

**DA CONSTITUCIONALIDADE DOS CONDICIONAMENTOS LEGAIS
IMPOSTOS À PUBLICIDADE DE PRODUTOS FUMÍGEROS:
A TENSÃO ENTRE FORNECEDORES E CONSUMIDORES**

**Marcelo Andrade Féres
Professor Adjunto de Direito Comercial da UFMG**

Sumário: 1. Introdução; 2. Algumas notícias sobre os produtos fumíferos e as restrições à sua publicidade no Brasil e no mundo; 3. Da situação da controvérsia, preponderantemente, no âmbito do Direito do Consumidor; 4. Da ponderação dos princípios constitucionais e da necessária preponderância dos direitos do consumidor enquanto direitos fundamentais

1. Introdução

Recentemente, a Confederação Nacional da Indústria – CNI ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade nº 3311, questionando o *caput* e os §§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 3º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe “*sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal*”, com as modificações que lhe foram dadas pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001.

Portanto, naquela ação direta, estão em causa os condicionamentos legais impostos à publicidade de produtos fumíferos, *v. g.*, cigarros, cigarrilhas, charutos e cachimbos, consistentes na proibição de utilização de rádio e televisão, bem como na obrigação de uso de fotos e advertências nas respectivas embalagens. A autora alega que teriam sido violados os arts. 1º (Estado Democrático de Direito), 3º, I (construção de uma sociedade livre e justa), 5º, IV e IX (livre manifestação do pensamento e livre expressão da atividade intelectual artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença), 5º, XIV (acesso à informação), 1º, IV, e 170 (livre iniciativa), 220 e seu § 4º (livre manifestação do pensamento e restrições constitucionais à propaganda comercial de tabaco), todos da Constituição da República, e dos quais decorreriam, basicamente, os direitos de livre iniciativa e de livre

publicidade das indústrias do tabaco. Com a peça inicial da ação, seguiram pareceres dos juristas: (a) Tércio Sampaio Ferraz Júnior (fls. 149/154); (b) Josaphat Marinho (fls. 155/164); (c) Fernando Fortes (fls. 165/172); Luís Roberto Barroso (fls. 178/193); Fábio Ulhoa Coelho (fls. 194/216); e (e) Diogo de Figueiredo Moreira Neto (fls. 217/334), todos ratificando a tese da Confederação Nacional da Indústria.

Além do concurso desses renomados doutrinadores para o debate da questão, várias entidades ingressaram no feito na qualidade de *amicus curiae*, como, por exemplo, a Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo – ABRESI, o Estado de Sergipe, o Partido Verde – PV, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Brasilcon e a Associação Brasileira de Propaganda – ABP, tudo traduzindo a significativa repercussão do tema no seio da sociedade brasileira.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objeto a tensão normativa que ora se apresenta no âmbito da Constituição da República entre a tutela dos consumidores e dos fornecedores de derivados do tabaco, bem como colaborar para o deslinde da controvérsia em proveito do interesse público. O texto parte de algumas notícias globais sobre as restrições à publicidade de produtos fumíferos, passa pela situação do tema na seara do Direito do Consumidor e, ao final, pondera os diversos direitos fundamentais antagônicos, concluindo pela necessidade de prevalência dos direitos do consumidor, consoante se descortina nas linhas adiantes.

2. Algumas notícias sobre os produtos fumíferos e as restrições à sua publicidade no Brasil e no mundo

O cigarro, assim como os demais produtos do tabaco, constitui um grave problema do mundo contemporâneo, não se limitando a algum país específico, mas se alastrando por todo o globo terrestre. O site da Organização Mundial de Saúde – OMS (*World Health Organization – WHO*) assevera que ele é a principal causa de mortes evitáveis no mundo. Com 4,9 milhões de mortes anuais relacionadas ao tabaco, o que

corresponderia a aproximadamente 10.000 por dia, nenhum outro produto de consumo é tão perigoso, ou mata tantas pessoas, como ele.¹

A seu turno, a página do Instituto Nacional do Câncer – INCA na internet relata que a *“OMS estima que um terço da população mundial adulta, isto é, 1 bilhão e 200 milhões de pessoas (entre as quais 200 milhões de mulheres), sejam fumantes. Pesquisas comprovam que aproximadamente 47% de toda a população masculina e 12% da população feminina no mundo fumam. Enquanto nos países em desenvolvimento os fumantes constituem 48% da população masculina e 7% da população feminina, nos países desenvolvidos a participação das mulheres mais do que triplica: 42% dos homens e 24% das mulheres têm o hábito de fumar.”*²

Quanto às estatísticas brasileiras, o mencionado site informa que *“um terço da população adulta fuma, sendo 11,2 milhões de mulheres e 16,7 milhões de homens. Noventa por cento dos fumantes ficam dependentes da nicotina entre os 5 e os 19 anos de idade. Atualmente, existem no país 2,8 milhões de fumantes nessa faixa etária.”*³

Dessa forma, nota-se que a questão do tabaco merece toda atenção dos governos, não apenas pelos seus custos sociais diretos e indiretos, mas sobretudo pela perspectiva da qualidade de vida e da dignidade das pessoas humanas, devendo ser promovida toda e qualquer medida capaz de determinar a alteração do comportamento da sociedade, de sorte a se reduzir o número de fumantes.

Jens Karsten, em palestra proferida na Conferência Interamericana de Direito do Consumidor, atento a essa ótica mundial, apontou que a questão do controle do tabaco demanda uma cooperação internacional entre os países e, especialmente quanto à Europa, observa, *litteris*:

“O legislador europeu, na sua esfera, entendeu que o assunto do tabaco é além-fronteiras. A regulação do tabaco na Europa hoje é na sua maioria supranacional, de direito comunitário. A

¹ <http://www.who.int/features/2003/08/en/>; acessado em 23/10/2004.

² Dados extraídos do site: <http://www.inca.gov.br/tabagismo>; visitado em 23/10/2004.

³ Dados extraídos do site: <http://www.inca.gov.br/tabagismo>; visitado em 23/10/2004.

*União Européia exaustivamente usou sua competência para legislar sobre matérias que afetam o funcionamento do mercado comum do tabaco e, dessa forma, impôs regras rígidas para o negócio”.*⁴

Com efeito, desde a adoção da Diretiva 89/552/EEC, aboliu-se a publicidade televisiva de produtos fumíferos no âmbito da Europa. As medidas, entretanto, não ficaram por aí. Pela Diretiva 89/622/EEC e suas alterações promovidas em 1992, foram disciplinados os rótulos das embalagens dos produtos do tabaco, que, então, passaram a conter advertências sobre os malefícios que causam. Ainda, a Diretiva 90/239/EEC regulou a quantidade máxima de alcatrão dos cigarros.⁵

Alguns anos mais tarde, surgiu a Diretiva 98/43/CE, concernente à aproximação legislativa dos Estados da União Européia em matéria de publicidade e patrocínio de produtos do tabaco. Consoante assinala R. Gosalbo Bono, ela “*foi cercada de controvérsias e de críticas. Em particular, certos governos e doutrina representativa de todos os Estados contestaram a pertinência, o âmbito e a legalidade da diretiva em vista do Tratado institutivo da Comunidade Européia. É, sobretudo na Alemanha, onde a indústria da publicidade do tabaco parece ter um peso significativo, que a Diretiva 98/43/CE foi analisada e fortemente criticada.*”⁶

A propósito, essa sistemática normativa foi questionada por alguns países perante o Tribunal de Justiça da União Européia, restando, ao final, anulada. Tratou-se do julgado C-376/98, em que foram questionados os seus fundamentos. Ao que consta, o legislador comunitário, para criá-la, valeu-se dos artigos 100A, 57, § 2º, e 66 do Tratado, que, em síntese, apontam no sentido da busca de harmonização legislativa dos Estados para facilitar a ampla circulação de pessoas, serviços e produtos no âmbito da Comunidade. Ocorre que, segundo entendeu aquela Corte de Justiça, a Diretiva

⁴ KARSTEN, Jens. Controle do tabaco na união européia e a proibição de propaganda. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 40. São Paulo: RT, outubro a dezembro de 2001, p. 11.

⁵ Informações extraídas de: KARSTEN, Jens. Controle do tabaco na união européia e a proibição de propaganda. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 40. São Paulo: RT, outubro a dezembro de 2001, p. 12/13.

⁶ Tradução livre do original: “*a été entourée de controverses et de critiques. En particulier, certains gouvernements et la doctrine représentative de tous les Etats membres ont contesté la pertinence, la portée et la légalité de la directive au regard du traité instituant la Communauté européenne. C’est surtout en Allemagne, où l’industrie de la publicité du tabac semble avoir un poids spécifique, que la directive 98/43/CE a été analysée et fortement critiquée.*” (BONO, R. Gosalbo. L’arrêt <Tabac> ou l’apport de la

98/43/CE criou embaraços ao trânsito de produtos fumíferos, contrariando seus fundamentos, escolhidos pelo legislador comunitário. Diante disso, o Tribunal houve por bem anulá-la.⁷

Por assim dizer, a diretiva mencionada foi anulada em virtude de um vício formal, consistente na contradição entre o seu conteúdo e os fundamentos que a orientaram. Não foi banida do mundo jurídico em razão de qualquer mácula material, ou seja, naquela assentada, a Corte não examinou a sua essência.

Após esse episódio, editou-se outra diretiva, a 2001/37/CE, a partir de fundamentação diversa, cujo conteúdo, basicamente, vocacionou-se à fusão da Diretiva 89/622/EEC com a 90/239/EEC. Portanto, o novo diploma ocupa-se da regulação tanto dos rótulos das unidades de produtos do tabaco, quanto dos limites de certas substâncias que se contêm nos cigarros. Nesse passo, cabe transcrever alguns itens das considerações que levaram o legislador comunitário a criá-lo, *verbis*:

“(21) Os custos sócio-económicos, directos e indirectos, do consumo activo e passivo do tabaco devem ser regularmente avaliados e tornados públicos no contexto dos programas comunitários pertinentes.

(...)

(26) Está provado que os produtos de tabaco contêm e emitem numerosas substâncias nocivas e agentes cancerígenos conhecidos, perigosos para a saúde humana após combustão. Foi igualmente provado, nos últimos anos, que o tabagismo passivo é perigoso, nomeadamente para os fetos e os recém-nascidos, e que pode provocar ou agravar doenças respiratórias nas pessoas que respiram o fumo. Além disso, 80% dos novos fumadores na Comunidade têm menos de 18 anos. É necessário assegurar a maior transparência possível das informações sobre os produtos, garantindo ao mesmo tempo que os direitos de propriedade intelectual e comercial dos fabricantes de produtos do tabaco sejam devidamente tomados em consideração.”

Cour de Justice au débat sur la délimitation des compétences. *In: Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 4. Paris: Dalloz, octobre/décembre 2001, p. 790/791).

⁷ A íntegra desse julgado e seus comentários podem ser encontrados em: BONO, R. Gosalbo. L'arrêt <Tabac> ou l'apport de la Cour de Justice au débat sur la délimitation des compétences. *In: Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 4. Paris: Dalloz, octobre/décembre 2001, p. 785/808.

Semelhante às normas brasileiras impugnadas, quanto à rotulagem dos produtos do tabaco, o art. 5º da diretiva em análise, além de exigir que os respectivos teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono sejam impressos numa face lateral das embalagens, abrangendo pelo menos 10% da superfície correspondente, prescreve:

“Artigo 5º

(...)

2. Todas as unidades de embalagem dos produtos do tabaco, com exceção dos tabacos destinados a uso oral e de produtos do tabaco sem combustão, devem apresentar as seguintes advertências:

a) Advertências gerais:

1. <Fumar mata/Fumar pode matar>

2. <Fumar prejudica gravemente a sua saúde e a dos que o rodeiam>.

As advertências gerais acima referidas devem alternar entre si de modo a garantir o seu aparecimento regular. Esta advertência deve ser impressa na face mais visível das unidades de embalagem e em qualquer embalagem exterior utilizada na venda a retalho do produto, excluindo as sobre-embalagens transparentes; e

b) Uma advertência complementar escolhida da lista que consta do anexo I.

As advertências complementares acima referidas devem alternar entre si de modo a garantir a aparição regular de cada uma delas.

Essa advertência deve ser impressa na outra face mais visível das unidades de embalagem e em qualquer embalagem exterior utilizada na venda a retalho do produto, excluindo as sobre-embalagens transparentes.

Os Estados-Membros podem determinar o posicionamento das advertências nessas superfícies, a fim de satisfazer os requisitos de ordem lingüística.”

No que se refere às advertências complementares mencionadas na transcrição acima, são elas:

“Anexo I

Lista das advertências complementares

1. Os fumadores morrem prematuramente.

2. Fumar bloqueia as artérias e provoca ataques cardíacos e enfartes.

3. Fumar provoca o cancro pulmonar mortal.

4. Se está grávida: fumar prejudica a saúde de seu filho.

5. Proteja as crianças: não as obrigue a respirar o seu fumo.

6. *O seu médico ou o seu farmacêutico podem ajudá-lo a deixar de fumar.*
7. *Fumar causa elevada dependência. Não comece a fumar.*
8. *Deixar de fumar reduz os riscos de doenças cardiovasculares e pulmonares mortais.*
9. *Fumar pode provocar uma morte lenta e dolorosa.*
10. *Para o ajudar a deixar de fumar: (número de telefone/apartado/endereço internet/consulte o seu médico/farmacêutico).*
11. *Fumar pode reduzir o fluxo de sangue e provoca impotência.*
12. *Fumar provoca o envelhecimento da pele.*
13. *Fumar pode prejudicar o esperma e reduz a fertilidade.*
14. *O fumo contém benzeno, nitrosaminas, formaldeído e cianeto de hidrogénio.”*

A propósito, a Diretiva 2001/37/CE também foi questionada pela indústria do cigarro, que, desta vez, veio a sucumbir. Cuidou-se do processo C-491/01, ajuizado por *British American Tobacco (Investments) Limited* e *Imperial Tobacco Limited* contra *Secretary of State for Health*, perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, tendo, ainda, por intervenientes, *Japan Tobacco Inc.* e *JT Internacional SA*.⁸ No caso, “*A questão central*” era “*saber se o artigo 95º CE podia servir de base jurídica da diretiva e se o artigo 133º CE podia ser utilizado como base jurídica para regular a exportação de cigarros. Por outro lado a High Court of Justice (Administrative Court)*” levantou “*a questão de eventual invalidade da directiva por violação de determinados princípios jurídicos ou do direito de propriedade. Por último,*” foi “*suscitada uma questão de interpretação respeitante ao artigo 7º da directiva.*”⁹

O caso acima restou assim concluído:

“Com base no exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões da High Court of Justice (Administrative Court) do seguinte modo:

<1) A Directiva 2001/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Junho de 2002, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco, é válida.

⁸ A decisão em análise pode ser encontrada no site do Tribunal de Justiça da União Europeia.

⁹ Trechos extraídos da decisão do Processo C-491/01.

2) O artigo 7º da Directiva 2001/37/CE não se aplica aos produtos do tabaco que não são comercializados na Comunidade Europeia.>

Note-se que a normativa sob exame foi questionada, tendo em vista, novamente, os seus aspectos formais, e não propriamente o seu conteúdo. De qualquer maneira, interessa destacar que ela se encontra em pleno vigor na União Europeia, orientando as legislações de seus Estados-Membros.

Ademais, ao lado da Diretiva 2001/37/CE, criou-se, mais recentemente, a Diretiva 2003/641/CE, *“disciplinando a utilização de fotografias a cor ou de outras ilustrações como advertências relativas à saúde nas embalagens de tabaco.”* Na respectiva exposição de motivos, colhem-se, entre outras, as seguintes considerações:

“(5) Tal como foi provado pela investigação e pela experiência noutros países que adoptaram advertências relativas à saúde com fotografias a cor, as advertências relativas à saúde que contenham fotografias a cor ou outras ilustrações podem tornar-se uma forma eficaz de desencorajar a utilização do tabaco e de informar os cidadãos acerca dos riscos para a saúde relacionados com o tabagismo. A utilização de fotografias em embalagens de tabaco constitui, portanto, um elemento-chave de uma política global e integrada de controlo do tabagismo.”

A par disso, destaca-se, no palco mundial globalizado, o recente Tratado de Controle do Tabaco. Seus trabalhos de elaboração tiveram início em 1999. Em maio daquele ano, durante a 52ª Assembléia Mundial de Saúde, convocou-se uma equipe para sua confecção. No mesmo mês, estabeleceu-se o corpo técnico, cuja primeira reunião foi em outubro subsequente. Após quatro anos de encontros, audiências públicas e estudos, inclusive com a participação de brasileiros, entre eles, Celso Amorim, chegou-se ao texto final do Tratado em junho de 2003, a partir do que se abriu oportunidade para a coleta de assinaturas dos Estados.

Relativamente à publicidade do tabaco, o Tratado, em seu art. 13, estipula:

“Artículo 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.*
3. *La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.*
4. *Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:*
 - a) *prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;*
 - b) *exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente;*
 - c) *restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población;*
 - d) *exigirá, si no ha adoptado una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición*

del público y de la Conferencia de las Partes de conformidad con el artículo 21;

- e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y*
 - f) prohibirá o, si la Parte no puede imponer la prohibición debido a su constitución o sus principios constitucionales, restringirá el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras.*
- 5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4.*
 - 6. Las Partes cooperarán en el desarrollo de tecnologías y de otros medios necesarios para facilitar la eliminación de la publicidad transfronteriza.*
 - 7. Las Partes que hayan prohibido determinadas formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco tendrán el derecho soberano de prohibir las formas de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizos de productos de tabaco que penetren en su territorio, así como de imponerles las mismas sanciones previstas para la publicidad, la promoción y el patrocinio que se originen en su territorio, de conformidad con la legislación nacional. El presente párrafo no respalda ni aprueba ninguna sanción en particular.*
 - 8. Las Partes considerarán la elaboración de un protocolo en el cual se establezcan medidas apropiadas que requieran colaboración internacional para prohibir completamente la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos.”*

Assinale-se que o Tratado sob exame encontra-se em fase de ratificação pelo Congresso Nacional. Em sendo incorporado pelo ordenamento brasileiro, o que se mostra praticamente certo, o legislador ordinário deverá ampliar significativamente as restrições já existentes à propaganda dos produtos do tabaco, caminhando progressivamente para a sua vedação total.

Não é de hoje, entretanto, a preocupação do Brasil com a questão do tabaco. Como narra Izabela Padilha Santos, a primeira lei federal sobre o tema foi a de nº 7.488, de 11 de junho de 1986, que criou o Dia Nacional de Combate ao Fumo, no

dia 29 de agosto.¹⁰ O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, em seu art. 81, III, proíbe a venda às crianças e adolescentes de produtos que causam dependência física ou psíquica, sob as penalidades de seu art. 243.

O Código de Trânsito, Lei nº 9.503/97, em seu art. 165, veda a condução de veículos sob influência de qualquer substância que cause dependência física ou psíquica e, em seu art. 252, V, proíbe dirigir com apenas uma das mãos, salvo para fazer sinais regulamentares de braço. Pode-se dizer que ambas as disposições atingem a esfera subjetiva dos fumantes.

A Carta de 1988 desempenhou um papel importante nesse cenário do controle do tabaco. Amanda Flávio de Oliveira, em tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da UFMG, esclarece:

“O advento da Constituição da República de 1988 também se constituiu em importante marco na mudança de rumo das leis regulamentadoras do tabaco no Brasil. Sua principal importância foi a de estabelecer regras para a publicidade de cigarros, reconhecendo expressamente os efeitos maléficos à saúde decorrentes de seu consumo e abrindo caminho para uma legislação mais consistente.”¹¹

Contudo, a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, acrescida e modificada ulteriormente, e ora hostilizada, revela-se o principal diploma de combate ao tabagismo no Brasil, dando densidade normativa ao disposto no art. 220, § 4º, da Constituição Federal, assim também aos direitos fundamentais do consumidor.

Além disso, algumas normas administrativas foram editadas, não merecendo, contudo, o respectivo apontamento nesta petição, pois se encontram alheias aos limites da controvérsia.

Com essas considerações deve ser advertido que as normas impugnadas refletem as tendências mundiais em matéria de combate a produtos fumíferos,

¹⁰ SANTOS, Izabela Padilha. A responsabilidade civil do fabricante de cigarros à luz do código de defesa do consumidor. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Ano 12, abril de 2004, p. 147.

especialmente quanto aos condicionamentos de sua publicidade, não estando a merecer a sorte pretendida pela Confederação Nacional da Indústria – CNI.

3. Da situação da controvérsia, preponderantemente, no âmbito do Direito do Consumidor

É bem verdade que a presente controvérsia instala-se no âmbito da obrigação que o Estado tem de zelar pela saúde pública. Entretanto, além disso, dadas as especificidades das regras impugnadas, as quais estabelecem alguns condicionamentos à publicidade de produtos fumíferos, indiscutivelmente, é sob o prisma do Direito do Consumidor que se deve apreciar esta ação direta.

Como se sabe, a publicidade é o artifício de que se vale o fornecedor para criar ou fomentar necessidades de consumo de seus produtos ou serviços. Adverte o argentino, Ricardo Luis Lorenzetti, que ela “*é uma forma de comunicação produzida por uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, com o fim de promover a contratação ou o fornecimento de produtos ou serviços.*”¹²

Tecendo considerações sobre a evolução dos bens jurídicos protegidos pela publicidade, o citado doutrinador argentino afirma que, para os primeiros enfoques, tutelava-se a leal concorrência entre as empresas, o que levou à restrição de campanhas que acarretassem lesões à imagem de concorrentes; numa segunda aproximação, protegia-se a liberdade de expressão do autor da mensagem publicitária, favorecendo, então, uma certa ausência de limites em razão da tutela que se confere a esse direito; numa terceira e atual abordagem, considera-se a publicidade como um dos aspectos da proteção do consumidor.¹³

Pois bem, é, sem dúvida alguma, na seara do Direito do Consumidor, que se equacionam os interesses postos em evidência no presente feito. Em matéria de

¹¹ OLIVEIRA, Amanda Flavio de. *Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista*. Belo Horizonte: 2004, p. 115.

¹² Tradução livre do original: “*La publicidad es una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación o el suministro de productos o servicios.*” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 153).

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 151.

publicidade de bens de consumo, devem ser ponderados uma série de direitos antagônicos, como, de um lado, a livre iniciativa e a livre manifestação do pensamento dos fornecedores e, de outro, a proteção à saúde, à segurança e ao direito de informação dos consumidores.

Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, de maneira genérica, regula as práticas publicitárias, dedicando-lhes uma seção inteira, cujo teor se transcreve abaixo:

“Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Ao lado desses condicionamentos impostos às campanhas publicitárias em geral, determinados produtos e serviços experimentam restrições mais severas, não arbitrariamente instituídas, mas em razão da tutela que se deve conferir à vida, à saúde, e à informação do consumidor, tendo em vista a latente nocividade de tais bens. É o que ocorre, a propósito, com a íntegra da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe *“sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas,*

medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal”.

Com efeito, a tutela de certos direitos do consumidor integra-se no rol dos direitos fundamentais previstos pela Constituição da República, emergindo sua eficácia diretamente desta, e não das normas infraconstitucionais.

Reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, a Carta Brasileira de 1988, em seu art. 1º, II e III, traz como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. No art. 5º, prescreve que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Em seu art. 170, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, entre outros, o princípio da defesa do consumidor. Ademais, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fixou-se o prazo de 120 dias, para que o Congresso Nacional elaborasse o já mencionado Código de Defesa do Consumidor.

Esse arcabouço constitucional autoriza a compreensão de alguns direitos do consumidor, quais sejam, o direito à vida, à saúde, à idoneidade de informação acerca de produtos e serviços, como direitos fundamentais, inclusive, por serem reflexos da dignidade da pessoa humana.

Estudando os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, o lusitano, José Carlos Vieira de Andrade, assinala que, embora eles não constem do elenco universal dos direitos humanos, cada ordem jurídica pode assim os tratar, como fez, segundo articula, o ordenamento de Portugal.¹⁴ Pode-se dizer que de semelhante maneira agiu o Brasil.

Os direitos fundamentais, num primeiro momento, surgiram para proteger o cidadão em face das arbitrariedades do Estado, mas com a evolução do capitalismo, na contemporaneidade, restringem também o poderio econômico dos

¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXVIII. Coimbra: 2002, pp. 44/45.

particulares, que, no mais das vezes, abusam de sua posição no mercado. Na linha desenvolvida pelo estudioso português, assim “*entendidos, os direitos dos consumidores podem aspirar a inscrever-se no conjunto dos direitos fundamentais, visto que prosseguem em primeira linha a finalidade própria desses direitos, isto é, a defesa de pessoas contra entidades poderosas que possam provocar-lhes lesões e, em última análise, afectar o livre desenvolvimento da sua personalidade.*”¹⁵

Lembre-se de que o rol dos direitos fundamentais não é de *numerus clausus*, mas sim de *numerus apertus*, o que se conhece na doutrina por cláusula aberta, podendo nele se compreenderem novos direitos, especialmente em atenção à ordem normativa em vigor.

Resta, pois, patente a inserção dos direitos do consumidor, ao menos os principais, que traduzem o seu núcleo essencial, como o direito à proteção da vida, da saúde e da idoneidade de informação sobre produtos e serviços, no elenco brasileiro dos direitos fundamentais.

Na hipótese vertente, contrapondo-se aos direitos invocados pela autora, e como desdobramento dos direitos fundamentais do consumidor em face das indústrias do tabaco, poder-se-ia até falar em um direito fundamental de (não) fumar, que apenas se manifesta no âmbito das liberdades reais, quando o Estado intervém no domínio econômico, para restringir o nocivo efeito da publicidade sobre o indivíduo.

No sentido da existência do mencionado direito, Amanda Flávio de Oliveira, em sua tese de doutorado, preleciona:

“Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se propor o reconhecimento de um “direito de não fumar”, como desdobramento dos direitos à vida e à saúde, direitos humanos, fundamentais, constitucionalmente assegurados. Esse direito demandaria ação efetiva do Estado, consistente em condicionar a atividade de todos os seus órgãos e influenciando a ordem

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXVIII. Coimbra: 2002, pp. 47.

jurídica.”¹⁶

Enfim, reduzir o exame da presente controvérsia ao âmbito apenas da suposta violação às liberdades constitucionais de iniciativa econômica e de expressão do pensamento, como pretende a autora (fls. 7), significaria amesquinhar o rol dos direitos fundamentais, no qual se encontram, também, os direitos do consumidor à idoneidade da informação, à saúde e à segurança. Renegar estes direitos indispensáveis ao desenvolvimento e à preservação da incolumidade física e mental das pessoas humanas – às quais se endereça o núcleo essencial dos direitos fundamentais – em prestígio das indústrias do tabaco é afrontar e subverter a ordem atual das coisas, estabelecida não apenas pelo Constituinte brasileiro, mas firmada em caráter irreversível no cenário mundial.

4. Da ponderação dos princípios constitucionais e da necessária preponderância dos direitos do consumidor enquanto direitos fundamentais

Consoante se observou desde as primeiras linhas, a Confederação Nacional da Indústria questiona as restrições legais impostas à publicidade de produtos fumíferos, fundada, em suma, na violação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre manifestação do pensamento, que seriam direitos fundamentais das empresas do tabaco. Em sentido contrário, em favor dos mencionados condicionamentos, invocam-se os princípios, também de ordem constitucional, da proteção dos direitos do consumidor, enquanto direitos fundamentais decorrentes, não somente do art. 5º, XXXII, da Carta, mas, também e principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Destaque-se, a propósito, o art. 220, § 4º, da Constituição da República, único dispositivo específico acerca da presente ação direta, *litteris*:

“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.”

¹⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de (não) fumar: uma abordagem humanista*. Belo Horizonte: 2004, p. 108.

(...)

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

Da leitura tanto do *caput* quanto do parágrafo, revela-se evidente a possibilidade de a legislação condicionar a publicidade de produtos derivados do tabaco. Especialmente no *caput*, exige-se, de forma expressa, que as liberdades de comunicação devem observar a Lei Fundamental, ou seja, sujeitam-se à obrigatoriedade de respeito aos direitos fundamentais, entre os quais, já se acentuou, encontram-se os direitos do consumidor.

Por sua vez, o § 4º também deixa clara a possibilidade de restrições à propaganda comercial de produtos fumíferos, imputando ao legislador ordinário a tarefa de as elaborar. Trata-se, sem qualquer sombra de dúvida e, inclusive, com a concordância da autora, de norma de eficácia contida (ou restringível).

Nesse contexto, resta a essa Suprema Corte decidir se a quantidade e a qualidade dos condicionamentos à publicidade dos produtos do tabaco são constitucionais ou não. Em apertada síntese, deve ser decidido ou se as restrições violam os direitos fundamentais das empresas, ou se atendem aos dos consumidores.

A Constituição, especialmente a analítica, como é o caso da brasileira, muitas vezes, sofre de contradições internas, hipóteses em que algumas disposições conflitam com outras, gerando a necessidade de ponderação entre os valores assegurados pelas diversas normas, a fim de se decidir qual delas se aplica a uma determinada situação. Isso é bem o que sucede no presente caso.

Balizando alguns pontos de apoio para a interpretação e a integração das normas constitucionais, Jorge Miranda escreve:

“A função integradora da Constituição reclama a função racionalizadora da interpretação constitucional. Partindo do princípio de que ela tem de ser objectivista e evolutiva – de maneira a assegurar a coerência e a subsistência do

ordenamento – podem sugerir-se os seguintes pontos de apoio ou directrizes que se reputam de maior importância:

a) A Constituição deve ser apreendida, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa;

b) Isto aplica-se particularmente ao chamado fenómeno das ‘contradições de princípios’, presente nas Constituições compromissórias e, não raro, noutros sectores além do Direito constitucional. Tais contradições hão-de ser superadas, nuns casos, mediante a redução adequada do respectivo alcance e âmbito e da cedência de parte a parte e, noutros casos, mediante a preferência ou a prioridade, na efectivação, de certos princípios frente aos restantes – nuns casos, pois, através de coordenação, noutros através de subordinação. Tem de fazer-se, por conseguinte, um esforço de concordância prática, assente num critério de proporcionalidade. E pode ter de se solicitar (mesmo sem se aderir a todas as premissas do puro método valorativo) a ponderação ou a hierarquia dos valores inerentes aos princípios constitucionais; (...).”¹⁷

Por seu turno, tecendo comentários sobre a colisão de direitos fundamentais na jurisprudência dessa Excelsa Corte, e a respeito da preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana, o Ministro Gilmar Mendes, em sua obra intitulada “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, leciona, *in verbis*:

“Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60. § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (invulnerabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, invulnerabilidade do direito a imagem e da intimidade).

Também entre nós coloca-se, não raras vezes, a discussão sobre determinados direitos em contraposição a determinados valores constitucionalmente protegidos.

Na discussão sobre a legitimidade das disposições reguladoras de mensalidades escolares, reconheceu o Supremo Tribunal

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. pp. 257/258.

Federal que, com objetivo de conciliar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e os dados da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, 'pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros'¹⁸. ”¹⁹ (Destques não originais).

Além do exemplo por último mencionado, o Ministro Gilmar Mendes, entre outros, cita o Recurso Extraordinário nº 153.531, Relator Ministro Marco Aurélio, referente à conhecida “*proibição da farra do boi*”, em que se confrontavam, de uma parte, a proteção e o incentivo de práticas culturais, e, de outra, a defesa dos animais contra práticas cruéis.

Esse Supremo Tribunal Federal, naquela oportunidade, houve por bem proibir a referida manifestação cultural, valendo a pena a transcrição de alguns trechos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, no sentido de “*que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem a todo custo, o próprio sacrifício do animal.*”²⁰

De toda sorte, a respeito da prevalência da dignidade da pessoa humana em eventual conflito entre princípios constitucionais, na mesma linha das diretrizes traçadas pelo Ministro Gilmar Mendes na obra citada há algumas linhas, o Ministro Eros Roberto Grau pondera:

“A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como princípio constitucionalmente conformador (Canotilho); no art. 170,

¹⁸ Tratava-se do Recurso Extraordinário nº 153.531, Relator Ministro Marco Aurélio. Lex-STF 239 nº 192 (208).

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 298/299.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 300.

caput, como princípio constitucional impositivo (*Canotilho*) ou diretriz (*Dworkin*) – ou, ainda, direi eu, como norma-objetivo. Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição. Observe-se ademais, neste passo, que a dignidade da pessoa humana apenas restará plenamente assegurada se e enquanto viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais.”²¹

Aliás, 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 sobrepôr a outros interesses constitucionalmente tutelados. A esse respeito, vejamos as lições do português, José Carlos Vieira de Andrade, *litteris*:

“Outra manifestação da força jurídica dos direitos do consumidor, enquanto direitos sociais, resulta do seu caráter de valores constitucionais e poderá traduzir-se na capacidade para, em situações de conflito entre direitos, fundarem restrições legítimas ou limitações às liberdades e a outros direitos fundamentais.

Na realidade, para assegurar a realização dos direitos dos consumidores, o legislador tem de limitar ou restringir direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, designadamente a liberdade de iniciativa económica e a liberdade contratual.

Neste contexto, são de destacar as alterações à legislação civil e comercial codificada, que rege a generalidade das relações contratuais, sobretudo em matéria de cláusulas contratuais gerais e no âmbito de contratos de adesão, com o objectivo de proteção dos consumidores, por exemplo, proibindo certo tipo

²¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 222/223.

de cláusulas, estabelecendo casos de responsabilidade objectiva do produtor ou fornecedor, determinando prazos muito curtos para prescrição de créditos; bem como as limitações introduzidas relativamente à propaganda de certos produtos, incluindo as advertências administrativas sobre os seus malefícios ou inconvenientes, e a certas formas de publicidade e de métodos de venda; (...).
*Tudo isto representa limitações das liberdades económicas e da liberdade de expressão, que se consideram adequadas, necessárias e proporcionadas, em face da vulnerabilidade do ‘consumidor’ na relação com as entidades que exercem actividades profissionais de produção ou fornecimento de bens e serviços com fins lucrativos.”*²² (Destques não originais).

Portanto, na hipótese vertente, não há outra solução senão reconhecer que os condicionamentos impostos são constitucionais, atendendo legitimamente à proteção dos consumidores, diante dos malefícios notoriamente causados pelo cigarro, e resguardando-os do poderio das grandes empresas (multinacionais e transnacionais) que exploram a produção e distribuição de produtos do tabaco.

De fato, as disposições impugnadas não extinguiram o direito de propaganda, consoante alega a requerente. Há diversos meios de materialização da publicidade, que variam de um simples panfleto a complexas e requintadas campanhas televisivas. O que a legislação faz não é vedar a publicidade, mas apenas algumas de suas formas de manifestação, *v. g.*, aquelas em rádio e televisão, ressalvando, expressamente, a possibilidade de “*pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.*”

A propósito, a vedação das propagandas por televisão ou rádio justifica-se, mostra-se razoável, pois esses meios de comunicação, sem qualquer entrave, ingressam no seio das famílias contemporâneas, em que há principalmente crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, cujo caráter ainda está em formação, e poderiam ceder com facilidade aos apelos publicitários, sucumbindo, por conseguinte, ao triste vício do tabagismo.

²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXVIII. Coimbra: 2002, pp. 56/57.

Essa restrição da publicidade televisiva não é originalidade do Brasil. Conforme já se mencionou, na Europa, ela também existe. Vejam-se as palavras de Jens Karsten:

“Desde 1989 todas as formas de propaganda do tabaco na televisão foram proibidas após a Diretiva 89/552/EEC. Igualmente, o telemarketing de produtos do tabaco é proibido. A regulação da televisão alcança até mesmo além das fronteiras da Comunidade Européia em razão do Conselho da Europa, ocorrido durante uma convenção datada do mesmo ano, que tornou ilegal a propaganda do tabaco em televisão transfronteiriça. Essa convenção aplica-se através de quase toda a área geográfica da Europa.”²³

Com respeito ao argumento suscitado pela requerente, 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 humana. Ratificando isso, comporta, mais uma vez, transcrever os ensinamentos de Jens Karsten:

“Muito importante também é a observação do relatório de que a regulação inclusiva tem um claro efeito na redução do uso do tabaco, enquanto a regulação limitada quase não é eficaz. A regulação limitada não reduz o impacto da propaganda porque permite a substituição por outro tipo de mídia. No total, uma redução na propaganda de tabaco não é alcançada com regulação limitada, por exemplo, na propaganda de televisão, mas deve, para ser efetiva, alcançar toda a mídia. Essas descobertas também trazem argumentos para dizer que não existem alternativas para a regulamentação da propaganda. Não há como obter meios menos restritivos para alcançar o mesmo fim. Medidas positivas, como campanhas de informação que demonstram os perigos de fumar para a saúde,

²³ KARSTEN, Jens. Controle do tabaco na união européia e a proibição de propaganda. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 40. São Paulo: RT, outubro a dezembro de 2001, p. 12.

são severamente prejudicadas se a promoção do tabaco é ao mesmo tempo permitida.”²⁴

No Brasil de hoje, a propósito, percebem-se as primeiras ações de indenização contra as indústrias do tabaco,²⁵ oportunidades em que as rés alegam, em sua defesa, o livre arbítrio dos fumantes. Sustentam que ninguém seria obrigado a fumar. Acentue-se, no entanto, que o poder da mídia na sociedade da comunicação é fator determinante do comportamento das pessoas. Somente a ostensiva restrição publicitária, como bem demonstrou Jens Karsten, constitui meio idôneo a se desincumbir da tarefa de redução do tabagismo, possibilitando que realmente o livre arbítrio dos indivíduos se manifeste como liberdade real.

Não se olvide, aliás, de que as advertências que devem constar das embalagens, acompanhadas de ilustrações, não constituem contrapropaganda, como diz a requerente, mas sim o modo ímpar capaz de comunicar ao consumidor os riscos a que se expõem os fumantes.

Por fim, lembre-se de que os direitos fundamentais não vinculam apenas o Estado, mas também os particulares, o que se percebe pela sua eficácia privada ou horizontal. A esse respeito, observem-se, a seguir, os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

“Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade participa cada vez mais ativamente do

²⁴ KARSTEN, Jens. Controle do tabaco na união européia e a proibição de propaganda. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 40. São Paulo: RT, outubro a dezembro de 2001, p. 18.

²⁵ Vejam-se, a respeito julgados trazidos pela Revista de Direito do Consumidor, volumes 49 e 50, ambos deste ano.

exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.”²⁶

Nesse contexto de sujeição direta do poderio econômico privado aos termos dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, independentemente da existência das normas impugnadas neste feito, as indústrias do tabaco, ante a notória maleficência de seus produtos, deveriam, por si mesmas, restringir o conteúdo e as formas de suas campanhas publicitárias, de sorte a respeitar a ordem vigente.

Todavia, isso não ocorre, competindo ao Estado, ator, por sua vez, submetido à eficácia vertical dos direitos fundamentais, intervir no cenário econômico, para assegurar a proteção à saúde e à informação dos consumidores, bem como tutelar o eficaz exercício de seu livre arbítrio, promovendo medidas que importem a redução do uso de tabaco e, ao fim e ao cabo, a dignificação da pessoa humana, que constitui, no caso do Brasil, fundamento principal do Estado Democrático de Direito.

Apenas para ilustrar a ostensiva enganiosidade das propagandas comerciais dos cigarros, que se perpetraram por várias décadas, vale a pena citar um item das considerações que levaram o legislador comunitário a editar a já mencionada Diretiva 2001/37/CE, *litteris*:

“(27) A utilização nas embalagens dos produtos do tabaco de certas indicações, como <baixo teor de alcatrão>, <light>, <ultra-light>, <suave>, designações imagens e símbolos figurativos ou outros, pode induzir o consumidor no erro de que esses produtos são menos nocivos e levar a alterações no consumo. Os níveis das substâncias inaladas são determinados pelo teor de certas substâncias contidas no produto antes de ser consumido, mas também pelo comportamento do fumador e pelo grau de dependência. Este facto não se reflete na utilização daqueles termos, o que pode prejudicar as

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 365.

exigências de rotulagem impostas na presente directiva. A fim de assegurar o correcto funcionamento do mercado interno e tendo em conta o desenvolvimento das regras internacionais propostas, aquela utilização deverá ser proibida ao nível comunitário, embora se deva dar tempo suficiente para a introdução desta interdição.”

Aliás, tendo em vista o alto índice de fumantes entre crianças e adolescentes, de acordo com pesquisas aqui noticiadas, pode-se invocar, ainda, em prol da constitucionalidade das restrições à propaganda comercial de cigarros, o dever que têm a família, a sociedade e o Estado de lhes assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, exploração e opressão, nos termos do art. 227, *caput*, da Lei Fundamental.

Por todas essas considerações, não há como se negar que o conflito aparente entre os direitos fundamentais postos em causa resolve-se em prol dos direitos do consumidor, enquanto direitos fundamentais projetados a partir da dignidade da pessoa humana, ou seja, os condicionamentos impostos pelas normas hostilizadas à publicidade de produtos fumíferos são plenamente conformes a Constituição da República.