

RESUMO

Neste breve artigo, procuramos refletir sobre a questão da liberdade de propaganda para consumo de tabaco e de bebidas alcoólicas e o direito/obrigação de informação dos danos que este consumo pode trazer à saúde.

A colisão entre informar sobre os perigos à saúde advindos de fumar ou consumir bebidas alcoólicas e os direitos individuais leva-nos a aqui analisar este inóspito terreno em que ora há conformação infraconstitucional e ora a ponderação, trazendo reflexões sobre a necessidade do princípio da proporcionalidade no que tange o conflito entre liberdade de expressão, liberdade individual *versus* proteção à saúde.

Palavras-chave: Propaganda. Tabaco. Álcool. Direitos Individuais. Proporcionalidade. Ponderação. Liberdade. Proteção à Saúde.

ABSTRACT

In this brief study, we analyze the conflict between freedom of speech and of the press and its freedom of advertising tobacco and alcoholic beverages, in contrast with the right/obligation the State has of information relating to the protection of individual health.

The collision between informing about the danger to one's health as consequence of smoking or consuming alcohol and press or individual rights take us to the inhospitable terrain in which sometimes there is infra-constitutional compliance and other times proportionality, all this bringing us to ponder about this conflict.

Keywords: Advertising. Tobacco. Alcohol. Individual Rights. Proportionality. To Ponder. Freedom. Health Protection.

* Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo, Professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP. Professor de Teoria do Direito e Ciência Política do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UniFMU – SP. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Formação de Professores e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário UniFMU – SP.

1. Introdução - Colisão de Direitos

A propaganda de tabaco e bebidas alcoólicas é posta em prática no Brasil segundo os vetores axiológicos e normativos constitucionais, num primeiro momento. Originam-se da Constituição os vetores e balizas ao exercício jurídico das inclinações morais internas e externas, dos valores sociais atinentes ao consumo de tabaco e bebidas alcoólicas. O direito, como fato social, varia em cada um dos 193 países do mundo. Assim, as regras positivadas (normatização constitucional), impregnadas mais ou menos de valores morais ou políticos, atuam de forma diferente em cada país do mundo, regulando a propaganda e tantos outros assuntos.

Onde se podem mostrar os pés e costas desnudos, em outro país o mesmo já não é permitido. Onde há poligamia, já aqui tal não existe. O mesmo ocorre com o julgamento dos tribunais acerca da propaganda do tabaco e álcool ou políticas de saúde. Não há censura no Brasil, por certo, mas há conformação de direito fundamental. Conforme Tercio Sampaio¹:

Um direito fundamental não pode ser restringido por lei, apenas adequado ao exercício de outro direito fundamental.

Cabe à lei, assim, apenas disciplinar seu exercício para proteção da própria pessoa, quando algum outro valor igualmente pungente estiver envolvido ou, ainda, equilibrar a liberdade de uma pessoa em face da liberdade de outra, de modo a permitir a convivência.

Nosso ordenamento não abarca direitos absolutos. Nem mesmo a cláusula pétrea do direito de propriedade está imune à desapropriação. A própria Constituição pode relativizar os direitos que ela mesma expõe, inclusive relativizando as cláusulas pétreas. O leitor desavisado da Carta Magna poderia concluir pela intangibilidade da propriedade

privada rural, por exemplo, se lesse apenas até o inciso XXII, de seu artigo 5º. Se o leitor não prosseguir na leitura, poderá olvidar-se da norma inserta no art. 184, da mesma CF, que prevê a desapropriação do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, para fins de reforma agrária. E assim também ocorre no plano infraconstitucional: o Código Penal tipifica a invasão de domicílio, mas quem nos fornece o conceito de domicílio é o Código Civil. A conclusão, pois, é uma só: a interpretação deve sempre ser sistemática. Uma norma deve ser sempre combinada com outras para extrairmos uma interpretação coerente e jurídica e, também, moral.

Nossa primeira conclusão, ponto de partida para análise da questão da propaganda de tabaco e bebidas alcoólicas, então, é esta: o direito de informar, a livre iniciativa, a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão *lato sensu* são conformados pelos princípios constitucionais da educação, cultura e comunicação social.

Canotilho² pontua:

Do estudo do regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, poderia concluir-se, erradamente, que todas normas legais (normas «postas» por actos legislativos da Assembleia da República ou do Governo) são normas restritivas. Ora, a realidade é completamente outra: muitas normas legais pretendem completar, complementar, densificar, concretizar o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstracto ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de Direitos Fundamentais. Neste sentido, afirma-se a possibilidade de as normas legais conterem várias espécies de cláusulas, desde as cláusulas de restrição até as cláusulas de direcção e realização. Impõe-se, assim, uma primeira distinção básica entre normas legais restritivas e normas legais conformadoras.

¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito Constitucional – Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. 1ª Edição, São Paulo: Manole, 2007, p. 195.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1263.

Afora a questão da restrição ou conformação de normas constitucionais pela própria Constituição, poderia uma lei ou ato administrativo inferior, igualmente, no plano infraconstitucional, reger a propaganda de produtos cientificamente considerados nocivos? Poderiam as leis restringir a norma constitucional? Até onde seria a lei constitucional e até onde seria um Decreto ou Portaria simplesmente ilegal?

Konrad Hesse³ defende a possibilidade de a lei infraconstitucional restringir um direito fundamental, desde que não atinja o núcleo essencial da norma constitucional:

Seus limites, os direitos do art. 5º, alínea I, da Lei Fundamental, encontram nas prescrições das leis gerais, nas determinações legais para proteção da juventude e no direito da honra pessoal. Problemático, aqui, nomeadamente, o limite das 'leis gerais'.

Também o significado dessa fórmula somente se deixa inferir com vista à tarefa e à função da liberdade de opinião na ordem constitucional da Lei Fundamental. 'Geral' são, no sentido da doutrina desenvolvida já durante a época de Weimar, somente aquelas leis que não se dirigem contra o bem jurídico protegido pela liberdade de opinião como tal. Este bem jurídico, a liberdade do processo espiritual, não deve ser prejudicado por direito especial, que procure obstaculizar o efeito espiritual da manifestação de opinião pura. Liberdade de opinião não suporta restrições com objetivo determinado, a não ser que ela deva desacerar sua tarefa no quadro da ordem constitucional. Onde, por isso, uma lei, nesse sentido, restringe a liberdade de opinião, ela não é 'geral' e, por causa disso, inconstitucional, sem que ainda dependesse de outras questões, nomeadamente aquela de uma ponderação de bens. Isso teria, por exemplo, de valer para uma lei contra a difusão pública de concepções antibíblicas, enquanto,

por exemplo, à liberdade de opinião, sobre a base da cláusula geral jurídico-policial que não se dirige contra a liberdade de opinião, podem ser traçados limites.

Os direitos e princípios previstos na Constituição acima citados, quanto à saúde, imprensa, etc, em verdade não são somente direitos. Por sua forte carga valorativa, e não apenas normativa (objetiva ou subjetiva), são, em realidade, princípios. No plano infraconstitucional, uma lei exclui a outra como, por exemplo, no caso de lei posterior tratar do mesmo assunto que a anterior. Mas princípios jamais podem se excluir uns aos outros ou serem revogados por outros princípios⁴.

As máximas *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat lex generalis*, previstas no art. 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ab-rogam ou derogam somente as leis (regras), e não se aplicam, portanto, a princípios constitucionais. As normas ora são regras ora são princípios. Regras excluem-se mutuamente e imediatamente, *prima facie*, mas princípios não. Princípios são ponderados e acomodados.

Assim, a saída para a problemática dos direitos ou princípios constitucionais em rota de colisão com outros princípios ou direitos constitucionais, no que diz respeito à propaganda de tabaco e álcool, é a ponderação. Devemos proceder à ponderação de valores, com auxílio de um critério para redução ou ampliação de princípios ou direitos constitucionais em face uns dos outros, critério este denominado proporcionalidade.

Certos limites, todavia, devem ser traçados, considerados "o mínimo dos mínimos". O direito constitucional de greve, por exemplo, não pode ser tão amplo a ponto de paralisar totalmente os hospitais públicos. Não há espaço para ponderação quando estamos diante de um "limite dos limites", ou "limite imanente", ou "mínimo dos mínimos". O direito à vida é limite intangível e indiscutível em qualquer operação de

³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª Edição Alemã (traduzida), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 309.

⁴ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 85-91.

interpretação ou ponderação. O direito à escravidão não existe, não é discutido e não poder ser proposto para discussão.

Mais uma vez trazemos à colação excerto de Canotilho sobre o conceito de limites imanentes:

são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, prima facie, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, prima facie, no seu âmbito de protecção, a greve dos trabalhadores dos serviços de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) jurídico-constitucionais - direito à greve, saúde pública, bem da vida -, pode chegar-se a excluir, como resultado dessa ponderação, a greve total que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida⁵.

Os limites imanentes estão implícitos na CF. Gilmar Mendes os conceitua com “núcleo essencial”:

a proteção do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos Direitos Fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas. Caso se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente Direitos Fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador⁶.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 38 APUD CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo Bancário e o Fisco*. São Paulo: Juruá, 2006, p. 111-112.

A colisão entre informar sobre tabaco e álcool e não informar deve ser autêntica, e não meramente aparente. A colisão pode ser entre direitos constitucionais iguais, como ir e vir e proibição de ir e vir, ou entre direitos diferentes, como liberdade de informar e direito à correta informação sobre a saúde. Mas não há direito de informar se o veículo da mídia decidir propagar que a embriaguez é salutar. Também é apenas aparente o direito de informar sobre possibilidade de volvermos à escravidão no Brasil.

Outra advertência se faz mister neste ponto: os princípios ou direitos constitucionais em rota de colisão não podem, em regra, ser hierarquizados. Como são maleáveis e adaptáveis ao caso em concreto, não há precedência de uns sobre os outros, não havendo possibilidade de hierarquização prévia.

Todavia, a jurisprudência tem admitido, de forma excepcionalíssima, uma certa hierarquização, colocando no topo indubitável de primazia a “dignidade da pessoa humana”. Notamos que nem mesmo o direito à vida previsto no *caput*, art. 5º, CF, pode estar neste topo pré-definido de hierarquia, uma vez que o STF vem relativizando o direito à vida quando, por exemplo, julga constitucional o artigo 5º da Lei 11.105/05 – Lei de Biossegurança – que permite o descarte de embriões fecundados após extração e pesquisa de células-tronco (ADIN 3.510/04).

Como os direitos plasmados na Constituição são flexíveis, moldáveis e abertos, não há como evitarmos a colisão. A vida em sociedade é um colorido infinito de vicissitudes morais, éticas e jurídicas. Daí segue-se que, se é mesmo impossível evitarmos a colisão, então que se faça a “**concordância prática**” entre os direitos e princípios constitucionais.

Gilmar Mendes⁷ assevera que a concordância prática é um bom recurso para justificar, sempre, a intervenção do Judiciário nos casos de colisão chamados a desate. Como não podemos evitar a colisão, a saída não é a limitação *a priori* ou a hierarquização de

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 345.

direitos e princípios constitucionais, mas uma intervenção por parte do Judiciário caso a caso, em cada caso em concreto (concordância prática ou pragmática).

Há críticas a respeito do método da concordância prática, haja vista que certos direitos individuais já possuem restrição e conformação infraconstitucional. Nesses casos: ficaria a ponderação mitigada? Ou a ponderação ficaria apenas autorizada nos direitos individuais não restringíveis, os quais não carecem de complemento infraconstitucional? Terá o método da concordância prática ignorado o princípio da legalidade? Além disso, uma outra questão interessante se apresenta quanto à concordância prática, enquanto método interpretativo e harmonizador: pode ser aplicada também pelo Executivo e Legislativo?

De todo o exposto, mesmo a impropriamente denominada “censura” do art. 220, § 4º, CF, é norma que clama por lei infraconstitucional para regular o excesso de conduta face a outros direitos fundamentais, e não embarçar o núcleo essencial do direito de propaganda.

Pensamos que a propaganda de tabaco e álcool se situa neste tortuoso e deveras inóspito terreno, em que ora há conformação infraconstitucional e ora a ponderação terá de ser estendida ao máximo para alcançar os pesos possíveis na balança do justo.

2. Princípio da Proporcionalidade

Há quem prefira a terminologia “critério da proporcionalidade” ao termo “princípio da proporcionalidade”. Embora sirva de vetor interpretativo e busque otimizar normas constitucionais, há quem julgue pertencer a proporcionalidade mais a um critério instrumental de interpretação de normas, ou mesmo um antecedente hermenêutico (antecedente científico). Um princípio é uma regra-mestra dentro de um sistema, que informa a própria feitura de normas. Alicerça o sistema, é ideia valorativa. O princípio não objetiva regular uma situação concreta, ou seja, regular um fato só. O princípio espalha luz por todo o sistema. Por tudo isso, há quem diga que a missão do “princípio da

proporcionalidade” é diferente da missão precípua dos princípios, melhor se alocando na categoria de critério ou forma de interpretação ou, com relação à hermenêutica, melhor alocado como critério científico que sistematiza as formas de interpretação.

Deixando a polêmica de lado, adotaremos a designação “princípio”, com algumas consequências abaixo que diferem de um simples método interpretativo ou hermenêutico. Partamos do conceito de princípio fornecido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁸.

Como dito linhas acima, princípios não são regras, não são simples leis, que se excluem umas às outras em caso de colisão. As normas são gênero, do qual regras e princípios são espécies⁹. Os princípios não têm sanção nem normatizam condutas externas do homem. Têm apenas carga valorativa, isto é, servem para iluminar o caminho do legislador na feitura de leis ou servir de fundamento para orientação do aplicador das leis.

Sobre a lei casuística afrontar o princípio da igualdade, lapidares os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰: “... a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”. E, prossegue: “...o fator de discriminação – ... necessita, inarredavelmente, guardar pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 771-772.

⁹ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 85-91.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9, 39, 47 e 48.

discriminação não pode ser gratuita ou fortuita”. Mais adiante conclui: “Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: ... IV - ... o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente”.

Diz ainda Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹: “O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”.

Os princípios carregam certa vagueza significativa, e por isso mesmo necessitam sempre de mediação por parte de uma lei, de um juiz, de uma sentença, de uma interpretação moral e daí por diante. É o caráter aberto e, em certa medida, indeterminado dos princípios. Os princípios amoldam-se aos fatos, e não estes aos princípios.

O princípio traz a ideia de justiça, e não a regra (lei). O princípio traz a ideia do bom, e não a regra (lei). O princípio traz a ideia da virtude, e não a regra (lei). Assim, o princípio não carrega a aspereza e severidade da dogmática jurídica positivista. O princípio torna-se interessante para o direito quando brota da ética e da moral e objetiva harmonizar conflitos de conduta e elaborar novas regras de conduta.

O princípio está no campo filosófico da retórica, da argumentação e da dialética. Não é um dogma nem um axioma, mas reflete ideias morais e éticas que são juridicizadas. O princípio é, pois, fundamento da ordem jurídica. Por evidente, não é institutivo, mas programático e orientador.

O excesso ou desvio do poder Legislativo poderia ser uma origem do princípio da proporcionalidade. O Judiciário foi chamado, outrora, para invadir função típica do Legislativo, mas adequar o ato infraconstitucional ao desejo do Poder Constituinte Originário. O Judiciário foi

chamado a balizar o Legislativo. O Poder Constituinte Derivado deve conformar-se à Constituição. A proporcionalidade é também denominada razoabilidade.

Ou, como preferem alguns, razoabilidade como vertente da proporcionalidade. Luiz Alberto David Araujo assevera: “O princípio da proporcionalidade é aquele que oriente o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma”. E prossegue: “O princípio da proporcionalidade importa a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, os meios aos fins perseguidos. Por isso, afigura-se que o princípio em pauta confunde-se com o da razoabilidade, podendo as expressões ser utilizadas em sinonímia”¹².

Em suma, o princípio da proporcionalidade traduz, também, as ideias equidade, bom senso, prudência e moderação, vedando o excesso prejudicial ao que é cotidianamente suportável pelo *homo medius*.

Há quem diga que o princípio da proporcionalidade é, mesmo, princípio geral de direito.

O princípio da proporcionalidade, portanto, deve ser utilizado em casos concretos, inclusive em casos de colisão entre bens e direitos (por exemplo, meio ambiente equilibrado e liberdade de profissão em rota de colisão).

Em verdade, são duas as manobras: ponderação e conciliação. Mesmo o direito constitucional que foi apequenado pela ponderação, quando da aplicação do princípio da proporcionalidade, em verdade deve ser mantido e conciliado com a situação concreta da vida. Por exemplo, o direito de imagem ou intimidade de pessoas públicas é diminuído em cotejo com o direito de informar. Mas a intimidade não pode desaparecer, pois é direito constitucional pétreo. Deve, isto sim, ser conciliado com o princípio da liberdade de informar que se agigantou, traçando-se um

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9.

¹² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89-90.

limite mínimo em que mesmo a pessoa pública não pode ter sua esfera de intimidade ofendida.

Assim, como princípios e direitos constitucionais em colisão não podem excluir-se, impõe-se, após a ponderação, a imediata conciliação. A preponderância de um princípio ou direito não pode aniquilar os outros princípios e direitos constitucionais em colisão.

Defendemos que os juízes de hoje não podem quedar-se inertes à realidade social e permanecerem manietados pela fria dogmática jurídica positivista e literal. É preciso uma visão do todo social, da experiência humana, da cultura, moral, hábitos, sentimentos e ética. O juiz deve “criar” o direito. “Criar”, evidentemente, não significa inovar e rasgar a lei. A interpretação é a chave de ouro para o alcance da justiça.

A realidade tem de estar imbricada na norma, não devendo o julgador disso olvidar-se. Assim, para nós, é conveniente considerar o princípio da proporcionalidade como direito fundamental “implícito”, porquanto é um dos que mais traz harmonia às tensões jurídicas do sistema e sociais.

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três fases, que não obedecem à ordem ora apontada: a) necessidade b) adequação; e c) proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade exige o menor sacrifício para aquele que terá seu direito diminuído. Exige a presença do Judiciário ou Legislativo, mas pelo meio, recurso ou maneira de agir menos gravoso para o indivíduo. A necessidade indica o caminho menos doloroso. A necessidade revela a inevitabilidade da suavidade. Por exemplo, no conflito entre fumantes em restaurantes e não fumantes, vê-se claramente a necessidade de intervenção. Todavia, a necessidade não pode ser inadequada. Se é necessário intervir, que não seja por Decreto (inadequado). A falta de necessidade já fulmina a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois nem se indagará do meio (leis, decretos, sentenças).

Quanto à adequação, exige-se que a intervenção nos direitos em colisão seja apta, idônea, capaz, apropriada e habilitada a atingir o fim perseguido. Por exemplo, para proibirmos o hábito de fumar em locais

fechados, como restaurantes, uma lei bastaria. Aliás, como se trata de restringir e impor obrigações, só mesmo uma lei, pois Decreto não pode criar obrigações. Uma lei revela-se adequada, e não um Decreto ou uma Emenda Constitucional - esta última deve permanecer em seu posto altaneiro de remendar a Carta Magna em assuntos materialmente constitucionais. Nem mesmo um ato administrativo, conferindo poderes além dos naturais poderes de polícia ou poderes da polícia aos agentes públicos, seria adequado. A adequação do veículo deve ser apta ao fim colimado.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito. Nela reside a ponderação final e a conciliação e harmonização finais. É o juízo final sobre o caso concreto. É a busca do justo, do imparcial, do reto e do íntegro. É a ponderação final que vai acomodar a disputa. A proporcionalidade em sentido estrito é que vai buscar a virtude, a dicção do direito, a paz social, a felicidade, a convivência em harmonia, arrancar as tensões e lesões do meio social.

Muitos autores ponderam que a proporcionalidade decorre da dignidade da pessoa humana, como desdobramento implícito desta. Ou, ainda, desdobra-se da isonomia, da legalidade, dentre outros. Outros sustentam que possui força normativa, na medida em que limita o poder do Estado. Para nós, o que importa apenas, neste opúsculo, é alcançarmos uma decisão justa. Pode-se ou não fumar em um restaurante? Pode-se veicular propaganda de cerveja, mas não de cigarros?

O princípio da proporcionalidade, onze anos após a Constituição de 1988, surgiu pela primeira vez no plano infraconstitucional. O parágrafo único, do inciso VI, do artigo 2º, da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Fiscal), introduziu o princípio da proporcionalidade no plano meramente legal, o que se revela um alento e um estímulo para que seja positivado tanto no plano constitucional quanto em diversas leis e espécies normativas infraconstitucionais e infralegais.

Uma novidade em termos de ato infralegal foi o surgimento do princípio da proporcionalidade no parágrafo 6º, do artigo

4º, do Decreto nº 3.724/01. Este decreto cuida de acesso a dados bancários por autoridades do Fisco. A letra do Decreto, contudo, utilizou a expressão “razoabilidade”.

3. Propaganda de Tabaco e Bebidas Alcoólicas: Enquadramento Constitucional e Saúde

Como visto acima (Konrad Hesse, item 1 – p. 3), a lei pode cercear direitos fundamentais, desde que abertos, carentes de regulamentação infraconstitucional, e desde que não se atinja o núcleo essencial deste direito fundamental. Konrad Hesse, acima, pontua que uma lei que proíba propaganda antibíblica é constitucional porque não atinge a essência da manifestação do pensamento, apenas conforma o exercício de um direito à axiologia – a *mens legis* encontrou razão na vontade (legitimidade) popular.

O 220, parágrafo 4º é o vetor constitucional que protege tanto fumantes quanto não-fumantes, apreciadores de bebidas alcoólicas ou não, e a família. Esta norma constitucional remete ao seu parágrafo anterior, que estabelece a **necessidade de restrições** na propaganda do tabaco e álcool para que a família e a sociedade tenham meios de se defenderem e serem claramente informadas da nocividade de tais produtos para a saúde. Eis os dispositivos:

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.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a

que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 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 decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

O direito em cotejo com a liberdade de informação parece ser o direito de não ter a saúde afetada (permissão negativa). Assim, é inevitável a ponderação de valores morais positivados em princípios constitucionais colidentes ou leis e normas constitucionais em conflito. A permissão para usufruir livremente de bebidas alcoólicas parece ceder em função do bem maior que é a informação correta e proteção da saúde.

Os princípios constitucionais de proteção à saúde encontram-se dispersos pelo texto constitucional (art. 6º, 7º, 23, 24, 30, 34, 35, 40, etc), mas vêm mais firmemente expostos nos artigos 194 a 200, CF.

A Lei nº 9.294/96, com redação dada pela Lei nº 12.546/11, infelizmente, em nossa opinião, trata quase que exclusivamente de proibição de veiculação de propaganda de fumo e produtos fumíferos. Proíbe o uso de produtos fumíferos em vários locais, proíbe sua propaganda televisiva, obriga à aposição de advertências nos maços de cigarro, etc.

Quanto às bebidas alcoólicas, a lei é benevolente: proíbe a veiculação de propaganda de álcool em eventos esportivos, bem assim o consumo em locais de prática

esportiva, a venda a menores, a venda postal, pela *internet* ou em estabelecimentos de ensino. Não restou proibida a propaganda de bebidas alcoólicas pela televisão. O Decreto nº 2.018/96 contém regras mais pormenorizadas que implementam a Lei nº 9.294/96 como, por exemplo, a definição de recintos coletivos, a confirmação da vedação total da propaganda de tabaco e a permissão da propaganda de bebidas alcoólicas pela televisão somente das 21h às 06h.

A proibição total de veiculação de propaganda de tabaco e a permissão de veiculação de bebidas alcoólicas é flagrantemente desarrazoada, eis que, além da liberdade de escolha e direitos da saúde, está em jogo, também, a liberdade de comércio e atividade profissional inerente à autonomia privada e iniciativa econômica. Por que se proíbe o cigarro, atingindo-se a indústria de cigarros, e não se proíbe a propaganda de bebidas alcoólicas em televisão? Por que se informa aos indivíduos dos malefícios à saúde adequadamente a quem fuma, mas não sobre os malefícios do álcool?

É o que provaremos, abaixo, quando aplicarmos o critério da proporcionalidade à Lei nº 9.294/96. Provaremos que a restrição apenas ao tabaco é inconstitucional. Pensamos que o tabaco e o álcool merecem tratamento igual na televisão, pois ambos são nocivos à saúde.

O art. 174, CF, estabelece, quanto à atividade privada (livre iniciativa), a função planejadora do Estado. Ora, se o Estado pretende intervir na livre produção e comercialização do tabaco, quanto à propaganda em televisão, e não planeja intervir na propaganda do álcool, está acoimado de desvio e falta de finalidade o ato infraconstitucional. Estranhamente escolheu-se tolher apenas uma das atividades privadas, relacionada ao tabaco.

Pensem na seguinte hipótese: num restaurante, o dono poderia abrir mão de clientela e facultar livremente o fumo e a bebida, caso não houvesse a proibição total na lei. O não-fumante não seria obrigado a lá adentrar e o dono estaria ciente da perda da clientela não fumante. A estadia no restaurante seria opcional. Mas, como preceitua o parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei nº 9.294/96, em

repartições públicas, hospitais, salas de aula, bibliotecas, recintos de trabalho coletivo fechados e em salas de teatro e cinema a convivência não seria opcional. Daí segue-se a autorização para restrição. Pois bem: estar em frente à televisão durante a propaganda da novela é opcional?

Outro problema: a restrição generalizada entre lugares coletivos de convivência opcional e não opcional não foi respeitada. O tabaco sofre um duro golpe, enquanto os produtores de bebidas alcoólicas desfrutam da frouxidão da lei conformadora do texto constitucional, em lugares opcionais. Não há bares com proibição de servir bebida alcoólica, à exceção dos estabelecimentos próximos da margem das estradas e rodovias.

O Estado, de fato, age negativamente em relação à liberdade de iniciativa. A CF de 1988 consagrou a livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º, IV e 170, CF), a par dos princípios da ordem econômica do art. 170. E o art. 174, CF, assevera que a intromissão estatal no mercado é apenas indicativa, ou seja, pode o Estado apenas intervir na livre iniciativa para proteger valores constitucionais com saúde, educação, segurança, meio ambiente, pleno emprego, etc.

A liberdade de propaganda segue o mesmo rumo: o Estado só pode nela intervir quando se tratem de bens ou direitos constitucionalmente protegidos e em choque com a atividade privada. O próprio art. 220, CF, que preconiza a liberdade de manifestação do pensamento, traz em seu bojo, como exemplos, os limites da vida privada e intimidade.

O art. 220, CF, preconiza a necessidade de intervenção legal e administrativa para adequada informação de produtos nocivos à saúde sem, todavia, aniquilar-se o núcleo-base da liberdade de informação e livre iniciativa.

O Estado atual transmudou-se para Estado Regulador, em que autarquias especiais como, por exemplo, as Agências Reguladoras, obtêm verdadeira delegação de poderes para atuação no domínio econômico, dentro das funções “normativa e reguladora” da atividade econômica, com funções de “fiscalização, incentivo e planejamento” – art. 174, CF.

As Agências Reguladoras possuem natureza autárquica e são criadas por lei. São

estatais, regidas pelo direito público, e têm mais autonomia que as autarquias, não submetendo suas decisões e aplicação de sanções a Ministérios ou outros Órgãos superiores. É autônoma em relação ao Poder Central.

A Anvisa, que é a agência reguladora das situações relacionadas ao tabaco e álcool, possui as seguintes competências: a) normatização; b) fiscalização; c) aplicação de sanções; e d) solução de conflitos.

O Estado Regulador permite também o Estado-empresário, nas estritas hipóteses constitucionais (art. 173, CF). O Estado Regulador é um Estado “gerencial”, em que a delegação de normas em branco das leis permite a normatização de atos empresariais privados. A justificativa para esta atuação é o primado constitucional da eficiência.

Assim, não estamos mais diante de uma legalidade estrita, como ocorre com a legalidade/tipicidade tributária, mas normas de propaganda e liberdade de expressão de conceitos indeterminados e vagos, que permitem a complementação e implementação até mesmo por atos administrativos inferiores de agências reguladoras como a Anvisa, no caso de tabaco e álcool.

O que se busca com a indeterminação semântica ou mesmo de conteúdo de normas que contêm expressões como “nocivo à saúde”, “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” ou “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 decorrentes de seu uso” – art. 220, CF – é uma margem de discrecionabilidade do legislador e Executivo para complementar os preceitos supra a bem de outros vetores axiológicos constitucionais – saúde, família, vida, previdência, etc.

Hodiernamente, encontramos-nos no campo dos atos legais e administrativos

“**finalísticos**”. O desvio da lei macula o ato e o invalida. Por exemplo, a Lei nº 9.294/96 (art. 3º) prevê que haja uma frase nos maços de cigarro advertindo para os malefícios do fumo. Não pode a Anvisa baixar ato administrativo determinando a aposição de duas frases de advertência nos maços de cigarro, por ficar configurada conduta *contra legem*. Mas, quando a lei fala que a cor das letras deverá ser “ostensiva”, nada impede que a Anvisa, desde que não inviabilize a atividade do produtor, determine, em ato administrativo inferior, que a cor “ostensiva” seja o “vermelho”.

A questão que não cala, contudo, como visto acima, é a proibição total de veiculação de propaganda de tabaco (art. 3º, da Lei nº 9.294/96), por ser nocivo, e a permissão de propaganda de bebida alcoólica, que é tão ou mais nociva. A nocividade pertence a ambos produtos. Não parece razoável que a lei contenha proibição **total** de propaganda de cigarros, o que aparentemente coaduna-se com o texto constitucional, e que bebidas alcoólicas possam ser veiculadas em propaganda televisiva, embora somente à noite (art. 4º, da Lei nº 9.294/96).

Sem dúvida que o ato administrativo pode interditar estabelecimento que ponha a saúde do indivíduo em risco (Lei nº 9.782, arts. 7º e 8º). Ninguém discute que os motivos determinantes do ato administrativo são razoáveis e necessários se ponderada a saúde como bem a ser protegido, evidentemente que nos limites da lei.

Mas onde fica a razoabilidade da própria lei quando do banimento da propaganda de tabaco e, ao mesmo tempo, manutenção da propaganda de bebidas alcoólicas?

O motor legal deveria ser, em nossa opinião, no sentido do banimento total da propaganda de bebidas alcoólicas no rádio, televisão, *internet* e afins, assim como ocorre com o tabaco. Se um está banido, por ser nocivo ao corpo, o outro também deve estar!

4. O Teste da Proporcionalidade Aplicado à Propaganda de Bebidas Alcoólicas

O núcleo essencial da propaganda, isto é, a liberdade de expressão foi mantida pela legislação infraconstitucional e infralegal. Não

houve a supressão da liberdade de expressão em seu núcleo essencial. Vejamos as três fases de aplicação do princípio:

A necessidade de aplicação da proporcionalidade (ponderação) revela-se patente, uma vez que há conflito entre a liberdade de expressão e a proteção da saúde. Exige-se a presença do Judiciário ou Legislativo, mas pelo meio, recurso ou maneira de agir menos gravoso para o indivíduo. É inevitável a solução para o caso concreto.

Quanto à adequação, é fácil percebermos que o veículo necessário para a intervenção é uma lei ou ato administrativo. Este é o único meio idôneo que vislumbramos. Não há meio apto a atingir o fim perseguido com simples exortação ao não consumo ou mesmo o simples poder de polícia. Exige-se ato normativo restritivo.

A operação final, da proporcionalidade em sentido estrito, é a ponderação final em busca do justo. Sopesando-se os bens e valores da lei ou ato administrativo (que já são necessários + adequados), chegamos à conclusão final: o bem protegido da saúde tem mais peso que a livre propaganda de bebidas e tabacos. A restrição ao exercício da liberdade de expressão cede passo ao interesse coletivo da saúde. O valor ou bem sacrificado em jogo (veiculação de propaganda de produto nocivo) é menor que o interesse na saúde e correta informação da humanidade. Não estamos aniquilando a liberdade de expressão e manifestação, mas direcionando-a para o bem comum querido pela CF.

A propaganda de bebidas alcoólicas pela televisão não encontra fundamento ou razoabilidade ante à aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo menos em cotejo com o veto total à propaganda de tabaco.

5. Conclusão

As normas constitucionais podem conformar outras normas constitucionais. E pode existir conformação infraconstitucional, desde que não se atinja o núcleo essencial do direito fundamental sob ponderação.

Princípios devem ser ponderados ante uma colisão. A solução da prevalência de um ou outro só se dá no caso concreto. O critério utilizado para solução da colisão é o princípio implícito em nosso sistema da proporcionalidade.

De qualquer modo, juízes, Legislativo e Executivo também devem atentar para a moral e realidade social, e não apenas para a letra fria e literal da norma positivada, único objeto de trabalho pouco caloroso da dogmática jurídica. A norma deve estar impregnada de valor, e ser interpretada de acordo, tanto quanto possível, em consonância com os valores atuais da sociedade.

A Lei nº 9.294/96, ao regulamentar a Constituição e proibir apenas a propaganda na televisão de cigarros, é desarrazoada, pois pune só s envolvidos com o tabaco. Afeta não só a livre iniciativa dos produtores de cigarros mas também não atenta para a necessidade de proteção igualitária em relação ao tabaco e álcool, isto é, tratamento igual com relação à propaganda e informação sobre a mesma nocividade à saúde e à vida de ambos os produtos.

Concluimos que tanto a lei quanto atos administrativos inferiores, como atos da Anvisa, podem restringir a propaganda de bebidas alcoólicas, mormente em televisão, para atender aos princípios constitucionais que reclamam complemento e implemento, a bem da saúde e da vida. O tratamento entre tabaco e álcool deveria ser o mesmo, desde que observado o núcleo essencial da livre iniciativa e liberdade de expressão.

Se o fundamento finalístico de um é a nocividade, tem-se que a bebida alcoólica é tão ou mais nociva que o tabaco. O consumo de álcool mata mais do que o consumo de tabaco. O álcool, considerando-se a saúde *lato sensu* (saúde mental inclusive), afeta não só os órgãos do corpo, mas a conduta psicossocial do indivíduo.

Pensamos que deva haver uma maior restrição de propaganda de bebidas alcoólicas pela televisão.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Renovar, 2008.
- _____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito Constitucional – Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. 1ª Edição, São Paulo: Manole, 2007.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20ª Edição Alemã (traduzida), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 1ª Edição. Estudos Gerais – Série Universitária. Lisboa: 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 7ª Edição. São Paulo: Hemus, 2003.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª Edição, São Paulo: RT, 2009.
- STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.