
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 1-252, jul./set. 2005

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB 1545/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

Proscrição da Propaganda Comercial do Tabaco nos Meios de Comunicação de Massa, Regime Constitucional da Liberdade de Conformação Legislativa e Limites da Atividade Normativa de Restrição a Direitos Fundamentais

Clèmerson Merlin Clève

Professor Titular de Direito Constitucional da UniBrasil e da UFPr. Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado. Mestre e Doutor em Direito. Pós-graduado pela Université Catholique de Louvain (Bélgica). Professor convidado do Programa de Doutorado da Universidad Pablo de Olavide (Sevilha/Espanha)

EMENTA: O art. 220, §4º, da Constituição Federal, ao tratar da propaganda comercial, confere ao legislador a importante tarefa de dotar o cidadão dos meios necessários para, com autonomia, bem decidir sobre o consumo de produtos ou serviços nocivos à saúde ou ao meio ambiente. A matéria, envolvendo os direitos de informação, manifestação do pensamento, de expressão, de comunicação, a liberdade de iniciativa e o princípio da livre concorrência, está submetida ao regime da *reserva absoluta e qualificada de lei proporcional*. Inconstitucionalidade do especificado no art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.294, de 1996, com a redação oferecida pela Lei nº 10.167, de 2000, que suprimiu a propaganda comercial do tabaco, entre outros produtos, dos meios de comunicação de massa. Inconstitucionalidade dos §§2º a 5º da Lei nº 9.294, de 1996, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.167, de 2000 e pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001, quando (i) autorizam delegação ao Executivo para tratamento de matéria sujeita ao *princípio da reserva absoluta de lei* e (ii) quando admitem que a cláusula de advertência se converta em contrapropaganda por ofensa ao *princípio da reserva de lei qualificada*.

Sumário: 1 A consulta - 2 As medidas legislativas em questão - **PRIMEIRA**

PARTE, O desenho do problema - 1 O desestímulo ao consumo do tabaco como tendência mundial - 1.1 Estados Unidos - 1.2 Canadá - 1.3 União Européia - 1.4 Direito convencional internacional: Organização Mundial da Saúde - 2 A evolução do quadro na experiência brasileira - 3 Conclusões parciais - **SEGUNDA PARTE, Os pressupostos normativos para a solução do problema** - 1 A fisionomia da Constituição de 1988 - 2 A base antropológica da Constituição a definir os limites da ação do Estado (incluindo o legislador) - 3 Liberdades de expressão, de informação e de comunicação - 4 Liberdade de expressão e propaganda comercial - 5 Direito de informação e propaganda comercial - 6 Liberdade de iniciativa, concorrência e propaganda comercial - 7 Propaganda e meios de comunicação de massa: um problema conceitual - 8 Conclusões parciais - **TERCEIRA PARTE, A solução do problema: restrição e reserva absoluta de lei qualificada proporcional** - **Capítulo I**, O regime da advertência prescrita na parte final do art. 220, §4º, da Constituição - 1 Restrição a direito fundamental e reserva absoluta de lei - 2 Cláusula de advertência, contrapropaganda e reserva de lei qualificada - **Capítulo II**, Restrição desproporcional de direito fundamental e liberdade de conformação do legislador - 3 Conclusões parciais - **QUARTA PARTE, Conclusão geral e resposta aos quesitos** - 1 Conclusão geral - 2 Resposta aos quesitos

PRÓLOGO

1 A consulta

Consultam-me sobre a constitucionalidade da legislação federal que disciplina a propaganda comercial do tabaco. São os seguintes os quesitos apresentados a reclamar a presente manifestação opinativa:

Com relação ao art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, que limita a propaganda comercial dos produtos derivados do tabaco a pôsteres, painéis e cartazes localizados no interior dos locais de venda, indaga-se:

1.1 É o dispositivo compatível com o art. 220, §3º, inciso II e §4º, da Constituição da República, que só permitem a instituição de restrições à propaganda comercial do tabaco: (i) estabelecidas por lei federal; (ii) destinadas a possibilitar que as pessoas se defendam da propaganda de produtos que possam causar danos à saúde; e (iii) mediante aposição, quando necessário, de advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso?

1.2 É o dispositivo compatível com os direitos fundamentais de livre iniciativa econômica (art. 1º, inciso IV e art. 170, *caput*, da Constituição), de livre manifestação e comunicação (art. 5º, incisos IV e IX e art. 220, da Constituição) e de informação (art. 5º, inciso XIV, da Constituição)?

1.3 É o dispositivo compatível com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 1º, *caput* e art. 5º, inciso LIV, da Constituição), isto é, realizou ele uma ponderação proporcional e razoável entre os direitos fundamentais mencionados no quesito anterior e a proteção da saúde do consumidor?

1.4 Ao banir a propaganda do tabaco em todos os meios de comunicação de massa e criar obstáculo intransponível ao acesso de novos empresários ao mercado, estaria o dispositivo em consonância como princípio constitucional da

livre concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição)?

Com relação aos §§2º e 5º do art. 3º da Lei nº 9.294, de 1996, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.167, de 2000 e pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001, que pretenderam regulamentar a advertência versada no art. 220, §4º, da Constituição da República, indaga-se:

2.1 São os dispositivos formalmente compatíveis com o art. 220, §3º, inciso II e §4º, da Constituição da República, que estabelecem uma reserva legal absoluta e qualificada para tratamento da matéria?

2.2 São os dispositivos materialmente compatíveis com o art. 220, §3º, inciso II e §4º, da Constituição da República, que admitem apenas a instituição de cláusulas de advertência acessórias à propaganda comercial de tabaco (reserva legal qualificada), mas não a contrapropaganda?

2.3 São os dispositivos compatíveis com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 1º, caput e art. 5º, inciso LIV, da Constituição), isto é, realizaram eles uma ponderação proporcional e razoável entre os direitos fundamentais de livre iniciativa econômica (art. 1º, inciso IV e art. 170, caput, da Constituição), de livre manifestação e comunicação (art. 5º, incisos IV e IX e art. 220, da Constituição) e de informação (art. 5º, inciso XIV, da Constituição) e a proteção da saúde do consumidor? Preservam os dispositivos em questão o núcleo essencial dos mencionados direitos fundamentais?

2 As medidas legislativas em questão

Assim se apresentam os §§2º, 3º, 4º e 5º do art. 3º, da Lei nº 9.294, de 1996, com a redação, os acréscimos e alterações que lhes introduziram a Lei nº 10.167, de 2000 e a Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001:

Art. 3º. A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000.)

§1º *Omissis*

§2º A propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa. (Redação dada pela MP nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001).

§3º As embalagens e os maços de produtos fumígenos, com exceção dos destinados à exportação e o material de propaganda referido no *caput* deste artigo conterão a advertência mencionada no §2º acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. (Redação dada pela MP nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001).

§4º Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o §2º deste arti-

go serão seqüencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor.

§5º A advertência a que se refere o §2º deste artigo, escrita de forma legível e ostensiva, será seqüencialmente usada de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses. (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000)

Como se percebe, o legislador adotou uma rígida disciplina da propaganda de produtos fumígenos, chegando a ponto de proscriver a sua veiculação nos meios de comunicação de massa.

PRIMEIRA PARTE

O DESENHO DO PROBLEMA

1 O desestímulo ao consumo do tabaco como tendência mundial

Não é de hoje que o consumo do tabaco gera controvérsia. Originário das Américas, foi levado à Europa após os descobrimentos, tendo, a partir de lá, conquistado o mundo. A preocupação com as conseqüências do consumo não é nova, portanto. Nova é a ação consistente, levada a termo pelos Poderes Públicos, inclusive sob os auspícios da Organização Mundial da Saúde, entidade ligada à Organização das Nações Unidas, para reduzir seu consumo e desestimular o ingresso de novos consumidores no universo dos fumantes. Nesse quadro, é absolutamente natural que possa, e deva, o Estado, a fim de proteger determinados bens dignos de tutela, manejar expedientes voltados à satisfação de tal desiderato, inclusive proscREVENDO o fumo em determinados lugares, definindo horários impróprios para a veiculação de peças publicitárias, etc. O tabaco inclui-se entre os produtos lícitos que suscitam determinados cuidados na sua comercialização, cuidados estes absolutamente justificáveis, ninguém haverá de negar. Não é diferente o caso dos medicamentos, dos agrotóxicos e das bebidas alcoólicas.

O tabaco e a bebida alcoólica constituem mercadorias lícitas, liberadas ao comércio, e os fundamentos para a não proscRiÇÃO de tais produtos são evidentes. A história deve ser conhecida, sob pena de ser repetida. E ela é eloqüente ao demonstrar que a simples proibição de determinados produtos que gozam de algum nível de aceitação social pode

gerar conseqüências mais gravosas do que a sua liberalização. A história americana, especialmente no período de experimentação da Lei Seca, é, a propósito, ilustrativa. De mais a mais, suficientemente informado, deve o cidadão exibir liberdade de escolha, decidir a respeito das variáveis e possibilidades que se apresentam em sua vida. O homem está condenado a ser livre, sendo certo, porém, que pressuposto da escolha é informação adequada.

A Constituição brasileira trata, no art. 220, da propaganda comercial de determinados produtos exigentes de atenção especial, admitindo possa ela, para atender específica finalidade, e desde que observados determinados pressupostos de forma e de fundo, sofrer restrição. Tais produtos, portanto, à luz da Constituição, são lícitos, estão e podem estar no comércio, não podendo, pois, ser proibidos. Substanciam, por isso, materialização da atividade de indústria e comércio, atividade livre no sistema constitucional brasileiro, uma vez observadas as disposições legais aplicáveis. A licitude do produto o imuniza contra a proibição do comércio, mas não contra a adoção de determinadas políticas cujas conseqüências poderão ser sentidas na área da propaganda, orientadas ao desestímulo do seu consumo. Tais políticas, é verdade, devem ser razoáveis, haverão de manifestar compromisso com o interesse público, não podendo chegar a ponto de transformar, por via oblíqua, o que é lícito em algo contaminado pela ilicitude.

1.1 Estados Unidos

Nos Eua, a propaganda comercial de produtos derivados do tabaco é regulada pela Lei Federal de Propaganda e Rotulação de Cigarros, o FCLAA (*Federal Cigarette Labelin and Advertising Act*). Esta lei prescreve, nas seções 1333 e 1335 a disciplina da propaganda de cigarro e, na seção 1334, impede o legislador estadual de autorizar restrições que excedam aquelas já definidas pela União.

No FCLAA há dois campos distintos de regulação da propaganda. O primeiro trata da propaganda cotidiana de cigarros em *outdoors*, panfletos, *folders*, na própria embalagem e nos locais de venda. O segundo cuida da publicidade do cigarro nos meios de comunicação eletrônica, como a televisão, o rádio e a internet, em particular.

O primeiro campo é disciplinado pelo FCLAA na seção 1333, admitindo ampla possibilidade de veiculação de anúncios de cigarro e

similares, uma vez atendidas, por razões de saúde pública, algumas restrições que dizem respeito à forma, à dimensão e periodicidade, exigindo-se, ademais, a apresentação de avisos compulsórios a respeito dos riscos decorrentes do fumo. Embora disciplinada, a propaganda neste sítio é não só livre, como também protegida.

Já no que tange à propaganda de cigarro na mídia eletrônica, a disciplina é distinta. Com efeito, o FCLLA, na seção 1335, veda esse tipo de expressão publicitária. Ao que se sabe, não houve, até agora, contestação judicial a respeito da constitucionalidade de tal previsão, razão pela qual não há, a propósito, manifestação da Suprema Corte. Bem por isso, o FTC (*Federal Trade Commission*), órgão encarregado de zelar pelo cumprimento da lei federal, não tem tolerado a propaganda no âmbito do rádio e da televisão. É de se imaginar todavia, tendo em conta a orientação firmada em *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly Attorney General of Massachusetts*, qual seria, se provocada a manifestar-se, a posição da Suprema Corte. No caso referido, envolvendo questionamento a propósito da constitucionalidade de atos normativos editados pelo Procurador-Geral de Massachusetts que limitavam a publicidade de produtos derivados do tabaco em geral (*cigars, cegarretes and smokeless tobacco products*), a Suprema Corte decidiu que a propaganda comercial de cigarro e produtos de tabaco é também protegida pela Primeira Emenda (que trata, entre outras, da liberdade de expressão).

Os atos questionados vedavam a fixação de *outdoors* de propaganda de cigarro, proibindo, também, qualquer possibilidade de compra *self service* do produto, exigindo contato do consumidor com o vendedor (*salesperson*) para aquisição de cigarros e similares. A Suprema Corte entendeu que a legislação estadual não poderia impor limitações à propaganda (seja em face da competência federal, seja por serem inconstitucionais), mas que as restrições quanto à venda eram constitucionais. No que tange especificamente à propaganda comercial do tabaco, a Suprema Corte entendeu que o tratamento normativo estadual não resistia incólume ao *Central Hudson Test*. A relativa aos *outdoors* não superava o juízo a propósito da proporcionalidade da medida e a relativa à propaganda nos pontos de venda não ultrapassava os testes da aptidão e da proporcionalidade.

O que importa, neste momento, é sentir que se manifesta, também nos EUA, tendência à adoção de políticas voltadas ao combate ao consumo de derivados do tabaco, em especial por meio da estrita disciplina da propaganda comercial, ficando claro, porém, que a Suprema Corte já se

manifestou no sentido de que a propaganda comercial encontra-se protegida pela Primeira Emenda e, mais, que a proscrição da publicidade de produtos derivados do fumo na mídia eletrônica, conquanto prevista na FCLAA, não foi ainda objeto de apreciação pela Suprema Corte.

1.2 Canadá

Em 1988, o Parlamento do Canadá aprovou lei proibindo a propaganda de produtos derivados do tabaco nos meios de comunicação de massa. A lei, em vigor desde 1989, foi declarada inconstitucional (por ofensa à *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) pela Corte Superior do Québec, em 1991, decisão esta confirmada pela Suprema Corte do Canadá em 1995.¹ Nova tentativa de proibição da propaganda veio a lume em 1997, com a promulgação do *Tobacco Act*.

1.3 União Européia

Ninguém desconhece que a União Européia consagra um mercado interno com livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. Desafio permanente é o consistente na harmonização da legislação dos países integrantes. O legislador comunitário desempenha um importante papel voltado à edição de normas que compatibilizem os diferentes ordenamentos nacionais. A publicidade de produtos de tabaco não tem o mesmo tratamento em todos os Estados, havendo países que apenas admitem minimamente e outros que restringem semelhante atividade. No âmbito da União Européia foram editadas algumas Diretivas sobre o assunto. Cumpre citar a Diretiva 89/27/CE que proibiu a publicidade televisiva de produtos de tabaco. Também, a Diretiva 98/27/CE que proibiu genericamente toda e qualquer forma de publicidade e patrocínio de produtos de tabaco. Impugnada pela Alemanha, acabou sendo anulada. Em substituição, foi editada a Diretiva 2003/33/CE.

Hoje, estão proibidos, no direito comunitário, a publicidade e o patrocínio de produtos do tabaco na rede televisiva e também em material de comunicação impresso, como jornais e revistas com circulação na União. As normas da Diretiva devem ser implementadas pelos Estados-Membros até 31 de julho de 2005. Assentou-se, não obstante, no Tribunal de Justiça da União Européia (processo C-376/98), que certas formas de publicidade de produtos de tabaco que não implicam entrave à livre circulação dos

¹ *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*.

suportes publicitários ou à livre prestação de serviços de publicidade não podem ser proibidos no mercado interno.

Quanto à propaganda de produtos derivados de tabaco, os Estados que, atualmente, integram a União Européia, podem ser divididos em dois grupos: o primeiro é composto pelos países que *restringem* a dita publicidade², dentre os quais aparecem Luxemburgo³, Suécia⁴, Espanha⁵, Grécia⁶, Alemanha⁷ e Áustria⁸; o segundo é composto pelos países que *minimamente a admitem*⁹, dentre os quais encontram-se França¹⁰, Itália¹¹, Portugal¹², Finlândia¹³, Reino Unido¹⁴, Irlanda¹⁵, Holanda¹⁶, Dinamarca¹⁷ e Bélgica¹⁸.

Perceba-se que mesmo a normativa comunitária, conquanto adotando uma política vedatória, não afasta certas formas de comunicação publicitária envolvendo o tabaco.

² Estes países, em geral, proíbem a publicidade na televisão e no rádio, admitindo, com maiores ou menores restrições, a veiculação da propaganda comercial em outros meios de comunicação.

³ Lei de 24.03.1989.

⁴ Lei do tabaco 1993:581, publicada em Estocolmo, em 3 de junho de 1993.

⁵ Lei nº 34/1988 e Lei nº 25/1994.

⁶ Há duas decisões ministeriais de 29 de maio de 1989, relativas à publicidade do tabaco.

⁷ Lei de 9.09.1997, alterada em 20.07.2000.

⁸ Lei do tabaco BGBI 431/1995.

⁹ Neste grupo, alguns países toleram propaganda de produtos derivados do tabaco nos pontos de venda.

¹⁰ Lei nº 91-32, de 10.01.1991 – *Loi Evin*. Exceção é a publicidade nos pontos de venda.

¹¹ Lei nº 52, de 22.02.1983.

¹² Decreto nº 421/80; Decreto nº 226/83, alterado pelos Decretos nº 330/90 e 275/98.

¹³ Lei nº 693/76.

¹⁴ Lei relativa à publicidade e promoção do tabaco de 7.11.2002, admitindo, porém, a publicidade nos pontos de venda e as destinadas às pessoas que trabalham no comércio do tabaco.

¹⁵ Lei nº 6/2002.

¹⁶ Exceção é a publicidade nos pontos de venda.

¹⁷ Admite publicidade nos pontos de venda.

¹⁸ As exceções relacionam-se com pontos de venda.

¹⁹ O item 3 do artigo 13 do tratado (versão em espanhol) é assim redacionado: "La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada parte adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21."

²⁰ Sobre a evolução da regulação da matéria, ver JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 37-40.

²¹ A Lei nº 9.294, de 1996 previa taxativamente o teor das advertências que deveriam constar das embalagens e anúncios de cigarros. A Medida Provisória nº 1.814, de 26 de fevereiro de 1999, entretanto, alterou a redação do §2º do art. 3º, delegando ao Ministério da Saúde a especificação do conteúdo de tais advertências.

²² As alterações na Lei nº 9.294, de 1996, iniciaram-se, na verdade, com a edição da Medida Provisória nº 1814, que só alterou o §2º do art. 3º para excluir as advertências previamente estabelecidas no dispositivo. A Medida Provisória foi reeditada com mesmo número quatro vezes e depois com nova numeração por mais trinta vezes (nº 1912; 2000; 2039; 2134 - após edição da Lei nº 10.167/00 - e 2190), modificando o §2º do art. 2º (uso vedado em transporte coletivo) e a fórmula da advertência. Foi com a Lei nº 10.167, de 2000, que foi alterado o *caput* do art. 3º, passando a permitir a propaganda comercial somente em pôsteres, etc.

²³ Alguns projetos de lei tramitavam na Câmara e no Senado tratando da proibição, em maior ou menor escala, da propaganda do cigarro, dentre eles o projeto de Lei nº 3.156/00 do Poder Executivo. A este último foram apresentadas algumas emendas para permitir a publicidade dos produtos do tabaco em certas circunstâncias e horários, amenizando os dispositivos proibitivos da iniciativa legislativa. Foram todas rejeitadas. Ao tramitar no Senado foi-lhe acrescentado um dispositivo, reflexo da preocupação com o mau uso da lei, que tentava impedir que ela fosse aplicada para embaraçar o princípio da plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social ou implicar censura ao conteúdo editorial e da programação dos órgãos de mídia que não cumprissem suas normas (§5º do art. 9º da Lei nº 9.294, de 1996). Para que não desse a entender que tal lei seria destinada a embaraçar a liberdade jornalística, como estava implícito no dispositivo, este foi prontamente rejeitado pelo relator do projeto na Câmara. No voto do relator pela aprovação do projeto de Lei nº 3.156/00 transparece a frágil consideração da liberdade de expressão que moveu a iniciativa legislativa, já que decreta que esta não pode ser maior que a "liberdade individual" de garantia da saúde e qualidade de vida. No Senado, por ocasião da solicitação de trâmite conjunto dos projetos de lei que tratavam de publicidade de bebidas alcoólicas e produtos de tabaco, demonstrou-se claramente a intenção de se estabelecer procedimentos contra a propaganda do tabaco considerando apenas as diretrizes da OMS, que contavam com a simpatia da opinião pública naquele momento. Daí a preocupação de alguns senadores com a "paternidade" da lei que estaria na mídia sob o olhar de grande número de eleitores.

²⁴ Pela pesquisa no *site* da Suprema Corte do Canadá não se encontrou um julgado específico a respeito do *Tobacco Act* de 1997.

²⁵ "O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As intuições normativas, que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de *forma não-reduzida* no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizado como requisito funcional para seus objetivos. A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos." (JURGEN, Habermas. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 1997, v. I, p. 138-139).

²⁶ Neste campo, calha tratar da máxima "in dubio pro libertate". Na lição de Perez Luño: "Entre los topoi o reglas técnicas para la interpretación constitucional, com inmediata repercusión en la esfera de los derechos fundamentales, reviste especial importancia el principio in dubio pro libertate. Com este principio se pretende aludir, en términos generales, a la presunción general, propia de todo Estado de Derecho, en favore de la libertad del ciudadano. (...) El principio in dubio pro libertate tiende a ampliarse en el postulado favor libertatis, o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto." (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 315).

²⁷ Neste sentido, veja-se a constringência da liberdade de associação quando esta servir a propósitos paramilitares (art. 5º, inciso XVII, da Constituição); a proibição de práticas racistas (art. 5º, inciso XLII, da Constituição); a proibição de utilizar partidos políticos para ameaçar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais (art. 17, *caput* e §4º, da Constituição), entre outros exemplos.

²⁸ Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em Rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. v. I.

²⁹ Neste sentido, afirmou Grau que o princípio da liberdade de iniciativa econômica apresenta também o sentido de liberdade de concorrência, enquanto liberdade privada de conquistar a clientela. In: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 239-240. Cf. também ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. 212-213, entre outros.

³⁰ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno: Nascimento e Crise do Estado Nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Marcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004, p. 110.

³² "La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo." PEREZ LUÑO, op. cit., p. 318.

³³ SARLET, op. cit., p. 95-96.

³⁴ NEVES, Castanheira, apud MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, v. IV, p. 190-191.

³⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Parecer. In: Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária. *Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão Comercial*. São Paulo: CONAR, 2000, p. 12.

³⁶ FAVOREU, Louis (Coord.). *Droit des Libertés Fondamentales*. Paris: Dalloz, 2000, p. 221-222.

³⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 302-303.

³⁸ HESSE, op. cit., p. 303.

³⁹ *Ibid.*, p. 305.

⁴⁰ FERRAZ JR., op. cit., p. 12.

⁴¹ ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 225.

⁴² FERRAZ JR., op. cit., p. 12.

⁴³ CONSTITUIÇÃO DOS EUA – PRIMEIRA EMENDA: O Congresso não fará nenhuma lei estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o seu livre exercício; ou limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito de as pessoas reunirem-se pacificamente, e peticionarem ao Governo para reparação de agravos. “(US CONSTITUTION – FIRST AMENDMENT: Congress shall make no law respecting an
A & C. R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 137-211, jul./set. 2005

establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances" — tradução livre).

⁴⁴ Esse é o entendimento trazido por Gerald Gunther e Kathleen M. Sullivan: "Assim, o discurso comercial continua a ser a única exceção formal aos dois níveis de análise do discurso expostos no caso *Chaplinsky*; diferente da incitação, das palavras de briga, de calúnias maliciosas, obscenidade, ou pornografia infantil, ele [o discurso comercial] goza da proteção da Primeira Emenda, mas não da mesma maneira como o fazem outras modalidades de discurso." ("Thus, commercial speech continues to stand as the lone formal exception to the two-level approach to speech set forth in *Chaplinsky*: unlike incitement, fighting words, malicious libel, obscenity, or child pornography, it enjoys First Amendment protection, but not as much First Amendment protection as other speech" — tradução livre) (GUNTHER, G.; SULLIVAN, K. M. *Constitutional Law*. 13th ed. Westbury, New York: The Foundation Press, 1997, p. 1.175).

⁴⁵ "However, when a State entirely prohibits the dissemination of truthful, nonmisleading commercial messages for reasons unrelated to the preservation of a fair bargaining process, there is far less reason to depart from the rigorous review that the First Amendment generally demands. Complete speech bans, unlike content-neutral restrictions on the time, place, or manner of expression, are particularly dangerous because they all but foreclose alternative means of disseminating certain information." (44 *LIQUORMART INC. v. RHODE ISLAND* 517 U.S. 484 (1996)).

⁴⁶ "At the outset, we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading. Next, we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted, and whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest." (*CENTRAL HUDSON GAS v. PUBLIC SERVICE COMM'N* - 447 U.S. 557, 100 (1980)).

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2001, p 253.

⁴⁸ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 68.

⁴⁹ COUSIDO, Pilar apud CARVALHO, id.

⁵⁰ SANJUAN, Teresa Freixes. *Libertades Infomativas e Integración Europea*. Madri: Colex, 1996, p. 32.

⁵¹ GUNTHER; SULLIVAN, op. cit., p. 1182.

⁵² Neste sentido, Daniel A. Farber et al.: "Enquanto o caso 'Virginia Board' não é tão claro a respeito do tema da capacidade governamental para regular a propaganda comercial verdadeira, a racionalidade anti paternalista de formação de opinião parece ser desfavorável a tal regulamentação." ("*While 'Virginia Board' is less clear about the government's ability to regulate truthful commercial speech, the anti paternalism rationale of the opinion seems unfavorable to such regulation*" — tradução livre). In: *Constitutional Law: Themes for de the Constitution's Third Century*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing, 1993, p. 651).

⁵³ BARROSO, op. cit., p. 253-254.

⁵⁴ Disponível na internet em <www.lexum.umontreal.ca>.

⁵⁵ Lei nº 8.078, de 1990. "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como sobre os riscos que apresentem;"

⁵⁶ Op. cit., p. 255.

⁵⁷ Com apoio na lição de Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, op. cit., p. 70.

⁵⁸ Cita-se, por todos, Paulo Gustavo Gonet Branco: "Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas físicas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as conseqüências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada." BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 165.

⁵⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A Economia e o Controle do Estado. Parecer. *O Estado de São Paulo*, 04 jun. 1989.

⁶⁰ GRAU, op. cit., p. 244.

⁶¹ FERRAZ JR., *A Economia...*

⁶² *Id.*

⁶³ A idéia de que a Constituição fez uso não técnico das expressões pode ser bem apreendida da exposição dos teóricos do conhecimento midiático, que, enfatizando a ausência de qualquer confusão entre os termos propaganda e publicidade, em linhas gerais, atribuem à propaganda a atividade de livre divulgação de idéias, princípios, conhecimentos, entre outros, sendo campo específico da publicidade a ação profissional de divulgação de determinada mensagem. Cf. VERONEZZI, José Carlos. *Mídia de A a Z*. São Paulo: Flight, 2002, p. 21.

⁶⁴ CARVALHO, op. cit., p. 67. No mesmo sentido, Antônio Herman, citando Malanga, conceitua publicidade como o "conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo o cliente", e propaganda como o "conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico)". BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 253-254.

⁶⁵ COHEN, Dorothy. *Publicidad Comercial*. México: Editorial Diana, 1984, p. 50.

⁶⁶ BENJAMIN, op. cit., p. 252.

⁶⁷ FERRAZ JR., op. cit., p. 17.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁹ "Sobre la base de la interpretación amplia del ámbito de protección de los derechos fundamentales, cada ley del parlamento termina convirtiéndose en una intervención en el derecho fundamental." BOROWSKI, Martín. *La Estructura de los Derechos Fundamentales* Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 59.

⁷⁰ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

⁷¹ "No Brasil, não há nenhuma matéria reservada ao regulamento. Todos os campos normativos são, em princípio, disciplináveis pela lei. Vigora, pois, entre nós, em relação ao campo de ação do ato legislativo, o princípio da universalidade da lei. Ademais, apenas a lei pode, originariamente, inovar a ordem jurídica para criar direitos e obrigações e para restringir a liberdade e a propriedade. O art. 5º, II, da Constituição, deixa claro que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'." CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 280.

⁷² A propósito, cf. FAVOREU, Louis (Dir.). *Le Domaine de la Loi et du Règlement*. 10. ed. Paris: Economica, 1981; TREMEAU, Jérôme. *La Réserve de Loi: Compétence Législative et Constitution*. Paris: Economica, 1997.

⁷³ Neste sentido, cf. CLÈVE, op. cit., e CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as Delegações Legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁷⁴ "Tal como foi desenvolvido pelo Tribunal constitucional alemão — com um sucesso doutrinário e jurisprudencial crescente, apesar das diferentes críticas que lhe são dirigidas -, a teoria da essencialidade, que na origem podia ser interpretada como ampliação da reserva de lei, já que deixava de a limitar só às intervenções restritivas na liberdade e propriedade, constitui, também, uma expressão de retracção da anterior tendência expansionista e parlamentar da reserva de lei, uma vez que, de algum modo, pretende redistribuir as imposições, que até então se dirigiam quase exclusivamente à Administração, também na direcção do legislador sobre quem recaem, agora, aliviado que fica da regulação exaustiva das questões não essenciais, exigências cada vez mais dogmaticamente elaboradas de densificação normativa e de obrigatoriedade de regulação nos domínios essenciais em que se considera a sua intervenção materialmente justificada." NOVAIS, op. cit., p. 829-830.

⁷⁵ "A delegação será solicitada pelo Presidente da República. (...) É descabida, em conseqüência, a delegação sem prévio requerimento presidencial. Qualquer delegação não solicitada implica interferência indevida do Legislativo na esfera de atribuições do Executivo (ofensa ao princípio da separação dos poderes). (...) Por outro lado, compete exclusivamente ao Presidente da República (o titular do cargo presidencial, o substituto no caso de impedimento ou o sucessor no caso de vacância — art. 79 da CF) elaborar a lei

delegada. O destinatário da delegação legislativa não é o Executivo todo, tal como definido no art. 76 da CF, mas unicamente o Presidente da República. Logo, não há lei delegada elaborada por Ministro de Estado. A delegação legislativa não comporta subdelegação, ou seja, a transmissão a terceiro da atribuição de elaborar a lei delegada. Ora, a delegação legislativa só comporta subdelegação quando houver e expressa autorização legal. O mesmo ocorre com a delegação legislativa. Como a Constituição não autoriza a subdelegação, indicando como único destinatário o Presidente da República, apenas ele poderá editar a lei delegada." (CLÈVE, op. cit., p. 255-256).

⁷⁶ LAVAGNA, Carlo. *Instituzioni di Diritto Pubblico*. 6. ed. Torino: Utet, 1993, p. 221.

⁷⁷ Id.

⁷⁸ A propósito conferir, entre outros, GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; NOVAIS, Jorge Reis, op. cit.; VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2001; COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987; TREMEAU, Jérôme, op. cit.; VAZ, Manuel Afonso. *Lei e Reserva da Lei*. Porto: APPACDM, 1992; MIRANDA, Jorge. O Regime dos Direitos, Liberdades e Garantias. In: *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Petrony, 1979, v. 3, p. 41-102.

⁷⁹ Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Antonio Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

⁸⁰ Tratando dos regulamentos de editados com fundamento na discricionariedade técnica, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que "são expedidos com base em disposições legais que mais não podem ou devem fazer senão aludir a conceitos precisáveis mediante averiguações técnicas, as quais sofrem influxo de rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, assim como das condições objetivas existentes em dado tempo e espaço, cuja realidade impõe, em momentos distintos, níveis diversos no grau das exigências administrativas adequadas para cumprir o escopo da lei sem sacrificar outros interesses também por ela confortados". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regulamento e Princípio da Legalidade. *RDP*, São Paulo, n. 96, out./dez. 1990, p. 48.

⁸¹ NOVAIS, *op. cit.*, p. 833.

⁸² *Ibid.*, p. 834.

⁸³ MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 74 — Aspectos Materiais*. São Paulo: RT, 2003, p. 784.

⁸⁴ “El punto de partida de toda interpretación jurídica es la literalidad de la disposición que debe ser interpretada. Las posibilidades que permitan la literalidad delimitan el ámbito dentro del cual tenerse en cuenta los resultados de los demás argumentos interpretativos.” BOROWSKI, op. cit., p. 102-103.

⁸⁵ “Interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca

com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisso, também estar contidos em Direito Constitucional não-escrito. Como, entretanto, direito não-escrito não deve entrar em contradição com a *constitutio scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional — o desvio do texto em cada caso particular — e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição.” HESSE, op. cit., p. 69. Cf. MULLER, op. cit., p. 187-193.

⁸⁶ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1991, p. 133.

⁸⁷ DOMINGUES, Douglas Gabriel. Publicidade e Propaganda das Marcas e retificação Publicitária. *Revista Forense*, v. 285, 1984, p. 109.

⁸⁸ Neste sentido: “a definiríamos [contrapropaganda] como a sanção cautelar, imponível administrativamente, mediante procedimento adequado, independentemente [sic] das sanções judiciais porventura cabíveis, que visa a desfazer ou impedir os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva, pela veiculação de mensagem educativa aos consumidores, às expensas do fornecedor, e de preferência no mesmo veículo, local, espaço ou horário anteriormente utilizado, de forma a desfazer o malefício da publicidade ilícita.” JACOBINA, op. cit., p. 101-102.

⁸⁹ JACOBINA, op. cit., p. 102. Segundo o mesmo autor, o "*leading-case* da imposição coercitiva da contrapropaganda, nos EUA, foi o caso *Warner-Lambert*. Há anos essa companhia anunciava um colutório que atuava nos resfriados e dores de garganta — o Listerine. Os laudos periciais, no entanto, constataram a enganiosidade e a FTC decidiu: 'Se uma publicidade enganosa desempenhou um papel substancial na criação ou reforço, na mente do público, de uma imagem falsa e material, capaz de sobreviver após a cessação do anúncio, há um dano, claro e contínuo, contra a concorrência e a massa consumidora, na medida em que os consumidores persistam em efetuar suas decisões com base na falsa imagem. Uma vez que o prejuízo não possa ser evitado, com a simples exigência de que o anunciante cesse a veiculação da mensagem, podemos, apropriadamente, ordenar uma ação positiva de sua parte no sentido de por fim aos efeitos do anúncio, que, de outra forma, perdurariam'." Id.

⁹⁰ Cf. JACOBINA, op. cit., p. 103-104.

⁹¹ Por todos, CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

⁹² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo, Celso Bastos, 1998, p. 34; e STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 35.

⁹³ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la Garantía del Contenido Esencial de los Derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 146.

⁹⁴ A propósito, conferir lição de Jane Reis Gonçalves Pereira, com apoio na doutrina de Pasquale Lillo: “Na doutrina italiana fala-se em reserva absoluta e reserva reforçada. No primeiro caso ‘o legislador ordinário tem (obrigatoriamente) competência plena e exclusiva na matéria’, e a Constituição não restringe sua ‘relativa discricionariedade substancial’. No caso da reserva reforçada, ‘a intervenção do legislador deve ser especificamente e unicamente direcionada à busca dos escopos e objetivos exatamente indicados na Constituição.’” REIS, op. cit., p. 185.

⁹⁵ “No âmbito das normas constitucionais, estruturalmente aproximadas de ‘cláusulas gerais’, o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar e comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Esta actividade de ‘ponderação’, de ‘valoração’ e de ‘escolha’ implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade política criadora, não subsumível a esquemas de ‘execução’ ou ‘aplicação’ de leis constitucionais. A política, nesta perspectiva deveria ser uma ‘política constitucional’, mas não se reconduziria à realização de normas constitucionais. Seria, sim, uma conformação livre dos fins político-sociais enunciados na constituição.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p. 218.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo). In: _____ (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.

⁹⁷ Cf. GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

⁹⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999; ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: Ley, Derechos, Justicia*. Madrid: Trotta, 1999.

⁹⁹ Cf. HESSE, op. cit.; MÜLLER, op. cit.

¹⁰⁰ Cf. mais uma vez ALEXY, op. cit. No Brasil, entre outros, conferir ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos...*; SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹⁰¹ Cf., entre outros, FERRAJOLI, Luigi. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁰² É verdade, porém, que a distinção acaba assumindo pálida significação diante do *stare decisis*, princípio do direito americano vinculante dos precedentes judiciais.

¹⁰³ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 1988, p. 789 et seq.

¹⁰⁴ ALEINIKOFF, T. A. Constitutional Law in the age of balancing. *Yale L. J.*, 96, 1987, p. 1002.

¹⁰⁵ NOVAIS, op. cit., 677.

¹⁰⁶ Ibid., p. 920.

¹⁰⁷ Uma parte dos *Justices* reivindica proteção integral ao *commercial speech* sob o manto da 1ª Emenda pela aplicação do *strict scrutiny* na avaliação de legislação restritiva sobre a matéria, não entendendo que deveria ser aplicável o roteiro do *Central Hudson case*. Mas a posição majoritária da Corte ainda é pela aplicação dos passos ali estabelecidos, como relatam Gunther e Sullivan: "A number of justices have advocate full strict scrutiny for at least some regulations of commercial speech: Justices Brennan, Marshall, Blackmun and Stevens did so in pre-Liquormart concurrences or dissents, and Justices Stevens, Kennedy, Ginsburg and Thomas did so in Liquormart. But never have five of them sat on the Court at the same time or on the same case. Thus, while the plurality in Liquormart questions the wisdom of Central Hudson test, a majority (those joining Justice O'Connor's concurrence plus Justice Scalia, concurring in the result) declines to alter or abandon it. Thus, even after Liquormart, Central Hudson remains the governing test for reviewing commercial speech regulations." (GUNTHER; SULLIVAN, op. cit., p. 1202).

¹⁰⁸ "At the outset, we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading. Next, we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted, and whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest."

¹⁰⁹ NOVAIS, op. cit., p. 679.

¹¹⁰ Não é o caso aqui de entrar na discussão sobre a natureza do princípio da proporcionalidade, se é um princípio, uma regra, uma máxima ou um postulado. Sobre o tema, conferir a obra citada de Humberto Ávila.

¹¹¹ "A expressão *limite dos limites*, que se difundiu na dogmática germânica sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, visa a designar os diversos obstáculos normativos que restringem a possibilidade de o poder público limitar os direitos fundamentais. Tal locução originou-se de uma conhecida conferência sobre o limites dos direitos fundamentais proferida por Karl Betterman, na sociedade jurídica de Berlim, em 1964. Segundo Betterman, as limitações aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem atender a um conjunto de condições materiais e formais estabelecidas na Constituição, que são os *limites dos limites dos direitos fundamentais*. Consoante seu pensamento, as condições mais importantes estabelecidas na Lei Fundamental são a garantia do conteúdo essencial (art. 19,2) e a dignidade humana (art. 1,1), sendo também relevante o imperativo de que todas as limitações aos direitos fundamentais devem objetivar a promoção do bem comum. Embora não haja consenso sobre quais são os limites dos limites dos direitos fundamentais, esta expressão é largamente empregada na doutrina européia para designar as várias restrições que as ordens constitucionais prescrevem como condições de legitimidade da atividade legislativa na seara dos direitos fundamentais. No constitucionalismo germânico, por exemplo, costumam ser apontados como *limites dos limites* o princípio da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial, o princípio

da reserva legal, a proibição de que as leis restritivas versem sobre um só caso, e o comando no sentido de que a lei mencione o direito fundamental restringido. Uma discussão importante sobre esse tópico diz respeito a saber se os limites dos limites são institutos autônomos e dissociáveis dos direitos fundamentais, vale dizer, se estes são barreiras adicionais à atividade legislativa que, paralelamente aos direitos fundamentais demarcam o campo de liberdade política do legislador, ou se, diversamente, são pautas acessórias e dependentes das disposições de cunho material que consagram os direitos. Desde a perspectiva adotada neste estudo, os limites dos limites dos direitos fundamentais não podem ser entendidos de forma desligada destes, porquanto não podem operar, isoladamente, como obstáculos à atuação legislativa. Com efeito, as regras que limitam a atividade restritiva dos direitos fundamentais — como, v. g., os princípios da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial — carecem de sentido normativo autônomo, devendo ser entendidas como pautas complementares e acessórias, destinadas a assegurar a supremacia dos direitos fundamentais. Em outras palavras, trata-se de instrumentos normativo-metódicos de aplicação dos direitos fundamentais, cuja finalidade é garantir o seu caráter vinculante.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional: uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*. Tese. UFRJ, 2004, v. II, p. 266-267.

¹¹² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 67-83; STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1995; p. 89-93; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 157-200; SARMENTO, op. cit., p. 171-193; CLÉVE, Clèmerson Merlin. Contribuições Previdenciárias. Não-recolhimento. Art. 95, d, da Lei nº 8.212/91. Inconstitucionalidade. *RT*, v. 736, 1997, p. 521-526.

¹¹³ "Ao que parece, as doutrinas e jurisprudências constitucionais, de um modo geral, admitem a hipótese de várias bases normativo-constitucionais, mesmo que confirmem maior peso a uma do que a outras. Assim, a título de exemplo, na Alemanha, a preferência recai sobre o Estado de Direito; no Brasil, tendencialmente, sobre o *due process of law*. O caso brasileiro é bastante ilustrativo da pluralidade de

fundamentos normativos. Bonavides concebe o princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito implícito com fundamento normativo-constitucional no Estado de Direito, mas também identifica expressões nítidas e especiais de proporcionalidade em inúmeras disposições normativas da CRFB/88, tais como: art. 5º, V, X e XXV; art. 7º, IV, V e XXI; art. 36, §3º; art. 37, IX; art. 40, V; art. 84, parágrafo único e vários outros e, por fim, no artigo 5º, §2º. Guerra Filho, um dos juristas brasileiros que mais atenção têm dado em suas reflexões ao princípio da proporcionalidade, fundamenta-o de várias formas: (a) a postulação do princípio da proporcionalidade é uma exigência lógica e axiológica, para que se respeitem os princípios na hipótese de colisão; (b) o princípio da proporcionalidade é densificação do princípio fundamental geral da dignidade humana; (c) é princípio dos princípios, 'verdadeiro *principium* ordenador do direito', 'máxim expressão da norma fundamental (*Grundnorm*)' de inspiração kelseniana; (d) é princípio que se reconhece com fundamento na disposição normativa do §2º do art. 5º, da CRFB/88; e, por fim, (e) é princípio que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais." STEINMETZ, op. cit., p. 167.

¹¹⁴ Entre os autores que adotam a identidade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, cita-se Luís Roberto Barroso (op. cit., p. 154-157). Para Willis Santiago Guerra Filho (*Processo Constitucional e DIREITOS Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 66-67, nota 60), Humberto Ávila (op. cit., p. 102-127) e Gustavo Ferreira Santos (op. cit., p. 127-130) não há fungibilidade entre os princípios.

¹¹⁵ "Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada 'ponderación de bienes' o incluso abstracta 'ponderación de valores', realizar el uno a costa del outro." HESSE, Konrad. La Interpretación Constitucional. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45. Cf. também MÜLLER, op. cit., p. 285-287.

¹¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 62.

¹¹⁷ SANTOS, op. cit., p. 133.

¹¹⁸ Ávila entende a proporcionalidade como "postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim". Op. cit., p. 113.

¹¹⁹ ALEXY, op. cit., p. 112.

¹²⁰ "O princípio da proporcionalidade trata das possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que o princípio da concordância prática apenas cuida de possibilidades jurídicas, ou seja, das relações entre regras jurídicas igualmente válidas e da solução de seus conflitos." SANTOS, op. cit., p. 133.

¹²¹ MENDES, op. cit., p. 39.

¹²² Id.

¹²³ "... la ponderación es todo menos un procedimiento abstracto o general. Su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión. Ya del concepto de principio resulta que en la ponderación no se trata de una cuestión de todo-o-nada, sino de una tarea de optimización." ALEXY, op. cit., p. 166.

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269-270. Ainda sobre a estrutura de aplicação do princípio da proporcionalidade conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas Notas sobre Colisão de Direitos Fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 238-240; STEINMETZ, op. cit., p. 149-155; ALEXY, op. cit., p. 111-115; PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2003, p. 687-798.

¹²⁵ Cf. SARMENTO, op. cit., p. 96.

¹²⁶ Eis a conclusão dos estudos de John Luik (*Advertising and Markets*. NTC Publications, 1996), trazida por BARROSO. Com apoio neste mesmo autor tem-se que, por exemplo, na Noruega, onde a propaganda do cigarro há muito foi proibida, a proporção de fumantes per capita é a maior comparada a outros sete países da Europa (KRAFT, Pal; SVENDSEN, Terje. *Tobacco use Among Young Adults in Norway, 1975-95: has the Decrease Leveled Out?* Tobacco Control, 1997, *Norwegian National Council on Smoking and Health*). Entre 1964 e 1990, mesmo com as proibições sobre propaganda de cigarro em países da Comunidade Européia, não houve redução do consumo (STEWART, J. M. The Effect on Tobacco Consumption of Advertising Bans in OECD Countries. *International Journal of Advertising* 12, p. 155-180, 1993). Também na decisão da Suprema Corte canadense, já referida, assentou-se entendimento de que não há evidência científica de relação causal entre propaganda e consumo de cigarro. O IBOPE realizou em 1995 uma pesquisa entre os brasileiros sobre a causa do início do consumo de cigarro e não houve nenhuma menção à publicidade. In: *Temas...*, p. 268-269. Em recente matéria publicada no *Jornal O Estado do Paraná* (de 17.10.2004) noticiou-se nova pesquisa que comprova o aumento no mercado formal de produtos do tabaco no período de 2000 a 2002, demonstrando que o fim da propaganda não diminui a venda do cigarro.

¹²⁷ "O exame de adequação do esquema meio-fim tem caráter empírico. Pergunta-se se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido." STEINMETZ, op. cit., p. 150.

¹²⁸ *Temas...*, p. 269-270.

¹²⁹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 1994, p. 305.

¹³⁰ Neste sentido conferir SEINMETZ (op. cit., p. 151), com apoio em GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 189 et seq.

¹³¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 270.

¹³² ALEXY, *op. cit.*, p. 161.

¹³³ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 99, 1980, p. 1040-1041.

¹³⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004, p. 401.

¹³⁵ Cf. CANOTILHO. *Direito Constitucional...*, p. 458-459.

[

]