LEI Nº 9.294/96 – AS RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE DOS PRODUTOS
DERIVADOS DO TABACO E A ADI 3311, EM TRÂMITE PERANTE O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACT Nº 9.294/96 – THE RESTRICTIONS
TO THE ADVERTISING OF TOBACCO DERIVATIVE PRODUCTS AND ADI
3311, UNDERWAY IN THE SUPREME COURT

Larissa Fernandes Nogueira da Gama
Advogada da União.
Especialista em Direito Público pela UNB

1 A Lei nº 9.294/96 e a ADI 3311; 1.1 Os fundamentos do pedido de declaração de inconstitucionalidade; 1.2 A atuação da Advocacia-Geral da União, na defesa da norma atacada; 2 A posição da doutrina brasileira quanto à constitucionalidade das restrições impostas pela Lei nº 9.294/96 à publicidade dos produtos derivados do tabaco; 3 Os desafios a serem enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 3311; 3.1 A (não) ponderação dos direitos fundamentais que se encontram em conflito; 3.2 A violação ao Princípio da Proporcionalidade; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Constituição Federal determina que a propaganda comercial de tabaco deve ficar sujeita às restrições legais, contendo, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Em atenção ao comando constitucional, foi publicada a Lei nº 9.294/96, que regulamenta as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, cujo artigo 3º, restou vedou a publicidade comercial de tabaco nos grandes veículos de comunicação (televisão, rádio e jornais). Entendendo que essa norma extrapolou por completo o determinado pela Carta Magna, a Confederação Nacional das Indústrias - CNI ajuizou a ADI 3311, atualmente em curso no Supremo Tribunal Federal. O presente artigo visa realizar um estudo crítico a respeito dessa ação, apresentado os argumentos deduzidos pelas partes envolvidas, por serem de todo necessários à delimitação da controvérsia em torno das restrições à publicidade do tabaco. Em seguida, colaciona o entendimento da doutrina (ainda não sedimentado) a respeito da matéria, e, ao final, analisa a presente questão sob o ângulo do princípio da razoabilidade, fundamental para a conclusão à qual pretende chegar.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade. Produtos derivados do tabaco. Restrições. ADI 3311.

ABSTRACT: The Federal Constitution determinates that commercial tobacco advertising must remain subject to legal restrictions, containing, when necessary, warnings concerning the damages resulting from its use. In attention to the constitutional command, Act nº 9.294/96 was published, which regulates restrictions regarding use and advertising of smoking products, which Article 3º prohibited tobacco advertising in large communication vehicles (television, radio and newspapers). Understanding that this article extrapolated entirely the Constitution, the National Confederation of Industries (CNI) opposed the ADI 3311, currently underway in our Supreme Court. This present article aims to accomplish a critical study on this case, by presenting the arguments deducted by both parts, which are necessary to delineate the controversy regarding the restrictions on smoking products advertisement. Next, it brings the doctrinaire understanding (not consolidated) on the issue, and, at its final part, analyses the question in regard to the proportional principle, fundamental to the conclusion adopted.

KEYWORDS: Advertising. Tobacco derivative products. Restrictions. ADI 3311.

1 A LEI Nº 9.294/96 E A ADI 3311

Após um longo período ditatorial, com toda a censura que lhe é inerente, foi promulgada a Constituição de 1988 que, preocupada com os abusos cometidos durante o regime de exceção, dedicou todo um capítulo de seu texto à Comunicação Social, proibindo a censura, em todas as suas formas, com o objetivo de assegurar, tanto quanto possível, a livre imprensa e a liberdade de informação.

Não obstante a primazia à liberdade de comunicação almejada pelo Constituinte, no que tange ao objeto do presente trabalho, qual seja a publicidade dos produtos derivados do tabaco, a Carta Magna editou a norma de eficácia contida do artigo 220, § 4º, segundo a qual:

Art. 220, § 4º : A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita às restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso.

Visando regulamentar a supracitada norma constitucional, foi promulgada a Lei nº 9.294, em 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

As restrições à publicidade dos produtos derivados do tabaco foram regulamentadas no artigo 3º dessa Lei, nos seguintes termos:

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

§ 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 atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais;

V – não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI – não incluir a participação de crianças ou adolescentes.

§ 2º : A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa.

§ 3º : As embalagens e os maços de produtos fumíferos, com exceção dos destinados à exportação, e o material de propaganda referido no caput deste artigo conterão a advertência mencionada no § 2º acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem.

§ 4º : Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor.

§ 5º : A advertência a que se refere o § 2º deste artigo, escrita de forma legível e ostensiva, será sequencialmente usada de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses.

Como se percebe pela simples leitura do artigo acima transcrito, foram inúmeras as restrições à propaganda de tabaco introduzidas pela Lei nº 9.294/96, as quais, como não poderia deixar de ocorrer, colidiram

frontalmente com os interesses das empresas nacionais de produtos fumíferos, assim como as de publicidade.

Dessa forma, a CNI – Confederação Nacional das Indústrias ajuizou a ADI 3311, no dia 24 de setembro de 2004, que se encontra sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, ainda sem julgamento de mérito.

Em face da importância do tema, várias associações requereram seu ingresso nessa ADI na qualidade de *amicus curiae*, tendo sido admitidas como tal a ABRESI (Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo), o Partido Verde, a CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde), o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), o BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor), a ABP (Associação Brasileira de Propaganda), a ANER (Associação Nacional dos Editores de Revistas), a ANJ (Associação Nacional de Jornais) e a ACT (Associação de Controle de Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos).

A Advocacia-Geral da União defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas, nos termos do art. 103, § 3º da Constituição Federal, e o Ministério Público Federal apresentou Parecer pugnando pela improcedência do pedido.

Ainda não houve a apreciação da medida liminar requerida pela CNI.

Foram vários os argumentos utilizados pela CNI para fundamentar o pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º e §§ 2º, 3º, 4º e 5º da Lei 9.294/96, por ofensa aos artigos 1º, caput e IV; 3º, I; 5º, IV, IX e XIV; 170 e 220, § 4º, da Constituição Federal, dentre os quais merecem destaques os que seguem colacionados.

1.1 OS FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A CNI, em sua exordial¹, afirma que o direito de realizar propaganda é um sub-princípio da liberdade econômica, não podendo ser restringido de maneira tão rígida.

Isso porque a livre iniciativa é um dos fundamentos da República (CF art. 1º, IV), assim como da ordem econômica (CF, art. 170, caput), garantias essas que, por si só, já seriam suficientes para assegurar às empresas o livre desempenho de suas atividades, aí compreendido,

¹ A petição inicial da ADI 3311 foi subscrita pelos Drs. Leonardo Greco e Alexandre Santos de Aragão. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

por certo, o direito à divulgação de seus produtos em todos os meios disponíveis de comunicação de massa.

Corroborando tal tese, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) assegura essa ampla acepção ao direito de livre comunicação do pensamento, *verbis*:

Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão.

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

Dessa forma, o artigo 3º da Lei nº 9.494/96, ao restringir a publicidade de produtos derivados do tabaco de uma maneira tão rigorosa acabou impedindo que a propaganda possa chegar à sociedade, o que, indubitavelmente, não teria sido a intenção do Constituinte ao editar a norma do artigo 220, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Isso porque a simples exposição de cartazes ostentando a marca do cigarro no interior de bares, que é a única propaganda permitida pela Lei nº 9.294/96, não seria publicidade no sentido atual do termo, uma vez que a publicidade na televisão (principal veículo de comunicação de massa em nosso país) substituiu e eliminou a propaganda no próprio local de venda do produto.

Essa é, inclusive, a opinião de Fábio Ulhoa Coelho, que em Parecer anexo à inicial da ADI 3311 assevera, *verbis*:

Os principais meios de comunicação social são a TV, o rádio, a imprensa e os cartazes externos (outdoor) porque o anúncio veiculado através desses canais é visto por um número muito maior de pessoas, do que ocorreria caso a mídia utilizada fossem os pôsteres, cartazes internos ou folhetos nos pontos de venda. [...]. Quando o projeto de Lei em exame estabelece que ‘a propaganda comercial dos produtos somente poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda’, não se trata de uma restrição, mas sim de verdadeira *proibição*, posto que os veículos autorizados têm importância menor na divulgação de qualquer marca de cigarro.

[...]

No Brasil, o sistema de controle da publicidade do tabaco é matéria constitucional e, portanto, somente uma Emenda à Constituição poderá validamente alterá-lo².

E, ainda que, *ad argumentandum tantum*, se sustentasse que a afixação de pôsteres, painéis e cartazes nos pontos internos de venda do produto pudesse ser incluída no conceito de propaganda comercial, a redação do caput do artigo 3º da Lei nº 9.294/96 continuaria eivada de inconstitucionalidade, por desprestigiar o conteúdo mínimo do direito assegurado às empresas de se comunicarem através da publicidade.

A CNI se insurge, igualmente, contra os §§ 2º a 5º do caput do art. 3º da Lei nº 9.294/96, alegando que eles obrigam as empresas de tabaco a incentivar o público a não consumir os seus produtos, em verdadeira contrapropaganda.

A veiculação de contrapropaganda nas embalagens de cigarro e materiais promocionais não serve utilmente para oferecer informações para que o consumidor realize uma decisão consciente ao adquirir o produto, conforme determina o texto constitucional - ela busca, apenas, dissuadir o consumidor da decisão de adquirir produtos fumíferos.

Isso porque um conjunto de cláusulas e fotos incluídas nas embalagens e matérias promocionais dos cigarros não se presta a informar corretamente o consumidor, mas apenas almeja fazê-lo desistir de adquirir produtos derivados do tabaco.

A CNI defende, ainda, que ao vedar a propaganda de produtos derivados do tabaco nos meios de comunicação social, a Lei nº 9.294/96 teria estabelecido uma censura legislativa dessa forma de comunicação social.

Por último, sustenta que os dispositivos dos §§ 2º a 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, na verdade, não traduzem a obrigação constitucional imposta ao legislador de esgotar o conteúdo das restrições a serem impostas à propaganda de produtos fumíferos, mas, ao contrário, conferem à Administração Pública uma alta carga de discricionariedade na determinação do conteúdo dessas restrições, que passam a ter mais um conteúdo de restrições regulamentares, ao invés de legais.

Seriam, portanto, inconstitucionais as redações dos §§ 2º a 5º do caput do art. 3º da Lei nº 9.294/96, uma vez que, por meio de termos excessivamente vagos (por exemplo, *“forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais”*), conferiram discricionariedade à Administração Pública para proceder à definição do conteúdo das

² Fábio Ulhoa Coelho apresentou Parecer defendendo a tese esposada pela CNI, que se encontra disponível para consulta nos próprios autos da ADI 3311.

restrições que, segundo a ordem constitucional, deveriam estar previstas em sede legal.

Em que pese o tecnicismo da exordial apresentada pela CNI, alguns de seus pontos são passíveis de críticas, uma vez que a autora da ADI 3311 não conseguiu demonstrar, de maneira cabal, em que ponto e especificamente como a Lei nº 9.294/96 teria estabelecido uma censura legislativa, e nem como ela teria transferido à Administração Pública a definição das restrições à publicidade dos produtos derivados do tabaco.

1.2 A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, NA DEFESA DA NORMA ATACADA

Em atenção ao comando constitucional do artigo 103, § 3º, que determina a defesa do ato ou texto impugnado, sempre que o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade de norma legal, a Advocacia-Geral da União sustentou a constitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.294/96³, pugnano pela improcedência da ADI 3311.

Segundo o defendido pela AGU, a questão dos danos à saúde causados pelos produtos fumíferos representa um grave problema mundial, não se limitando a um país ou continente específico, razão pela qual seu combate deve ser realizado de maneira universal.

Dessa forma, a problemática do consumo de tabaco deve merecer toda a atenção dos governos, tanto em face de seus altos custos sociais (diretos e indiretos), mas sobretudo tendo-se em vista a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, devendo ser adotada toda e qualquer medida que objetive a redução do número de fumantes entre a população mundial.

Assim, a questão do controle/combate do consumo de tabaco demanda uma cooperação internacional entre os países, sendo que, particularmente na Europa, a regulamentação já ocorre, em grande parte, em nível supranacional, constituindo uma questão de direito comunitário.

A AGU destaca, nesse cenário mundial globalizado, o recente Tratado de Controle do Tabaco, cujo artigo 13 estipula, no que tange à publicidade dos produtos fumíferos, *verbis*:

3 A AGU apresentou uma defesa pormenorizada da Lei nº 9.294/96, no dia 26 de outubro de 2004. A peça foi elaborada pelo Departamento de Controle Concentrado do Gabinete do AGU, tendo sido subscrita pelo Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa (à época, Advogado-Geral da União). Essa Defesa encontra-se disponível nos autos da ADI 3311.

Artigo 13: Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco

1. Las partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio. A este respecto, cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio para La Parte en cuestión, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

Esse Tratado foi assinado pelo Brasil, e encontra-se em fase de ratificação pelo Congresso Nacional, sendo certa a sua incorporação em nosso ordenamento jurídico. E, tão logo isso ocorra, o legislador ordinário ampliará ainda mais as restrições à publicidade de tabaco, visando a sua proibição completa, em atenção aos termos do Tratado supratranscrito.

A AGU colacionou, ainda, diversas leis já aprovadas e em vigor, que fazem referência à questão do tabaco, sendo que a primeira delas foi a Lei nº 7.488, de 11 de junho de 1986, que criou o Dia Nacional de Combate ao Fumo.

Sustenta a AGU, ainda, que consideradas as particularidades das regras impugnadas na ADI 3311, a ação deve ser analisada, de maneira prioritária, sob a ótica do Direito do Consumidor.

Dessa forma, além dos regramentos impostos à publicidade em geral, determinados produtos e serviços encontram-se sujeitos à restrições ainda mais gravosas, em razão dos riscos que porventura possam causar aos consumidores. E é exatamente isso que ocorre em relação aos produtos fumíferos, cuja publicidade é regrada, de forma ainda mais severa do que a prevista no Código de Defesa do Consumidor, pela Lei nº 9.294/96.

A Advocacia-Geral da União defende, ainda, que em casos como o presente, no qual se verifica um claro contraste entre princípios constitucionais, é necessário que a Suprema Corte pondere os valores

assegurados por esses princípios, de maneira a garantir, sempre que possível, a unidade e a harmonia de seu texto.

E, nesse contexto, não há como negar que o aparente conflito de princípios constitucionais ora apontado deve ser resolvido com a preponderância dos direitos do consumidor, enquanto direitos fundamentais projetados a partir da dignidade da pessoa humana.

Por último, a AGU explicita que, ao contrário do alegado pela CNI, o texto do artigo 3º da Lei nº 9.294/96 não extinguiu o direito de propaganda das empresas de tabaco.

Isso porque a legislação não veda a publicidade, mas apenas algumas de suas vertentes (como a televisão e o rádio), possibilitando, contudo, a propaganda que se apresente sob a forma de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.

E defende, por último, que a advertência nas embalagens, acompanhadas de ilustrações quanto aos malefícios do fumo, não constitui contrapropaganda, mas somente o modo mais eficaz de informar ao consumidor dos riscos aos quais se submetem os fumantes.

Esses foram os principais argumentos colacionados pela Advocacia-Geral da União que, em defesa irretocável, sustentou a constitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.492/96, pugnando pela improcedência da ADI 3311.

2 A POSIÇÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI Nº 9.294/96 À PUBLICIDADE DOS PRODUTOS DERIVADOS DO TABACO

Em um dos poucos artigos doutrinários especificamente dirigido ao tema ora em análise, Luiz Roberto Barroso⁴ defende a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, sob três fundamentos distintos.

Assim como entendeu a CNI, Luiz Roberto Barroso defende que a vedação à publicidade no rádio, na televisão e na imprensa (as principais formas de propaganda presentes na vida moderna) inviabiliza a divulgação, para o grande público, dos produtos derivados do tabaco, o que significa, em última instância, que as restrições impostas pela Lei nº 9.294/96 atingem a essência da propaganda, implicando o seu verdadeiro banimento, e não somente uma restrição, o que contraria o determinado na norma do artigo 220, § 4º da Magna Carta.

4 BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, p. 31-50, abril/junho 2001.

E apresenta, ainda, exemplos práticos que fortalecem essa idéia:

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 rádio⁵.

Ainda, o autor traz exemplos de direito comparado, para corroborar a tese de que o banimento da publicidade do tabaco não é, definitivamente, uma prática recomendada:

[...] 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’, ela continua a ser permitida na imprensa comercial e nos postos de venda⁶.

E, por último, Luiz Roberto Barroso defende que a Lei n° 9.294/96 não resiste à ponderação de valores imposta pela moderna teoria constitucional.

As normas de uma Constituição originária não podem ser consideradas inválidas, segundo o princípio da unidade hierárquico-normativa. E, ao proceder à interpretação de tais normas, o hermenauta não pode escolher uma, de maneira que ela venha a prevalecer sobre outra. Dessa forma, ao surgirem situações potenciais de conflito, cabe ao intérprete da lei buscar a convivência entre proposições aparentemente conflitantes, através da realização de uma ponderação de valores.

5 BARROSO. *op.cit.*, p. 41

6 *Ibidem*, p. 43

E, segundo o defendido pelo autor:

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 saúde. 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 outro, instituindo uma supremacia entre direitos igualmente fundamentais não autorizada pela Constituição⁷.

Dessa forma, defende que a Lei n° 9.492/96 não resiste ao teste da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade constitui um dos mais importantes fundamentos da atual interpretação constitucional. Por essa razão ele foi acolhido, de maneira inequívoca, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileira, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, a quem cabe decidir pela constitucionalidade de nossa legislação.

Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso sustenta a inconstitucionalidade do artigo 3° da Lei n° 9.294/96, ao fundamento de que o mesmo não atende, de maneira alguma, ao princípio da razoabilidade, nos seguintes termos:

O princípio da razoabilidade [...] 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 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.

7 BARROSO. *op.cit.*, p. 46. O autor, aqui, faz uma comparação entre a redação originária do art. 3° da Lei n° 9.294/96 (Lei 9.294/96: “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 uma e seis horas”) e a sua redação atual, introduzida pela Lei n° 10.167/00, que veda a publicidade nos grandes meios de comunicação.

[...] 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.

[...] O segundo elemento – necessidade de medida e proibição de excesso – também não é atendido pela lei aqui analisada. [...] Há um conjunto expressivo de meios alternativos menos gravosos, que incluem limitações de horário e de conteúdo da publicidade, 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.

[...] 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.

[...] 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 promover⁸.

E o autor não tem posicionamento isolado em nossa doutrina. Por ocasião do ajuizamento da ADI 3311, a CNI juntou à sua exordial Pareceres de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Fábio Ulhoa Coelho e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, além de Josaphat Marinho e Fernando Flores, todos eles corroborando a tese por ela defendida.

8 BARROSO. *op.cit.*, p. 46-50.

Em sentido contrário, Marcelo de Andrade Fêres⁹ sustenta a constitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, ao argumento de que, ao se proceder à devida ponderação das normas constitucionais que ora se encontram em conflito, devem preponderar os direitos fundamentais dos consumidores, por serem eles direitos fundamentais.

O autor defende, em suma, que:

A percepção dos direitos do consumidor como direitos fundamentais que concretizam a dignidade da pessoa humana, não qualquer de suas espécies, mas sim aqueles integrantes de seu núcleo essencial, como a proteção à pessoa, à vida e à saúde, e o direito de informação idônea ao exercício eficaz do livre arbítrio do indivíduo, devem se sobrepor a outros interesses constitucionalmente tutelados¹⁰.

Contraopondo a idéia de desproporcionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.492/96 defendida por Luiz Roberto Barroso, Marcelo de Andrade Fêres entende que a norma atende ao princípio da razoabilidade, *verbis*:

Com respeito ao argumento suscitado pela requerente (*a CNI*), relativo a uma suposta desproporcionalidade dos condicionamentos impostos pelas normas infraconstitucionais à propaganda comercial dos produtos do tabaco, cumpre assinalar sua total improcedência. Essas normas atendem à adequação, pois se mostram idôneas a atingir o objetivo por elas colimado; à necessidade, uma vez que é o único e exclusivo meio para alcançar seus fins; e à proporcionalidade em sentido estrito, porquanto atende à proteção do valor jurídico mais relevante, qual seja, a dignidade da pessoa humana¹¹.

Assim, podemos verificar que em nossa doutrina existem posicionamentos defendendo tanto a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade das restrições à publicidade dos produtos derivados do tabaco, ambos fundamentados no princípio da razoabilidade.

E essa é a premissa que ora é necessário estabelecer, para que se possa chegar à conclusão do presente trabalho.

9 FÉRES, Marcelo de Andrade. Da Constitucionalidade dos condicionamentos legais impostos à publicidade de produtos fumíferos: a tensão entre fornecedores e consumidores. *Revista da AGU*, Ano VI, n. 50, março de 2006.

10 *Ibidem*, p. 16

11 FÉRES, *op.cit.*, p. 17

A análise da constitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.294/96 consiste, em última instância, na definição da proporcionalidade das restrições à publicidade do tabaco, até mesmo porque, segundo já definiu o próprio Supremo Tribunal Federal, “o *postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro da aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais*”¹²

E, conforme se demonstrará, as restrições à publicidade dos produtos derivados do tabaco não preenchem nenhum dos requisitos do princípio da proporcionalidade, razão pela qual devem ser declaradas inconstitucionais.

3 OS DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA ADI 3311

Indubitavelmente, a tarefa de julgar a constitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.294/96 não será de maneira alguma facilmente desempenhada pelo STF, já que se encontram em jogo interesses extremamente relevantes.

De um lado, verificam-se os interesses da indústria do tabaco, que hoje é definida como uma atividade lícita¹³, e que gera uma enorme receita tributária para o Estado brasileiro - o cigarro é tributado em nosso país de uma maneira extremamente rígida. E, de outro lado, o dever constitucional de proteção dos consumidores e de sua saúde, que devem ser informados de maneira correta sobre os malefícios do cigarro, e dos danos que ele causa.

Como equilibrar todos esses interesses, da maneira mais equânime possível, beneficiando a ambas as partes, para que nenhuma delas fique totalmente privada do exercício de seus direitos ?

3.1 A (NÃO) PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE SE ENCONTRAM EM CONFLITO

Caberá à nossa Corte Suprema analisar o confronto, aqui já bem explicitado, entre os direitos fundamentais dos cidadãos e os das empresas de produtos derivados de tabaco, fazendo a devida contraposição entre

¹² STF, RE-AgR 200.844/PR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 16/02/2002.

¹³ A simples proibição do consumo do tabaco, tal como já fez os EUA, com as bebidas alcoólicas (durante o período da lei seca) não seria de nada recomendável, pois, segundo comprovou a experiência americana na década de 20, a proibição acabaria por somente fomentar o contrabando e outras práticas ilegais, não acarretando, de maneira alguma, a redução no consumo de cigarros.

as normas constitucionais que ora se colidem, interpretando-as da maneira mais harmônica possível.

O STF, em outras situações em que se conflitavam direitos fundamentais, já desempenhou essa tarefa.

O que importa destacar é que, ao realizar essa ponderação, é imperioso e fundamental que se assegure um conteúdo mínimo de fruição aos direitos que se encontram em situação de colisão, para que nenhum deles seja simplesmente extinto, o que seria uma solução desarrazoada, e de todo desaconselhável.

E, aqui, surge o primeiro fundamento pelo qual se impõe a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.294/96.

A norma, ao simplesmente vedar a propaganda de tabaco nos grandes meios de comunicação não consegue, de maneira alguma, equilibrar corretamente os interesses que ora se conflitam, o que foi feito, de maneira adequada, pela redação original do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, que permitia a publicidade desses produtos na televisão, rádio e jornais, desde que veiculada entre o horário das vinte e uma e seis horas.

Essa, indubitavelmente, era uma medida equânime, que assegurava uma fruição mínima a todos os direitos fundamentais que ora se encontram sobrepostos. Isso porque ela garantia às empresas de produtos fumíferos o exercício do seu direito de comunicação, ainda que em escala reduzida. E, assim procedendo, igualmente protegia os consumidores, ainda que não de maneira absoluta.

3.2 A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os direitos fundamentais são, em sua essência, principiológicos, o que lhes imprime um caráter relativo e permite que sejam devidamente ponderados, caso entrem em colisão em um determinado caso concreto.

Uma vez assentada a natureza principiológica dos direitos fundamentais, torna-se imperiosa a utilização de um instrumento capaz de garantir o justo equilíbrio e a harmônica convivência entre eles – e é exatamente aqui que se utilizará o Princípio da Proporcionalidade.

Segundo os ensinamentos de Paulo Bonavides, *verbis*:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos

fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos¹⁴.

O Tribunal Constitucional Alemão, em decisão proferida no dia 16 de março de 1971, esclareceu a respeito do Princípio da Proporcionalidade:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental¹⁵.

Nessa definição, podemos delinear, claramente, dois dos ingredientes definidos pela doutrina como sendo sub-princípios da proporcionalidade, a adequação e a necessidade, os quais, somados à proporcionalidade em sentido estrito, devem ser analisados conjuntamente, para que se possa, então, realizar a devida ponderação de normas constitucionais que se encontrem, aparentemente, em conflito.

Assim, segundo leciona Pedro Dumas Guedes, *verbis*:

Para que se possa resolver determinado conflito por meio de um juízo de proporcionalidade, faz-se necessária a aferição da existência, em cada caso, dos sub-princípios mencionados anteriormente, quais seja, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, a aplicação do princípio da proporcionalidade dependerá das circunstâncias fáticas do caso concreto e dos valores constitucionalmente assegurados envolvidos¹⁶.

Pois bem, passar-se-á, então, à análise do conteúdo do artigo 3º da Lei nº 9.294/96 e das restrições à publicidade do tabaco, em termos mais concretos.

14 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 19 ed. 2006, p. 425.

15 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 1996, p. 208.

16 GUEDES, Pedro Dumas. Do princípio da proporcionalidade como meio apto à solução de conflitos entre as normas de direitos fundamentais. Teresina: *Jus Navigandi*, 2004. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5698>>.

Não há dúvidas de que o cigarro causa inúmeros danos à saúde, e que o seu consumo deve ser combatido e repellido de todas as maneiras possíveis.

O tabagismo é considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a principal causa de morte evitável em todo o mundo. A OMS estima que um terço da população mundial adulta, ou seja, um bilhão e duzentas milhões de pessoas sejam fumantes. No que tange à distribuição de fumantes entre os sexos, 47% de toda a população masculina e 12% da população feminina no mundo fumam¹⁷.

No Brasil, a prevalência de tabagismo varia entre 12,9% a 25,2%, índice aferido nas cidades estudadas pelo INCA – Instituto Nacional do Câncer¹⁸.

O total de mortes devido ao uso do tabaco no mundo atingiu a cifra de 4,9 milhões de mortes anuais, o que corresponde a 10 mil mortes por dia¹⁹, sendo que, no Brasil, estima-se que cerca de 200.000 mortes ao ano são causadas pelo tabagismo²⁰.

Além disso, pelo menos 2.655 não fumantes morrem a cada ano no Brasil por doenças atribuíveis ao tabagismo passivo²¹.

Uma vez apresentado esse cenário, que é de todo alarmante, não há dúvidas de que o combate ao tabagismo é uma questão de política pública, que deve ser corretamente desempenhada pelo Estado brasileiro, uma vez que é ele próprio que arca com os custos (diretos e indiretos) causados pelo consumo do cigarro.

E aqui, indaga-se: seria a simples proibição da veiculação da propaganda de produtos derivados do tabaco uma medida eficaz ao combate do tabagismo?

A resposta é negativa.

O cigarro é um produto maduro, presente no mercado há muito tempo, não necessitando da criação de uma demanda específica para seu consumo²². Assim, a publicidade dos produtos fumíferos não é voltada para fomentar o consumo, mas, ao revés, para atrair os já fumantes para uma determinada marca, ou seja, a propaganda do tabaco objetiva fazer

17 Informações obtidas no sítio eletrônico do INCA – Instituto Nacional do Câncer, e disponíveis na internet via www.inca.gov.br/tabagismo/dadosnum/mundo.htm.

18 Informação Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/dadosnum/brasil.htm>>.

19 Disponível na internet via <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/dadosnum/mundo.htm>>.

20 Informação disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/dadosnum/brasil.htm>>.

21 Informação consultada em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/atualidades/ver.asp?id=906>>.

22 BARROSO, Luís Roberto, op. cit. 4, p. 33.

com que o fumante da marca “X” decida trocar de cigarro, passando a fumar a marca “Y”.

Além disso, uma parte significativa dos países que baniram a publicidade do cigarro continuaram a enfrentar índices crescentes de novos consumidores, notadamente entre os jovens, o que nos permitiria concluir que a supressão da publicidade apenas diminuiu o grau de informação dos que decidiram começar a fumar, sem apresentar impacto algum sobre o consumo de tabaco²³.

E, por último, a vedação da publicidade congela o mercado no estado em que ele se encontra, no que diz respeito à participação de cada fabricante na quantidade de vendas (*market share*). Por essa razão, tal proibição acaba por se revelar uma prática extremamente anti-concorrencial, pois ela apenas favorece a dominação do mercado pelo concorrente de maior peso²⁴.

Corroborando tudo o que já foi aqui levantado, uma pesquisa realizada pelo IBOPE, em 1995, constatou a ausência de nexos causal entre a propaganda e o início do consumo de cigarro²⁵. Uma vez indagados sobre “o que exatamente o levou a fumar”, as principais respostas fornecidas pelos entrevistados 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 achavam bonito/charmoso (11%). Nessa pesquisa não houve, portanto, uma única menção à publicidade como fator indutor do consumo de cigarro.

Uma vez comprovada que a simples proibição da veiculação de publicidade dos produtos fumíferos não acarreta a diminuição do consumo de tabaco, passemos à análise da constitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, tendo-se em vista o princípio da proporcionalidade, em seus três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O artigo 3º proíbe, de maneira absoluta, a propaganda de produtos fumíferos na televisão, no rádio e nos jornais. Seria tal medida, efetivamente, adequada ou necessária?

Em sua redação anterior, a propaganda comercial desses produtos era permitida nas emissoras de rádio e televisão, no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas.

23 BARROSO, op. cit. p. 34.

24 Ibidem, p. 34.

25 Ibidem, p. 47.

Não seria tal medida razoável o bastante para diminuir o consumo dos produtos derivados do tabaco, sem afetar, de maneira tão pesada, o direito das empresas de produtos fumíferos de anunciarem seus produtos?

Sabemos que a televisão é um elemento agregador das famílias, e esse é um horário onde os pais, normalmente, encontram-se em casa. Não seria, então, o momento da veiculação de um comercial de cigarro uma excelente ocasião para que os pais tivessem a oportunidade de informar, alertar e conversar com seus filhos sobre os malefícios do cigarro? Advertir a eles que, embora a propaganda possa deixar uma certa vontade de experimentar o produto, essa seria uma atitude que somente lhes seria prejudicial? Não seria muito melhor aproveitar a ocasião trazida por essa propaganda, e então estabelecer um diálogo sincero com os adolescentes e pré-adolescentes, faixa etária em que a maioria das pessoas começam a fumar?

Será que procedendo dessa forma não estaríamos sendo mais razoáveis com todos os direitos e interesses que aqui se encontram sobrepostos?

Por sua vez, o artigo 3º-A da Lei nº 9.294/96 proíbe, inclusive, o patrocínio de atividade cultural ou esportiva pelas empresas de produtos fumíferos. Seria tal medida razoável?

Desde a entrada em vigor da Lei, diminuíram, sensivelmente, o número de turnês de artistas estrangeiros que passaram pelo Brasil. É claro que isso não poderia deixar de ocorrer, uma vez que tais shows, por envolverem custos altíssimos, são patrocinados por várias empresas, entre elas as de cigarro. Até que ponto o direito (constitucional) de acesso à cultura dos brasileiros não está sendo violado, frente a essa proibição? Seria ela apta a banir o consumo de cigarro? Que mal haveria em deixar um grande concerto estrangeiro chegar ao Brasil, apesar de ser patrocinado por uma empresa que venda cigarro? Será que algum adolescente realmente começaria a fumar simplesmente por ter assistido ao show de seu artista favorito, que só chegou aqui por ter sido patrocinado por uma determinada marca de cigarro?

As proibições previstas no artigo 3º da Lei nº 9.294/96 não preenchem nenhum dos requisitos do princípio da proporcionalidade. Elas não são adequadas para ponderar todos os direitos fundamentais ora em conflito, posto que somente afetam os direitos dos produtores de tabaco, não realizando qualquer espécie de ponderação. Não são necessárias, uma vez que a proibição da publicidade do tabaco não induz à diminuição do índice de tabagismo. Igualmente, não são a medida menos gravosa

passível de ser adotada, uma vez que violam por completo o direito das empresas de publicidade de anunciarem seus produtos.

4 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, e tendo-se em vista a absoluta falta de proporcionalidade das restrições impostas à publicidade dos produtos fumíferos, impô-se a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, *caput* e §§ 2º a 5º, da Lei 9.292/96.

Isso porque a antiga redação do *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.492/96, que permitia a propaganda de cigarros no horário compreendido entre as vinte e uma e seis horas, pondera e atende, a um só tempo, a todos os princípios e normas constitucionais que ora se encontram em conflito, regulamentando, de forma adequada, o comando do artigo 220, § 4º da Constituição Federal.

O combate ao tabagismo é, em última instância, uma questão de política pública, e como tal deve ser enfrentada e implementada pelo Estado Brasileiro. Assim, a diminuição do consumo de tabaco somente ocorrerá através da devida conscientização da população, de campanhas educativas governamentais efetivas, introdução nas escolas (públicas e privadas) de disciplina específica relativa aos malefícios do cigarro, programas em hospitais públicos destinados ao abandono do cigarro, ou medidas congêneres.

A simples proibição da veiculação da publicidade dos produtos derivados do tabaco, além de ser inconstitucional, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, não acarretará, como não acarretou até o presente momento, na diminuição do consumo de produtos fumíferos, o que somente reforça a tese da inconstitucionalidade ora defendida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, Direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, abr./jun. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina. 2003.

GUEDES, Pedro Dumans. Do princípio da proporcionalidade como meio apto à solução dos conflitos entre as normas de direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 438, set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5698>>. Acesso em: 21.ago.2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas. 2002.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. Colisão entre direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 69, ago. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>>. Acesso em: 12.ago.2008.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

SÁVIO, Anderson José e VIEIRA, Tereza Rodrigues. Saúde do consumidor versus Liberdade de expressão: Questões sobre a publicidade do cigarro. *Revista Cesumar – Ciências Humanas e Sociais Aplicadas*, São Paulo, v. 06, n. 01, 2006.

SCHREIBER, Simone. Conteúdo e justificativa teórica da liberdade de expressão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 781, ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7184>>. Acesso em: 08 ago. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.