasil, a associação entre fumo e males à saúde é feita há pelo menos um século¹. Nos últimos anos, firmou-se o conhecimento convencional no sentido de que o tabaco é, fora de dúvida, fator de risco para inúmeras doenças. Tal fato deu impulso a um amplo movimento antitabagista, que ultrapassa fronteiras e se tornou tão ou mais poderoso que a indústria de cigarro, reunindo organizações internacionais, governos, entidades médicas e setores articulados da sociedade civil.

Há, porém, consenso de que o cigarro deve ser mantido como um produto lícito, por um conjunto de razões econômicas, políticas e jurídicas. O banimento de um produto, como bem demonstrou a Lei Seca nos Estados Unidos², traz uma imensa quantidade de fatores negativos e de desagregação social, que vão desde a violação generalizada da norma até a formação de um submundo de criminalidade associada à sua produção e distribuição³.

1 A este propósito, vejam-se, na literatura científica e leiga: *Breves reflexões higiênicas sobre o uso do tabaco*, Martinho Xavier Rabelo, 1849, pp. 15 e 16. O texto pode ser obtido na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro; Joaquim Nogueira Paranaguá, *O fumo e seus efeitos no organismo humano*, 1914; Eugênio George, *O vício de fumar*, 1936; Inácio da Cunha Lopes, *Tabagismo*, 1942; Francisco de Fuccio, *O Fumo*, 1953; Edgard Berger e Oldemar Beskow, *Os escravos do século XX*, 1964. Na imprensa, o assunto também é versado de longa data. Ainda em 1885, o jornal *A Província de São Paulo* publicava matéria sobre “O Vício do Fumo” (edição de 3.12.1885). Nos últimos trinta anos o tema é assunto recorrente, como exemplifica a reportagem publicada na revista *Veja* em 29.9.1976, intitulada “Contra o cigarro”. Na última década, as relações entre fumo e saúde tornaram-se pauta rotineira dos meios de comunicação.

2 A chamada Lei Seca foi introduzida pela Emenda n.º XVIII, de 29.1.1919, à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, onde se lê: “Seção 1. A partir de um ano após a ratificação deste artigo, está proibida a fabricação, venda, ou transporte de bebidas alcoólicas, bem como sua exportação ou importação para os Estados Unidos e todos os territórios sujeitos à sua jurisdição.” Em 5 de dezembro de 1933, a Emenda n.º XXI aboliu a criticada proibição: “Seção 1. Fica revogada a décima oitava emenda à Constituição dos Estados Unidos.” Tradução livre.

3 Sobre o tema, e nessa linha, veja-se decisão da Suprema Corte canadense, que será objeto de comentário mais detalhado adiante, na qual se lavrou: “Está claro que uma proibição legislativa da venda e do uso dos produtos de tabaco seria verdadeiramente impraticável. Realmente, a proibição da fabricação e venda de produtos de tabaco provavelmente levaria muitos fumantes a recorrer a meios de suprimento alternativos e ilegais. Como descoberto pelo legislador deste país no início do século, a proibição de uma droga social como o tabaco ou o álcool leva quase inevitavelmente a um aumento do contrabando e do crime.” Tradução livre. Esta decisão está publicada em *Supreme Court Reports (S.C.R.)*, mas também pode ser obtida na página da *LexUm* da internet (www.lexum.umontreal.ca).

A vida social envolve uma vasta gama de opções por parte dos indivíduos, levando em conta elementos diversos como segurança, riscos, prazer, emoções. Tais decisões se manifestam na escolha da profissão, do esporte a ser praticado, dos meios de transporte utilizados, dos hábitos alimentares e no consumo de produtos em geral. Há na sociedade um livre mercado de valores e idéias que permite a um público informado exercer a sua liberdade de ser, pensar e criar.

Dentro desse universo, afigura-se perfeitamente legítima a política pública abertamente voltada para o desestímulo ao consumo de determinado produto, como, de resto, ocorre hoje em dia no Brasil⁴. Tal política pode envolver inclusive, nos termos da Constituição e da legislação em vigor, como se verá adiante, a imposição de restrições à publicidade e a instituição de medidas para coibir a propaganda enganosa ou abusiva.

É igualmente legítima a política pública que vise a proteger os menores, tanto do acesso a determinados produtos como da própria influência da publicidade sobre a formação de sua vontade. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13.7.1990), por exemplo, estabelece restrições à propaganda de cigarros em publicações voltadas para o público infantil⁵. De fato, a maturidade é um componente decisivo para que os indivíduos possam fazer as suas escolhas de modo esclarecido, assumindo as responsabilidades daí decorrentes.

2. Algumas informações relevantes

Inúmeras fontes doutrinárias e estatísticas, às quais tive acesso, sustentam de forma peremptória as proposições que enuncio a seguir. Envolve-as, todavia, temas que se encontram fora de meu conhecimento específico. De modo que, embora racionalmente convencido de seus fundamentos, limito-me a divulgá-las, sem poder emprestar-lhes qualquer autoridade própria.

O cigarro é um produto *maduro*, vale dizer, está no mercado faz longo tempo e não há necessidade de criação de uma demanda específica pelo seu consumo. Diferentemente se passaria, por exemplo, com um novo sistema de transmissão de dados ou um novo programa de computador. Por ser um produto maduro, a publicidade não se destina a estimular o consumo, mas, sim, a atrair os consumidores para uma determinada marca. Sobre o assunto, vale conferir declaração do Presidente do *Council of Economic Advisors* dos EUA, *in verbis*:

“Existe pouca evidência de que a propaganda gera novos fumantes. Da mesma maneira que na maioria dos outros produtos, a propaganda [de

4 No primeiro semestre do ano 2000 encontrava-se em curso uma contundente campanha publicitária contra o consumo de cigarro, patrocinada pelo Ministério da Saúde, a um custo estimado de 4,5 milhões de reais (*Folha de São Paulo*, 24 de maio de 2000).

5 “Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infante-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

cigarro] *visa principalmente a fazer os consumidores passarem de uma marca para outra.*"⁶

A segunda proposição a ser feita é de que boa parte dos países que optaram por banir a publicidade continuou a enfrentar índices crescentes de novos consumidores do produto, inclusive e notadamente jovens. A supressão da informação não teve impacto importante sobre o consumo, a despeito de haver diminuído o grau de esclarecimento do público que tomava a decisão de começar a fumar. O assunto será mais detalhadamente examinado no tópico III.3, mas é de se destacar aqui trecho do artigo de Jean J. Boddewy, Professora da City University of New York:

*“As vedações à publicidade de produtos que contêm tabaco são frequentemente justificadas como fundamento de que elas irão reduzir a iniciação no fumo pelos jovens e o consumo por parte dos adultos. Esta premissa pode ser seriamente questionada com base: (1) nas causas determinantes do uso do cigarro por adolescentes; (2) na experiência dos países que adotaram tais vedações; (3) nas estatísticas sobre o consumo de tabaco por adultos em diversos países. Desse modo, não existe fundamento sério para a vedação de publicidade como fundamento para as políticas públicas voltadas para a diminuição do fumo.”*⁷

A terceira e última informação a considerar é de que a vedação da publicidade congela o mercado no estado em que se encontra, no que diz respeito à participação de cada fabricante na quantidade de vendas (*market share*). Isto significa que o banimento da publicidade nos meios de comunicação de massa é uma opção francamente anti-concorrencial, que favorece a dominação do mercado pelo concorrente de maior peso. Confira-se, sobre o tema, artigo do professor José Roberto Whitaker Penteadó:

*“Pesquisa realizada no mercado americano apontou uma redução da competitividade na indústria do fumo após a proibição da propaganda nos meios eletrônicos, com redução na introdução de novas marcas, menor variação do market share entre as marcas existentes e fortalecimento das empresas líderes de mercado (Eckard, 1991).”*⁸

Antes do início da discussão jurídica propriamente dita, e sintetizando o que vem de ser dito neste tópico, há três aspectos a serem levados em conta. Em primeiro lugar, a propaganda de cigarros visa a atrair os consumidores para uma determinada

6 Economic Report of the President, 1987, p. 186. Tradução livre.

7 Jean J. Boddewy, Cigarette Advertising Bans and Smoking: the Flawed Policy Connection, in *International Journal of Advertising*, 1994, 311-332. Tradução livre.

8 José Roberto Whitaker Penteadó e Ana Lúcia da Costa e Silva, Propaganda e consumo de cigarros. Quais são os fatos?, Revista da ESPM, maio/junho de 1998, p. 17.

marca, e não a criar uma demanda para o produto. Segundo, proibir a publicidade de tabaco não é comprovadamente um meio eficaz de controle do consumo. Por último, o banimento da publicidade impede a divulgação de novas marcas e dificulta a concorrência entre elas, favorecendo, com isso, as empresas que, naquele momento, detêm a maior fatia do mercado.

As anotações feitas até aqui encerram comentários e reflexões acerca de aspectos institucionais, sociais e econômicos afetos ao consumo de cigarros e à publicidade do produto. São elementos que integram a *pré-compreensão* do tema e devem estar subjacentes à atuação do intérprete, sobretudo do intérprete constitucional, que não deve operar com categorias abstratas arbitrárias, mas com os dados da realidade e dos problemas concretos que lhe cabe equacionar e resolver⁹.

III. Liberdade de expressão, direito à informação e publicidade na Constituição de 1988

Uma nova Constituição, ensina a doutrina clássica, é uma reação ao passado e um compromisso com o futuro. A Carta brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. Ao reentronizar o Direito e a negociação política na vida do Estado e da sociedade, removeu o discurso e a prática da burocracia tecnocrático-militar que conduziu o país por mais de vinte anos.

Ao lado do direito à vida e à integridade física, a liberdade é considerada um dos valores essenciais para a existência humana digna¹⁰. Como uma reação eloqüente à prática histórica da censura política, ideológica e artística no país, o constituinte dedicou especial ênfase à liberdade de expressão — aí compreendidas a liberdade de manifestação do pensamento e de criação — e ao direito à informação, consagrando-os em diversos dispositivos, e protegendo-os, inclusive, de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-los (art. 60, § 4º, CF).

No que diz respeito à *liberdade de expressão*, a Constituição reservou, no art. 5º, dedicado aos direitos individuais e coletivos, dois enunciados peremptórios:

“Art. 5º.

IV — *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.*
(...)

IX — *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”*

9 Sobre o papel da *pré-compreensão* na interpretação constitucional, v. Konrad Hesse, *La interpretación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*, 1983, pp. 43-5.

10 A Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, previa em seu artigo 19: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Quanto ao *direito de informação* que, mais que uma liberdade individual, é um direito difuso da sociedade, dispôs de forma igualmente expressiva o inciso XIV do mesmo artigo:

“Art. 5º.

XIV — *é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.*”

É bem de ver que a liberdade de expressão e o direito à informação são prerrogativas indissociáveis e complementares na livre circulação de idéias¹¹. Em relação a ambos — expressão e informação —, no dispositivo que abre o capítulo dedicado à *comunicação social*, estabeleceu o art. 220, da CF:

“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.*”

Publicidade — ou propaganda, termos aqui empregados como sinônimos — é indisputadamente uma forma de comunicação social, estando expressamente protegida pelo dispositivo constitucional. Envolve ela, aliás, os quatro elementos contemplados no *caput* do art. 220: pensamento, criação, expressão e informação. Os três primeiros exprimem direitos subjetivos individuais, mas a informação tem caráter transindividual, sendo um interesse titularizado por toda a sociedade.

A proteção da propaganda comercial foi amplamente discutida na jurisprudência constitucional norte-americana. A Emenda nº 1 assegura a liberdade de expressão e de imprensa, sem qualquer menção explícita à publicidade¹². Em 1942, ao julgar *Valentine v. Chrestensen*¹³, a Suprema Corte entendeu que “*commercial advertising*” não era um direito constitucional e, conseqüentemente, estava sujeito à vedação pelo Estado. Esta linha de entendimento foi reformada, no entanto, a partir do julgamento de *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*¹⁴, em 1976, que assegurou não apenas proteção à propaganda comercial como também reconheceu ao público o direito de receber informação¹⁵.

11 É sob este prisma que se desenvolve o direito à informação, direito de terceira geração — transindividual e bifronte —, compreendendo o “direito a exprimir idéias e opiniões e o direito a receber informações; o direito do emissor e também o direito do receptor, e, acima de tudo, um direito autônomo em relação ao direito de expressão ou de imprensa” (Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*, 1997, p. 186).

12 Emenda nº 1: “*Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press...*” (“O Congresso não editará lei (...) cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa...”).

13 316 U.S. 52 (1942). V. Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional law*, 1996, p. 1.226.

14 425 U.S. 748 (1976). V. *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 1992, p. 169. Os parâmetros da proteção da liberdade de expressão comercial encontram-se presentemente delineados pela decisão proferida em *Central Hudson Gas v. Public Service Commission of New York*, 1980.

15 Em 1980 foi proferida a decisão em *Central Hudson Gas v. Public Service Commission of New*

No Brasil, sob a Constituição de 1988, a questão não se reveste de tal complexidade, seja pela referência expressa à *propaganda comercial*, feita no § 4º do art. 220 — tema ao qual se voltará mais à frente —, seja pelo fato de que a publicidade é, claramente, um aspecto do direito à informação. A este propósito, captando a evidência, escreveu Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

*“Por se tratar, também, de emissão de mensagem, intuitivo que a publicidade deve ser incluída na estrutura do direito de informação.”*¹⁶

Cabe, nesse passo, voltar a enfatizar a função social da propaganda. De fato, é pelo livre fluxo da comunicação comercial que se levam ao público consumidor dados sobre as características dos produtos, os elementos que os diferenciam, as inovações introduzidas e, até mesmo, como no caso do cigarro, os riscos associados à sua utilização. Por tais peculiaridades, o direito à informação, compreendido na liberdade de anunciar, adquire uma dimensão transindividual e passa a representar uma garantia de todos os consumidores reais e potenciais.

Essa característica instrutiva da propaganda foi destacada pela Corte Superior de Quebec, no Canadá, ao declarar inconstitucional ato normativo que vedava a publicidade de cigarros naquele país¹⁷. Confira-se trecho do acórdão sobre o tema:

“O Ato priva um terço da população adulta do Canadá, consumidores do produto, da informação referente a produtos existentes, novas marcas ou produtos, mudanças no produto em termos de teor, nicotina e CO2, informações que possibilitariam aos indivíduos fazer opções econômicas informadas.” (Tradução livre)

A Suprema Corte do Canadá, ao confirmar a decisão, acrescentou:

York (447 U.S. 557), que instituiu um teste de quatro itens no exame de leis restritivas à publicidade, pelo qual deve o intérprete verificar: (i) se a atividade divulgada é lícita e se a publicidade não é enganosa; (ii) se o interesse invocado pelo Poder Público é um interesse substancial, relevante; (iii) se a restrição é apta a promover diretamente o interesse invocado pelo Poder Público; (iv) se não existem medidas menos restritivas para promover o interesse. Nada obstante, existe vedação nos Estados Unidos à publicidade no rádio e na televisão, introduzida por legislação acerca da qual não se suscitou o pronunciamento da Suprema Corte, por opção estratégica dos fabricantes de cigarro. A tributação do cigarro nos EUA é em média de 31%. No Brasil ela gira em torno de 70% do preço final.

¹⁶ Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *Direito de informação e liberdade de expressão*, 1999, p. 68.

¹⁷ O Parlamento canadense aprovou, em 1988, lei proibindo a publicidade de tabaco nos principais meios de comunicação do país. Esta lei, que entrou em vigor em 1989, foi declarada inconstitucional pela Corte Superior de Quebec, em 1991. Em 1995, o julgamento foi confirmado pela Suprema Corte do Canadá, reconhecendo-se em definitivo a inconstitucionalidade da referida legislação. Anos depois, em 1997, foi aprovada nova lei que, em termos diferentes, também veda a propaganda de cigarros; sua constitucionalidade está sendo questionada nos tribunais.

*“Além e acima de seu valor intrínseco como expressão, a propaganda comercial que, como já foi apontado, protege os que ouvem tal qual os que falam, desempenha um papel significativo de capacitar os indivíduos a fazerem escolhas econômicas informadas, um importante aspecto da satisfação pessoal e da autonomia individual.”*¹⁸ (Tradução livre)

A decisão final proferida pela Suprema Corte canadense considerou que proibir a veiculação da publicidade de cigarros nos principais meios de comunicação não era compatível com a Seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹⁹. É de notar-se que a Constituição canadense, no particular, contém dispositivos muito semelhantes à brasileira, garantindo genericamente a liberdade de expressão e de imprensa. A diferença fica por conta do caráter mais analítico de nossa Carta, que trata especificamente da publicidade de cigarros, admitindo restrições, mas assegurando sua veiculação como um direito.

Curiosamente, este relevante aspecto da informação contida na publicidade foi reconhecido em pronunciamento recente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, que, por sua assessoria de Comunicação Social, divulgou nota com a seguinte e expressiva passagem:

*“É indiscutível que a propaganda é o principal meio pelo qual o consumidor toma conhecimento das características de um produto, exercendo sua opção de compra em função destas informações.”*²⁰

Repassada, assim, a disciplina constitucional da matéria, cabe apontar os vícios que comprometem a validade da lei aqui discutida. Como se verá, ao banir a publicidade de um produto lícitamente produzido e comercializado, a lei atenta contra direitos, liberdades e princípios fundamentais instituídos pela Lei Maior, e viola flagrantemente a regra expressa do art. 220, § 4º, da Constituição Federal.

IV. Da inconstitucionalidade da Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000

1. A publicidade no rádio, na televisão e na imprensa pode ser restringida, mas não proibida

Por limitar direitos individuais e difusos constitucionalmente assegurados, a

18 Fonte: v. nota 3, *infra*.

19 Carta Canadense de Direitos e Liberdades Fundamentais: “2. A todos são asseguradas as seguintes liberdades fundamentais: a) liberdade de consciência e religião; b) liberdade de pensamento, crença, opinião e expressão, incluindo liberdade de imprensa e de qualquer outro meio de comunicação; c) liberdade de se reunir pacificamente; e d) liberdade de associação.” Tradução livre.

20 Nota divulgada pela ANVS, através da Assessoria de Comunicação do Ministério da Saúde, datada de novembro de 1999.

restrição à liberdade de expressão e ao direito de informação por via publicitária só pode ocorrer se obedecidos os parâmetros delineados na própria Carta. E, de fato, ela contempla tal possibilidade no § 4º do art. 220, relativamente aos produtos que menciona, em preceito que tem a seguinte dicção:

“Art. 220.....

§ 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 conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

Em cumprimento da regra constitucional, editou-se lei específica sobre o tema — a Lei nº 9.294/96, que foi alterada pela lei em exame. Aquele diploma estabelecia limitações de horário e de conteúdo para a propaganda de cigarro, bem como impunha a divulgação de cláusulas de advertência, nos termos de frases contundentes determinadas pelo Ministério da Saúde²¹. Confira-se a redação do art. 3º anterior à questionada alteração:

“Art. 3º. A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas.

§ 1º A propaganda comercial dos produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

I — não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas;

II — não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga, ou a tensão, ou qualquer efeito similar;

III — não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes;

IV — não associar o uso do produto à prática de esportes olímpicos, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais;

V — não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI — não incluir, na radiodifusão de sons ou de sons e imagens, a participação de crianças ou adolescentes, nem a eles dirigir-se.

§ 2º A propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os

21 Anteriormente à vigência da Medida Provisória n.º 2.039/19, de 28.07.2000, a Lei 9.294/96 previa taxativamente quais advertências deveriam constar das embalagens e anúncios de cigarros. No entanto, a partir da alteração introduzida por esta MP aos arts. 2º e 3º da mencionada lei, compete agora ao Ministério da Saúde a determinação do conteúdo de tais advertências, o que restou estipulado na Portaria n.º 695, de 1º de junho de 1999, abaixo transcrita.

malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa.

§ 3º *As embalagens, exceto se destinadas à exportação, os pôsteres, painéis ou cartazes, jornais e revistas que façam difusão ou propaganda dos produtos referidos no art. 2º conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior.*

§ 4º *Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão seqüencialmente 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 uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor.*

§ 5º *Nos pôsteres, painéis, cartazes, jornais e revistas, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão seqüencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese variando no máximo a cada cinco meses, devendo ser escritas de forma legível e ostensiva.*

§ 6º *A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para impedir a veiculação de propaganda enganosa de produtos e serviços submetidos ao seu controle, poderá exigir apresentação prévia de cópias das peças publicitárias referentes a esses produtos e serviços, conforme regulamento aprovado pela sua Diretoria Colegiada.”*

As advertências determinadas pelo Ministério da Saúde, a teor da Portaria n.º 695, de 1.6.1999, são as seguintes:

“O MINISTÉRIO DA SAÚDE ADVERTE:”

- 1. FUMAR CAUSA CÂNCER DE PULMÃO.*
- 2. FUMAR PROVOCA INFARTO DO CORAÇÃO.*
- 3. A NICOTINA É DROGA E CAUSA DEPENDÊNCIA.*
- 4. FUMAR CAUSA IMPOTÊNCIA SEXUAL.*
- 5. CRIANÇAS COMEÇAM A FUMAR AO VEREM OS ADULTOS FUMANDO.”*

De parte isto, o Código de Defesa do Consumidor — Lei n.º 8.078, de 11.09.90 — também contém normas que resguardam os consumidores da propaganda irregular, conforme prevê, de forma minuciosa, o art. 37 e seus parágrafos:

“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.”

A publicidade de cigarros deve observar, ainda, as normas do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR)²² e do Estatuto da Criança e do Adolescente, como antes mencionado. Vê-se, portanto, que a sociedade até agora esteve suficientemente protegida contra abusos de natureza publicitária, e sobretudo, com maior rigor, da propaganda de cigarros.

Nada obstante o exposto até aqui, é importante assinalar que a Constituição assegura a publicidade, como direito subjetivo de empresários e consumidores. Assim, no mesmo passo que admitiu a *restrição legal* do direito (art. 220, § 4º) — até porque nenhum direito é absoluto — trouxe implícita a impossibilidade de seu *banimento*. A interpretação gramatical ou semântica se apresenta aqui como limite à atividade criadora do intérprete²³. As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob pena de perderem seu papel de transmissores de idéias e significados. Nesse sentido, apenas ratificando o que é pacífico, veja-se decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão:

*“Através da interpretação não se pode dar a uma lei inequívoca em seu texto e em seu sentido, um sentido oposto; não se pode determinar de novo, no fundamental, o conteúdo normativo da norma que há de ser interpretada; não se pode faltar ao objetivo do legislador em um ponto essencial.”*²⁴

No esforço de dissimular o banimento de fato da publicidade, o legislador concedeu permissão para que ela seja realizada em pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. Analogicamente, é como confinar a divulgação de uma determinada doutrina religiosa ao interior do templo; ou o debate de idéias socialistas à sede da agremiação política que as professa; ou a música sertaneja aos rodeios ou auditórios específicos, sem que possa ser executada na televisão ou no rádio.

A permissão de anunciar em meios rudimentares e sem expressão inviabiliza que se faça, perante o grande público, a apresentação e divulgação do produto, elementos essenciais à publicidade na quadra histórica atual. Os meios de comuni-

22 O CONAR regulamenta a propaganda de cigarros no artigo 44, anexo J, do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

23 Em pertinente observação, Karl Larenz afirma que a interpretação gramatical consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação. (Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, 1966, p. 256). Sobre o tema, v. também Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, pp. 126 e seguintes.

24 *BverfGE*, 11, 126 (130). V. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p 283.

cação de massa são as principais vias de intercâmbio de informações na sociedade de consumo moderna²⁵. Vale dizer: a proibição imposta na lei atinge a essência da propaganda, desviando-a dos seus próprios fins e esvaziando seu conteúdo, o que na prática configura seu verdadeiro banimento e não uma restrição admitida pela Constituição.

Essa forma oblíqua de suprimir um direito constitucional tem sido rejeitada pela doutrina e pela jurisprudência. Em tema de proteção ao direito de propriedade contra abusos regulatórios do Poder Público, escreveu o professor José de Oliveira Ascensão:

“Mas o adensar dessas restrições não pode ignorar uma barreira, representada justamente pela garantia constitucional da propriedade.

‘A restrição da propriedade não pode ir até o ponto de esvaziar a garantia da propriedade do seu conteúdo.

O problema tem atualmente grande relevância, uma vez que, de maneira indireta, através de restrições genéricas, se pode tirar todo o significado prático a um concreto direito’, sem que todavia, se utilize o instituto da expropriação, e, portanto, se conceda a indenização que a esta anda associada.”²⁶ (grifos acrescentados)

A tese é igualmente pacífica nos Tribunais, como confirmam, a título de ilustração, as duas decisões abaixo, do Superior Tribunal de Justiça:

“As ‘limitações administrativas’, quando superadas pela ocupação permanente, vedando o uso, o gozo e livre disposição da propriedade, desnaturalizam-se conceitualmente, materializando verdadeira ‘desapropriação’. Impõe-se, então, a obrigação indenizatória justa e em dinheiro, espancando mascarado ‘confisco’.”²⁷ (grifos no original)

“As limitações e, sobretudo, as restrições administrativas, devem guardar compatibilidade entre a decisão legislativa e os princípios constitucionais que garantem o direito de propriedade. (...)

A redução do gabarito dos prédios de 50 para 15 metros, numa diminuição de mais de setenta por cento (70%), é desarrazoada e abusiva, ‘torna

25 Vale destacar a observação de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim: “Não há sociedade de consumo sem publicidade. Como muito acertadamente acentua Guido Alpa, ‘a publicidade pode, de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna’ (*Diritto Privato dei Consumi*, Bolonha, Il Mulino, 1986, p. 123). Há como uma indissolubilidade do binômio ‘sociedade de consumo-publicidade’”. (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 1998, p. 189)

26 José de Oliveira Ascensão, *A violação da garantia constitucional da propriedade privada por disposição retroativa*. In *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul* 18/73, 1977.

27 STJ, REsp. n. 39.842-8/SP, Rel. Min. Milton Pereira, DJ de 30.5.1994.

imprestável a propriedade, desviando-lhe (sic) de seus próprios fins', constituindo motivo para indenização."²⁸ (grifos acrescentados)

Aplicando-se o mesmo raciocínio ao direito subjetivo constitucional de veicular propaganda de cigarros (art. 220, § 4º, CF), é incontestável que a medida contida na Lei 10.167/2000 afeta seu conteúdo substancial e relevante, constituindo, efetivamente, um banimento da publicidade desses produtos.

É interessante observar que mesmo em países nos quais o constituinte não assegurou, de modo explícito, o direito à publicidade e, especificamente, à publicidade de cigarro, não se ousou o banimento de todos os meios de comunicação de massa, como aqui pretendido. Nos Estados Unidos, por exemplo, a publicidade desses produtos continua a ser permitida na imprensa (jornais, revistas, folhetos), tal qual a colocação de anúncios fora dos estabelecimentos comerciais. Na Espanha é autorizada a propaganda de cigarros na imprensa escrita e nas transmissões radiofônicas. E mesmo na França, onde o nosso Ministério da Saúde supõe ter sido proibida "totalmente a publicidade do tabaco"²⁹, ela continua a ser permitida na imprensa comercial e nos postos de venda.

Embora o direito comparado não seja a melhor fonte de informação doutrinária na matéria — pois a Constituição brasileira contém norma expressa sobre o tema, ausente em outros sistemas —, ainda assim não se arriscou, em outros países, o banimento radical como pretendido pela lei em discussão.

No caso brasileiro é importante observar que, ao instituir o direito à publicidade e admitir sua restrição legal relativamente a alguns produtos, o constituinte o fez no capítulo dedicado à *comunicação social*, onde cuida especificamente dos meios de comunicação de massa: televisão, rádio e imprensa. É nesses veículos que a publicidade está assegurada, observadas as limitações validamente instituídas. *Proibir* a divulgação de produtos nesses meios é violar a norma constitucional.

A limitação da propaganda comercial apenas aos meios permitidos pela lei ora analisada, portanto, além de não subsumir-se ao sentido do termo *restrição*, utilizado pelo constituinte — caracterizando uma proibição praticamente absoluta — viola o direito subjetivo constitucional de divulgar tais produtos em meios de comunicação dirigidos ao grande público. É bem de ver que o legislador constituinte admitiu restrições à propaganda dos produtos que especificou, pressupondo sua veiculação nos meios compatíveis com a tecnologia de comunicação do mundo moderno. Tanto assim que inseriu o dispositivo que cuida do assunto no capítulo e, especificamente, no artigo que disciplina a comunicação social de massa, com expressa menção a veículos como o rádio, a televisão e a imprensa (art. 220, § 3º, II e § 6º, sem contar as referências dos arts. 221, 222 e 223).

28 STJ, REsp. 53.797/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 12.12.1994. No mesmo sentido, STF, RE 134.297/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22.09.1995.

29 Documento intitulado "Dez observações sobre o ofício da Abert contrário à restrição da propaganda do cigarro.", de 27 de junho de 2000, publicado em diversos jornais.

Não foi, portanto, para preservar a liberdade de expressão em meios inexpressivos e inviáveis à divulgação de qualquer produto na moderna sociedade de consumo que o constituinte fez constar do texto constitucional o § 4º do art. 220. Ao contrário, foi exatamente por considerar estar tratando de comunicação social expressiva que o legislador constituinte previu a possibilidade de a lei impor restrições e o dever de veicular cláusulas de advertência — mecanismos que considerou capazes de estabelecer o equilíbrio entre os direitos à liberdade de expressão e à informação, e o direito do consumidor de receber a referida proteção.

Assim, as restrições legais quanto aos meios de comunicação utilizáveis na propaganda dos produtos em apreço só podem ser impostas com ampla cautela. As limitações autorizadas pela Constituição referem-se ao conteúdo da propaganda — não enganosa, não abusiva — e não ao meio em que ela é veiculada, na medida em que são inadmissíveis restrições que constituam óbice ao direito do fabricante de divulgar o produto, de difundir inovações operadas nos mesmos ou de ofertar novas opções, bem como ao direito do consumidor de receber tais informações e, com isso, fazer escolhas esclarecidas. O uso dos meios de comunicação de massa é, portanto, um pressuposto do direito constitucionalmente assegurado de veiculação da publicidade dos produtos enumerados no art. 220, § 4º da CF.

Diante da clara inteligência das normas aplicáveis, a previsão constante da lei aqui comentada, no sentido de que a propaganda comercial de cigarros só possa ser efetuada “*através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda*”, frustra, de modo ostensivo, o tratamento constitucional da matéria. A lei pode legitimamente — e já o fazia — impor restrições. Pode até mesmo autorizar campanhas de esclarecimento ou de desestímulo ao consumo do produto. Mas não pode, a pretexto de restringir, *proscrever*, especialmente naqueles meios referidos no art. 220. Não há lugar, no direito constitucional positivo brasileiro, para a intolerância e para a imposição de verdades únicas e absolutas em matéria de expressão e informação.

De parte a liberdade de expressão e o direito à informação — que já justificam, como visto, a impossibilidade de banir a propaganda — a garantia da veiculação de publicidade nos meios de comunicação dirigidos ao grande público visa também a preservar outros princípios constitucionais importantes: a livre-iniciativa (art. 1º, IV), a livre concorrência (art. 170, IV) e a liberdade de empresa (art. 170, parágrafo único). Isto porque é através daqueles meios que os fabricantes têm acesso ao público em geral, a fim de divulgar as características de cada um de seus produtos, as inovações tecnológicas que neles se operaram ou as vantagens em por eles se optar.

Se os fabricantes não tiverem meios efetivos de tornar públicos os traços distintivos de seus produtos, a tendência é de que os consumidores não alterem suas preferências de marca. Por esse motivo, novos fabricantes certamente enfrentariam dificuldades em se estabelecer no mercado, assim como os antigos não lograriam aumentar seu *market share*. Livre-iniciativa, livre-concorrência e livre empresa, na moderna sociedade de consumo, pressupõem a possibilidade de anunciar nos meios de comunicação social de massa, entre eles televisão, no rádio, em jornal e em revistas.

2. A lei não resiste à ponderação de valores imposta pela moderna teoria constitucional

O direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida por duas disposições legais simultâneas que se contraponham. Para solucionar tal conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* — pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior —, o *temporal* — pelo qual a lei posterior revoga a anterior —, e o da *especialização* — pelo qual a lei específica prevalece sobre a lei geral³⁰.

Esses critérios, todavia, não são satisfatórios quando o conflito se dá entre normas constitucionais. De acordo com o princípio da unidade hierárquico-normativa, normas da Constituição originária jamais podem ser consideradas inválidas, nem o intérprete pode deliberadamente escolher uma para prevalecer sobre as demais. A Constituição, como se sabe, é um documento dialético, fruto de um compromisso político, e que, por isso mesmo, abriga princípios e direitos potencialmente conflitantes. Quando surgem efetivamente situações de conflito — como, *e.g.*, as que contraponham o princípio da livre iniciativa e o da intervenção do Estado no domínio econômico, ou o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade — cabe ao intérprete buscar a conciliação possível entre as proposições aparentemente antagônicas, procedendo a uma *ponderação de valores*.

A ponderação de valores é técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Nesse sentido, a conclusão de Daniel Sarmiento, em denso estudo sobre o tema³¹:

“Com efeito, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.”

Pois bem: a hipótese aqui discutida envolve, de um lado, os direitos à liberdade de expressão e à informação, e, de outro, o interesse público na proteção à saúde³².

30 Sobre antinomias e critérios para solucioná-las, v. Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1990, pp. 81 e ss.

31 Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000, p. 96.

32 A contraposição entre princípios ou direitos fundamentais e valores protegidos pelo interesse público ou pelo interesse coletivo é considerada como colisão de direitos fundamentais em sentido

Em nome desta, a lei ora questionada pretende abolir sumariamente uma forma relevante de comunicação social, que é a publicidade de um produto no rádio, na televisão e na imprensa. Em lugar de proceder à ponderação de valores — como fazia a disciplina em vigor, que procura conciliar o direito de divulgar o produto com o dever de advertir e esclarecer sobre os malefícios a ele associados —, a nova lei elege um interesse e ignora o outro³³, instituindo uma supremacia entre direitos igualmente fundamentais não autorizada pela Constituição.

3. A lei não resiste ao teste da razoabilidade

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade é um dos mais relevantes fundamentos da interpretação constitucional atualmente. Sua ascensão científica remonta ao direito constitucional americano, tendo se consolidado nos países de tradição romano-germânica com o impulso da formulação doutrinária alemã e da jurisprudência formada no âmbito do Tribunal Constitucional Federal daquele país. Foi acolhido nos últimos anos pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, inclusive e sobretudo a do Supremo Tribunal Federal, sendo referido indistintamente como princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade³⁴.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, visando a assegurar a racionalidade e o equilíbrio, impedindo o arbítrio e o capricho. Permite ao Judiciário invalidar atos emanados do Poder Público quando: (a) não haja relação de adequação entre o meio empregado e o fim visado; (b) a medida não seja necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado, com menor ônus para o direito individual (vedação do

amplo e se insere, sem controvérsia, na dogmática da ponderação. V. Robert Alexy, *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.98. Texto mimeografado.

33 Sobre esse risco, advertiu Norberto Bobbio, em seu livro *A era dos direitos*, 1992, p. 42: “Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem (...) ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante.”

34 Entre os autores nacionais, vejam-se: San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei e 'due process of law' (contribuição ao estudo da limitação constitucional ao Poder Legislativo)*, Revista Forense CXVI/357 (1948), José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: o devido processo legal*, s.d.; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 1989; Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996; Luís Roberto Barroso, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, Revista Forense 336/125. Na jurisprudência o princípio constitucional da razoabilidade também goza de crescente prestígio. Confirmam-se, dentre outros, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: ADINMC 855/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01.10.93; HC-77003/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 11.09.98; HC 76060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 15.05.98.

excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a medida importe em sacrifício de bem jurídico tão ou mais relevante do que o protegido.

No caso concreto, a lei editada não preenche qualquer dos três requisitos aos quais deveria satisfazer cumulativamente. De fato, quanto ao primeiro elemento — adequação meio/fim —, é pelo menos controvertida a idéia de que a proibição da propaganda tem impacto importante sobre o consumo. Ao contrário, como já antecipado, diversos estudos sustentam tese contrária, como se extrai dos exemplos a seguir enunciados:

i) a Noruega, apesar de haver proibido, de longa data, a propaganda de cigarro e o fumo em local público, possui a mais elevada proporção de fumantes *per capita*, em comparação com outros sete países da Europa³⁵;

ii) outro estudo demonstrou que o consumo anual de cigarros, em países da comunidade européia, entre 1964 e 1990, não foi reduzido apesar das proibições impostas à propaganda³⁶;

iii) texto publicado em coletânea sobre as relações entre publicidade e consumo assentou que:

*“Em primeiro lugar (...) não existe evidência objetiva de que a propaganda de cigarros estimule o fumo entre os jovens (...) e, em segundo lugar, não existem evidências objetivas e substanciais de que a propaganda de cigarros provoque o aumento no consumo (...)”*³⁷

iv) a Suprema Corte do Canadá, no acórdão já referido, em que declarou ou inconstitucional lei similar à brasileira (em 1995), concluiu que:

“(...) não existem evidências diretas de natureza científica que comprovem a ligação causal entre a propaganda e uma diminuição no consumo de cigarros.” (Tradução livre)

v) no Brasil, pesquisa realizada pelo IBOPE, em 1995, constatou a ausência de nexos causal entre a propaganda e o início do consumo de cigarro. Indagando-se a cada entrevistado “o que exatamente o levou a fumar”, as principais respostas foram: (1) porque amigos/conhecidos fumam ou fumavam (45,4%); (2) por curiosidade ou vontade (24,6%); (3) porque pai/mãe/parentes fumavam (23,9%); (4) porque achava bonito/charmoso (11%). Ou seja: nenhuma menção à publicidade. Quando, porém,

35 Pål Kraft e Terje Svendsen, *Tobacco use among young adults in Norway, 1975-95: has the decrease leveled out?*, Tobacco Control, 1997, Norwegian National Council on Smoking and Health.

36 J. M. Stewart, *The effect on tobacco consumption of advertising bans in OECD Countries*, in *International Journal of Advertising* 12/155-180, 1993.

37 John Luik, *Advertising and markets*, eds. J. Luik e M. Waterson, NTC Publications Ltd., 1996. Tradução livre. Os estudos referidos nesta nota e nas duas que a antecedem foram obtidos em pesquisa empreendida pela consultante, que atesta sua autenticidade. O autor do estudo não teve acesso aos textos originais.

induzidos a se manifestarem sobre a propaganda, em cartão do qual ela constava expressamente como uma das opções, não mais que 5,2% dos entrevistados a mencionaram como uma das razões que motivaram sua decisão³⁸.

É possível, na verdade é mesmo provável, que existam diversos estudos em linha oposta. Mas, é preciso reconhecer que o tema em discussão envolve relevantes interesses de todas as partes envolvidas — fabricantes, consumidores, empresas de publicidade, governos, órgãos de imprensa — e que, ademais, tornou-se singularmente ideológico. Todavia, para o fim aqui visado, que é o de questionar a adequação da medida, 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 cigarro³⁹. Há, por outro lado, uma certeza: a ausência de publicidade diminui a discussão sobre a matéria e, como consequência, a informação e o esclarecimento da população, inclusive quanto aos malefícios associados ao fumo.

O segundo elemento — necessidade da medida e proibição do excesso — também não é atendido pela lei aqui analisada. Tal requisito veio explicitado em decisão clássica do Tribunal Constitucional Federal alemão, na qual se lavrou:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”

Verifica-se da transcrição que além da racionalidade da medida — isto é, a adequação meio/fim — deve estar presente um outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o de sua exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*). Conhecido também como “princípio da menor ingerência possível”, consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”⁴⁰.

Ora bem: na hipótese aqui versada há um conjunto expressivo de meios alternativos menos gravosos, que incluem limitações de horário e de conteúdo da publi-

38 O signatário deste estudo teve acesso à íntegra da pesquisa do IBOPE.

39 Sobre o tema, v. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1986, p. 488: “Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins.”.

40 *BverfGE*, 39, 210 (230-1). V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 44.

cidade, cláusulas de advertência e campanhas de esclarecimento e desestímulo ao consumo. O legislador não podia optar autoritariamente pela via que maior prejuízo traz para os direitos individuais e difusos em questão.

Por fim, o terceiro elemento da formulação conceitual da razoabilidade — proporcionalidade em sentido estrito — também não está presente. Cuida-se aqui de uma verificação da relação custo/benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”⁴¹.

Na hipótese concreta, o objetivo de impedir a difusão de um produto reputado como nocivo à saúde (CF, art. 220, § 3º) importou em cerceamento de diferentes direitos constitucionais — liberdade de expressão, direito à informação, livre-concorrência — afetando fabricantes, anunciantes, meios de comunicação e os próprios consumidores. Aliás, antes de enviar ao Congresso Nacional mensagem veiculando a iniciativa da lei aqui criticada, o Poder Executivo já procurara intervir na matéria instituindo, através da Medida Provisória nº 2.039/19, de 28.07.2000, a censura prévia de peças publicitárias⁴².

Nesse domínio específico, em vez da cópia acrílica e radicalizada de outros modelos, é preciso identificar o inimigo certo. O sacrifício absoluto de determinadas liberdades públicas, em nome de outros valores — ainda que socialmente relevantes —, constitui grave precedente e revive o trauma do abuso estatal e do autoritarismo, desvios recorrentes na trajetória institucional brasileira.

O passado ainda é muito recente para não assombrar. No cinema, filmes eram simplesmente proibidos ou projetados com tarjas que transformavam drama em caricatura. Nas artes, o Ballet Bolshoi foi impedido de dançar no Brasil, por constituir propaganda comunista. Na música, havia artistas malditos e outros que só conseguiam aprovar suas letras mediante pseudônimo. Na televisão, programas foram retirados do ar, suspensos ou simplesmente vetados. Em momento de paroxismo, proibiu-se a divulgação de um surto de meningite, para não comprometer a imagem do governo.

Em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário: de regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, ela oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi.

41 J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., pp. 387-8.

42 Esta Medida Provisória introduziu o parágrafo § 6º ao art. 3º da Lei 9.294/96, com a seguinte dicção: “§ 6º A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para impedir a veiculação de propaganda enganosa de produtos e serviços submetidos ao seu controle, poderá exigir apresentação prévia de cópias das peças publicitárias referentes a esses produtos e serviços, conforme regulamento aprovado pela sua Diretoria Colegiada.”

V. Conclusão

A Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000, afigura-se uma inovação inconveniente do ponto de vista institucional, ao optar pela proibição em lugar da informação. As idéias desenvolvidas no presente estudo podem ser compendiadas nas proposições seguintes:

A. O cigarro é de longa data um produto controvertido, sendo associado a diversos problemas de saúde. Sua produção e consumo, todavia, são atividades lícitas e há consenso de que assim devam permanecer. É legítima a política pública de desestímulo ao consumo de determinado produto, inclusive por via da publicidade. É polêmica, na literatura especializada e na experiência prática de outros países, a relação entre publicidade e níveis de consumo de cigarro.

B. A Constituição brasileira assegura a liberdade de expressão, o direito à informação, a liberdade de empresa e a livre concorrência. A publicidade é instrumento relevante de realização desses valores e não pode ser cerceada fora dos limites constitucionalmente tolerados.

C. A Constituição assegura expressamente o direito subjetivo à publicidade, inclusive e sobretudo à propaganda comercial de tabaco (art. 220, § 4º), permitindo, todavia, *restrições legais*. A proibição absoluta viola, naturalmente, o sentido e o alcance da exceção constitucional à liberdade de expressão. O tratamento da matéria no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220 a 224) evidencia que o direito é assegurado nos meios de comunicação ali previstos: rádio, televisão e imprensa. Frustra ostensivamente a disciplina constitucional instituída confinar a publicidade do produto a meios rudimentares como pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.

D. A ponderação de valores, no caso de colisão de direitos fundamentais, impõe o menor sacrifício de cada um deles, em concessões recíprocas, não sendo legítimo que se ignore um em favor de outro. Não pode o legislador, em nome do alegado interesse de impedir a divulgação de um produto lícito, por reputá-lo nocivo à saúde, suprimir o desfrute de outras situações constitucionalmente protegidas, dentre as quais a liberdade de expressão, o direito à informação e a livre concorrência.

E. A nova lei editada não passa no teste da razoabilidade, em nenhum dos seus três requisitos: não há demonstração de que o meio seja adequado e eficaz para o fim pretendido; o excesso contido na medida é manifesto, pois existem mecanismos alternativos para se buscar o resultado por ele visado; e os valores sacrificados não são inferiores ao interesse que se quer promover.