

CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA PUBLICIDADE DE TABACO NO BRASIL FRENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Darwin Otto de Lima*

RESUMO

O presente trabalho trata da colisão, decorrente da proibição insculpida no *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.294, de 1996, entre o direito constitucional à saúde e o direito à liberdade de expressão comercial da indústria tabagista, analisada através de levantamento bibliográfico. Neste se desenvolve uma análise histórica da evolução das restrições impostas ao exercício da atividade publicitária relacionada a produtos fumígenos até se converterem em indiscutível proibição. Constata-se a existência de divergência doutrinária em relação ao direito fundamental diretamente relacionado à liberdade mencionada. Enquanto grande parte da doutrina defende sua afeição à liberdade de expressão (direito amplamente protegido na constituição e, destarte, infimamente sujeito à restrições), outra parte sustenta estar intimamente relacionado à livre iniciativa (a qual não consiste em direito fundamental e que seria, conseqüentemente, passível de maior controle estatal). Evidencia-se que, no Brasil, tal discussão se restringe ao âmbito doutrinário, tendo em vista a disposição topológica da Constituição Federal de 1988, a qual conduz ao entendimento de que o direito de fazer publicidade é um braço da liberdade de expressão. Passa-se, então, a um exame de proporcionalidade, regra desenvolvida como forma de aperfeiçoamento do processo de ponderação, entre a restrição imposta e a efetividade do bem jurídico objetivada. Alguns autores a desenvolveram minuciosamente, visando a uma resposta acerca da constitucionalidade ou não do dispositivo legal supramencionado, questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.311, atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Liberdade de expressão comercial. Publicidade. Propaganda. Tabaco. Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A imposição de restrições legais ao exercício da atividade publicitária de produtos fumígenos no Brasil vêm sendo objeto de discussão doutrinária e judicial, consistente na verificação dos limites desses limites.

A Constituição Federal, em seu art. 220, localizado no capítulo “Da Comunicação Social”, consagra que “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

* Aluno de graduação do curso de Direito da PUCRS. E-mail: darwin.lima@hotmail.com.

A seguir, no § 4º do dispositivo supramencionado, a Carta Magna, em sentido contrário à regra geral, delega ao legislador ordinário a competência para o estabelecimento de restrições à publicidade do tabaco e de outros produtos considerados nocivos pelo constituinte.

A legislação brasileira, atendendo ao disposto no § 4º do art. 220 da Constituição, foi evoluindo – concomitantemente às disposições estabelecidas no âmbito internacional e outras medidas nacionais – no combate ao tabagismo, iniciando com a imposição de limites horários para a veiculação da publicidade relacionada a produtos fumígenos em meios de comunicação de massa, passando a impor que referida atividade somente se desse através de pôsteres, painéis e cartazes na parte interna dos locais de venda (o que culminou no ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.311, atualmente pendente de julgamento no Superior Tribunal Federal, com o fundamento de que essa forma de divulgação não configura propaganda no sentido atual do termo e que a medida consistia em vedação do exercício da atividade, o que não teria sido permitido pelo constituinte), convertendo-se, em 2011, em expressa proibição de veiculação do gênero de propaganda sob análise.

As empresas tabagistas sustentam a inconstitucionalidade da vedação da atividade, seja porque o constituinte, ao estabelecer a possibilidade de restrições, acabou por consagrar o direito de fazer publicidade dos produtos mencionados, seja porque tal medida configura supressão do direito fundamental de liberdade de expressão das empresas.

Encontramo-nos, portanto, diante de uma colisão de valores constitucionais: de um lado, o direito à saúde, e, de outro, a liberdade de expressão comercial.

Alguns autores trabalham, na seara doutrinária, que a liberdade de expressão comercial, diferentemente do que efetivamente ocorre (por constar no capítulo “Da Comunicação Social”, entende-se que este direito é um braço da liberdade de expressão) deveria ser um sub-ramo da liberdade de iniciativa, direito não fundamental e que, portanto, estaria sujeito a maiores restrições.

Como a Constituição não deixou amplamente aberta tal discussão, considerando-se sua disposição topológica, passaremos, então, a uma análise da proporcionalidade, regra desenvolvida pela doutrina como forma de aperfeiçoamento do processo de ponderação entre direitos fundamentais através da análise de três

critérios, quais sejam a adequação (verificar se a medida restritiva é adequada para o atingimento dos fins a que se propõe), a necessidade (verificar se não há outra medida menos gravosa ao direito fundamental cerceado e que possua a mesma intensidade de efetivação do bem jurídico protegido) e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito (constatar se a restrição imposta, em comparação à intensidade realizável do direito objetivado, se mostra pequena e justificável).

Analisaremos, ainda, a teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais e suas vertentes, tanto as relativas ao valor de proteção (teorias absolutas e relativas) quanto aquelas atinentes ao objeto de proteção (teorias objetivas e subjetivas).

Para discorrermos acerca da controvérsia, procederemos à revisão bibliográfica, isto é, a utilização da doutrina como fonte de ideias para o trabalho de investigação, e à análise documental, examinando a legislação correspondente a essas estruturas.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão, direito fundamental positivado diversas vezes na Constituição Federal de 1988, é considerada um dos direitos fundamentais mais caros, resultado da afirmação do homem frente ao poder do Estado¹. É a pedra angular sobre a qual se apoia a existência de um Estado Democrático de Direito. Esse direito tem um significado notável nas Américas devido ao fato de que as sociedades nelas existentes desenvolveram suas democracias após um longo período de autoritarismo².

Na atual Constituição, as liberdades de expressão foram objeto de positivação mais detalhada, bem como atingiram o patamar de reconhecimento e proteção compatíveis com o Estado Democrático de Direito³. Tal assertiva, como mencionado acima, é resultado das vicissitudes enfrentadas pelo país durante o período autoritário

¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade de Tabaco e Liberdade de Expressão. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82/2012, p. 11-59, abr./jun. 2012. Artigo consultado na Base de Dados RT *online* mediante assinatura.

² MENEZES, Daniel Francisco Nagao; VEDOVATO, Luís Renato. Liberdade de Expressão e Livre Iniciativa – diferenças sensíveis. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 72-73, 2015.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. *In*: MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 451-452, 2013.

que perdurou até pouco antes da promulgação da atual Constituição, em 1988⁴. Como afirmam Marques e Miragem⁵, a atual Carta Magna deriva do processo político de transição para a democracia, que consolidou e estabeleceu o regime de liberdades democráticas. Com isso, foi estabelecido um rol de direitos e garantias fundamentais a ser respeitado por todos. Ademais, reestruturou as bases da formação brasileira, moldando uma sociedade pluralista, democrática, bem como estabelecendo um rol de direitos fundamentais a ser respeitado por todos⁶.

Neste trabalho, será tratada a liberdade de expressão como um *direito mãe* (gênero), termo polissêmico⁷ que serve como ponto de partida para a concretização da autonomização gradual das demais liberdades comunicativas – como a do pensamento, a de imprensa, a de comunicação, a artística, a de ensino, a de crença, a política, a de manifestação, a de criação, dentre outras –, visando a atender às contínuas alterações tecnológicas, econômicas e estruturais, relevantes no âmbito da comunicação.

É um direito político, oriundo dos ideais libertários das revoluções americana e francesa. Pertence à primeira dimensão de direitos, tratando-se, portanto, *a priori*, de um direito de defesa ou negativo, o que implica em um dever de não intervenção do Estado⁸. Não obstante, a interdependência dos direitos individuais e da ordem social na Constituição Cidadã demonstra que a liberdade de expressão não se configura simplesmente na exigência de atos negativos do Poder Público, ou seja, de não atuar em prol de seu impedimento. Referidos direitos necessitam de efetivação na esfera

⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. Proscrição da Propaganda Comercial do Tabaco nos Meios de Comunicação de Massa, Regime Constitucional da Liberdade de Conformação Legislativa e Limites da Atividade Normativa de Restrição a Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 845/2016, p. 97-150, mar. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. A Constitucionalidade das Restrições à Publicidade de Tabaco por Lei Federal: Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 4-5, 2015.

⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin. Proscrição da Propaganda Comercial do Tabaco nos Meios de Comunicação de Massa, Regime Constitucional da Liberdade de Conformação Legislativa e Limites da Atividade Normativa de Restrição a Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 845/2016, p. 97-150, mar. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

⁷ BARROS, Suzana de Toledo. Reflexões Sobre os Contornos da Proteção da Liberdade de Expressão: nela se inclui a publicidade comercial? In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 129, 2015.

⁸ MACHADO, Jónatas E.M. **Liberdade de Expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Ed., p. 416, 2002.

social, estando sujeitos a restrições por parte do Estado⁹ para que ocorra a necessária harmonia durante sua coexistência.

Hoffmann-Riem bem refere que o aspecto individual dos direitos de liberdade ou jurídico-subjetivo não deve ofuscar a sua dimensão jurídico-objetiva, a qual importa na realização da maior liberdade social realizável, sob pena de assunção do risco de que os direitos fundamentais sirvam para o fortalecimento da posição de alguns, em especial daqueles que alcançaram maior força e influência em relação à transformação das relações sociais¹⁰. Ressalta que, em relação à liberdade de comunicação, o poder social se concentra nas mãos dos grandes magnatas do segmento, cujo poder excede o do Estado no que se refere ao domínio da informação. Conclui de tais fatos que a forma como esses poderosos atuam de modo a influenciar a sociedade configura uma efetiva ameaça à liberdade, cuja proteção deverá, nessas circunstâncias, ser efetivada pelo Estado, não mais devendo este ser visto tão somente como inimigo da liberdade¹¹, mas também como um ente atuante em direção à consecução da igualdade material.

Nesse sentido, para o alcance da liberdade, pode ser necessária a restrição, pelo Estado, da expressão de alguns para o reforço da de outros, sob pena de nós, enquanto pessoas, nunca alcançarmos plenamente a liberdade.

O Constituinte estabeleceu um sistema constitucional de direitos fundamentais, baseado no princípio geral da liberdade, segundo o qual esses, simultaneamente, limitam a ação do legislador, devendo este atuar em conformidade com os demais direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, e exigem a sua manifestação pela preservação da melhor eficácia destes¹², atuando, desta forma, positivamente em prol das garantias arroladas.

Nesse mesmo sentido, Vedovato e Menezes consignam que o direito sob análise é visto como “um limite necessário ao Estado, seus governantes e as elites

⁹ BARROS, Suzana de Toledo. Reflexões Sobre os Contornos da Proteção da Liberdade de Expressão: nela se inclui a publicidade comercial? In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 131, 2015.

¹⁰ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. La dimensión jurídico-objetiva de la libertad de información y comunicación. **Revista Española de Derecho constitucional**, n. 77, p. 118, maio/ago. 2006.

¹¹ Ibidem p. 124.

¹² FISS, Owen M. Free speech and social structure. **Iowa Law Review**, v. 71, p. 1425, 1985/1986. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ilr71&div=1&src=home>. Acesso em: 01 nov. 2019.

sociais que monopolizam informações”. Dessa forma, ele permite o livre fluxo e pluralista de informações, necessário para a consubstanciação da democracia e facilitador da participação individual e do fortalecimento da sociedade civil¹³.

Cléve sustenta que, da forma como desenhada fisionomicamente a Lei Maior, não há espaço para a intolerância, tampouco para a supressão da alteridade, e sim para o debate formador da opinião pública, esta formada a partir dos discursos que circulam livremente no espaço público. Assevera a importância da liberdade de expressão (gênero) e sustenta que, sem esta, os mercados se contaminam, que o espaço público empalidece e que os indivíduos perdem o poder de autotutela, condição necessária para bem decidir acerca daquilo que lhe interesse¹⁴.

O Constituinte, visando à referida ampla proteção da liberdade, faz esta constar logo de cara no Preâmbulo da Constituição como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como também o faz no art. 3º, I, propondo-se à construção de uma sociedade livre, assegurando a liberdade de comunicação no art. 5º, IV e IX e o acesso à informação – art. 5º, XIV – além de destinar um capítulo inteiro dedicado à ordenação da comunicação social¹⁵.

O dispositivo constitucional que enuncia ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”¹⁶ serve como uma espécie de cláusula geral, a qual foi complementada e mantém uma relação direta com diversos outros dispositivos existentes no texto constitucional, os quais formam a estrutura jurídico-constitucional de reconhecimento e proteção da liberdade de expressão, nas suas mais variadas formas de apresentação¹⁷. Para Sarlet, as diversas manifestações da

¹³ MENEZES, Daniel Francisco Nagao; VEDOVATO, Luís Renato. Liberdade de Expressão e Livre Iniciativa – diferenças sensíveis. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 73, 2015.

¹⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. Proscrição da Propaganda Comercial do Tabaco nos Meios de Comunicação de Massa, Regime Constitucional da Liberdade de Conformação Legislativa e Limites da Atividade Normativa de Restrição a Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 845/2016, p. 97- 150, mar. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. *In*: MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 451-452, 2013.

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

liberdade de expressão, consideradas especificamente, encontram diferença no que diz respeito ao âmbito de proteção e no que concerne aos limites e restrições.¹⁸

Segundo o autor, é necessário que se interprete o âmbito de proteção da liberdade de expressão da forma mais ampla possível a fim de assegurar sua máxima proteção e sua posição de destaque no aglomerado de direitos e garantias fundamentais¹⁹.

Em relação à publicidade comercial, objeto de controvérsia do presente trabalho, a doutrina, de modo geral, a entende como subsumida à matéria de liberdade de expressão ou de liberdades comunicativas²⁰. Há, contudo, parte da doutrina que entende que a liberdade de expressão comercial é objeto da liberdade de iniciativa, discussão que será abordada futuramente em tópico específico, diante de sua relevância para o deslinde da controvérsia objeto da presente obra.

Demonstrado o caráter eminentemente político da liberdade de expressão neste tópico, direito que resulta de um longo processo de superação dos regimes autoritaristas para o advento da democracia, regime de governo que proporciona voz e ação aos particulares e que impõe a liberdade de expressão como um limite de intervenção do Estado, mas também como um dever deste de agir a fim de assegurar a igualdade material, passemos à análise da propaganda de tabaco no Brasil e da evolução de suas restrições impostas por lei.

3 HISTÓRICO DAS RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE COMERCIAL DE TABACO NO BRASIL

A nicotina gera dependência em grau tão elevado quanto o de outras drogas, como heroína e cocaína, com a agravante de uma extensa e diária administração²¹.

Cientes de tais malefícios, se fez necessária a concretização de medidas aptas a refrear o consumo de tal produto.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 452-453, 2013.

¹⁹ Ibidem, p. 455.

²⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Prefácio. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. "X", 2015.

²¹ PASQUALOTTO, Adalberto. Tabaco na Adolescência: a exploração da vulnerabilidade. Revista de Direito do Consumidor, v. 122, p. 17-45, mar./abr. 2019. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

O texto da Constituição Cidadã se originou da Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 1º de fevereiro de 1987. Durante as discussões, foram apresentadas diversas propostas em relação à forma de controle da publicidade do tabaco. Inicialmente, a ideia de proibição era unânime, independente da ideologia a que se filiavam os autores das propostas de redação. No entanto, nenhuma das sugestões foi acatada pela Comissão de Família, Educação, Cultura e Esporte, da Ciência e da Comunicação, que delegou a competência para regulação da matéria ao legislador ordinário, aprovando o que consta atualmente do texto constitucional²².

Ademais, de acordo com dados obtidos no site da Organização Panamericana de Saúde, o consumo do tabaco é a principal causa de morte evitável de mortes no mundo inteiro, matando, conforme as estatísticas de 2017, 7 milhões de pessoa por ano (considerando os fumantes ativos e passivos), custando, para a economia mundial, mais de 1,4 trilhão de dólares por ano em custos de saúde e perda de produtividade²³. Outrossim, é o único produto de consumo legalizado que mata até metade de seus usuários, e que resulta na perda de 10 a 15 anos de vida de seus usuários²⁴.

O art. 220 da Constituição Federal expressamente, em seu § 3º, atribui ao legislador federal a competência para o estabelecimento dos meios legais que garantam aos indivíduos a possibilidade de que se defendam da propaganda de produtos, práticas e serviços que possivelmente sejam nocivos à saúde e ao meio ambiente.

No parágrafo seguinte, o constituinte, através da eleição de produtos merecedores de tratamento diferenciado, justamente em razão da nocividade à saúde resultante de sua utilização²⁵, determinou que a propaganda destes estaria sujeita às

²² PASQUALOTTO, Adalberto. Prefácio. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. “VII”-“IX”, 2015.

²³ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE (Organização Mundial da Saúde). **Relatório da OMS revela aumento na última década de políticas de controle do tabaco que podem salvar vidas**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5463:relatorio-da-oms-revela-drastico-aumento-na-ultima-decada-de-politicas-de-controle-do-tabaco-que-podem-salvar-vidas&Itemid=839. Acesso em: 30 out. 2019.

²⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Tabaco na Adolescência: a exploração da vulnerabilidade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 122, p. 17-45, mar./abr. 2019. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. A Constitucionalidade das Restrições à Publicidade de Tabaco por Lei Federal: Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 4-5, 2015.

restrições legais, devendo, ainda, sempre que necessário, conter advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso²⁶.

Cumpra, inicialmente, efetuar sumariíssima distinção entre publicidade e propaganda, como se tenta realizar doutrinariamente. Aquela constitui o fenômeno produzido com a finalidade de estimular e influenciar o consumidor, destinatário da mensagem, à aquisição de determinado produto ou serviço. Já a propaganda é feita relativamente a outra ordem de ideias e conceitos, cuja divulgação não objetiva alguma vantagem econômica²⁷.

Na legislação pátria, no entanto, não se observa tal distinção, de modo que ambos os termos são empregados como sinônimos²⁸, técnica adotada no presente trabalho.

O legislador, atendendo ao comando constitucional, redigiu o texto da Lei nº 9.294, que entrou em vigor em 16 de julho de 1996²⁹. A redação original da lei que dispôs sobre restrições à propaganda do tabaco continha tão somente limitação horária para tanto, não havendo razões para se questionar sua constitucionalidade até então, haja vista o permissivo constitucional para tanto.

No entanto, veio a sofrer alterações em 2000³⁰, restringindo o exercício da referida publicidade através de, tão somente, pôsteres, cartazes e painéis, na parte interna dos locais de venda, passando então a ser objeto de controvérsia, haja vista a sustentação pela indústria tabagista de que esse tipo de publicidade não configura propaganda no sentido atual do termo, estando, desta forma, cerceado o direito à realização de publicidade, o que o constituinte não teria autorizado³¹. Assinala Cléve

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 248, 2014.

²⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 248-249, 2014.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9294.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 10,167, de 27 de dezembro de 2000**. Altera dispositivos 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10167.htm#art1. Acesso em: 12 out. 2019.

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **CNI contesta no Supremo restrições à propaganda de tabaco**. Brasília, DF: STF, 27 set. 2004. Disponível em:

que os debates parlamentares sobre o projeto de tal lei demonstram que a restrição se deu em decorrência da necessidade de impedir a publicidade dos produtos constantes do § 4º do art. 220 da Constituição, desconsiderando totalmente a necessidade de realização de um juízo adequado de ponderação³².

Tal restrição viria a se tornar uma vedação completa devido à nova redação do dispositivo legal conferida por lei publicada em 2011³³, que, conforme referido anteriormente, proibiu expressamente a publicidade referente aos produtos fumígenos em todo o território nacional.

A evolução das restrições de publicidade de tabaco, até se converter em efetiva vedação, é resultado de um longo processo no âmbito nacional. Em 1979, o Brasil realizou o primeiro Programa Nacional Contra o Fumo e, em 1990, foi realizada a 1ª Conferência Brasileira de Combate ao tabagismo. Ainda, em 1986, a Lei nº 7.488 instituiu o Dia Nacional de Combate ao Fumo, a qual determinou que, na semana que antecede o dia 29 de agosto de cada ano, o Poder Executivo promova uma campanha de âmbito nacional, visando a alertar a população para os malefícios advindos do fumo³⁴. Vedovato e Campedelli narram que a instituição dessa data nos trouxe uma nova realidade, obrigando a atualização da legislação pátria, visto que, até o momento, esta era voltada aos interesses da agroindústria do fumo³⁵.

Além do mais, o Brasil é signatário da Convenção-quadro para Controle do Tabaco (CQCT), tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico interno. A CQCT entrou em vigor em 2005, sendo o Brasil o segundo país a assiná-la. A ratificação se deu em 2005 através do Decreto Legislativo nº 1.012 e a sua implementação ganhou o *status* de Política de Estado. A promulgação da CQCT se

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63492>. Acesso em: 12 out. 2019.

³² CLÉVE, Clémerson Merlin. Proscrição da Propaganda Comercial do Tabaco nos Meios de Comunicação de Massa, Regime Constitucional da Liberdade de Conformação Legislativa e Limites da Atividade Normativa de Restrição a Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 845/2016, p. 97-150, mar. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

³³ BRASIL. **Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011**. [...] altera as Leis nº 11.774, de 17 de setembro de 2008 [...] e nº 9.294, de 15 de julho de 1996 [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12546.htm#art49. Acesso em: 12 out. 2019.

³⁴ ROMERO, L. C.; DA COSTA E SILVA, V. L. 23 Anos de Controle do Tabaco no Brasil: a Atualidade do Programa Nacional de Combate ao Fumo de 1988. **Revista Brasileira de Cancerologia**, v. 57, n. 3, p. 305-314, 30 set. 2011. Disponível em: <https://rbc.inca.gov.br/revista/index.php/revista/article/view/659>. Acesso em: 05 nov. 2019.

³⁵ CAMPEDELLI, Vitória C; VEDOVATO, Luís R. Colisão de Princípios no Controle do Tabaco. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 109, p. 235-263, jan./fev. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

De um lado, sustenta-se, em síntese, que a vedação veio a sacrificar a liberdade de expressão comercial das empresas tabagistas, sub-ramo da liberdade de expressão, direito fundamental reconhecido na Constituição. Além disso, que a Carta Magna, ao reconhecer a possibilidade de restrição ao exercício da publicidade dos produtos considerados nocivos, ao mesmo tempo reconheceu a existência dessa e, desta forma, teria permitido apenas restrições ao seu exercício, e não sua proscricção⁴¹. Além disso, argumenta-se que a Constituição de 1988 teria elevado a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundante, do qual derivam os demais direitos fundamentais, como a liberdade pessoal. Dessa forma, a pessoa humana seria considerada um ser capaz de decidir acerca de seu destino, não devendo o Estado assumir uma postura paternalista em relação aos administrados e subtrair destes seu poder de autogoverno⁴².

Do outro lado, quanto ao sacrifício do direito à liberdade de expressão, alguns argumentam que, em verdade, a restrição à livre expressão comercial afeta a livre iniciativa, direito não catalogado como fundamental e, destarte, passível de maior controle estatal, enquanto outros afirmam que, mesmo que considerada um sub-ramo da liberdade de expressão, a vedação à expressão comercial se justifica diante da regra da proporcionalidade, ou seja, em havendo colisão de direitos humanos positivados e, considerando-se que, desta forma, possuem a mesma hierarquia, deve-se realizar uma análise de tal regra, observando-se alguns critérios para verificar a possibilidade de restrição de um em detrimento do outro⁴³. Quanto ao poder de autotutela, defende-se que a restrição não a subtraiu da pessoa humana, haja vista a restrição ser destinada às empresas tabagistas, como forma de desestímulo de seu consumo, e não aos consumidores, mantendo nesses o poder decisório acerca da opção de fumar ou não fumar⁴⁴. Ademais, em relação ao alegado reconhecimento do direito a fazer publicidade daqueles produtos, sustenta-se que a garantia de um direito

⁴¹ CLÉVE, Clémerson Merlin. Proscricção da Propaganda Comercial do Tabaco nos Meios de Comunicação de Massa, Regime Constitucional da Liberdade de Conformação Legislativa e Limites da Atividade Normativa de Restrição a Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 845/2016, p. 97-150, mar. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

⁴² Ibidem.

⁴³ CAMPEDELLI, Vitória C; VEDOVATO, Luís R. Colisão de Princípios no Controle do Tabaco. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 109, p. 235-263, jan./fev. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 3-4, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

à propaganda do tabaco decorre da interpretação de diversos dispositivos espalhados ao longo da Lei Maior e não do § 4º do art. 220, cuja função seria unicamente disciplinar a restrição associada, bem como desincumbir o legislador ordinário do grande ônus argumentativo acerca da restrição a ser imposta⁴⁵.

Instalada tal discussão, passemos a uma análise mais detalhada do que se argumenta nessa esfera.

5 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE COMERCIAL

A publicidade, como qualquer atividade relevante do ponto de vista social, necessita de uma adequada regulação na ordem jurídica de um país, através de normas cujo objetivo deve ser o estabelecimento de um marco legal e o eventual controle pela Administração Pública⁴⁶. Em razão disso, instalou-se uma discussão doutrinária acerca do fundamento constitucional de referida atividade, já mencionada acima, resumida na seguinte problemática: A liberdade de expressão comercial é uma questão de cunho social, justificando seu tratamento constitucional conforme os limites da liberdade de expressão, ou de natureza econômica, subsumida à liberdade de iniciativa e passível, destarte, de uma restrição mais ampla?

A doutrina majoritária considera que a atividade publicitária é uma forma de exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da criação, bem como uma espécie de comunicação social⁴⁷.

Na contramão, encontram-se autores como Marques e Miragem⁴⁸. Os estudiosos efetuam uma distinção entre a liberdade de expressão considerada como direito fundamental e pilar da democracia e a liberdade de expressão comercial, assentando que aquela é considerada imune a qualquer limitação ou restrição legal pelo constituinte de 1988, conforme consta do art. 220, *caput*, ao passo que, esta,

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 9-11, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 250, 2014.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão e Limitação a Direitos Fundamentais. Ilegitimidade de Restrições à Publicidade de Refrigerantes e Sucos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 119, jul./set. 2004.

⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. A Constitucionalidade das Restrições à Publicidade de Tabaco por Lei Federal: Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 03-37, 2015.

caracterizada pela publicidade, deve seguir os parâmetros de “valores sociais positivos” e restrições, constitucionais e infraconstitucionais. Pontuam, ainda, não se tratar de restrição à manifestação política, cultural, religiosa e afins, as sim à livre expressão comercial, braço da livre iniciativa econômica, os quais não ostentam, no ordenamento jurídico brasileiro, a qualidade de direitos absolutos⁴⁹.

Para Barroso, não existe complexidade em torno da questão, ainda mais ao se considerar a disposição topológica da Carta Magna, havendo menção expressa à propaganda comercial no capítulo que trata da comunicação social⁵⁰. Desta forma, a proteção conferida pela Constituição ao pensamento, à criação, à expressão e à informação, no *caput* do art. 220, engloba também o direito de fazer publicidade⁵¹.

Pasqualotto reconhece que a discussão abordada neste capítulo, no âmbito do Brasil, é puramente teórica, haja vista que a transformação do tema, já tratado no art. 220 da Constituição, em um parágrafo do art. 170, que dispõe sobre os princípios gerais da atividade econômica, exigiria uma reforma constitucional⁵². No entanto, os argumentos por ele e por outros autores dispensados ao presente debate são interessantes de serem abordados.

Miragem, nessa acepção, sustenta que a atividade publicitária se distancia relevantemente das outras formas de expressão, em especial por sua finalidade eminentemente econômica⁵³. Assenta que, destarte, a publicidade encontra seu fundamento na livre iniciativa, dentre cujos princípios se encontra a defesa do consumidor, direito fundamental constante do art. 5º da Constituição, devendo a atividade publicitária ser realizada em harmonia com esse e com os demais princípios balizadores⁵⁴.

⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. A Constitucionalidade das Restrições à Publicidade de Tabaco por Lei Federal: Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 12, 2015.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão e Limitação a Direitos Fundamentais. Ilegitimidade de Restrições à Publicidade de Refrigerantes e Sucos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 119, jul./set. 2004.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade De Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 31-50, abr./jun. 2001.

⁵² PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade de Tabaco e Liberdade de Expressão. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82/2012, p. 11-59, abr./jun. 2012. Artigo consultado na Base de Dados RT *online* mediante assinatura.

⁵³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 250-251, 2014.

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 251, 2014.

Pasqualotto defende que o mercado tem identidade e regras próprias, consistindo a publicidade em um instrumento mercadológico, devendo nele ser regulada⁵⁵. Segue afirmando que a livre iniciativa não é um direito fundamental, e sim um dos fundamentos da república e da ordem econômica. Ademais, constitui um valor social, consagrado no art. 1º, IV da Constituição, e, se assim o é, deve ser exercida em observação aos fins úteis à sociedade, sob pena de ser submetida a restrições estatais voltadas à sua orientação conforme o interesse público⁵⁶.

Sarlet discorda de tal argumentação. Para o autor, a liberdade de expressão goza de uma posição de destaque na esfera das liberdades fundamentais e, para assegurar tal condição, o âmbito de sua proteção deve ser interpretado da forma mais extensa possível, englobando todas as formas de manifestação, desde que não violentas⁵⁷. No que tange à publicidade comercial, especificamente, o autor argumenta que, tanto quanto o debate político é essencial para a ordem democrática, a publicidade é para a ordem econômica, não havendo razões para uma separação estrita de tais esferas⁵⁸.

Na esteira de Miragem, Vedovato e Menezes entendem que a liberdade de expressão comercial não se encontra no mesmo patamar da liberdade de expressão geral, aduzindo, dentre outros argumentos, que a publicidade não é desenvolvida com o objetivo de informar ou promover ideias, mas sim de manipular os desejos e gostos do destinatário, levando, finalmente, ao consumo de seu produto⁵⁹. Defendem, ainda, que, para ser entendida como liberdade de expressão, esta deve estar relacionada aos elementos fundantes da democracia⁶⁰.

Jónatas Machado, em contrapartida, rejeita qualquer sistema de hierarquização dos discursos a serem protegidos⁶¹. Sustenta que o direito em causa deve abarcar toda comunicação, não apenas aquela relativa a temas de interesse público ou relevo

⁵⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade de Tabaco e Liberdade de Expressão. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82/2012, p. 11-59, abr./jun. 2012. Artigo consultado na Base de Dados RT *online* mediante assinatura.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. *In*: MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 455-456, 2013.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 456-457.

⁵⁹ MENEZES, Daniel Francisco Nagao; VEDOVATO, Luís Renato. Liberdade de Expressão e Livre Iniciativa – diferenças sensíveis. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 82, 2015.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 73.

⁶¹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Ed., p. 424, 2002.

político⁶². O autor português assenta seu discurso na indicação que o percurso histórico nos dá acerca da forma de interpretação da liberdade de expressão, qual seja uma perspectiva aberta e multifuncional. Tal leitura do direito de liberdade de expressão dispensa uma análise das motivações ou dos objetivos das manifestações como requisito da aplicabilidade de seu programa normativo⁶³.

Quanto ao argumento de que a publicidade se afasta do âmbito de proteção da liberdade de expressão por sua finalidade lucrativa, o autor defende que a atividade não deixa de exercer influência sobre o mercado de ideias, servindo a uma função de interesse público ao contribuir para a divulgação de opiniões alternativas, além de portar um conteúdo informativo social e economicamente relevante, influenciando nas escolhas dos consumidores e determinando, por conseguinte, o modelo social de desenvolvimento econômico⁶⁴.

Conforme asseverado no início do presente capítulo, predomina no Brasil a posição que assume que o Constituinte de 1988 optou por considerar que a publicidade comercial compõe a gama das liberdades de expressão⁶⁵.

Para Virgílio Afonso da Silva, independentemente de se considerar a expressão comercial como espécie de liberdade de expressão, são viáveis as restrições impostas à atividade publicitária, diante da submissão da questão ao teste de proporcionalidade, o que vem ocorrendo, com um certo consenso na jurisprudência pátria e na doutrina, quando estamos diante de qualquer restrição infraconstitucional a direitos constitucionalmente garantidos. Essa análise, nas palavras do parecerista, serve como “o instrumento apto a impor limites à atividade restritiva infraconstitucional”⁶⁶.

Passemos agora à análise do referido teste, em tópico específico.

5 LIMITES DOS LIMITES

⁶² MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Ed., p. 421, 2002.

⁶³ Ibidem, p. 423.

⁶⁴ Ibidem, p. 450-452.

⁶⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. A Convenção Quadro para o Controle do Tabaco como reforço da constitucionalidade da proibição da publicidade de tabaco. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 91/2014, p. 169-208, jan./fev. 2014. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 13, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

Os estudiosos do direito público, mesmo que defendam posições antagônicas em relação aos níveis máximos de restrições impostas à liberdade de expressão, encontram-se em um consenso quanto à possibilidade de que essas ocorram.

Barroso anota que a vida social envolve um amplo leque de opções por parte dos indivíduos, levando em conta, para realização de suas escolhas, elementos diversos, como segurança, riscos, prazeres e emoções. Refere existir na sociedade um livre mercado de valores e ideias que permite aos sujeitos informados o exercício de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Nesse contexto, reconhece ser perfeitamente legítimo o desenvolvimento de políticas públicas destinadas ao desestímulo do consumo de determinado produto. Avança assentindo que, dentre essas políticas, nos termos da Constituição e da legislação ordinária, encontre-se a imposição de restrições à publicidade enganosa ou abusiva⁶⁷.

Como refere Mendes⁶⁸, em que pese se conclua que as liberdades são passíveis de restrição, estas são limitadas. Limitadas pelos “limites dos limites”, os quais decorrem da própria Constituição e são compostos pela necessidade tanto de salvaguarda de um *núcleo essencial* do direito fundamental circunscrito quanto de clareza, determinação, generalidade e *proporcionalidade* das restrições impostas⁶⁹.

5.1 PRINCÍPIO DA SALVAGUARDA DO NÚCLEO ESSENCIAL

A ideia fundamental deste princípio consiste na assunção do fato de que existe um núcleo essencial dos direitos, das liberdades e das garantias que não pode jamais ser violado⁷⁰. Serve como óbice ao esvaziamento do conteúdo do direito fundamental através de restrições desarrazoadas ou desproporcionais⁷¹.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade De Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 224, p. 33, abr./jun. 2001.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais – Limitações dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 348, 2009.

⁶⁹ Ibidem, p. 348-349.

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 458, 2000.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais – Limitações dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 350, 2009.

No Brasil, não há reconhecimento expresso desse princípio na Constituição, cuja existência, no entanto, decorre do próprio modelo de garantias utilizado pelo constituinte⁷² e é reforçada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Desenvolvem-se teses dicotômicas acerca do núcleo essencial: as teorias *absolutas* e *relativas*, em relação ao valor da proteção, e as teorias *objetivas* e *relativas*, em relação ao objeto de proteção⁷³.

5.1.1 O objeto de proteção

Os defensores das teorias objetivas consideram que a proteção do núcleo essencial deve se dar em relação à norma objetiva na qual consiste o direito fundamental sob análise. Nas palavras de Canotilho, o objeto de proteção “é a garantia geral e abstrata prevista na norma, e não a posição jurídica concreta do particular”. O problema reside no fato de que a proteção não pode desconhecer a dimensão subjetiva dos preceitos fundamentais, razão pela qual se deve evitar restrições que levam à extinção de um direito subjetivo individual.

Por outro lado, as teorias subjetivas tomam como referência a proteção do núcleo essencial do direito fundamental na sua dimensão de direito subjetivo do indivíduo. Neste caso, em hipótese alguma o direito de uma pessoa poderá ser suprimido a ponto de se esvaziar de qualquer significado. O ponto embaraçoso aqui consiste no fato de que os direitos fundamentais devem manter sua função na vida comunitária, sob pena de ameaças à própria existência da sociedade⁷⁴. De qualquer sorte, há um certo consenso de que esta é a forma mais apropriada, visto que o enfoque através das teorias objetivas resultaria em uma análise pouco frutífera, segundo a qual quase nenhuma restrição seria considerada ameaçadora⁷⁵.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais – Limitações dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 353, 2009.

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 458-459, 2000.

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 459, 2000.

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 18, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

5.1.2 O valor de proteção

Os adeptos das teorias absolutas enxergam o núcleo essencial dos direitos fundamentais uma “unidade substancial autônoma”⁷⁶, abstratamente fixada, a qual estaria protegida em qualquer caso concreto. Essas se afiguram problemáticas, no entanto, ao abstraírem o fato de que os direitos fundamentais possuem limites diante da necessidade de coexistência com os demais⁷⁷. Além do mais, há dificuldade de se estabelecer em abstrato esse conteúdo absoluto⁷⁸.

Já nas teorias relativas o que se perfilha é que o núcleo essencial deverá ser definido diante da situação concreta, realizando uma ponderação entre o objetivo perseguido pela norma restritiva e o objeto de restrição⁷⁹. De qualquer forma, as teorias relativas não impõem qualquer limite adicional à restrição de direitos fundamentais, conduzindo o impasse ao exame de proporcionalidade, o qual será abordado a partir de agora⁸⁰.

5.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

As restrições legais a algum direito previsto na Constituição serão consideradas constitucionais caso sobrevivam à regra da proporcionalidade⁸¹. Esta se apresenta como um *metaprincípio*, destinado à resolução de conflitos entre direitos e interesses preservados na Carta Magna, através do estabelecimento de critérios que assegurem a perfeição do processo de ponderação, de forma a alcançar um ponto de máxima efetividade dos bens jurídicos, afetando o mínimo possível seus núcleos essenciais⁸².

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais – Limitações dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 350, 2009.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 460, 2000.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 16, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 460, 2000.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais – Limitações dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 350, 2009.

⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 13, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁸² MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Ed., p. 727, 2002.

A proporcionalidade se divide em outros três subprincípios, quais sejam o da *adequação*, o da *necessidade* e o da *proporcionalidade em sentido estrito*.

A adequação resta configurada quando as medidas adotadas estão aptas a fomentar os resultados almejados pelo legislador⁸³.

A necessidade consiste na inexistência de outro caminho menos oneroso ao direito sacrificado para que se atinja o resultado almejado com o mesmo êxito⁸⁴.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, por alguns nominada “justa medida”, significa que a restrição imposta, quando contraposta com a intensidade realizável do direito objetivado, se mostra pequena e justificável⁸⁵.

Estabelecidas tais premissas, passemos à análise das submissões da colisão entre os direitos à saúde e à liberdade de expressão [comercial] ao teste de proporcionalidade efetuadas por Virgílio Afonso da Silva⁸⁶, o qual defende a constitucionalidade da medida de restrição, e por Luís Roberto Barroso⁸⁷, para o qual a medida imposta sobre a atividade publicitária não sobrevive ao exame.

5.2.1 Exame da adequação

Para Barroso, no caso concreto, o art. 3º da Lei nº 9.294 de 1996, alterado pela Lei nº 12.546 de 2011, não preenche o requisito da adequação entre o meio e o fim. Alega ser questionável a ideia de que a proibição da propaganda tem impacto importante sobre o consumo.

Consigna que diversos estudos apontam o contrário e elenca diversos exemplos, como o fato de que, mesmo tendo a Noruega, há muito, proibido a propaganda de tabaco e o fumo em locais públicos, ostenta a maior proporção de fumantes *per capita* em comparação com outros sete países da Europa.

⁸³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. A Constitucionalidade das Restrições à Publicidade de Tabaco por Lei Federal: Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 03-37, 2015.

⁸⁴ CAMPEDELLI, Vitória C; VEDOVATO, Luís R. Colisão de Princípios no Controle do Tabaco. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 109, p. 235- 263, jan./fev. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade De Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 31-50, abr./jun. 2001.

Aponta que outra pesquisa constatou que o consumo anual de cigarros, em países da comunidade europeia, entre 1964 e 1990, não foi reduzido apesar das proibições impostas à propaganda.

Segue mencionando que uma publicação constante de uma coletânea sobre as relações entre publicidade e consumo consignou a inexistência de evidência objetiva de relação entre a percepção da publicidade de tabaco e o aumento no consumo do tabaco.

Finaliza com a exposição de uma pesquisa realizada pelo IBOPE, em 1995, segundo a qual teria restado demonstrada a ausência de liame causal entre a propaganda e o início do consumo de cigarro.

Ressalta, todavia, a possibilidade de existência de estudos em sentido contrário, mas que, no entanto, deve-se levar em conta que a presente controvérsia envolve interesses de pessoas dos mais variados ramos econômicos e políticos, além de ter se tornado um tema mormente ideológico⁸⁸.

Arremata advogando que, mesmo que existam pesquisas demonstrando o oposto, conforme exposto no parágrafo anterior, atingiu seu objetivo, qual seja a demonstração de impossibilidade de conclusão segura de que a proscrição da publicidade tenha impacto significativo sobre o consumo do cigarro⁸⁹.

Em contrapartida, Virgílio Afonso da Silva, em seu parecer para a Aliança de Controle do Tabagismo, sustenta exatamente o oposto e, na sequência, rebate alguns dos argumentos acima expostos.

Alega que, conforme as pesquisas referidas em seu parecer, a imensa maioria dos fumantes inicia o hábito ainda na adolescência. Ressalta, ainda, que é nessa faixa etária que os sujeitos estão mais suscetíveis à influência da propaganda em geral, e, naturalmente, da propaganda do tabaco. Sob tais aspectos, o autor afirma que não haveria dúvidas de que a proibição do exercício da propaganda de produtos fumígenos seria uma das formas de alcance do objetivo anteriormente delimitado, tratando-se, por conseguinte, de medida *adequada*.

Discorre sobre o fato de que, caso a medida não fosse adequada à consecução dos fins a que se propõe, a indústria tabagista não estaria preocupada com ela,

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade De Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 47-48, abr./jun. 2001.

⁸⁹ Ibidem, p. 48.

tampouco investindo o esforço e o dinheiro que investe na tentativa de ver declarada sua inconstitucionalidade. Além disso, a sugestão de que a propaganda de um produto não teria impacto determinante em suas vendas seria contrária aos próprios fundamentos da tarefa publicitária.

Um ponto que fortalece os argumentos despendidos por Virgílio no sentido de adequação da medida são os dados estatísticos sobre a prevalência de fumantes maiores de idade no Brasil. Quatro pesquisas relevantes foram realizadas entre 1989 e 2013. Na primeira, a prevalência de tabagismo na população adulta era de 34,8%. Após a adoção de medidas públicas como a proibição da publicidade do tabaco, o percentual foi reduzindo, passando a 22,4% em 2003 (quando a publicidade já havia sido proibida nos meios de comunicação de massa), a 18,5% em 2008, e, de acordo com a última pesquisa realizada, em 2013, quando a propaganda desses produtos havia sido totalmente banida há dois anos, chegou-se ao percentual de 14,7% de fumantes. Essa drástica redução, coincidente com a evolução das restrições à publicidade, serve como indício da adequação da medida⁹⁰.

Seguindo o modelo de Barroso, passa, então, a relacionar estudos que comprovariam o que alegou até então.

Inicia trazendo à baila o caso do Reino Unido, onde a propaganda de cigarro foi sendo banida gradativamente e, conforme estudos realizados nesse período de evolução das restrições, concluiu-se que, quanto menos os adolescentes não fumantes fossem expostos à propaganda do tabaco, menor seria a suscetibilidade ao desenvolvimento do hábito.

Colaciona, ainda, a afirmação categórica de Nicola Evans – a qual é uma das responsáveis, segundo o autor, por uma das pesquisas mais influentes nessa área⁹¹ – de que o estudo referido demonstrou que a propaganda de tabaco pode exercer maior influência no encorajamento ao início da atividade de fumar entre adolescentes do que o convívio com colegas ou familiares que fumam.

⁹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Dados e números da prevalência do tabagismo**. Instituto Nacional do Câncer, 2019. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/dados-e-numeros-prevalencia-tabagismo>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁹¹ EVANS, Nicola, et al. Influence of Tobacco Marketing and Exposure to Smokers on Adolescent Susceptibility to Smoking. **JNCI: Journal of the National Cancer Institute**, v. 87, p. 1538-1545, 18 out. 1995. Disponível em: <https://academic.oup.com/jnci/article/87/20/1538/868816>. Acesso em: 02 nov. 2019.

O último estudo que aduz nesse contexto é uma pesquisa do Datafolha de 2008⁹² aplicada em jovens de 12 a 22 anos, segundo a qual 63% dos entrevistados acham que pessoas na sua faixa etária podem sentir vontade de fumar ao ver os cigarros expostos nos locais de venda.

Reporta, além disso, a incorreção da conclusão a que teria chegado Barroso em relação à pesquisa realizada na Noruega. Afirma que os autores teriam inferido do estudo que a legislação norueguesa restritiva da propaganda de tabaco era um caso de sucesso, mas que o fato de que os índices de redução do tabagismo na Noruega, no período analisado, terem sido inferiores, em comparação aos de outros países europeus, teria sido resultado de uma drástica redução de investimentos em outros setores no mesmo período.

Finalmente, assevera ser notório que, para que uma medida passe nesta etapa da regra da proporcionalidade, não seria necessária uma constatação inequívoca do atingimento completo de seus objetivos, mas tão somente a existência de perspectiva de fomento desses, o que teria restado demonstrado, nos termos de sua argumentação⁹³.

5.2.2 Exame da necessidade

O segundo elemento, no entendimento de Barroso, também não teria sido atendido na hipótese aqui versada. O autor se utiliza de definição da regra em análise⁹⁴ proferida em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão⁹⁵. Extrai de tal definição a premissa de que, além da adequação do meio ao fim a que se propõe, deve estar presente o requisito da exigibilidade ou necessidade, também conhecido como "princípio da menor ingerência possível". Este consiste na exigência de que os

⁹² DATAFOLHA. **Percepção de marcas de cigarro em pontos de venda**. Aliança de Controle do Tabagismo. [S.l.]: p. 7, dez. 2008. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/post/percepcao-dos-jovens-sobre-a-publicidade-de-cigarros-datafolha-2008/191>. Acesso em: 03 nov. 2019.

⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 20-24, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁹⁴ "O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental".

⁹⁵ BVerfGE, 39:210(230-1).

meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão.

Nos termos da decisão, conforme tradução de Gilmar Mendes⁹⁶, “uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”.

Para Barroso, no presente caso, há um número significativo de meios alternativos à medida imposta, como limitações de horário e de conteúdo das propagandas, imposição de cláusulas de advertência, realização de campanhas de esclarecimento e desestímulo ao consumo, dentre outros, razão pela qual o legislador não poderia ter optado pelo recurso mais oneroso à liberdade de expressão ante o princípio de proibição do excesso⁹⁷.

Novamente, Virgílio da Silva se opõe, iniciando seu arrazoado com a afirmação de que a necessidade não é sinônimo do princípio da “menor ingerência possível”, pois esta seria sempre a omissão. Sinala, então, que, para que uma medida ingresse no concurso do exame da necessidade, essa deve ser, no mínimo, tão eficiente quanto sua concorrente.

Sustenta que, a única alternativa defensável pela indústria do tabaco seria a liberdade parcial da publicidade, acompanhada de campanhas de esclarecimento o que, no entanto, não supera a vedação à referida atividade, haja vista a necessidade de existência dessa variável concomitantemente à vedação. Trata-se, portanto, de variável irrelevante nessas circunstâncias.

Ademais, consigna Silva, existem diversos estudos empíricos demonstrando que as campanhas de promoção do tabaco são muito mais recepcionadas pelo público-alvo do que aquelas contrárias ao produto, fato que desbanca a alternativa acima mencionada⁹⁸.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais – Limitações dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 350, 2009.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade De Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 47-48, abr./jun. 2001.

⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 20-24, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

5.2.3 Exame da proporcionalidade em sentido estrito

Quanto à ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos, Barroso mantém a linha de argumentação no sentido de sua desproporcionalidade no cenário em análise. Afirma que o impedimento da difusão de um produto reputado como nocivo à saúde, conforme disposto no art. 220, § 3º da Constituição, importou em cerceamento da liberdade de expressão de sujeitos de diversos setores produtivos da economia, além dos próprios consumidores, que tiveram seu direito à informação afetado, inclusive quanto aos malefícios do fumo. Salienta que, antes de a matéria ser posta à análise do Congresso Nacional, o Poder Executivo já procurava intervir no assunto através da instituição de Medidas Provisórias⁹⁹.

Silva, sob outra perspectiva, defende que, ainda que analisando a questão com a abstração da diferença de importância abstrata dos direitos envolvidos e sob o ponto de vista das teorias subjetivas do núcleo essencial, ou seja, do significado das restrições para os titulares do direito, a medida transpassa o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, efetua uma análise comparativa do grau de realização dos direitos à saúde e à vida e o grau de restrição às liberdades de expressão e de comunicação.

Inicia pontuando que, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), o tabagismo é a principal causa de mortes evitáveis no mundo inteiro. Segundo dados de 2015 do Instituto Nacional do Câncer¹⁰⁰, as mortes relacionadas ao tabagismo chegavam ao número de 156.216 anualmente, o que representa 12,6% dos óbitos ocorridos no país. De acordo com tais dados, Silva conclui que, se a ampla restrição à propaganda é medida adequada ao fim que se propõe, o grau de realização do direito à saúde e do direito à vida é claramente elevado, estando configurada a proporcionalidade em sentido estrito.

Ademais, o autor sustenta que a restrição atinge apenas uma parcela do direito à liberdade de expressão e de comunicação. E, ainda que se considerasse o direito à propaganda de forma autônoma, considerando-se uma restrição intensa, estaríamos

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade De Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 47-48, abr./jun. 2001.

¹⁰⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Mortalidade no Brasil**. [S.l.]: Instituto Nacional do Câncer, 2018. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/numeros-de-cancer/mortalidade>. Acesso em: 05 nov. 2019.

diante de uma equivalência desta e da realização do direito à saúde, podendo o legislador, desta forma, tomar a decisão que entender mais adequada, conforme a doutrina que se ocupa desse tema delinea¹⁰¹.

5.3 CONCLUSÃO PARCIAL

Diante de todo o exposto acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais e as respectivas teorias, bem como acerca do teste de proporcionalidade a que a colisão deve ser submetida, os autores a favor da inconstitucionalidade concluem que o sacrifício absoluto da liberdade de expressão (gênero), em nome de outros bens – ainda que socialmente relevantes –, constitui grave precedente e reascende o trauma do abuso estatal e do autoritarismo; que a censura, em todos os tempos e lugares, aparece de forma sorrateira, destruindo em nome da segurança, da família, da moral e dos bons costumes¹⁰²; que não há núcleo essencial que resista à supressão das liberdades de expressão e da publicidade nos meios de comunicação de massa e à censura; que, dos pontos de vista do objeto de proteção e do valor da proteção, independente da teoria que se adote, restou ceifado o núcleo essencial do direito, seja por não haver mais possibilidade de propaganda de tabaco no país (dimensão objetiva), pelo fato de que as essenciais manifestações do direito foram repelidas (dimensão subjetiva), por ter sido comprimido o âmbito material do direito, abstratamente considerado (teoria absoluta) ou, ainda, porque a medida restritiva é inadequada, injustificável e desproporcional¹⁰³.

Do outro lado, os que defendem a constitucionalidade da medida afirmam que a Constituição já indica, claramente, um caminho em direção à solução do impasse, em favor da restrição e em detrimento do direito à propaganda de tabaco; que a restrição total sobrevive no teste de proporcionalidade até mesmo quando adotadas

¹⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 26-29, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. Liberdade De Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 47-48, abr./jun. 2001.

¹⁰³ CLÉVE, Clémerson Merlin. Proscrição da Propaganda Comercial do Tabaco nos Meios de Comunicação de Massa, Regime Constitucional da Liberdade de Conformação Legislativa e Limites da Atividade Normativa de Restrição a Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 845/2016, p. 97-150, mar. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

as teses mais favoráveis à indústria tabageira¹⁰⁴; que as restrições, por mais severas que sejam, não eliminam a liberdade de expressão das empresas, havendo meios diversos de manifestação dessa liberdade que não através da atividade publicitária¹⁰⁵; que princípios constitucionais como o da proteção à saúde, da criança e do adolescente e do consumidor, fazem com que a balança penda ainda mais para o lado da proibição da propaganda¹⁰⁶, restando, conseqüentemente, demonstrada a constitucionalidade da medida.

CONCLUSÃO

Constatamos, através do presente trabalho, que a liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais importantes da Carta Magna, cuja extensa proteção é uma forma de afirmação do indivíduo frente ao Estado após o longo período autoritário enfrentado no Brasil.

Analisamos, ainda, que o Brasil, há um longo período, se ocupou com o combate ao tabagismo, implementando medidas públicas que atendessem a essa finalidade, dentre as quais se encontra a proibição, por lei, da publicidade relacionada ao tabaco.

Diante de tal quadro, as empresas tabagistas ingressaram no STF para ver declarada a inconstitucionalidade da medida legal acima destacada. Defrontamo-nos com uma colisão de direitos fundamentais: a saúde e a liberdade de expressão.

Antes de adentrar a discussão, demonstramos que a doutrina discorre acerca da não submissão da atividade publicitária à liberdade de expressão, e sim, à livre iniciativa, direito constitucional passível de maiores restrições. No entanto, percebemos que a Constituição, da forma como organizada, deu a entender que tal sustentação não prospera.

¹⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 30, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹⁰⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade de Tabaco e Liberdade de Expressão. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82/2012, p. 11-59, abr./jun. 2012. Artigo consultado na Base de Dados RT *online* mediante assinatura.

¹⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, p. 33, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

Discorremos acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais e percebemos que nenhuma das teorias existentes acerca do tema é apta a encontrar uma solução para o impasse e que, a melhor das teorias, nos imporá uma ponderação dos direitos através da regra da proporcionalidade.

Concluimos que, em verdade, é possível se chegar a ambas conclusões – declaração ou não de inconstitucionalidade da medida –, dependendo, sobretudo, da ideologia a que se filiam os julgadores, da forma como interpretam a liberdade de expressão e seu respectivo âmbito de abrangência. A nós só resta aguardar, destarte, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.311.

O presente trabalho teve como objetivo a introdução do leitor a esse polêmico conflito e a facilitação de sua compreensão. Não consignamos opinião acerca do tema, mas tão somente expusemos os argumentos tecidos a favor e contra a medida restritiva por grandes juristas brasileiros.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. Reflexões Sobre os Contornos da Proteção da Liberdade de Expressão: nela se inclui a publicidade comercial? *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, 123-149, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão e Limitação a Direitos Fundamentais. Ilegitimidade de Restrições à Publicidade de Refrigerantes e Sucos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 109-141, jul./set. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade De Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224, p. 31-50, abr./jun. 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10,167, de 27 de dezembro de 2000**. Altera dispositivos da Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10167.htm#art1. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011.** [...] altera as Leis nº 11.774, de 17 de setembro de 2008 [...] e nº 9.294, de 15 de julho de 1996 [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12546.htm#art49. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996.** 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9294.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Dados e números da prevalência do tabagismo.** Instituto Nacional do Câncer, 2019. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/dados-e-numeros-prevalencia-tabagismo>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Mortalidade no Brasil.** Instituto Nacional do Câncer, 2018. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/numeros-de-cancer/mortalidade>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CAMPEDELLI, Vitória C; VEDOVATO, Luís R. Colisão de Princípios no Controle do Tabaco. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 109, p. 235-263, jan./fev. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CLÉVE, Clémerson Merlin. Proscrição da Propaganda Comercial do Tabaco nos Meios de Comunicação de Massa, Regime Constitucional da Liberdade de Conformação Legislativa e Limites da Atividade Normativa de Restrição a Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 845/2016, p. 97-150, mar. 2016. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

DATAFOLHA. **Percepção de marcas de cigarro em pontos de venda.** Aliança de Controle do Tabagismo, dez. 2008. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/post/percepcao-dos-jovens-sobre-a-publicidade-de-cigarros-datafolha-2008/191>. Acesso em: 03 nov. 2019.

EVANS, Nicola, et al. Influence of Tobacco Marketing and Exposure to Smokers on Adolescent Susceptibility to Smoking. **JNCI: Journal of the National Cancer Institute**, v. 87, p. 1538-1545, 18 out. 1995. Disponível em: <https://academic.oup.com/jnci/article/87/20/1538/868816>. Acesso em: 02 nov. 2019.

FISS, Owen M. Free speech and social structure. **Iowa Law Review**, v. 71, p. 1425, 1985/1986. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ilr71&div=1&src=home>. Acesso em: 01 nov. 2019.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. La dimensión jurídico-objetiva de la libertad de información y comunicación. **Revista Española de Derecho constitucional**, n. 77, p. 118, maio/ago. 2006.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. A Constitucionalidade das Restrições à Publicidade de Tabaco por Lei Federal: Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 03-37, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais – Limitações dos Direitos Fundamentais. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 328-392, 2009.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao; VEDOVATO, Luís Renato. Liberdade de Expressão e Livre Iniciativa – diferenças sensíveis. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. São Paulo: Atlas, p. 71-85, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco**. Genebra: OMS, 2003. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/106510/106609/Conven%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BQuadro-Texto%2BPublicado_Portugu%25C3%25AAs.pdf/884b7260-fa9f-439d-a7a0-e28e0936726b. Acesso em: 03 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE (Organização Mundial da Saúde). **Relatório da OMS revela aumento na última década de políticas de controle do tabaco que podem salvar vidas**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5463:relatorio-da-oms-revela-drastico-aumento-na-ultima-decada-de-politicas-de-controle-do-tabaco-que-podem-salvar-vidas&Itemid=839. Acesso em: 30 out. 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto. A Convenção Quadro para o Controle do Tabaco como reforço da constitucionalidade da proibição da publicidade de tabaco. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 91/2014, p. 169-208, jan./fev. 2014. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

PASQUALOTTO, Adalberto. Prefácio. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de Tabaco: Frente e verso da liberdade de expressão comercial**. Prefácio. São Paulo: Atlas, 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade de Tabaco e Liberdade de Expressão. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 82/2012, p. 11-59, abr./jun. 2012. Artigo consultado na Base de Dados RT *online* mediante assinatura.

PASQUALOTTO, Adalberto. Tabaco na Adolescência: a exploração da vulnerabilidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 122, p. 17-45, mar./abr. 2019. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

ROMERO, L. C.; DA COSTA E SILVA, V. L. 23 Anos de Controle do Tabaco no Brasil: a Atualidade do Programa Nacional de Combate ao Fumo de 1988. **Revista Brasileira de Cancerologia**, v. 57, n. 3, p. 305-314, 30 set. 2011. Disponível em: <https://rbc.inca.gov.br/revista/index.php/revista/article/view/659>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. *In*: MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 361-687, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Proibição Total da Publicidade de Cigarros**. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, set. 2009. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/arquivo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **CNI contesta no Supremo restrições à propaganda de tabaco**. Brasília, DF: STF, 27 set. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63492>. Acesso em: 12 out. 2019.