

VOLUME XLVI — N.º 2

R E V I S T A  
DA FACULDADE  
DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE  
DE LISBOA



2 0 0 5



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade semestral  
XLVI — N.º 2 - 2005

*COMISSÃO DE REDACÇÃO*

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA  
Vogais - PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA  
- PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ  
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Vice-Presidente)  
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS  
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO  
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE  
- LIC. JORGE SANTOS

*PROPRIEDADE E SECRETARIADO*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa — Portugal  
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

*EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO*



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal  
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Junho de 2007

**I Doutrina**

- Lenio Luiz Streck* — Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar — Contributo a partir da hermenêutica filosófica ..... 911
- Emerson Garcia* — Princípio da separação dos poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais ..... 955
- Karel Marek / Borivoj Libal* — To general Matters of business law of contract in Czech Republic ..... 1005
- Carlos Bastide Horbach* — O controle de constitucionalidade na Constituição do Timor-Leste ..... 1019
- Luís de Lima Pinheiro* — Circulação de decisões judiciais e integração supranacional e internacional ..... 1041
- Paulo de Pitta e Cunha* — A União Europeia e a concepção do Estado regulador ..... 1053
- J. Oliveira Ascensão* — A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança ..... 1065
- Sara Guerreiro* — Símbolos de Deus — Expressão de liberdade ou imposição do divino? ..... 1091
- Eduardo Rocha Dias* — Fundamento constitucional das advertências administrativas relativas ao tabaco e das restrições à publicidade de cigarros ..... 1113
- Ana Rodrigues da Silva* — O financiamento de partidos e de campanhas: legislação e prevenção de fraudes ..... 1155
- Paula Elisabete Henriques Barbosa* — Do valor do sigilo — O sigilo bancário, sua evolução, limites: em especial o sigilo bancário no domínio fiscal — A reforma fiscal ..... 1229
- Alfonso-Luis Calvo Caravaca / Javier Carrascosa González* — Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea ..... 1293

**2 Trabalhos de Alunos**

- Ido Yitshaik* — The Legal Base Game: Articles 95 and 308 EC compared... 1329

**III Vida Universitária**

<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre a actividade científica do Doutor Manuel Jorge Mayer de Almeida Ribeiro .....	1353
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre a actividade pedagógica e científica do Doutor António Cândido Macedo de Oliveira.....	1357
<i>Jorge Miranda / Eduardo Vera Cruz Pinto</i> — Instituto de Direito Brasileiro.....	1363
<i>Paulo Otero</i> — Parecer: aplicação de uma circular da Direcção-Geral do Orçamento sobre contenção de despesas às Universidades Públicas....	1365
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — I Curso de Direito do Comércio Internacional na Universidade Agostinho Neto em Luanda: palavras introdutórias....	1371
<i>Manuel A. Carneiro da Frada</i> — Memória de Isabel Magalhães Collaço...	1381
<i>Manuel A. Carneiro da Frada</i> — Palavras na despedida da Faculdade de Direito.....	1383
Homenagem ao Prof. Doutor Dias Marques — Acta n.º 9/2005 da reunião plenária do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa .....	1389
Protocolo de cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Fundação Direito e Justiça.....	1393
Regulamento de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa .....	1397

# FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DAS ADVERTÊNCIAS ADMINISTRATIVAS RELATIVAS AO TABACO E DAS RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE DE CIGARROS (\*)

EDUARDO ROCHA DIAS (1)

## SUMÁRIO

	Págs.
1. Introdução .....	1113
2. O enquadramento da atividade de emissão de advertências no poder de polícia.....	1114
3. Características da comunicação administrativa.....	1123
4. Conceito, conteúdo e forma das advertências.....	1125
4.1. Classificação das advertências .....	1127
4.2. Diferença entre advertências e contrapropaganda ou publicidade corretora.....	1130
5. As advertências como instrumento de restrição de direitos fundamentais.....	1132
5.1. A exigência de legalidade e de proporcionalidade da medida restritiva e as advertências referentes ao tabaco.....	1139
5.2. Delegabilidade ao Executivo da definição do conteúdo das advertências.....	1149
6. Conclusões.....	1151

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo foi elaborado com o objetivo de examinar o enquadramento jurídico-constitucional das advertências administrativas referentes ao tabaco, previstas expressamente pelo parágrafo 4.º do artigo 220 da Constituição Federal brasileira de 1988. Serão efetuadas também algumas considerações acerca das restrições à publicidade de produtos fumíferos, decorrentes do diploma

---

(\*) O presente estudo é uma versão ampliada de artigo publicado na Revista de Direito Público da Economia — RDPE, ano 3, n.º 9, de Janeiro a Março de 2005, p. 71-104.

(1) Procurador Federal, Professor da Universidade de Fortaleza, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa, Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários — ICET.

normativo que deu concreção a referido dispositivo constitucional, no caso a Lei n.º 9294/96, modificada posteriormente pela Lei n.º 10 167/2000 e pela Medida Provisória n.º 2190-34, de 23 de Agosto de 2001.

Justifica-se o exame do tema quer pela escassa bibliografia a ele dedicada no Brasil <sup>(2)</sup>, quer pela circunstância de haver sido ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de n.º 3311, versando a legitimidade constitucional de referidas advertências. Na ADIn referida, interposta pela CNI — Confederação Nacional da Indústria, e ainda não apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, defende-se o entendimento de que tais advertências devem ter um conteúdo “neutro” e meramente “informativo”, não podendo servir como desestímulo ao consumo de referidos produtos. Alega-se, ainda, que viola o princípio da legalidade a delegação ao Ministério da Saúde, operada pelo parágrafo 2.º do artigo 3.º do mencionado diploma, com a redação decorrente da Medida Provisória n.º 2190-34/2001, da atribuição de definir o texto das advertências, ou seja, o conteúdo pelo qual elas se expressam. Argumenta-se também com a impossibilidade de o produtor de um bem ou serviço ser obrigado a fazer propaganda negativa do mesmo e que violam a liberdade de iniciativa económica, a liberdade de efetuar publicidade e o princípio da proporcionalidade as restrições à publicidade do tabaco e de produtos fumíferos decorrentes dos citados diplomas normativos <sup>(3)</sup>. Em especial, questiona-se o “banimento” da publicidade do tabaco nos meios de comunicação de massa, restringindo-a aos locais de venda do produto. Pretende-se examinar, portanto, a correção de tais argumentos e os limites constitucionais a que se devem ater as advertências referidas.

## 2. O ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE DE EMISSÃO DE ADVERTÊNCIAS NO PODER DE POLÍCIA

Malgrado sua previsão constitucional expressa, há no Brasil pouquíssimas referências doutrinárias ao tema que se propõe examinar <sup>(4)</sup>. Ele costuma ser tra-

---

(2) O tema das restrições à publicidade do tabaco foi tratado de forma magistral por LUIZ ROBERTO BARROSO (Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro, in *Revista de Direito Administrativo* n.º 224, Abril/Junho de 2001, p. 31 seg.). No presente texto, porém, não se adere à maior parte das conclusões a que chegou o referido estudo.

(3) A íntegra da petição inicial pode ser visualizada no sítio do Supremo Tribunal Federal ([www.stfgov.br](http://www.stfgov.br)).

(4) Como será referido ao longo deste estudo, o tema é objeto de referências sobretudo por autores de língua alemã. Em Portugal, registre-se o trabalho de PEDRO GONÇALVES (Advertências da Administração Pública, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 723-796) como referência sobre o assunto. Na Espanha,

tado, e ainda assim sem grandes desenvolvimentos dogmáticos, por estudos dedicados ao direito do consumidor. Nesse sentido, ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIM <sup>(5)</sup> se refere ao controle da publicidade do tabaco, de bebidas alcoólicas, de agrotóxicos, de medicamentos e terapias, que inclui a veiculação de advertências, disciplinada pela Lei n.º 9294/96, como um conjunto de medidas que tem natureza, objetivo e alcance diversos das normas específicas de proteção ao consumidor. Referido diploma, ao cumprir o que determina a Constituição, em seu artigo 220, parágrafos 3.º e 4.º, visa a tutelar a pessoa e a família, e não apenas o consumidor, real ou potencial, de referidos produtos. Ou seja, não se trata de norma de direito do consumidor, a ser aplicada na relação mantida com fornecedores de bens e serviços, mas sim de norma que institui um dever de proteção a cargo do Estado, no sentido de tutelar a pessoa e a família por meio de emissão de tais advertências.

Insere-se tal previsão normativa no desiderato traçado pelo inciso II do parágrafo 3.º do artigo 220 da Constituição, ou seja, na proteção de bens jurídicos como a saúde e o meio ambiente, que podem ser ameaçados pela propaganda e pelo consumo de produtos e serviços ou pelas práticas referidas. Isso sem prejuízo de, no âmbito do direito do consumidor, existirem obrigações específicas a cargo dos fornecedores de bens e serviços, no sentido de informar os seus potenciais adquirentes dos riscos existentes. Trata-se, porém, de dever distinto das advertências ora examinadas: enquanto aquele se opera no interior de uma relação de consumo, real ou potencial, estas são veiculadas no exercício de um dever de proteção imposto ao Estado <sup>(6)</sup>.

Não há dúvida, porém, quanto à circunstância de referido dever de emissão

---

FRANCISCO VELASCO CABALLERO tratou do tema em sua obra mais geral *La Información Administrativa al Público* (Madri, Montecorvo, 1998).

<sup>(5)</sup> Das Práticas Comerciais, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 305 seg.

<sup>(6)</sup> O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/90), ao tratar da proteção à saúde e da segurança, impõe aos fornecedores o dever de não colocar no Mercado produtos e serviços que acarretem riscos à saúde ou segurança dos consumidores, “exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição” (artigo 8.º), bem como de dar as informações necessárias a seu respeito (artigo 9.º). Também é estabelecida a obrigação de comunicar às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários, a periculosidade de produtos e serviços quando os fornecedores tiverem conhecimento desta posteriormente à sua introdução no mercado (artigo 10, parágrafo 1.º). A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por sua vez, sempre que tiverem conhecimento da periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores deverão informá-los a respeito. É distinta, portanto, a obrigação de informar dos fornecedores e do Poder Público. A primeira se insere na disciplina da tutela dos consumidores enquanto partícipes, efetivos ou potenciais, de uma relação de consumo; a segunda, por sua vez, situa-se no âmbito da proteção da pessoa e da família de uma forma mais ampla.

de advertências reforçar a proteção outorgada ao consumidor pela Constituição Federal de 1988. Esta última, em seu artigo 5.º, inciso XXXII, prevê como dever do Estado a defesa do consumidor. No artigo 170, inciso V, por outro lado, consagra, como princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor. Verifica-se, portanto, que a tutela do consumidor, tal qual configurada pelo texto da Constituição Federal de 1988, reveste uma vertente nitidamente objetiva, não se manifestando em faculdades ou dimensões subjetivas imediatamente fundadas nas referidas disposições constitucionais, as quais outorgam ao legislador uma ampla margem de conformação quanto ao modo de concretizá-la. Por outro lado, é possível buscar em disposições referentes ao direito à saúde, à vida e à integridade física, dentre outras, um fundamento constitucional para a tutela de posições jurídicas subjetivas dos consumidores. A Constituição da República Portuguesa, por sua vez, em seu artigo 60, n.º 1, autonomiza determinados direitos reconhecidos aos consumidores, muito embora estes últimos já gozassem de referidas posições jurídicas em virtude de outras normas constitucionais, como a referente ao direito à informação (artigo 37, n.º 1, da CRP). O n.º 2 de citado artigo 60, por sua vez, determina que a lei disciplinará a publicidade de produtos e serviços, proibindo todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa.

No âmbito da moderna sociedade de informação, em que a posse do saber se afirma como novo instrumento de poder e como arma de competição econômica (7), cabe ao Estado tornar-se também um ativo detentor e distribuidor do conhecimento (8). Se, no contexto do Estado Liberal, o controle do arbítrio do poder por meio do direito se consagrou como instrumento de afirmação de liberdades, e se, com o advento do Estado Social, a utilização do dinheiro mostrou-se como instrumento indispensável do Estado para o combate à desigualdade, no momento em que se afirma a sociedade do conhecimento o Poder Público também não pode prescindir do uso da informação. Fala-se, portanto, em administração por meio da informação, *Verwaltung durch Information*, na formulação germânica (9).

---

(7) Nesse sentido, NORBERTO BOBBIO (*Estado, Governo e Sociedade — Para uma Teoria Geral da Política*, São Paulo, Paz e Terra, 1990, p. 82-83) e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO (O Direito do Autor no Ciberespaço, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 84).

(8) J. J. GOMES CANOTILHO, O Direito Constitucional Passa; o Direito Administrativo Passa Também, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 711-713.

(9) Referindo-se expressamente às recomendações (*Empfehlungen*) e às advertências (*Warnungen*) como meios de atuação da Administração, veja-se CHRISTOPH GUSY (*Verwaltung durch Information — Empfehlungen und Warnungen als Mittel des Verwaltungshandelns*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 14, ano 2000, Abril, p. 977 seg.).

A sociedade do conhecimento é também a sociedade da publicidade e do consumo. A própria sobrevivência de atividades econômicas depende da ampliação e da manutenção dos consumidores de bens e serviços, mediante técnicas publicitárias. Muitas vezes, porém, a utilização de tais técnicas gera riscos e perigos, à medida que propicia a criação de necessidades artificiais e propõe a aquisição de produtos e serviços que podem causar malefícios. Daí a necessidade de se proteger o consumidor, mediante a emissão de advertências<sup>(10)</sup>, que constitui por assim dizer, um dos “novos trabalhos do Estado”, já que, para se assegurar a qualidade dos bens e serviços prestados e a tutela de direitos como a saúde e a integridade física, é indispensável uma atividade informativa por parte da Administração<sup>(11)</sup>.

É significativo que o dispositivo em comento esteja inserido em artigo que disciplina a liberdade de criação, expressão e informação sob qualquer forma e por qualquer processo ou veículo, e no qual se proíbe qualquer restrição a tais manifestações, “observado o disposto nesta Constituição”. As restrições à publicidade dos produtos de tabaco constituem, portanto, uma exceção à liberdade ampla fixada pelo *caput* do artigo 220<sup>(12)</sup>. Mas é necessário determinar até onde elas podem ir.

Por meio de mensagens como as advertências ora examinadas, a Administração pretende convencer os cidadãos a colaborarem com ela na consecução de algum fim de interesse público, no caso a tutela da saúde. Trata-se de uma atividade informativa orientadora ou conformadora de comportamentos dos cidadãos, por meio da qual a Administração procura orientar e influenciar o processo de decisão dos indivíduos, obviamente tendo em vista um objetivo público<sup>(13)</sup>.

Diante do pluralismo das sociedades contemporâneas e do reconhecimento da dignidade e da autonomia individuais, deve-se buscar a colaboração dos cidadãos no enfrentamento de problemas de interesse geral, levando-os a se torna-

---

<sup>(10)</sup> Nesse sentido, considerando as limitações referentes à publicidade de certos produtos, incluindo as advertências acerca de seus malefícios, a concretização de um dever estatal de proteção, examina JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVIII, Coimbra, 2002, p. 57).

<sup>(11)</sup> Tomando de empréstimo uma expressão de CARLA AMADO GOMES (*Os Novos Trabalhos do Estado: A Administração Pública e a Defesa do Consumidor*, in [www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto456.htm](http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto456.htm), acesso em 11-05-2005).

<sup>(12)</sup> Nesse sentido, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS afirma que as restrições à publicidade do tabaco configurariam uma exceção à proibição de censura e à ampla liberdade de expressão constante no *caput* do artigo 220 da Constituição (*Direitos e Deveres no Mundo da Comunicação — Da Comunicação Clássica à Eletrônica*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 111-112).

<sup>(13)</sup> PEDRO GONÇALVES, *Advertências ...*, p. 725.

rem “coadministradores”, assumindo responsabilidades pessoais pela consecução de finalidades públicas. Em vez de adotar técnicas coativas, muitas vezes custosas e ineficientes, a Administração, por meio de uma atividade informativa, procura convencer os cidadãos a mobilizar seus próprios esforços e recursos com vistas a colaborar com ela. Trata-se de tentar modificar a percepção que os indivíduos têm da realidade, alterando seus comportamentos para o fim de atingir determinados resultados.

É paradigmático o caso da política sanitária e de prevenção de danos à saúde. Ao sensibilizar o público para a necessidade de adotar certos comportamentos em relação ao tabaco, às bebidas alcoólicas, à alimentação, etc., a Administração pode alcançar diminuições nos gastos com tratamento, tutelando, ao mesmo tempo, um bem jurídico de interesse dos indivíduos e da sociedade. Respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente ao seu direito de autodeterminação, abandono de uma abordagem paternalista e busca da eficiência são, em suma, os fundamentos da escolha de tal técnica informativa.

De acordo com esse novo modelo de relacionamento entre a Administração e os cidadãos (administração compartilhada ou “Estado cooperativo”), é indispensável “comunicar para administrar” (14) e “administrar por meio da informação” (15).

A utilização de mecanismos informativos presta-se, ainda, para a gestão do risco nas sociedades contemporâneas. Como conseqüência do desenvolvimento tecnológico e dos limites da ciência, fala-se hoje em sociedade de risco (16). O risco é a probabilidade de ocorrência de um evento futuro e incerto, mas acerca do qual não se pode prever, com fundamento no conhecimento científico disponível, nem quando ocorrerá nem quais serão seus efeitos (17). Os riscos

---

(14) GREGORIO ARENA, *Introducción a la Administración Compartida*, in *Comunicación Pública — La Información Administrativa al Ciudadano*, Madri, Marcial Pons, 2000, p. 154.

(15) Trata-se de tema particularmente desenvolvido na doutrina germânica, como se verifica na já mencionada obra de CHRISTOPH GUSY (*Verwaltung durch Information — Empfehlungen und Warnungen als Mittel des Verwaltungshandelns*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 14, ano 2000, Abril, p. 977 seg.).

(16) A propósito do tema, ver as obras de ULRICH BECK (*La Sociedad del Riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998) e de RAFFAELE DI GIORGI (*Direito, Democracia e Risco — Vínculos com o Futuro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998).

(17) ANA GOUVEIA E FREITAS MARTINS, *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, p. 61-62. Os riscos podem ser potenciais (ou hipotéticos) e demonstrados. Nos últimos, tem-se que se conhece a probabilidade de ocorrência ou sua magnitude, e, não obstante as medidas que podem ser adotadas para evitá-los, há sempre o risco de que venham a ocorrer. É o caso dos riscos de acidentes rodoviários ou de acidentes em centrais nucleares. O risco é conhecido, muito embora a probabilidade de ocorrência seja pequena (se fosse maior, estar-se-ia diante de um perigo). Já nos riscos potenciais, ignora-se totalmente a probabilidade de ocorrência de um dano. É o caso dos alimentos gene-

são, em primeiro lugar, globais, por afetarem a toda a humanidade (pense-se na destruição da camada de ozônio em virtude do uso de determinadas substâncias e nas conseqüências de catástrofes ambientais). Em segundo lugar, podem afetar as gerações futuras, como no caso dos alimentos transgênicos, possuindo uma dimensão temporal que muitas vezes ultrapassa a capacidade de decisão de governos e empresas. Ao enfrentamento do risco se associa o princípio da precaução, aplicável não apenas no direito do ambiente, mas também no âmbito da tutela da saúde, a predicar que deve ser tomada uma medida ainda que não haja uma base científica suficiente quanto à ocorrência ou à extensão de danos associados a determinadas técnicas e produtos<sup>(18)</sup>. Com fundamento em um balanço dos custos e dos benefícios decorrentes, a melhor atuação, em determinados casos, em vez de uma proibição, pode vir a ser uma atuação no campo informativo, mediante a qual se alerta e se chama a atenção, por exemplo, para os riscos atribuídos ao consumo de determinados produtos<sup>(19)</sup>.

---

ticamente modificados, em relação aos quais não se pode dizer se há ou não riscos para a saúde. Diferentemente dos riscos e dos perigos, merece ser lembrado que toda ação humana pressupõe uma álea, ou seja, um risco residual, em que a ocorrência de dano está praticamente excluída com fundamento nos conhecimentos disponíveis e em relação ao qual não há prevenção possível.

(18) Não deixa de ser problemática, porém, a determinação do conteúdo do princípio da precaução. Na redação em inglês do Princípio 15 da Declaração sobre o Ambiente e o Desenvolvimento da Cúpula da Terra, no Rio de Janeiro, de 1992, tem-se que *"in order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by states according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environment degradation"*. Será mesmo possível exigir plena certeza científica, diante do caráter sempre provisório de tal saber?

A preocupação com o balanço custos/benefícios integra ou não o princípio? Ora, uma afirmação excessivamente rígida do princípio da precaução acabaria por inviabilizar por completo o progresso humano. Ademais, revelar-se-ia uma conseqüência de uma noção excessivamente "ecocêntrica" do direito ao ambiente, que pode fazer perder de vista sua íntima ligação com a promoção da vida humana. Mostra-se mais adequado, portanto, exigir a demonstração de um risco com fundamento em uma base científica razoável. Sem exigir uma garantia de risco zero, que abrangeria até os riscos residuais, o que não é realista, e sem exigir uma probabilidade elevada de ocorrência (o que diluiria o princípio da precaução no princípio da prevenção), é necessária uma perspectiva intermédia que permita identificar e gerir os riscos com base na sua gravidade e na probabilidade de sua ocorrência. Isso implica definir quais riscos são aceitáveis e quais não o são, atendendo aos benefícios decorrentes da atividade que os geram. Sobre o princípio da precaução, examinar PAULO AFFONSO LEME MACHADO (*Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 55 seg.) e ANA GOUVEIA e FREITAS MARTINS (*O Princípio ...*, p. 65 seg.). Sobre as diversas pré-compreensões ligadas à noção de ambiente, ver J. J. GOMES CANOTILHO (*O Direito ao Ambiente como Direito Fundamental*, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 177 seg.) e CARLA AMADO GOMES (*As Operações Materiais Administrativas e o Direito do Ambiente*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 25 seg.).

(19) Na sua comunicação relativa ao princípio da precaução (COM(2000) 1, de 2 de Fevereiro de 2000), a Comissão das Comunidades Europeias alude à circunstância de que a resposta

Os riscos se distinguem dos perigos. A proteção contra perigos, ressalte-se, vincula-se ao princípio da prevenção. Tais perigos, enfrentados pela Administração do Estado Liberal, eram mais concretos, restritos e individualizados: a ameaça provocada por uma inundação e os perigos causados a bens e pessoas por assaltantes, por exemplo. O perigo constitui uma ameaça concreta à segurança ou à existência de uma pessoa ou de uma coisa fundada em um juízo de probabilidade relevante. O princípio da prevenção predica o afastamento de tal perigo mediante a adoção de medidas destinadas a afastar suas causas.

A emissão de advertências, associada à proteção à saúde da família e da pessoa quanto a práticas, bens e serviços que possam causar malefícios, permite aproximá-la da clássica atividade de polícia administrativa.

O núcleo da atividade de polícia é o controle, especialmente por meio de atos de autoridade, de condutas perigosas dos particulares, com a finalidade de evitar a produção ou a ampliação de lesões a bens e a interesses gerais, cuja tutela seja permitida pela ordem jurídica <sup>(20)</sup>. Trata-se, aqui, da polícia em sentido funcional, já que também se pode referir à polícia em sentido orgânico, como os serviços administrativos que exercem referida função.

Tradicionalmente, atribui-se à atividade de polícia um efeito restritivo de direitos, argumento que seria empregado também para distingui-la da prestação de serviços públicos. Cumpre ressaltar, porém, que no contexto do Estado Social e Pós-Social alguns atos de polícia podem ser considerados como exercício de “administração de prestações” <sup>(21)</sup>. Com efeito, diante do reconheci-

---

correia em cada caso pode ser não atuar ou pelo menos não atuar por meio de uma medida vinculativa, o que introduz a necessidade de uma proporção entre a providência adotada e o nível de proteção escolhido. Isso implica, dentre outros fatores, uma análise dos potenciais encargos e vantagens da atuação ou da ausência de atuação (incluindo, se viável e adequado, uma análise econômica custo/benefício), bem como a revisibilidade da medida com fundamento na evolução dos dados científicos.

<sup>(20)</sup> SÉRVULO CORREIA, Verbete “Polícia”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1994, ..., p. 393; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1980, 9.<sup>a</sup> Edição, p. 1150. Já em OTTO MAYER se encontra a referência ao papel da polícia como a defesa dos indivíduos e da sociedade contra os perigos que possam ameaçá-los, sobretudo por meio de atos de autoridade, dotados de um poder de coação, como as ordens, as proibições e as permissões (*Derecho Administrativo Alemán*, Tomo II, Parte Especial, Buenos Aires, De Palma, 1982, p. 6-8). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 690-692) também se refere à essência do poder de polícia como sendo afastar danos, por meio da imposição de abstenções aos particulares destinadas a evitar que as atividades ou situações a eles referentes “sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva”.

<sup>(21)</sup> SÉRVULO CORREIA, verbete “Polícia”, in *Dicionário ...*, p. 404. Também considerando que o exercício do poder de polícia pode envolver a prestação de utilidades necessárias à realização de necessidades individuais e coletivas, examinar MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 27.

mento de situações jurídicas subjetivas merecedoras de proteção, poderão os particulares, em alguns casos, exigir do Estado a adoção de medidas de polícia com vistas a proteger bens jurídicos. Originariamente compreendido como tarefa ligada à proteção do interesse geral e da coesão da comunidade, o dever estatal de proteção é atualmente entendido como uma face ou uma dimensão dos direitos fundamentais (22). Além de vincular-se aos direitos fundamentais por meio de abstenções, de oferecimento de prestações ou de garantia de participação dos particulares, o Estado deve promovê-los por meio de uma atividade jurídica e fática, protegendo-os de ameaças oriundas de terceiros.

Há evidentes riscos, porém, em uma “subjetivação” excessiva de referida dimensão protetiva, como a subalternização dos interesses coletivos e a desconsideração do princípio da separação de poderes e da margem de conformação do legislador. Daí porque somente se deve aceitar a invocação de um direito subjetivo à proteção nos casos de uma previsão normativa expressa nesse sentido ou ainda quando se mostrar indispensável uma atuação pública destinada a realizar ou proteger um determinado direito subjetivo em seus aspectos nucleares, especialmente quando as faculdades que o integram estiverem expostas a perigos decorrentes da atuação de terceiros (23). No campo da saúde, tal dever de proteção parece decorrer de forma expressa do artigo 196 da CF/88.

Por tais motivos, deve-se afastar como elemento caracterizador da actividade de polícia a limitação ou a restrição da conduta dos particulares. Trata-se de nota ressaltada pela doutrina brasileira em especial (24), com fundamento em artigo de lei (25), mas que nem sempre estará presente. Isso também em virtude de mui-

---

(22) ROBERT ALEXI, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 435 seg.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 143.

(23) JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE fala na existência de um dever especial de proteção, decorrente de previsão constitucional expressa, como fundamento de tal direito subjetivo (*Os Direitos ...*, p. 152).

(24) HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 127) alude ao poder de polícia como a faculdade da Administração de condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso ...*, p. 697) define polícia administrativa como “atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”.

(25) O artigo 78 do Código Tributário Nacional considera o poder de polícia a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades eco-

tos atos de polícia não restringirem nem limitarem direitos, como na hipótese de autorizações de polícia, que são atos essencialmente ampliativos. Ademais, não se pode falar em restrição ou limitação quando a atividade travada pelo exercício de poder de polícia é ilegal. Por fim, há atividades de polícia potencialmente neutras, não possuindo efeitos ablativos nem ampliativos, como é o caso da vigilância geral <sup>(26)</sup>. A referência à atividade de polícia como atividade de controle das condutas perigosas dos particulares parece preferível, portanto, por não compreender apenas intervenções restritivas.

Atuações informativas, como a recolha de dados e a constatação de fatos, bem como a emissão de advertências ao público, inserem-se, portanto, na atividade de polícia. Esta compreende a emissão não apenas de atos jurídicos, sejam atos concretos ou atos normativos, mas também de atos despidos de vinculatividade para os particulares, como os atos materiais e atos informais <sup>(27)</sup>, como no caso das advertências <sup>(28)</sup>. A necessidade de ponderar bens jurídicos e direitos fun-

---

nômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

<sup>(26)</sup> SÉRVULO CORREIA, verbete “Polícia”, in *Dicionário ...*, p. 395 e 404.

<sup>(27)</sup> A atividade administrativa pode se manifestar por meio de atos vinculativos da conduta (atos e contratos administrativos, por exemplo) e por meio de atos não-vinculativos, normalmente referidos como atos materiais (a construção de um viaduto, por exemplo) por não terem conteúdo jurídico, ou seja, por não criarem, modificarem ou extinguirem relações jurídicas, nem imporem obrigações e deveres. Obviamente que tais atos materiais sujeitam-se ao direito, que deve disciplinar, por exemplo, a competência e os pressupostos para sua prática. Por outro lado, podem ocasionar a responsabilidade extracontratual da Administração, em virtude dos danos deles decorrentes. Julga-se oportuno distinguir, porém, as atividades materiais das atividades informais, ambas espécies da atividade não-vinculativa. As primeiras (atividades materiais) objetivam uma alteração do mundo fenomênico, da realidade fática, sem qualquer referência a uma conduta dos indivíduos (por exemplo, a remoção de lixo das vias públicas, a lecionação de uma aula, uma cirurgia efetuada em um hospital público, etc.). Já as atividades informais objetivam alterar o mundo dos fatos, com referência a uma dada conduta individual. Seria o caso das advertências, das campanhas públicas destinadas a incentivar a doação de órgãos e tecidos e a estimular o uso de preservativos nas relações sexuais e, também, dos acordos informais, que buscam, quer pela persuasão, quer pelo consenso, alcançar uma determinada conduta. Registre-se que a doutrina, de uma forma geral, não dedica muitas linhas ao estudo de tais atividades materiais e informais. Sobre o tema, em língua portuguesa, examinem-se os trabalhos de VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 475 seg.; CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 214 seg.; PEDRO LOMBA, *Problemas da Actividade Administrativa Informal*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 817-866; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 179 seg. e 915 seg.

<sup>(28)</sup> JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR (*Princípios de Derecho Administrativo*, Madri, CEURA, 2000, Vol. II, p. 263 seg.) se refere a técnicas de inforriação, técnicas de condicionamento

damentais, no contexto em que o Estado de Direito se torna Estado Constitucional<sup>(29)</sup> e ao direito por meio de regras se acrescenta o direito por meio de princípios<sup>(30)</sup>, e o respeito à autodeterminação individual levam a reconhecer que a atividade de polícia não se exerce apenas por meio de atos vinculativos da conduta, mas também por meio de uma atividade não-vinculativa, como a emissão de advertências, visando a oferecer aos indivíduos informações acerca de produtos e serviços que possam ser nocivos à saúde ou ao meio-ambiente, por exemplo. A redação do inciso II do parágrafo 3.º e do parágrafo 4.º do artigo 220 da CF/88, por outro lado, não deixa margem para dúvidas acerca da vinculação da atividade de emissão de advertências à proteção da pessoa e da família contra perigos decorrentes de produtos e serviços, missão clássica da atividade de polícia<sup>(31)</sup>.

### 3. CARACTERÍSTICAS DA COMUNICAÇÃO ADMINISTRATIVA

Toda informação administrativa tem, em primeiro lugar, um caráter instrumental, uma vez que se vincula a um fim público. Não existe, portanto, informação administrativa de caráter neutro ou indiferente. Isso porque toda atuação estatal prende-se à satisfação de fins de interesse público e aos princípios que regem referida atividade. Lembre-se, ainda, que mesmo a simples e aparente-

---

e técnicas ablativas como integrando o conjunto de atuações referentes à atividade administrativa de ordenação, que é a expressão que adota em vez da clássica atividade de polícia.

(29) GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mitte*, Torino, Einaudi, 1992, p. 39.

(30) *Idem, ibidem*, p. 147 seg.

(31) Não se discute aqui a conveniência e a adequação da expressão “poder de polícia” na atualidade. Há quem defenda sua substituição por outras denominações, ante o fato de, no contexto em que nasceu, o poder de polícia haver sido identificado com uma competência ampla e genérica de ingerência na liberdade e na propriedade, competência que seria incompatível com o reconhecimento dos direitos fundamentais e com o princípio da legalidade. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso ...*, p. 687-688) reconhece tais “defeitos de nascença”, mas mantém a expressão poder de polícia em virtude de ela ainda ser utilizada pela doutrina e pela jurisprudência. CARLOS ARI SUNDFELD (*Direito Administrativo Ordenador*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 10-15 e 20) predica sua substituição por “administração ordenadora”, que compreenderia “a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 286 seg., especialmente p. 292-295) insere o poder de polícia nas limitações administrativas à liberdade e à propriedade. A própria atividade de regulação de setores econômicos compreende, em determinados casos, o exercício de poderes típicos de polícia. Pode-se, porém, defender a permanência da expressão, ante a sua consagração constitucional expressa, com as conseqüências dogmáticas que se lhe seguem, no dispositivo referente à segurança pública (artigo 144) e na norma referente às taxas (artigo 145, inciso II).

mente asséptica divulgação de dados ou estatísticas pode vir a afetar condutas dos particulares. Muitas vezes, porém, o grau de afetação somente poderá ser verificado *a posteriori*, não se podendo estimar com antecedência como os destinatários da mensagem irão se comportar <sup>(32)</sup>

Em segundo lugar, ressalte-se o caráter ou a função pedagógica da comunicação, a revelar o papel “preceptoral” que o Estado passa a exercer, substituindo gastos públicos ineficientes, sobretudo com atividades coercitivas, pela busca da colaboração e da adesão espontânea da sociedade em contextos como o da saúde e do meio ambiente <sup>(33)</sup>. Por fim, a adequação e a tempestividade da informação.

A adequação se relaciona com a necessidade de a informação subministrada ser exata, inequívoca, completa e atualizada. Somente assim se assegura a correção da mensagem veiculada, atendendo-se às necessidades dos cidadãos e às finalidades do Poder Público, evitando-se ainda danos para os primeiros <sup>(34)</sup>. Quando a informação se refere a fatos, a exatidão vem a ser a correspondência entre a ela e a realidade a que se refere <sup>(35)</sup>. Também se pode falar, nesse contexto, de veracidade da informação. Tal modalidade de informação, por outro lado, pode compreender uma valoração, uma avaliação acerca da incerteza e da indeterminação quanto à ocorrência ou não de certas conseqüências e quanto ao grau de afetação de bens jurídicos protegidos. Se a sociedade da informação é também uma sociedade de riscos, e se a própria ciência não pode pretender dar respostas completas e exaurientes a respeito de todos os problemas, a informação administrativa há de veicular mensagens baseadas em um grau aceitável de confiabilidade. Entra-se aqui no terreno da avaliação e da determinação dos riscos, pressupostos necessários para a sua gestão, muitas vezes mediante técnicas informativas <sup>(36)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *La Información...*, p. 34.

<sup>(33)</sup> A respeito do tema, ver UDO DI FABIO (Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, in *Juristen Zeitung*, n.º 14, 1993, p. 690-691).

<sup>(34)</sup> MIGUEL SIGUÁN, *La Administración y el Público*, in *Revista de Administración Pública*, n. 41, maio/agosto de 1963, p. 16-17.

<sup>(35)</sup> Nesse sentido, ALFREDO GALÁN GALÁN, *La Comunicación Pública*, in *Comunicación Pública — La Información Administrativa al Ciudadano*, Madri, Marcial Pons, 2000, p. 61.

<sup>(36)</sup> Nesse sentido, SEBASTIÁN ROMERO MELCHOR (Evaluación y Gestión de los Riesgos en el Ámbito de la Protección de la salud: de la ciencia a la política?, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 218, Março/Abril de 2002, p. 115-116) lembra que o controle social dos riscos passa pela combinação de vários elementos: avaliação do risco, segundo o melhor conhecimento científico disponível, de forma independente e transparente; gestão do risco, mediante políticas que permitam mantê-lo em um nível aceitável pela sociedade e que o nível de proteção também seja suficiente; comunicação do risco, mediante um diálogo e um debate democrático entre a ciência e a sociedade, comparando-se e ponderando-se os benefícios e os riscos decorrentes da utilização de novas tecnologias.

A informação, por outro lado, há de ser inequívoca, ou seja, clara e precisa, não dando margem a dúvidas, nem sendo vaga, ambígua ou excessivamente genérica. Tal característica há de ser aferida a partir da determinação do universo de destinatários da mensagem: muitas vezes o “público alvo”, por sua escolaridade ou nível cultural, não coincidirá com o “homem médio”, ou a generalidade da população. A informação, portanto, há-de ser adequada ao seu destinatário.

Deve a informação ser completa. Ou melhor, ser tão completa quanto baste à satisfação das necessidades de seus destinatários, o que também impõe considerar as peculiaridades destes últimos e o contexto em que se situam.

Por fim, deve a informação, para ser adequada, ser atualizada. Tal requisito é particularmente importante no que diz respeito às informações prestadas de forma permanente.

A tempestividade da informação, por sua vez, relaciona-se com a circunstância de o seu oferecimento dar-se em tempo adequado à satisfação de uma necessidade de seus destinatários.

#### 4. CONCEITO, CONTEÚDO E FORMA DAS ADVERTÊNCIAS

As advertências (*Warnungen*) destinam-se a dirigir a conduta de seus destinatários, sem, no entanto, vinculá-los juridicamente. O exame das advertências referentes ao consumo de tabaco, por exemplo, permite concluir que o objetivo que elas buscam alcançar é um só: dissuadir os potenciais compradores do produto de fazê-lo. Pode-se considerar a advertência, portanto, a modalidade de comunicação administrativa em que é mais intensa a finalidade conformadora da conduta<sup>(37)</sup> o que, de fato, faz com que ela alue como uma proibição<sup>(38)</sup>. Ao mesmo tempo em que ela se dirige no sentido de influenciar a liberdade de autodeterminação dos indivíduos, incitando-os a não consumir tabaco, atinge

---

(37) ROLF GRÖSCHNER, *La Ilustración del Público como una Tarea de la Administración*, in *Documentación Administrativa*, n.º 235/236, Julho/Dezembro de 1993, p. 141. Distinguem-se, assim, as advertências das recomendações e dos avisos. Nas recomendações a intenção de conformar condutas é de intensidade intermediária, não se identificando, a princípio, um objetivo de proteção contra riscos e perigos, mas sim um estímulo a uma dada conduta considerada valiosa (por exemplo, “beba leite” ou “doe sangue”). Nos avisos, por sua vez, a intensidade orientadora de comportamentos é de menor grau, almejando-se, tão-somente, fornecer dados sobre um determinado produto ou prática, de forma objetiva e tendencialmente neutra. A distinção entre advertências, recomendações e avisos, porém, é relativa, sendo necessário examinar em cada contexto qual é (ou qual pode ser) o potencial conformador de condutas das mensagens encaminhadas pela Administração, atentando para as características de seus destinatários, o meio que é utilizado na sua transmissão, o contexto em que é emitida e outros fatores.

(38) Nesse sentido, FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *La Información ...*, p. 88.

também a liberdade de iniciativa e o património dos produtores e comerciantes de referida substância, que seriam “terceiros” em relação aos destinatários da mensagem.

As advertências se destinam a ser um instrumento de orientação indireta, não imperativa e não vinculante da conduta, que deixa indene a liberdade jurídica dos cidadãos, mas busca influenciar suas motivações, diminuindo ou excluindo sua liberdade fática (39). Buscam desestimular ou desmotivar a adoção de uma conduta tendo em vista a proteção de bens jurídicos contra riscos e perigos. Não apenas a esfera jurídica individual é protegida, portanto, mas também bens e valores coletivos tutelados pela ordem jurídica. Conforme visto, tal aproximação entre as advertências e a proteção contra riscos e perigos permite inserir a emissão de tal modalidade informativa na clássica função de polícia que incumbe ao Estado (40). A emanação de advertências deve ser considerada como uma manifestação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a encaminhar deveres de proteção aos Poderes Públicos, sendo dotada também, mas em menor escala, de uma dimensão subjetiva, variável de acordo com a gravidade da lesão a referidos bens jurídicos e da conformação específica que cada ordenamento jurídico confere aos direitos à vida, à saúde e a um meio ambiente sadio e equilibrado.

O conteúdo das advertências varia desde uma exortação explícita, ou um apelo dirigido a seus destinatários para que se abstenham de uma dada conduta, passando por uma simples informação de que determinado produto contém uma substância considerada perigosa à saúde, até uma mera declaração aparentemente objetiva sobre os perigos associados ao consumo de um produto.

A publicidade das advertências pode ser feita das mais variadas formas. Pode-se recorrer aos meios de comunicação de difusão (rádio, televisão, imprensa), por meio de uma mensagem autônoma, ou mesmo por meio de um agente da Administração. Também pode ser efetivada por meio de publicações ou bancos de dados acessíveis ao público, qualquer que seja o seu suporte (livros, revistas, relatórios, bases de dados consultáveis pela Internet, etc.).

As advertências podem utilizar signos lingüísticos, falados ou escritos, e também imagens e figuras. Nesse sentido, merece ser registrada a técnica adotada no Brasil, decorrente do parágrafo 3.º do artigo 3.º da Lei n.º 9294/96, com as modificações decorrentes da Lei n.º 10 167/2000 e da Medida Provisória n.º 2190-34, de 23 de Agosto de 2001, pela qual se prevê a veiculação simultânea, nas embalagens e nos maços de produtos fumíferos, bem como no seu material de propaganda, de advertências escritas acerca dos malefícios do fumo

---

(39) PEDRO GONÇALVES, *Advertências ...*, p. 731.

(40) Nesse sentido, ROLF GRÖSCHNER, *La Ilustración ...*, p. 142.

e de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. Assim, à advertência relativa à possibilidade de o fumo causar câncer de pulmão, faz-se corresponder uma fotografia dos pulmões de um fumante que faleceu devido à citada patologia. A veiculação de imagens permite reforçar o conteúdo da mensagem, informando melhor seus destinatários acerca dos riscos e perigos a que se expõem caso adotem determinada conduta. Trata-se de instrumento válido para a superação da falha do mercado conhecida por assimetria informativa, que atinge os consumidores de cigarros, notadamente os dotados de menor grau de instrução, tornando-a adequada a referido público alvo. Por óbvio que a imagem deve corresponder ao teor da mensagem e ambas devem respeito ao princípio da objetividade ou da verdade.

#### 4.1. Classificação das advertências

Para os fins deste estudo, convém distinguir as advertências diretas das indiretas (41).

As primeiras são veiculadas no âmbito de uma relação direta entre o emissor e seu destinatário (o público). Já as indiretas são levadas ao conhecimento do público por meio de um terceiro. Este terceiro, normalmente, é o produtor ou o importador de um bem ou serviço, como no caso do tabaco, em que são os próprios fabricantes que inserem nas embalagens respectivas as advertências referentes aos riscos decorrentes de seu consumo (42). A veiculação de advertências por terceiros, como no caso do tabaco, constitui uma publicidade negativa, e deve decorrer de uma obrigação legal que lhes é imposta, uma obrigação de advertir (43).

Esta obrigação de advertir se insere no dever legal de informar imposto aos fabricantes de tabaco e eventualmente de outras substâncias perigosas. Tal dever legal compreende, além da inclusão de advertências destinadas a desestimular o consumo de tais produtos, a divulgação de dados relativos à sua Composição (44). Eventualmente, a elevada nocividade pode levar à proibição de um bem ou serviço. No caso do tabaco, porém, em que já se demonstrou o perigo do seu consumo e a relação de causa e efeito entre este e uma série de doenças,

---

(41) PEDRO GONÇALVES, *Advertências ...*, p. 733 seg.

(42) Considerando a imposição estatal aos produtores de tabaco da obrigação de inserir anúncios com advertências sobre seus perigos como um instrumento aparentado com as demais advertências, examinar MICHAEL KLOEPFER (Zu den neuen umweltrechtlichen Hadlungsformen des Staates, in *Juristen Zeitung*, n.º 15/16, Agosto de 1991, p. 739, nota 18).

(43) PEDRO GONÇALVES, *Advertências...*, p. 736-737.

(44) Nesse sentido, examinar em Portugal os n.ºs 1 e 2 e segs. do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 25/2003, de 4 de Fevereiro.

o cumprimento de tais deveres informativos revela-se indispensável à licitude da sua produção e comercialização<sup>(45)</sup>. Fatores como a importância da produção e comercialização do tabaco para a economia, os empregos gerados por tais atividades e as receitas fiscais dela decorrentes apontam para a impossibilidade de pura e simplesmente proibi-las, pelo menos a curto e médio prazo<sup>(46)</sup>. Mas a necessidade de se tutelar a saúde é atendida por meio de uma atividade informativa, destinada a advertir o público dos perigos associados ao tabaco, bem como de outras medidas, como restrições da publicidade referente ao tabaco e da elevação da carga fiscal sobre ele incidente<sup>(47)</sup>.

---

(45) Sobre o tema, examinar HENRIQUE SOUSA ANTUNES, Apontamento sobre a Responsabilidade Civil do Fabricante de Tabaco, in *Direito e Justiça — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XVII, 2003, p. 177 seg.

(46) É possível dizer, com GIOVANNI BERLINGUER, que o Estado e as organizações internacionais adotam uma “dupla moral” com relação ao tabaco (*Bioética Cotidiana*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 240-242). Como exemplos de tal dupla moral aponta: o fornecimento de sementes de tabaco a países pobres (com o compromisso de aquisição posterior das folhas) como uma política “humanitária”, destinada a combater a fome; a ameaça de sanções econômicas contra países que se recusam a permitir a importação de cigarros, por violarem as regras do “livre comércio”; a desproporção entre os gastos da União Européia com propaganda publicitária na luta contra o câncer, especialmente o de pulmão — dois milhões de dólares — e aqueles destinados a incentivar o cultivo do tabaco na Europa e sua exportação — dois bilhões de dólares.

(47) A carga fiscal incidente sobre produtos de tabaco, como os cigarros, na União Européia, varia entre 68,6% do preço de venda ao público, em Luxemburgo, a 86,1% do referido valor, no Reino Unido, sendo de 79,7% de referida grandeza em Portugal, conforme dados do Ministério das Finanças ([www.dgaiec.minfinancas.pt](http://www.dgaiec.minfinancas.pt)). Segundo a mesma fonte, o valor arrecadado neste último país, entre 1995 e 1999, experimentou um aumento de 31,7%, passando de aproximadamente 755 a 990 milhões de euros (151 a 198 milhões de contos), ou seja, 4% da receita fiscal total. A média européia é de 3,5%. No Brasil, segundo maior produtor e maior exportador de tabaco do mundo, a carga tributária incidente sobre o consumo de fumo e derivados alcança em média 87,9% sobre a despesa com a aquisição de referidos produtos, segundo dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário ([www.tributarista.org.br](http://www.tributarista.org.br)). Especificamente no tocante aos cigarros, o percentual de incidência tributária sobre o preço final ao consumidor é de aproximadamente 60%, segundo a Associação dos Fumilcutores Brasileiros ([www.afubra.com.br](http://www.afubra.com.br)). O Governo Federal arrecada algo como 2,9 bilhões de reais (aproximadamente 805 milhões de euros) com impostos sobre os cigarros. Somando-se a este valor as contribuições e os impostos estaduais, no caso o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, incidentes sobre os cigarros, a arrecadação tributária total alcança pouco mais de 6,4 bilhões de reais ao ano. Tal valor é pouco superior a 1% da arrecadação tributária total no Brasil, estimada em 631 bilhões de reais no ano de 2004, conforme notícia divulgada no *Jornal Gazeta Mercantil* (edição de 24 de Janeiro de 2005, p. A7). A exportação de tabaco gera uma receita de 1,4 bilhão de dólares anuais para o país. Por outro lado, o fumo causa 200 mil mortes por ano no Brasil (cinco milhões no mundo). É forçoso reconhecer, porém, que a instituição de uma alta carga fiscal sobre o tabaco e seus derivados constitui um instrumento hábil para diminuir o seu consumo, estando expressamente prevista no artigo 6.º da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, de 21 de Maio de 2003, adotada

A responsabilidade pela advertência continua sendo, porém, do respectivo autor (a Administração) e não do fabricante ou importador. Isto se mostra evidente no caso dos maços de cigarros vendidos no Brasil, em que consta sempre a indicação “O Ministério da Saúde Adverte” e em seguida uma das mensagens estabelecidas por referida autoridade <sup>(48)</sup>. Respeita-se, assim, a liberdade

---

por unanimidade pelos 192 membros da Organização Mundial da Saúde. Trata-se de instrumento internacional dotado de tom compromissório, mas no qual se reconhece que a ciência demonstrou, de forma inequívoca, a relação de causalidade entre o consumo do tabaco e uma série de doenças. O objetivo da convenção é controlar referida substância com o objetivo de melhorar a saúde da população, o que abrange a eliminação e a redução do consumo e da exposição à fumaça de produtos de tabaco (artigo 1.º, alínea “d”) de maneira contínua e substancial (artigo 3.º). No Preâmbulo de referida convenção também se reconhece o aumento do consumo e da produção mundial de cigarros e outros produtos do tabaco, particularmente em países em desenvolvimento, e a necessidade de se estabelecer mecanismos apropriados para enfrentar as conseqüências sociais e econômicas que, a longo prazo, surgirão com o êxito das estratégias de redução da demanda de tal substância. No estágio atual, portanto, se reconhece a impossibilidade de uma proibição total da produção e da comercialização do tabaco. Tal reconhecimento decorre de uma nítida preferência dada a fatores sociais, econômicos e mesmo culturais frente à tutela da saúde e da vida, o que conduz a à adoção de medidas não-vinculantes e indiretas no combate ao consumo do tabaco, como a veiculação de advertências e as restrições à publicidade do produto. No entanto, a adoção e a implementação da Convenção-Quadro pode conduzir à redução dos danos provocados pelo fumo e, ao mesmo tempo, servir como diretriz que impedirá contradições nas políticas estatais referentes ao tabaco, eliminando a “dupla moral” referida na nota anterior. A tributação de referido produto deve passar a servir a um objetivo extrafiscal, no caso desencorajar o consumo de cigarros e outros produtos derivados do fumo e tutelar a saúde. Tal objetivo deve prevalecer sobre a finalidade meramente arrecadatória da tributação. Verifica-se, por outro lado, que o valor arrecadado com a tributação sobre o fumo e seus derivados, comparado com a receita fiscal total de Brasil e Portugal, demonstra que sua importância, como fonte de recursos, é pouca, confirmando o diagnóstico de SÉRGIO VASQUES (*Os Impostos do Pecado – O Alcool, o Tabaco, o Jogo e o Fisco*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 20). Deve-se, todavia, atentar para os riscos, sobretudo no Brasil, de um aumento excessivo da tributação conduzir a resultados diversos dos pretendidos, uma vez que os consumidores podem vir a preferir cigarros mais baratos contrabandeados de outros países, os quais são muitas vezes mais danosos à saúde em razão de não haver qualquer controle sobre sua fabricação. Já hoje a Associação dos Fumicultores do Brasil estima que por volta de um terço dos cigarros consumidos no país são contrabandeados, sobretudo do Paraguai e do Uruguai. Dados os limites da tributação e da repressão como estratégias de controle do tabaco, portanto, revela-se ainda mais relevante a adoção de medidas informativas e educativas.

<sup>(48)</sup> Uma crítica à veiculação de advertências como estratégia adequada de enfrentar a assimetria informativa de que padecem os consumidores de cigarros, e como técnica de regulação da indústria do tabaco, pode ser encontrada em JON D. HANSON e KYLE D. LOGUE (*The Costs of Cigarettes: The Economic Case for Ex Post Incentive-Based Regulation*, in *The Yale Law Journal*, Volume 107, n. 5, Março de 1998, p. 1322-1324). A veiculação de advertências pode ter um efeito contrário ao pretendido, atizando a curiosidade e o desejo de consumo, sobretudo em crianças, com fundamento no que denominam de “efeito de fruto proibido”. Entendem referidos autores que a veiculação de advertências pode ainda ser favorável à indústria do tabaco, pela circunstância de o cumprimento das regras informativas existentes ser alegado como fator que afastaria a sua responsabilidade civil por danos. Malgrado tais críticas, o exercício de uma atividade informativa

de expressão do fabricante e do importador, que não pode ser obrigado a assumir como sua a autoria da mensagem <sup>(49)</sup>.

Merece registro, a propósito do tema, a decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* <sup>(50)</sup>, na qual foram invalidadas (*struck down*) normas (*regulations*) elaboradas pela *Food and Drug Administration* destinadas a restringir a venda e a distribuição de cigarros e tabaco para proteger crianças e adolescentes. A Corte Suprema entendeu que a competência para regular a matéria não foi delegada pelo Congresso à FDA, e reafirmou o entendimento de que a rotulagem (*labeling*) e a proibição total da venda de cigarros (*ban*) são matérias que incumbem somente ao Congresso. Se este não atribuiu à FIDA competência sobre a rotulagem ou a aposição de advertências nos maços de cigarros é porque não pretendeu dotar referida autoridade de poderes regulatórios sobre o assunto. O *Federal Cigarette Labeling and Advertising Act*, de 1965, a propósito, expressamente proíbe que agências federais possam exigir qualquer mensagem relacionada com o tabaco ou a proteção à saúde em maços de cigarros. Tais exigências, portanto, somente podem ser veiculadas por lei (*statute*) elaborada pelo Congresso <sup>(51)</sup>. Referido diploma é que ampara a veiculação de advertências (*warnings*) pelo *Surgeon General*, equivalente ao Ministro da Saúde daquele país.

#### 4.2. Diferença entre advertências e contrapropaganda ou publicidade corretora

Uma distinção que deve ser efetuada é entre as advertências administrativas aqui consideradas e as chamadas medidas de contrapropaganda (*publicità*

---

e a veiculação de advertências mostram-se indispensáveis para garantir um mínimo de proteção à pessoa e à família. A divulgação de imagens acompanhando o texto das advertências, nesse sentido, acaba por suprir alguns dos defeitos apresentados, por representarem de forma mais efetiva os riscos a que os fumantes se expõem.

<sup>(49)</sup> Nesse sentido, afirmando que o fabricante ou o comerciante não é obrigado a assumir a autoria da mensagem, mas apenas a veiculá-la, devendo, em consequência, poder registrar quem é o seu autor, examinar WILFRIED BERG (*Öffentliches Recht: Die Warnung vor Zigarettenrauch*, in *JuS-Lernbogen*, n.º 8/1998, p. L62). Examinar também a decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 22 de janeiro de 1997 (publicada no *Deutsches Verwaltungsblatt* n.º 15, Abril de 1997, p. 548 seg.), em que se reconhece que a imposição de uma obrigação de advertir não viola a liberdade de expressão (*Meinungsfreiheit*) e a liberdade de exercício de trabalho (*Freiheit der Berufsausübung*) do produtor de tabaco.

<sup>(50)</sup> 529 US 120 (2000).

<sup>(51)</sup> Sobre o assunto, verificar a resenha elaborada por MAGARET GILHOOLEY (*Tobacco Unregulated: Why the FDA Failed, and What to Do Now*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 111, Março de 2002, Number 5, p. 1195-1196) a propósito da obra *A Question of Intent: A Great American Battle with a Deadly Industry*, de DAVID KESSLER (New York, Public Affairs, 2001).

*correttiva* dos italianos, *contre-publicité* ou *annonces rectificatives* dos franceses, *publicidade corretora*, dos portugueses e *corrective advertising* dos americanos). Trata-se de medidas sancionatórias aplicadas a fabricantes, comerciantes e fornecedores que tenham emitido propaganda comercial abusiva ou enganosa e destina-se a apagar, no público destinatário de mensagens eivadas de ilicitude, os enganos ou abusos passados. Com efeito, a mera suspensão da mensagem pode não ser suficiente, sendo necessário informar o público do caráter abusivo ou enganoso da publicidade veiculada anteriormente <sup>(52)</sup>. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro disciplina a contrapropaganda em seus artigos 56, inciso XII, e 60. Sua aplicação será efetuada pela autoridade administrativa instituída em cada esfera de governo (Federal, Estadual e Municipal), nos termos do parágrafo 1.º do artigo 55 e do parágrafo único do artigo 60 da Lei n.º 8078/90. Prevê-se o cabimento de contrapropaganda no caso de publicidade enganosa ou abusiva. A medida correrá sempre às expensas do infrator. Será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva. Como sanção administrativa, tal medida deverá observar as garantias da ampla defesa e do devido processo legal, aplicando-se-lhe subsidiariamente o disposto na Lei n.º 9784/99 <sup>(53)</sup>.

Em Portugal, o Código da Publicidade alude à chamada publicidade corretora no n.º 7 de seu artigo 41, dedicado às medidas cautelares. Reconhece-se o caráter gravoso da medida, tanto que somente é ela cabível quando a gravidade do fato a justifique. Apesar de tratada em dispositivo dedicado às medidas cautelares, a publicidade corretora apresenta-se como medida autônoma e complementar face às providências de suspensão, cessação ou proibição tratadas pelo n.º 1 do referido artigo 41, devendo sujeitar-se ao procedimento traçado no n.º 2 do mesmo artigo. A competência para imposição da publicidade corretora é da entidade competente para aplicação das coimas previstas em referido diploma e as despesas a ela relativas correrão por conta do anunciante, do titular ou do concessionário do suporte publicitário.

Ora, as advertências não constituem sanção, mas restrição a um direito, no caso o de fabricar, comercializar e fornecer um bem ou serviço, bem como de efetuar publicidade a seu respeito, levando em conta os riscos e perigos para a saúde, o meio ambiente ou outros bens jurídicos. As advertências, sem dúvida,

---

<sup>(52)</sup> Examinar a propósito, ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIM (*Das Práticas ...*, p. 314-315).

<sup>(53)</sup> Lembre-se, ainda, que a Lei n.º 6.437, de 20 de Agosto de 1977, em seus artigos 2.º, inciso XII, e 10, inciso V, previu a penalidade de “imposição de mensagem retificadora” para casos de propaganda comercial de produtos sob vigilância sanitária e de publicidade de alimentos ou outros bens e serviços que contrarie a legislação sanitária federal.

configuram uma publicidade negativa a respeito de referidos bens e serviços, mas não têm natureza sancionatória, servindo quer para efetivar uma proteção a referidos bens jurídicos (saúde, meio ambiente, etc.), quer para tornar lícita a atividade de produção e comercialização dos aludidos bens e serviços. Trata-se de alertar o público para referidos riscos e perigos, devendo, é claro, observar como princípio o da objetividade ou verdade da mensagem veiculada.

Em conseqüência, tem-se que não assiste razão ao autor da ADIn n.º 3311 ao pretender caracterizar as advertências referentes ao tabaco decorrentes da Lei n.º 9294/96 como “contrapropaganda”. Alegou o promovente que as advertências deveriam ter um caráter “meramente informativo” e um conteúdo científico “neutro”, não podendo servir para incentivar o público a não consumir cigarros e outros produtos fumíferos. Ora, foi a própria ciência que demonstrou a relação de causa e efeito entre o consumo de referidos produtos e diversas doenças.

As advertências cumprem um imperativo constitucional de alertar o público para tais conseqüências do consumo do tabaco e para tanto veiculam uma mensagem de conteúdo negativo. Não há como exigir que tal mensagem seja “neutra” sem por em risco a proteção à saúde e à vida dos consumidores. Elas, por natureza, veiculam uma publicidade negativa. Como restrição a direitos, a atividade de emanção de advertências deve, porém, estar prevista em lei, tal como exige o parágrafo 4.º do artigo 220 da Constituição.

## 5. AS ADVERTÊNCIAS COMO INSTRUMENTO DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

De uma perspectiva dogmática, os direitos fundamentais afirmam-se como possuidores de um duplo caráter<sup>(54)</sup>:

- a) são direitos subjetivos;
- b) são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.

A partir dessa perspectiva, os direitos fundamentais determinam e asseguram a situação jurídica dos particulares, seu *status* jurídico constitucional, que não é ilimitadamente disponível nem para o particular nem para o Estado.

São os direitos fundamentais, em primeiro lugar, direitos de defesa contra o Estado, protegendo a liberdade individual e a dignidade da pessoa perante o poder político. Também cumprem uma função de prestação social, assegurando

---

(54) KONRAD HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 228 seg.

ao indivíduo obter algo por meio do Estado. Exercem, em terceiro lugar, uma função de proteção do indivíduo perante terceiros, estabelecendo deveres para o Estado. Os direitos fundamentais, por fim, obrigam o Estado a tratar igualmente os cidadãos, proibindo discriminações<sup>(55)</sup>. Tais diferentes funções são geralmente reconduzidas à idéia de gerações de direitos fundamentais<sup>(56)</sup>, que não se substituem, mas se somam e se influenciam reciprocamente ao longo da história.

Tais dimensões revelam que, ante o Estado, tem o indivíduo os seguintes direitos:

- a) direitos ao não-impedimento de suas ações (liberdade de locomoção, de expressão, de manifestação religiosa, etc.);
- b) direito à não-afetação de atributos da pessoa ou de situações protegidas (viver e permanecer são, a inviolabilidade do domicílio, etc.);
- c) direito à não-eliminação de posições jurídicas, mediante a derrogação de normas que as asseguram;
- d) direito a ações positivas e fáticas (direito a prestações em sentido estrito);
- e) direito a ações positivas e normativas<sup>(57)</sup>.

Verifica-se, neste ponto, a necessidade de estabelecimento pelo Estado, para a efetividade e a plena fruição de direitos fundamentais, de estruturas, organizações e procedimentos, que demandam uma atuação fática e normativa. Isso não apenas no plano dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas também no dos clássicos direitos de liberdade. Pense-se, por exemplo, no direito à prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, previsto pelo inciso VII do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, ou na necessidade de criação de tribunais e órgãos judiciários destinados a proteger direitos individuais.

Tem o legislador, portanto, um papel importante na regulação e na concretização dos direitos fundamentais<sup>(58)</sup>. A atuação do legislador variará na dependência:

- a) da maior ou menor concretização do direito no Texto Constitucional;
- b) da autonomização ou não de faculdades contidas no direito, que podem ser desenvolvidas em outros direitos;

---

<sup>(55)</sup> Sobre as funções dos direitos fundamentais, ver J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria* ..., p. 407 seg.

<sup>(56)</sup> PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 516 seg.

<sup>(57)</sup> ROBERT ALEXY, *Teoria* ..., p. 186-196.

<sup>(58)</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos* ..., p. 212-227.

- c) da explicitação ou não de limitações e exceções;
- d) da referência ou não a intervenções legislativas.

O legislador pode limitar-se a organizar o direito fundamental, através de leis ordenadoras, sem necessariamente restringi-lo; pode interpretar seu alcance e conteúdo; pode concretizá-lo, definindo a forma de seu exercício; pode promover e estabelecer garantias para o exercício do direito; pode vir a restringi-lo, pode estabelecer critérios de harmonização de direitos e valores em conflito. A atuação do legislador, nesta perspectiva, submete-se ao controle jurisdicional, ao exame da compatibilidade entre a solução adotada e o que dispõe a Constituição. Também a omissão do legislador pode vir a ser considerada inconstitucional, na hipótese de haver um dever de legislar desatendido.

Diante da abertura das normas de direitos fundamentais e de seu pluralismo axiológico, não é infreqüente encontrar situações de conflito, de colisão, seja entre direitos de titulares de direitos fundamentais, seja entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade<sup>(59)</sup>. Tais colisões são objeto, muitas vezes, de harmonização por parte do próprio Texto Constitucional. Outras vezes, tal harmonização é empreendida pelo legislador e até pelo julgador, em casos concretos.

Existem basicamente três teorias que buscam oferecer um instrumental dogmático para justificar as restrições<sup>(60)</sup>. Para a chamada teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, de inspiração nitidamente liberal, as intervenções estatais na propriedade e na liberdade devem ser expressamente previstas. São elas aplicadas “de fora para dentro”, não se confundindo, portanto, o âmbito de proteção do direito fundamental com seu âmbito efetivo garantido. Ou seja, a incidência de limites ou restrições, que devem ser previstas expressamente, amputa, comprime e reduz a liberdade assegurada originariamente pelo direito fundamental. A principal vantagem de tal teoria — que inspira nitidamente a solução adotada pelo artigo 18 da Constituição da República Portuguesa — é a proteção da esfera jurídica dos particulares. Padece ela, porém, de sérios inconvenientes. Inicialmente, tem-se que ela exige do legislador uma clarividência irrealista, no sentido de prever de antemão, por meio de reservas apostas a normas de direitos fundamentais, todas as possíveis colisões entre direitos ou entre estes e bens jurídico-constitucionais. Sem tais reservas, não seria constitucionalmente admissível uma restrição. Também não leva ela em conta a força

---

(59) J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito ...*, p. 1270-1272.

(60) A respeito da questão, examinar JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 289 seg.

expansiva dos direitos fundamentais e a conseqüente ampliação das possíveis colisões com outros direitos ou valores constitucionais.

Para a chamada teoria interna dos limites dos direitos fundamentais, as limitações não são exteriores aos direitos. Ao contrário, integram-nos, cabendo ao legislador, nessa perspectiva, revelá-las e concretizá-las. São os limites, por essa razão, “imanescentes” aos direitos. Subjaz a essa teoria a necessidade de integrar a liberdade na dimensão social da vida humana. Repugna que o exercício da liberdade viole bens coletivos. Em conseqüência, cabe ao legislador, na concretização dos direitos fundamentais, articular e compatibilizar os diferentes bens e direitos constitucionais. O problema dessa teoria é o déficit de controle da atuação do Poder Público, uma vez que não se prevê um procedimento racional e intersubjetivamente fundado que permita justificar a solução adotada pelo legislador, o que, muitas vezes, conduz ao decisionismo e ao subjetivismo. Por outro lado, leva também ao afastamento dos requisitos estabelecidos constitucionalmente para a restrição de direitos fundamentais, como os constantes no artigo 18 da CRP. Com efeito, se não se trata de restrição, mas de simples “revelação” de um limite imanente, não é necessário observar os mencionados condicionamentos.

Daí o principal contributo do modelo de regras e princípios: a metodologia da ponderação. Permite ela justificar, nos casos concretos, que determinados princípios prevaleçam sobre outros sempre que houver razões mais fortes para tanto. Deve-se evitar, porém, uma visão que equipare indistintamente todos os bens e valores constitucionais e que conduza a infinitas ponderações. Pode o constituinte, portanto, estabelecer determinadas preferências abstratas entre bens e valores, que deverão ser observadas pelo legislador, pela Administração e pelo Judiciário, sem prejuízo de, ainda nesse caso, vir a ser necessário submeter a solução adotada a uma ponderação. Sobretudo nos chamados “casos difíceis”, em que não se mostrar possível extrair um inequívoco sentido da preferência estabelecida pelo constituinte, de forma a resolver uma colisão de direitos com fundamento em uma simples subsunção na previsão da norma. A melhor alternativa, portanto, para fundar dogmaticamente as restrições a direitos fundamentais, parece ser uma posição eclética que incorpore elementos das três teorias apresentadas. É imprescindível, de toda a sorte, atentar para o que estabelece cada texto constitucional, sob pena de se chegar a uma solução não constitucionalmente adequada.

Parece possível, à luz de tais considerações, defender, no tocante às Constituições brasileira e portuguesa, que o intérprete deve iniciar o exame do tema das restrições pelo afastamento, do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, de situações flagrantemente incompatíveis com a dignidade da pessoa, que violem valores básicos, como o direito à vida e que ou sejam considerados como crimes, em virtude de uma consideração já sedimentada na consciência jurídica, ou como altamente danosas para o convívio social. Não se trata de iden-

tificar limites imanentes, como entendem alguns autores <sup>(61)</sup>, mas de afastar, da esfera de proteção do direito, situações que atingem valores comunitários básicos ou princípios fundamentais da ordem constitucional. Assim, por exemplo, o direito de liberdade religiosa não implica reconhecer a possibilidade de se efetuar sacrifícios humanos. Da mesma forma, a liberdade de exercício de atividade econômica não pode causar riscos e perigos à saúde.

Em seguida, devem ser consideradas as reservas ou restrições expressamente introduzidas pelo legislador constituinte. Nesse ponto, é de se lembrar o que determina o artigo 60, n.º 2, da CRP, e o parágrafo 4.º do artigo 220 da CF/88, que abrem para o legislador uma margem para conformar os limites à atividade publicitária de bens e serviços que possam ser nocivos à saúde. Mesmo que não haja reservas de intervenção nos direitos fundamentais, é de se admitir a necessária ponderação com outros bens e direitos. Para esse fim, há de se verificar se as soluções legislativas adotadas são justificadas com fundamento em um procedimento de ponderação.

No caso da liberdade de iniciativa econômica e do direito de efetuar publicidade, seu corolário, lembre-se que não se está diante de realidades “naturais” e prévias ao direito, sujeitando-se às limitações e aos condicionamentos que o ordenamento jurídico impõe no tocante ao exercício de atividades econômicas. Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal brasileira prevê a possibilidade de se sujeitar o exercício de atividades econômicas à autorização fixada em lei, o que permitirá ao legislador fixar hipóteses em que o desempenho de dada atividade seja ilícito em razão do descumprimento dos condicionamentos por ele fixados <sup>(62)</sup>. Mas a restrição de uma liberdade, como as referidas, impõe apresentar boas razões, de forma a se afastar o arbítrio da intervenção estatal. No caso das advertências e das restrições à publicidade de cigarros, tem-se que incidem valores integrantes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a exigir uma atuação estatal no sentido de proteger a pessoa, principalmente quem se encontra em uma situação de maior debilidade e fragilidade.

Nesse sentido, tem-se que, ao lado do reconhecimento e da proteção de posições jurídicas subjetivas, destinadas a tutelar bens jurídicos e interesses individuais em primeira linha, existem também aspectos ligados a valores e fins que a comunidade reputa importantes, que transcendem e complementam o

---

<sup>(61)</sup> Nesse sentido, KONRAD HESSE (*Elementos ...*, p. 251-255) e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos ...*, p. 282-288).

<sup>(62)</sup> Sobre o tema, examinar o nosso trabalho *A Cobrança pela Outorga de Concessões, Permissões e Autorizações de Serviços de Telecomunicação*, in *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 06, Abril/Junho de 2004, p. 50 seg.

âmbito dos direitos individuais, mas que algumas vezes podem entrar em conflito com eles.

Tradicionalmente, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é identificada com: *a*) as garantias institucionais <sup>(63)</sup>; *b*) com a chamada eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais, e atualmente com o reconhecimento de deveres de proteção contra terceiros; *c*) na necessidade de edição de normas e medidas concretas relacionadas com aspectos organizativos e procedimentais. Nenhuma dessas dimensões conforma, em regra, posições subjetivas.

As garantias institucionais se vinculam à regulação de determinados setores da realidade por meio de um conjunto jurídico-normativo que garante, realiza e promove a dignidade da pessoa sem, no entanto, investi-la em direitos subjetivos. Inicialmente, se reportavam a institutos ou instituições tradicionais, disciplinados pelo legislador, especialmente no âmbito do direito privado, e reconhecidos e tutelados pela Constituição, como a autonomia individual e a família. Posteriormente, passaram a se referir a outros complexos normativos, abertos à conformação pelo legislador e relacionados com os direitos fundamentais, e que demandam uma regulação global como realidades objetivas, como é o caso da garantia do direito à saúde <sup>(64)</sup>.

A eficácia “irradiante” ou “externa” dos direitos fundamentais, corolário de sua força vinculante, constitui-se outra dimensão objetiva. A observância dos direitos fundamentais ultrapassa o plano das relações entre o Estado e os particulares, no qual estes os podem invocar com o intuito de defesa de sua esfera jurídica, mas alcança inclusive as relações entre privados, embora nem sempre sejam aplicáveis em primeira linha. Fala-se mais recentemente em “deveres de proteção” impostos e dirigidos ao Estado, no sentido de promover e proteger os direitos fundamentais perante terceiros, seja por meio da edição de normas, seja mediante uma atuação administrativa e fática <sup>(65)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos ...*, p. 111-112; PAULO BONAVIDES, *Curso ...*, p. 489-491.

<sup>(64)</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos ...*, p. 140. PAULO BONAVIDES (*Curso ...*, p. 519-520) distingue as garantias institucionais, cujo surgimento decorreria da tomada de consciência da necessidade de proteger realidades que transcendem a esfera da individualidade, e que associa aos direitos sociais, das garantias do instituto, que são também reconhecidas no plano constitucional, mas que tutelam complexos normativos de direito privado mais tradicionais, como a família e a propriedade.

<sup>(65)</sup> ROBERT ALEXY (*Teoria ...*, p. 435 seg.) trata inicialmente dos “direitos de proteção”, como contrapartida subjetiva de tais deveres, invocáveis para a proteção de bens jurídicos (vida, saúde, liberdade, dignidade e outros). Tais direitos de proteção são oponíveis contra o Estado e têm por objeto a realização de ações fáticas ou normativas que delimitem a esfera jurídica de sujeitos de igual hierarquia. No entanto, não parece adequado considerá-los como direitos subjetivos, ante a ampla margem de conformação que o legislador normalmente detém nessa seara e ante a

Estabelece-se uma relação não bipolar entre Estado e particular, mas sim triangular, na qual o Poder Público se coloca entre particulares com o intuito de proteger direitos fundamentais de um frente ao outro <sup>(66)</sup>.

Por fim, tem-se a necessidade de adoção de medidas organizativas e procedimentais pelos Poderes Públicos, relacionadas com os direitos fundamentais. Todos estes, aliás, dependem, em maior ou menor grau, de esquemas procedimentais e organizações com vistas a alcançarem plena eficácia. Cumpre distinguir tal dimensão, porém, dos direitos fundamentais a procedimentos (como o de acesso ao Judiciário), em que prevalece a vertente subjetiva <sup>(67)</sup>.

Tais dimensões objetivas têm sofrido uma tendência de “re-subjetivação”, pela afirmação de existência de direitos subjetivos à obtenção de atuações públicas no sentido de concretizá-las, pelo oferecimento de proteção e de prestações normativas e fáticas <sup>(68)</sup>. Tal re-subjetivação constitui-se, aliás, consequência de uma exacerbação irracional do discurso relacionado com os direitos fundamentais e que, tal como a afirmação de existência de múltiplos e variáveis “direitos” fundamentais, muitas vezes sem adequada relevância substantiva, conduz à vulgarização e à banalização da referida categoria, com riscos para sua eficácia.

Importa considerar, porém, a existência de valores comunitários e de limites fáticos e jurídicos a tal re-subjetivação. Em primeiro lugar, lembre-se o princípio da separação de poderes e a margem de conformação que é atribuída ao legislador, a impedir a substituição do Legislativo e da Administração pelo Judiciário. Exigências de solidariedade e os direitos dos outros indivíduos também não podem ser ignorados. Daí porque somente se mostra adequada a afirmação de um direito subjetivo a tais atuações quando se encontrarem em causa dimensões essenciais para a realização do conteúdo dos direitos fundamentais de um indivíduo, especialmente quando se encontre presente uma “situação de perigo perante terceiros” <sup>(69)</sup>, em que a medida estatal seja a única necessária à salvaguarda do direito em jogo. O mesmo se pode afirmar no tocante aos direitos subjetivos a um certo procedimento ou organização ou ao reconhecimento de posições jurídicas no âmbito de uma garantia institucional.

---

prevalência, em Estados Democráticos de Direito, da autonomia individual. No entanto, em casos excepcionais, quando houver previsão expressa nesse sentido ou quando a medida de proteção se encontrar prevista constitucionalmente com suficiente grau de densidade, ou ainda quando houver uma situação de grave e urgente perigo diante da atuação de terceiros, poderá ser invocado um direito à proteção.

<sup>(66)</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito ...*, p. 408.

<sup>(67)</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos ...*, p. 146.

<sup>(68)</sup> *Idem, ibidem*, p. 149 seg.

<sup>(69)</sup> *Idem, ibidem*, p. 152.

A afirmação de deveres de tutela exige, em não havendo uma previsão constitucional expressa, a demonstração de um perigo ou de uma lesão à esfera protegida de um direito fundamental, o exame da relação hierárquica abstrata e do peso concreto dos bens e interesses envolvidos, com a identificação de uma ameaça a um bem jurídico, e a impossibilidade de uma eficiente auto-proteção do particular<sup>(70)</sup>. Diante da autonomia individual que se deve afirmar em Estados Democráticos de Direito, há um ônus de argumentação imposto a quem pretenda defender a existência de tais imperativos de proteção, portanto.

### **5.1. A exigência de legalidade e de proporcionalidade da medida restritiva e as advertências referentes ao tabaco**

O exame do direito comparado, notadamente o direito português (n.ºs 2 e 3 do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa) e o direito alemão (artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn), mostra que para que se possa operar uma restrição a um direito fundamental exige-se previsão expressa na Constituição (admitindo-se, como visto, o afastamento do âmbito de proteção do direito de situações flagrantemente incompatíveis com a dignidade da pessoa e com valores fundamentais e ainda a necessária ponderação com outros bens e direitos fundamentais, ainda que não haja uma previsão expressa de medida restritiva), a utilização da lei como veículo de restrição, a proporcionalidade da medida e o respeito ao núcleo essencial do direito que venha a ser restringido. Ressalte-se, ainda, que a restrição pode decorrer da lei ou de outro ato jurídico público, com fundamento em lei. Esta última, portanto, é que ampara a restrição, que não decorre diretamente da lei, mas sim de ato da Administração ou do Judiciário.

No Brasil, a ausência de uma regulação expressa do tema das restrições de direitos fundamentais é apontada como uma deficiência do sistema de direitos fundamentais decorrente da Constituição de 1988. Por tal razão, mostra-se necessário, para se tratar da possibilidade de se restringir a liberdade de efetuar publicidade de produtos fumíferos e do tabaco, o exame do que é estabelecido pela Constituição Federal de 1988 no tocante à referida matéria. Será o constituinte, em primeira linha, que estabelecerá a forma pela qual tal liberdade pode vir a ser harmonizada com outros bens e valores constitucionais, bem como com o direito à vida e à saúde dos cidadãos.

A Carta Magna, em seu artigo 220, parágrafo 4.º, exige a observância de lei para que se possa restringir a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. E prevê a veiculação de advertências

---

(70) CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 112.

sobre os malefícios de seu uso, “sempre que necessário”. Tal avaliação acerca da necessidade da medida caberá ao legislador, que poderá também remeter à Administração o exercício de um juízo sobre a necessidade ou não da advertência no caso concreto. No entanto, uma advertência somente poderá ser veiculada se houver lei dispondo sobre o assunto. E isso em virtude de ela afetar a liberdade de iniciativa econômica, à medida que contém um juízo negativo sobre um dado produto ou serviço.

O inciso II do parágrafo 30 do referido artigo 220 também torna necessária lei para que se disponha sobre os meios de proteção da pessoa e da família contra a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. A proteção contra riscos e perigos que referidas atividades e produtos podem gerar justifica, portanto, a intervenção estatal no sentido de veicular advertências, as quais constituem um dos meios de que se pode utilizar o legislador. A lei deverá ponderar os valores em jogo (proteção à saúde e ao meio ambiente de um lado e liberdade de iniciativa e direito de propriedade de outro), assegurando uma eficácia ótima a referidos bens e direitos. Há, no entanto, uma prioridade fixada em favor dos bens saúde e integridade física, a qual não dispensa a análise da adequação e da necessidade das restrições estabelecidas.

É interessante a exigência de lei para a veiculação de restrições à publicidade de referidas substâncias. Reconheceu o legislador constituinte que a lei é necessária diante do potencial lesivo a direitos fundamentais de referidas medidas restritivas, como as advertências. A despeito do caráter não-vinculante destas últimas, o constituinte entendeu devido cercar os particulares das mesmas garantias exigidas quando se está diante de medidas mais “agressivas”, como proibições e ordens, dentre as quais o princípio da legalidade (artigo 5.º, inciso II, da Carta Magna). O princípio da proporcionalidade também deverá ser observado. A expressão “sempre que necessário” remete à vertente da necessidade de referida máxima, que deverá ser considerada quer pelo legislador quer pela Administração.

É de se perguntar, porém, se a referência expressa contida na Constituição Federal brasileira, a respeito da veiculação de advertências, acarreta alguma repercussão jurídico-constitucional, especialmente no que diz respeito à proteção da esfera jurídica dos particulares que podem ser afetados por referidas informações e dos consumidores de referidos bens e serviços.

Em primeiro lugar, tal previsão cumpre uma função de explicitar a exigência de lei sobre o assunto, que reforça e legitima a posição de tal instrumento como veículo de restrição de direitos fundamentais. Com efeito, a falta de normas gerais em matéria de restrição de direitos na Constituição brasileira, como as contidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa, torna ainda mais necessário o exame das previsões constitucionais espe-

cíficas acerca de cada direito fundamental e de cada valor objeto de reconhecimento e tutela, de maneira a identificar o papel do legislador e os limites de sua atuação na concretização, na restrição e na harmonização de referidos direitos e bens jurídicos <sup>(71)</sup>.

Muito embora se possa extrair a necessidade de lei do inciso II do artigo 5.º da Constituição e o princípio da proporcionalidade da cláusula do *due process of law*, em sua dimensão material ou substantiva, prevista no artigo 5.º, inciso LIV, da referida Carta <sup>(72)</sup>, o recurso às disposições específicas sobre determinados direitos ou âmbitos da vida impõe-se como meio de suprir a deficiência de sistematicidade do catálogo de direitos fundamentais brasileiro.

Em segundo lugar, a previsão constitucional referida reforça a vinculação dos Poderes Públicos à elaboração de lei sobre o assunto e à emanção de advertências, impondo-lhe uma tarefa e justificando o reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão na hipótese de não atendimento. Tal tarefa, caso não

---

<sup>(71)</sup> Nesse sentido, INGO WOLFGANG SARLET (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 74-76) se refere à falta de rigor científico e à deficiente técnica legislativa, no que diz respeito à terminologia utilizada, como uma das deficiências do catálogo de direitos fundamentais da Constituição Brasileira, associada à falta de sistematização e à ausência de regras a respeito da restrição de direitos fundamentais. Como referido autor reconhece (*idem, ibidem*, p. 80-82), é possível, no entanto, afirmar a existência de uma “convergência sistêmica” com referência aos direitos fundamentais previstos pela Carta brasileira, considerando sua sujeição a determinadas regras que lhe atribuem uma certa coerência, no caso a aplicabilidade direta já referida e a proteção reforçada contra a ação do legislador e do poder constituinte derivado (artigo 64, parágrafo 4.º, inciso IV, da Constituição). O caráter sistemático dos direitos fundamentais permite o seu conhecimento, interpretação e conseqüente aplicação de forma coerente e rigorosa, evitando o arbítrio e o azar. Como notas que identificam um sistema jurídico apontam-se a unidade, a plenitude e a coerência: unidade decorrente da supremacia das normas constitucionais, em especial das que definem direitos fundamentais e valores comunitários básicos, os quais orientam a interpretação e a aplicação das demais normas do sistema; plenitude que se manifesta na vocação do sistema a reger todas as situações da vida que possuem relevância jurídica e que se manifesta na previsão de cláusulas de abertura, como o n.º 1 do artigo 16 da Constituição da República Portuguesa e o parágrafo 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988; coerência que se pauta na presença de elementos que afastam contradições no sistema e que se pode identificar na afirmação de uma suprema ordem axiológica da comunidade, a qual projeta sua unidade de sentido para todo o ordenamento jurídico (ANTONIO E. PEREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, Madri, Tecnos, 1998, p. 137 seg.).

<sup>(72)</sup> A assimilação do princípio da proporcionalidade, na acepção de razoabilidade, à dimensão substantiva do princípio do devido processo legal, de inspiração norte-americana, é efetuada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, como se depreende da análise dos julgamentos proferidos nas ADIn's 966, 958 e 1158. Sobre o tema examinar ainda CAIO TÁCITO (*A Razoabilidade das Leis*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 204, Abril/Junho de 1996, Renovar, Rio de Janeiro, p. 3-6), GILMAR FERREIRA MENDES (*Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2000, p. 251 seg.) e GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo, Dialética, 1999, p. 133-141).

executada, pode, excepcionalmente, ensejar ainda a responsabilização extracontratual da Administração, no caso de identificação de lesões graves à saúde, à vida ou à integridade física decorrentes do consumo de determinados produtos ou serviços cujos malefícios ou periculosidade tenham sido determinados e em relação aos quais tenha havido uma omissão estatal quanto ao dever de advertir o público. Para se configurar tal responsabilização, porém, ante a ampla margem de conformação que detém o Poder Público, é de se exigir uma omissão grave e injustificável, que lese bens e valores constitucionais relevantes.

Em terceiro lugar, e algo paradoxalmente, tal previsão constitucional expressa parece legitimar a produção e a comercialização de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, terapias e medicamentos, uma vez que submete a publicidade a eles relativa (um dos aspectos da liberdade de iniciativa econômica) a restrições legais. Se tal direito se sujeita a referidas restrições é porque se encontra consagrado constitucionalmente, tanto que se exige lei para se disciplinar a emanção de advertências<sup>(73)</sup>. Haveria, portanto, um reforço da posição jurídica dos fabricantes, comerciantes e fornecedores de referidos bens e serviços. Desde que se cumpram as regras legais acerca da veiculação de advertências, dentre outras restrições também previstas em lei, pode haver publicidade, fabricação e comercialização de tais substâncias e serviços. A Corte Suprema norte-americana, a propósito, na já mencionada decisão do caso *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, entendeu que a existência de lei disciplinando a veiculação de advertências referentes a cigarros implicitamente reconheceria o direito de existir (*right to exist*) da indústria de tabaco<sup>(74)</sup>. Somente o Congresso poderia submeter ou não a produção e a comercialização de tabaco à competência reguladora da FDA e decidir acerca de sua proibição ou não. Ora, se tal reconhecimento implícito de um direito “à existência”, ou melhor, de uma liberdade de iniciativa, pode decorrer de simples lei ordinária, o que dizer de uma previsão constitucional!

Mas tal conclusão é apenas aparente. Na verdade, a argumentação a ser desenvolvida é diversa: se a Constituição afirma de forma categórica que a publicidade de referidos produtos e serviços “estará sujeita a restrições legais” e conterà, “sempre que necessário”, advertências sobre os seus “malefícios”, é porque assume de antemão a nocividade que deles decorre. A licitude da produção e comercialização e da publicidade de tais produtos depende do cumprimento de tais restrições legais.

---

(73) Também LUÍS ROBERTO BARROSO faz decorrer da previsão expressa acerca da existência de restrições constitucionais à publicidade do tabaco e outras substâncias a impossibilidade de seu banimento (*Liberdade ...*, p. 41).

(74) MARGARET GILHOOLEY, *Tobacco ...*, p. 1195.

Por tal razão é que não se pode inferir a impossibilidade de o Poder Público vir a proibir totalmente a fabricação, a comercialização e o fornecimento de tais produtos e terapias. Ou seja, considerando-se alguns destes últimos lesivos à saúde ou ao meio ambiente, o Estado pode vir a proibir sua produção e comercialização, passando a considerá-los ilícitos. Com efeito, há de prevalecer a dignidade da pessoa que se manifesta na tutela dos direitos à vida e à saúde, que devem se sobrepor à liberdade de iniciativa econômica nos casos em que referidos bens jurídicos sejam postos em risco. O que a Constituição assegura é que somente na impossibilidade de as medidas restritivas previstas na Lei Maior (advertências e condicionamentos à publicidade e meios legais de tutela da pessoa e da família) assegurarem um nível de proteção minimamente aceitável é que se poderá predicar a proibição referida. Assim, na hipótese de se constatar que um medicamento anteriormente lícito e normalmente comercializado gera riscos inaceitáveis para a saúde, não há qualquer lesão ao artigo 220, parágrafo 4.º, da Constituição e à liberdade de iniciativa econômica na proibição posterior de sua fabricação e venda.

Impõe-se reconhecer que o constituinte efetuou uma ponderação entre referidos bens e valores e orientou-se no sentido de somente reconhecer a liberdade de produzir e comercializar algumas substâncias e serviços se forem cumpridas as exigências por ele estabelecidas. Há diversas razões que impedem a proibição do fabrico, do fornecimento e da venda de referidos produtos e serviços. Isso tanto pela ausência de alternativas substitutivas (medicamentos e terapias), como pela inviabilidade econômica, social e cultural de sua proibição (no caso do tabaco e das bebidas alcoólicas). Na primeira hipótese, não se pode predicar a proibição da fabricação e do fornecimento de medicamentos e terapias, considerados de forma genérica, cujos riscos podem ser afastados de forma mais adequada mediante uma atividade informativa e adoção de cuidados na sua utilização. É claro que uma vez identificado um risco ou um perigo concreto inaceitáveis no tocante a dado medicamento ou terapia deve proceder-se à sua proibição. No segundo caso, fatores econômicos e sociais (as receitas fiscais e os empregos gerados com a comercialização de bebidas alcoólicas e de tabaco) e culturais (a aceitabilidade da utilização de tais drogas lícitas, apesar dos riscos que derivam de seu consumo, o respeito à autodeterminação individual), justificam a inviabilidade de sua proibição. No caso de agrotóxicos, está-se diante de uma situação intermédia, já que sua substituição por outras alternativas (como a agricultura sem agrotóxicos ou “orgânica” ou o controle de pragas por meio de seus inimigos naturais) pode nem sempre ser eficiente ou factível do ponto de vista econômico. Os riscos ao meio-ambiente e à saúde deles derivados podem ser afastados ou minimizados por meio de sua utilização adequada e os empregos gerados também justificam a manutenção da licitude da atividade.

Ainda no tocante ao tabaco, a sua proibição total esbarra nas dificuldades econômicas que adviriam para diversos países, sobretudo em desenvolvimento, e para as populações que se dedicam ao seu plantio. Daí porque um instrumento como a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, datada de Maio de 2003, da Organização Mundial da Saúde, adota uma linguagem aberta, compromissória e pragmática (75).

Por um lado, em seu Preâmbulo, reconhece como um sério problema o aumento do consumo da substância referida e de seus derivados em países em desenvolvimento e em estratos mais desprotegidos (como crianças, adolescentes e gestantes); alude à demonstração pela ciência, “de maneira inequívoca”, que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidez e incapacidade; define, em seu artigo 1.º, alínea “d”, como “controle do tabaco”, um conjunto de estratégias direcionadas à redução da oferta, da demanda e dos danos causados pelo produto, com o objetivo de melhorar a saúde da população, eliminando ou reduzindo o consumo e a exposição à fumaça dele decorrente. Por outro lado, não alude à proibição da comercialização e da produção do tabaco e de seus derivados, mas sim a medidas que as restrinjam, como aumento de preços e de impostos; que protejam contra a exposição à fumaça, sobretudo em ambientes fechados; que assegurem a embalagem e a etiquetagem de produtos de tabaco; que eduquem e conscientizem o público para os riscos de seu consumo; que proíbam totalmente ou parcialmente, de acordo com a Constituição ou os princípios constitucionais de cada parte, a publicidade, a promoção e o patrocínio de produtos do tabaco. Prevê ainda medidas destinadas a evitar a venda de tais produtos a menores de idade, ou por eles, bem como a gestantes, a reduzir a demanda e a incentivar o abandono do seu uso e a propiciar recursos para financiar a transição do plantio de tabaco para culturas alternativas. O reconhecimento de tais dificuldades conduz à conclusão de que somente de forma gradual se poderá chegar à eliminação do consumo do tabaco, o que sem dúvida não é factível no presente. De toda a sorte, a adesão à Convenção-Quadro configura uma vinculação para os Estados nacionais no sentido de adotarem políticas que, tendencial e gradualmente, conduzam à diminuição do consumo da substância (76).

---

(75) Referido instrumento internacional foi assinado pelo Brasil e encontra-se em fase de aprovação pelo Congresso Nacional.

(76) No plano comunitário, é de se ressaltar que também há instrumentos que vinculam os Estados Membros a adotar determinadas medidas restritivas no tocante à publicidade de produtos de tabaco. É o caso da Diretiva n.º 89/552/CEE, de 3 de Outubro de 1989, que proibiu a publicidade televisiva, ainda que indireta, de cigarros e de outros produtos de tabaco, e da Diretiva n.º 2003/33/CE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco.

No tocante às restrições à publicidade do tabaco, medida prevista pela Convenção-Quadro, tem-se que, segundo o artigo 3.º da Lei n.º 9294/96, com a redação da Lei n.º 10 167/2001, somente se admite a publicidade de cigarros e de produtos fumíferos por meio de pôsteres, painéis e cartazes, e na parte interna dos locais de venda. Está vedada, portanto, a publicidade em qualquer outro meio, como televisão, rádio, jornais, revistas, *outdoors* e *Internet* <sup>(77)</sup>. Tal limitação está a ser questionada na ADIn n.º 3311. Alega-se que ela viola as liberdades de iniciativa econômica e de comunicação, bem como o direito de efetuar publicidade de um produto lícito e que, na moderna sociedade de informação, não se pode evitar o acesso aos chamados meios de comunicação de massa. A permissão para publicidade apenas em locais de venda atingiria o núcleo essencial do direito de efetuar publicidade, bem como seria desproporcional em relação aos fins que se busca alcançar (proteção da saúde) <sup>(78)</sup>.

Merece ser ressaltado, porém, que não parece excessiva a restrição decorrente do mencionado artigo 3.º da Lei n.º 9294/96. Isso, em primeiro lugar, pela necessidade de se inverter o argumento do autor da referida ação direta de inconstitucionalidade: não são os fabricantes de cigarros que têm o direito a fazer publicidade, mas são as pessoas e as famílias que devem ser protegidas da publicidade de bens, serviços e práticas que sejam nocivas à saúde. A liberdade de iniciativa econômica e seus consectários, portanto, é que devem ser restringidos como forma de se evitar riscos e perigos para os outros. O entendimento mais adequado da questão é que não é da licitude da atividade dos fabricantes e comerciantes de tabaco que se extrai o direito a efetuar publicidade sem restrições. É da obediência às restrições legais que se extrai a licitude da produção e venda do tabaco.

Em segundo lugar, a Constituição remete à lei federal a disciplina de tais restrições, que não podem, é fato, abolir totalmente a publicidade, mas podem restringi-la, desde que com fundamento em um juízo de razoabilidade e proporcionalidade. Em terceiro lugar, dado o caráter reconhecidamente nocivo à saúde do cigarro, e o potencial ampliador do seu consumo desempenhado pela propaganda comercial, sobretudo pela influência exercida sobre jovens e crianças, que se encontram em uma situação de vulnerabilidade ante a propaganda comercial do referido produto, não parece excessivo nem viola o núcleo essencial do direito de efetuar publicidade restringir esta última aos locais de venda, vedando sua realização nos meios de comunicação de massa. Não se trata de

(77) Nesse sentido ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, *Das Práticas ...*, p. 310.

(78) Nesse sentido, examinar LUÍS ROBERTO BARROSO (*Liberdade ...*, p. 31 seg.). Anteriormente à Lei n.º 10 167/2001, era permitida a publicidade de tais produtos no rádio e na televisão entre as 21 e as 6 horas.

um produto “inocente” ou despido de periculosidade, que pode vir a ser livremente objeto de publicidade da mesma maneira que outros produtos. Tanto é assim que foi expressamente submetido a restrições pela Carta Magna.

É oportuno examinar que a proibição da publicidade do tabaco e produtos fumíferos, com exceção dos locais de venda, vem sendo adotada em diversos países, com reconhecimento das respectivas Cortes Constitucionais. Em Portugal, cuja Constituição disciplina de forma mais adequada a restrição a direitos fundamentais (artigo 18, n.ºs 2 e 3), aludindo à necessidade de se respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e determina caber à lei a disciplina da publicidade (artigo 60, n.º 2), não se coloca o problema da inconstitucionalidade de referida proibição. O artigo 24 do Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de Setembro, proibiu, pela primeira vez no país, a publicidade do tabaco na televisão e no rádio. No tocante a outros canais publicitários, foram estabelecidas restrições. Desde 1982 é vedada a publicidade de cigarros em meios de comunicação de massa, como decorrência do artigo 2.º da Lei n.º 22/82, de 17 de Agosto, desenvolvido pelo artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 226/83, de 27 de Maio. O item 3 deste último dispositivo permite apenas a mera informação comercial exibida nas montras dos estabelecimentos que tenham como atividade predominante a venda de tabaco ou de objetos de consumo diretamente relacionados com o seu uso. A proibição é reforçada pelo artigo 18 do Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro).

O direito de efetuar publicidade de bens e serviços é entendido como uma decorrência da liberdade de iniciativa econômica e também da liberdade de informar o público. Abrange a possibilidade de o fabricante, o fornecedor ou o comerciante escolher a forma de representação e de divulgação daqueles bens e serviços no mercado. Tal direito, porém, não é absoluto, sujeitando-se às restrições legais, tal como decorre da Constituição. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Português, no Acórdão n.º 348/2003, proferido no processo n.º 797/2002 (Relator Conselheiro Benjamim Rodrigues), expressamente reconheceu que o direito de efetuar publicidade sujeita-se a restrições.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), em decisão de 22 de Janeiro de 1997, reconheceu expressamente a legitimidade constitucional da atividade de emissão de advertências referentes ao tabaco, considerando-a uma tarefa estatal vinculada à tutela da saúde contra perigos, bem como que ela não viola as liberdades de expressão e de exercício de atividade laboral do produtor de tabaco (79). Considerou-se que o estado atual da ciência

---

(79) Decisão transcrita no *Deutsches Verwaltungsblatt* n.º 15, Abril de 1997, p. 548-551. Há tradução de mencionada sentença para o espanhol na obra *Cinquenta Años de Jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, compilação a cargo de JÜRGEN SCHWABE e editada por

médica permite afirmar com segurança que fumar causa câncer e outras enfermidades e que a veiculação de advertências serve para evitar, ao menos, o consumo irracional do tabaco. A emissão de advertências e a proibição de propaganda comercial foram consideradas medidas adequadas e necessárias ante o direito ao exercício do trabalho dos comerciantes e fabricantes de tabaco. Registrou-se, ainda, que é legítimo exigir destes últimos o cumprimento de uma função estatal de tutela da saúde (suportar as advertências nos maços de cigarros) ante sua especial responsabilidade e a proximidade entre as ameaças decorrentes do tabaco e a atividade que desenvolvem.

Na França, o Conselho Constitucional, em célebre decisão datada de 8 de Janeiro de 1991, considerou constitucional dispositivos da lei relativa à luta contra o tabagismo que haviam proibido toda propaganda ou publicidade, direta ou indireta, em favor do tabaco, a partir de 1.º de Janeiro de 1993, salvo no interior de locais de venda. Considerou-se que os direitos de exercício da propriedade de uma marca e que a liberdade de iniciativa econômica, que abrange o direito de submeter os produtos do tabaco às leis do mercado e da concorrência por meio de difusão ao público de mensagens publicitárias, não são absolutos e que a exigência de proteção à saúde decorrente da Constituição deve prevalecer <sup>(80)</sup>.

A liberdade de iniciativa econômica, e seus consectários, como a liberdade de efetuar publicidade, devem, portanto, ceder ante o direito à saúde e à integridade física quando não houver outros meios menos gravosos para proteger referidos bens jurídicos. Sobretudo diante da maior fragilidade dos consumidores potenciais de produtos que podem causar malefícios, em especial crianças e adolescentes. Pode-se falar em um dever de proteção perante terceiros, imposto ao Estado, no sentido de assegurar a eficácia de direitos fundamentais dos consumidores e utentes de bens e serviços, prevenindo lesões decorrentes da atuação dos sujeitos econômicos que os produzem. Trata-se de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que impõe a ponderação dos bens ou valores em presença e a aplicação do princípio da proporcionalidade <sup>(81)</sup>. O peso, em abstrato e em concreto dos direitos à saúde e à integridade física parece ser maior que o da liberdade de iniciativa, diante dos danos provocados pelo tabaco, encontrando-se ainda as crianças e adolescentes em uma situação que não permite uma auto-proteção suficiente.

---

Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez e Konrad Adenauer Stiftung (Montevideu-Bonn-Bogotá, 2003, p. 257-261).

<sup>(80)</sup> Decisão n.º 90-283 DC de 8 de Janeiro de 1991, à qual se pode ter acesso no sítio [www.conseilconstitutionnel.fr/decision/1990/90283dc.htm](http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/1990/90283dc.htm). Sobre o tema, examinar, ainda, a obra organizada por LOUIS FAVOREAU (*Droit des Libertés Fondamentales*, Paris, Dalloz, 2002, p. 248 seg.).

<sup>(81)</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos ...*, p. 141 seg.

No tocante ao respeito ao núcleo essencial de direitos fundamentais, resalte-se que existem basicamente duas correntes: as teorias absolutas e as relativas (82). Para as primeiras, o núcleo essencial seria um espaço de maior intensidade valorativa que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar de existir. Tal núcleo seria, para alguns, uma projeção da dignidade humana em cada direito. Para outros, seria composto pelos elementos típicos que caracterizam o direito ou a liberdade. Para as teorias relativas, o conteúdo essencial seria redutível aos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade. As restrições somente seriam legítimas na medida que a exigência se impusesse ao direito fundamental, conduzindo a uma harmonização ou à concordância prática entre direitos ou entre um direito e um valor fundamental.

Qualquer que seja a posição adotada, a proibição da publicidade nos meios de comunicação de massa, à luz do direito positivo brasileiro, não afeta o núcleo essencial do direito de realizar propaganda comercial e do próprio direito dos cidadãos a receberem informação publicitária. Em primeiro lugar, pela hierarquização já referida acima, efetuada pela Constituição de 1988, no sentido de considerar mais importante a vida e a saúde dos cidadãos. Somente e na medida em que não afete tais direitos é que se poderá efetuar publicidade. Em segundo lugar, porque a dignidade humana é muito mais afetada pela veiculação em meios de comunicação de massa, independentemente do horário, de publicidade de um produto danoso à saúde do que pela restrição da propaganda comercial aos locais de venda. Em concreto, a medida parece adequada e necessária, sobretudo à proteção de pessoas vulneráveis, diante do poder de sedução da publicidade de referido produto.

Quanto à veiculação de advertências, tem-se que é medida adequada e necessária. É adequada porque não há como negar os grandes riscos associados ao ato de fumar, constituindo medida idônea a tutelar a saúde da pessoa e da família, subministrando informações que permitam ao menos tomar uma decisão consciente. É necessária por não atingir o núcleo essencial do direito de produzir e comercializar produtos de tabaco. Não é excessivo, por outro lado, exigir dos produtores e comerciantes de tabaco que suportem a referida obrigação de veicular advertências. Isso, em primeiro lugar, por se tratar de requisito indispensável à caracterização da licitude de sua atividade. Em segundo lugar, pela ponderação efetuada pela Constituição no tocante à prevalência do direito à saúde da pessoa e da família sobre a liberdade de iniciativa econômica e de efetuar publicidade. Em terceiro lugar, pela circunstância de a mensagem não ser atribuída ao próprio fabricante, mas sim à Administração, no exercício de uma tarefa pública.

---

(82) *Idem, ibidem*, p. 294 seg.

## 5.2. Delegabilidade ao Executivo da definição do conteúdo das advertências

Diante do que foi exposto, é de se indagar acerca da possibilidade de o conteúdo das advertências ser estabelecido por ato do Poder Executivo, por meio de delegação efetuada pela lei. É de ser lembrado, em primeiro lugar, que as advertências referidas materializam uma atividade exercida pela Administração, com fundamento em lei prévia. Esta última pode deixar para a autoridade administrativa o exercício de um juízo acerca da mensagem a ser elaborada. A rigor, diante da existência de aspectos técnicos que nem sempre podem encontrar tratamento minudente em lei, e ante a necessidade de a informação ser inequívoca, completa e atualizada, conforme visto no item 3 deste estudo, deve caber à Administração definir o conteúdo da mensagem.

Quando se tratar de uma advertência direta, emanada pela própria Administração, e quando tiver sido atribuída por lei a esta última a definição de referido conteúdo, na maioria das vezes será exigida uma certa procedimentalização, com a audiência prévia dos possíveis atingidos pela medida. Isso sobretudo quando a advertência disser respeito a uma situação de risco, em que há um grau maior de incerteza quanto ao dano ou à sua abrangência. A participação dos interessados servirá também para o esclarecimento dos fatos e a descoberta da verdade<sup>(83)</sup>. É evidente que quando se tratar de uma advertência urgente, na hipótese de uma grave perigo à saúde e à vida dos cidadãos, porém, não será exigível tal audiência.

Na hipótese de advertências indiretas, em que há um dever legal e também constitucional, no caso do parágrafo C do artigo 220 da Carta Magna brasileira, imposto ao fabricante, ao comerciante e ao fornecedor do produto ou serviço no sentido de veicular advertências, nem sempre haverá lugar para referida procedimentalização. Isso particularmente quando a advertência for relativa a uma situação de perigo, em que há maior grau de certeza quanto ao nexo de causalidade entre a prática, o produto ou o serviço e determinados danos à saúde. É o que ocorre no tocante ao tabaco.

O parágrafo 2.º do artigo 30 da Lei n.º 9294/96, com a redação da Medida Provisória n.º 2190-34/2001, atribui ao Ministério da Saúde o estabelecimento das frases a serem veiculadas por meio das advertências relativas ao fumo, a bebidas alcoólicas, a medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Tal atribuição

---

<sup>(83)</sup> Nesse sentido, PEDRO GONÇALVES (*Advertências ...*, p. 792-793), que alude às imposições decorrentes dos artigos 54 e segs. e 100 do Código do Procedimento Administrativo de Portugal. No direito brasileiro, merece ser lembrado o teor do *caput* do artigo 2.º, dos incisos II e III do artigo 3.º, do inciso II do artigo 9.º e dos artigos 29 e segs. da Lei n.º 9784/99, relativos à Administração Federal.

não se mostra inconstitucional<sup>(84)</sup>. Em primeiro lugar porque uma exegese puramente literal do parágrafo 4.º do artigo 220 não leva ao entendimento de que somente por meio de lei podem ser fixadas tais frases. Referido dispositivo exige que as restrições legais referentes a mencionados produtos e serviços se destinem a proteger a pessoa e a família e que a lei fixe os meios para que referidos sujeitos se defendam da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde ou ao meio-ambiente. Mas quanto às advertências, não fixa que devem ser previstas expressamente em lei. Do contrário, deveria estar presente a expressão “advertência prevista em lei”.

Em segundo lugar, não há no ordenamento jurídico brasileiro uma reserva absoluta de parlamento impeditiva de atuação complementar do Executivo. Desde que haja previsão em lei, além de autorização contida na Constituição, poderá a Administração praticar atos que concretizem restrições a direitos fundamentais, os quais deverão, por óbvio, respeitar o princípio da proporcionalidade.

Em terceiro lugar, o atendimento do requisito de adequação da mensagem demanda muitas vezes entregar à Administração a fixação do seu conteúdo. Em se tratando de advertências relativas a situações de perigo, em que a ciência já demonstrou sem margem para contestações sérias o nexo de causalidade entre o produto ou serviço e o dano a um bem jurídico, o conteúdo da mensagem poderá perfeitamente ser definido pela Administração sem a necessidade de ouvida dos afetados. Exige-se, obviamente, lei prévia e expressa autorizando a emanção de advertências e que estas últimas, com efeito, sejam conformes com a verdade. Do contrário, caberá pedido de suspensão da emissão das mensagens informativas, por descumprimento ao princípio da objetividade, decorrente do princípio da impessoalidade previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição brasileira. Sob outra perspectiva argumentativa, a veracidade das informações estatais pode se fundamentar também no princípio da moralidade administrativa, já que é de se exigir do Poder Público, no relacionamento com os cidadãos, que não os induza em erro e que não lhes dirija mensagens inverídicas. Muitas vezes, porém, diante da incerteza que se abate inclusive sobre o conhecimento científico, é de se exigir do Poder Público tão-somente que se esforce, adotando um suficiente grau de diligência, para se obter uma informação exata ou tão exata quanto possível. A importância do bem jurídico que pode ser lesado caso não se veicule uma advertência também deve ser considerado, o que também leva a se exigir um menor rigor na determinação da veracidade da informação.

Eventualmente, mesmo no caso de advertências indiretas previstas em lei, em relação às quais tenha sido prevista a delegação ao Executivo para fixação

---

(84) Alegação nesse sentido foi feita pela Confederação Nacional da Indústria na ADIn n.º 3311.

do conteúdo das mensagens, será exigida a procedimentalização, como forma de legitimar a atividade informativa a ser desenvolvida e assegurar o respeito aos direitos dos cidadãos. Isso quando o conteúdo da mensagem não for corroborado pelo melhor conhecimento científico disponível ou houver sérias dúvidas quanto aos efeitos nocivos alegados. Aí terá lugar a exigência de audiência prévia dos afetados pela mensagem. Mas no caso da maioria das mensagens referentes ao tabaco, fixadas por autoridade administrativa, não se está diante de tal situação. Não se pode questionar seriamente que fumar aumente os riscos de se contrair câncer ou enfisema pulmonar ou que possa prejudicar fetos e bebês. Suponha-se, porém, que a autoridade administrativa venha a introduzir uma nova mensagem, relativa, por exemplo, a uma nova situação de risco decorrente do consumo de tabaco ou uma nova doença que possa ser provocada ou agravada por referido consumo e que não conte com suficiente evidência científica. Nesse caso deverá haver um procedimento em que se dê aos afetados a oportunidade de se fazerem ouvir antes de lhes ser imposta a obrigação de veicular as advertências.

Por tais motivos, deve-se considerar que nem sempre será exigível prévio procedimento para a emissão de advertências, em especial quando estas forem indiretas e relativas a situações de perigo <sup>(85)</sup> e, ainda, quando forem urgentes.

## 6. CONCLUSÕES

A atividade de emissão de advertências insere-se em um novo modelo de relacionamento entre Estado e sociedade no qual o primeiro, respeitando direitos fundamentais e a autodeterminação individual, busca alcançar a adesão dos cidadãos ao cumprimento de políticas públicas, renunciando a medidas coercitivas, muitas vezes ineficientes. Segundo esse modelo, mesmo o clássico exercício de tarefas estatais como a polícia administrativa não pode prescindir do recurso a técnicas informativas.

A veiculação de advertências, tal como prevista no parágrafo 4.º do artigo 220 da Constituição, constitui exercício de uma função de polícia, já que se vincula à tutela dos cidadãos contra riscos e perigos associados aos produtos, serviços e práticas ali mencionados. Tem, portanto, um alcance mais amplo que as medi-

---

<sup>(85)</sup> PEDRO GONÇALVES (*Advertências ...*, p. 792-793) não efetua tal distinção, considerando que as advertências são produzidas no âmbito de um procedimento administrativo. Tal, porém, nem ores de produtos ou serviços. Considerando que há advertências que não toleram uma procedimentalização comum, em virtude do órgão da qual se originam, do seu conteúdo, do contexto em que são emitidas e ainda por seu caráter imediato e urgente, examinar FRANCISCO VELASCO CABALLERO (*La Información ...*, p. 185-186).

das de proteção ao consumidor também previstas na Carta Magna, muito embora as reforce. Tal modalidade de comunicação é a que busca conformar e influenciar a conduta dos cidadãos com maior grau de intensidade, desestimulando o consumo de produtos e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio-ambiente.

As advertências, por sua vez, podem ser diretas, quando emitidas pelo próprio Poder Público, ou indiretas, quando veiculadas por terceiros, como no caso dos fabricantes de tabaco.

As advertências referidas concretizam uma ingerência em direitos fundamentais, no caso a liberdade de iniciativa econômica dos produtores e comerciantes de tabaco e o direito de efetuar publicidade de referidos produtos. No entanto, tal ingerência é autorizada constitucionalmente e deve ser adotada com fundamento em lei. Diante da ausência, na Constituição Federal de 1988, de regras gerais expressas acerca da restrição de direitos fundamentais, é necessário o exame dos dispositivos constitucionais especificamente dedicados ao tema, no caso o artigo 220 da Carta Magna. Tal dispositivo exige lei e respeito ao princípio da proporcionalidade. A Constituição operou, ainda, uma hierarquização dos bens jurídicos envolvidos e atribuiu maior peso à tutela da saúde e do meio-ambiente, de forma que somente se mostrará lícita a atividade de produção e comercialização do tabaco se observadas as restrições legais.

Diante do caráter reconhecidamente nocivo de tal substância, segundo o estado da arte do conhecimento científico, e do dever de proteção à saúde que incumbe ao Estado, decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a veiculação de advertências é medida idônea a informar o público e a permitir uma decisão consciente quanto a fumar ou não fumar. A associação entre mensagens escritas e imagens é também idônea para alcançar a adequação do que é comunicado, fazendo chegar aos destinatários, inclusive àqueles de menor instrução, uma idéia mais clara e veraz dos riscos a que estão expostos. A aptidão das advertências para alcançar o fim proposto é demonstrada pela circunstância de o Brasil ter conseguido, em quinze anos, reduzir quase pela metade a porcentagem de fumantes em sua população, passando de 32% em 1989 para 19% em 2003” (86).

A medida também é necessária, não se mostrando excessiva, uma vez que não há outro meio que permita à pessoa se proteger dos riscos decorrentes do ato de fumar. Ante a vinculação entre a licitude da atividade de fabricantes e comerciantes e a veiculação de advertências, por um lado, e entre a referida

---

(86) Informação constante no sítio da ANVISA — Agência Nacional de Vigilância Sanitária ([www.anvisa.gov.br](http://www.anvisa.gov.br), acesso em 12 de Novembro de 2004), em que se ressalta a importância das sempre ocorre, como no caso das advertências como instrumento para se alcançar a referida redução, bem como a circunstância de diversos países estarem adotando ou em vias de adotar a sistemática brasileira de associação de imagens a mensagens escritas.

atividade e os danos à saúde dos cidadãos, não é excessivo exigir que suportem a veiculação de tais mensagens. Não são obrigados, é claro, a assumir a autoria da mensagem, que é expressamente imputada ao Estado.

As advertências, portanto, têm, por definição, um conteúdo negativo, não se confundindo, por outro lado, com a chamada publicidade corretora ou contra-propaganda. Descabe, portanto, exigir que tais mensagens tenham um caráter “neutro” ou “meramente informativo”. A delegação ao Executivo da atribuição de definir o conteúdo da mensagem não viola diretamente a letra da Constituição, que não fala em “advertência fixada em lei”. Por outro lado, não há uma reserva absoluta de parlamento que impeça a atuação complementar do Executivo nessa área, sobretudo para assegurar a adequação da mensagem. Será de se exigir, porém, que o mencionado conteúdo seja conforme com a verdade e reflita o conhecimento científico mais atualizado sobre a matéria.

Por fim, as restrições à publicidade do tabaco, limitando tal atividade aos locais de venda, também se mostram adequadas e necessárias, diante da hierarquização efetuada pelo inciso II do parágrafo 3.º e pelo parágrafo 40 do artigo 220 da Constituição, dos riscos à saúde decorrentes do consumo de tal substância, e ante a inexistência de outra medida menos restritiva que permita proteger a pessoa, sobretudo crianças e adolescentes, da propaganda comercial de tal produto.