

CNI



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Protocolo
e Baixa de Processos

24/09/2004 18:30 101442



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

ADI 3311-5

A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, com sede em Brasília, DF, SBN - Quadra 1 - Bloco "C" - Edifício Roberto Simonsen, por seus advogados (doc.01), vem, com apoio nos artigos 102, inciso I, alínea "a" e 103, inciso IX da Constituição Federal, propor a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**, com pedido de liminar, tendo por objeto o caput e os §§ 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, com a redação, os acréscimos e alterações que lhes introduziram a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e a Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001, nos seguintes termos:

"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 conterá, 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 Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, alterada 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 artigo 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).



I. OS DISPOSITIVOS LEGAIS IMPUGNADOS E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS VIOLADAS

1. A Constituição Federal de 1988, com o espírito redemocratizador que marcou a sua elaboração, assegurou em diversos dispositivos a liberdade de comunicação e de informação, assim como a liberdade de iniciativa econômica, as quais se mesclam e se fortalecem mutuamente tanto em relação às atividades das empresas que têm como objeto especificamente a comunicação (agências de publicidade, empresas de radiodifusão, etc.), como das empresas em geral na divulgação dos seus produtos e idéias.

2. É o que se desume, especificamente quanto à liberdade de comunicação e de informação, de ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal), incumbido da construção de uma sociedade livre (artigo 3º, I), tendo sido expressamente assegurados como direitos fundamentais a liberdade de comunicação (artigo 5º, IV e IX) e o acesso à informação (artigo 5º, XIV).

3. A livre iniciativa, por sua vez, foi erigida a um dos fundamentos da República (artigo 1º, IV, da Constituição Federal), e a fundamento da Ordem Econômica Constitucional (artigo 170, caput). A sua garantia, por si só, já é suficiente para assegurar às empresas o desembaraçado desenvolvimento das suas atividades, aí incluído, naturalmente, o direito de divulgar os seus produtos nos meios de comunicação de massa, requisito essencial à atividade empresarial na sociedade tecnológica em que vivemos.

4. Na nossa Constituição, contudo, a configuração da liberdade de comunicação das empresas com o mercado consumidor foi ainda mais reforçada. Trata-se, afinal, não só de direito fundamental inerente à livre iniciativa econômica, como também de direito fundamental constante do rol de direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição Federal, tanto em seu aspecto

emissor (liberdade de comunicação), como em seu aspecto receptor (direito a informação). 5

5. Tendo em vista a importância dessas liberdades públicas de comunicação, o Constituinte entendeu por bem dedicar-lhes, além dos já citados dispositivos, um Capítulo específico ("Da Comunicação Social" – artigos 220 a 224 da Constituição Federal), em que ficou assegurado o princípio de que as atividades de divulgação de informações "não sofrerão qualquer restrição" (Constituição Federal, artigo 220, *caput*). Assim:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

6. Todavia, como nenhum direito é absoluto, a própria Carta Constitucional lhes impôs limites expressa e especificamente mencionados no referido Capítulo. O artigo 220, nessa perspectiva, estabelece em seus §§ 3º e 4º:

§ 3º – Compete à lei federal:

I – omissis;

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

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

(grifamos)



7. No que diz respeito à atividade empresarial de produção e comercialização de produtos derivados do tabaco, constitucionalmente reputada como lícita em razão da expressa alusão que a ela faz o artigo 220 da Constituição Federal, pode-se afirmar que, em relação à divulgação desses produtos, são igualmente presentes as mesmas proteções constitucionais de que gozam as demais atividades empresariais, sujeitando-se apenas às duas limitações estabelecidas pelo § 4º do artigo 220 da Constituição Federal, incidentes sobre "a propaganda comercial de tabaco", quais sejam:

- (i) as restrições legais que possibilitem às pessoas se defenderem da propaganda dos produtos que possam causar danos à saúde; e
- (ii) a exigência de que a propaganda contenha advertência quanto aos malefícios que o uso do produto pode causar à saúde.

8. Do disposto no § 4º do artigo 220 da Constituição Federal pode-se extrair, em primeiro lugar, que essas limitações legais dizem respeito apenas à propaganda do produto, excluídos os demais aspectos da sua atividade empresarial. Em segundo lugar, como expressão de um Estado Democrático de Direito, que deve preservar o espaço de livre arbítrio dos cidadãos, evitando posturas paternalistas e tutelares, as restrições legais não deverão, pura e simplesmente, impedir que a propaganda chegue à sociedade. O Poder Público, isto sim, deverá limitar-se a propiciar aos particulares os meios suficientes para que eles próprios possam se defender de tal publicidade. Por fim, em terceiro lugar, o dispositivo constitucional legitima a imposição de advertência nas propagandas de produtos fumígenos exclusivamente sobre os riscos associados ao seu consumo, mas não a prática de contrapropaganda.

9. Estes lindes da permissão constitucional de limitação aos direitos fundamentais de livre exercício da atividade econômica e de divulgação das idéias e informações a ela concernentes são de extrema importância, pois constituem exceções à regra da liberdade. Logo, toda restrição que, qualitativa

e/ou quantitativamente, não estiver claramente nelas contemplada deverá ser considerada inconstitucional (*in dubio pro libertate*).

10. Ademais, as restrições (sempre excepcionais, ainda que também em sede constitucional) a direitos fundamentais (de comunicação, informação, propaganda, indústria e comércio) devem ser interpretadas restritivamente (v. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 1994, p. 296), já que, fora do âmbito de sua incidência, vige a norma geral *pro libertate* inerente aos direitos fundamentais, *in casu*, a garantia da liberdade de comunicação e de iniciativa econômica (artigos 1º, IV; 5º, IX e XIV; e 170, Constituição Federal) e a conseqüente liberdade de divulgação de produtos lícitos (Constituição, artigo 220).

11. É sob este prisma que deve ser aferida a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da regulamentação legal, infraconstitucional, dada à referida possibilidade de limitação do direito das empresas de tabaco fazerem propaganda dos seus produtos.

12. Pois bem, regulamentando o preceito constitucional, a Lei nº 9.294/96 veio, em sua redação original, instituir limites à publicidade de produtos fumígenos, dispondo no seu artigo 3º:

Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas.

13. Posteriormente, com a edição da Lei nº 10.167/00, sucedida pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 23.08.01, em vigor por força da Emenda Constitucional nº 32/01, diversas outras restrições foram impostas e, notadamente, o *caput* do referido dispositivo teve sua redação alterada, de forma a, não mais apenas limitar, mas proibir totalmente a veiculação de propaganda de produtos derivados de tabaco nas emissoras de rádio e televisão. Confira-se:

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 27.12.2000)

§ 1º. A propaganda comercial dos produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

I - não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas;

II - não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar;

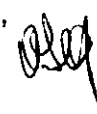
III - não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes;

IV - não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais; (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000);

V - não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI - não incluir a participação de crianças ou adolescentes. (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000).

§ 2º A propaganda conterá, 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 Medida Provisória nº 2.190-34,



de 23.8.2001)

§ 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 Medida Provisória nº 2.190-34, de 23.8.2001)*

§ 4º *Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo 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 27.12.2000)*

14. Note-se que a nova redação introduzida pela Lei nº 10.167/00 para o caput do art. 3º da Lei nº 9.294/96 é de clara inconstitucionalidade, uma vez que, ao invés de restringir a propaganda, como determina a Constituição, a veda (v. Luís Roberto Barroso, *Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*, in *Revista de Direito Administrativo*, 224/31, abril a setembro de 2001).

15. Do confronto entre o caput do dispositivo legal supratranscrito e o § 4º do artigo 220 da Constituição pode-se facilmente constatar que o legislador ordinário ultrapassou a permissão constitucional de estabelecimento de



restrições legais. A lei, na verdade, extinguiu verdadeiramente o direito de propaganda. E mesmo que se pudesse admitir o contrário, é evidente que o próprio núcleo essencial desse direito fundamental teria sido atingido.

16. Olvidou também o legislador que as restrições legais admitidas à propaganda do tabaco pelo § 4º do artigo 220 da Constituição Federal estão intrinsecamente ligadas ao ato de propiciar às pessoas a defesa contra a propaganda de produtos que possam fazer mal à saúde (vide remissão feita pelo próprio § 4º ao inciso II do § 3º), o que deve ser feito, através da aposição da advertência em relação a estes possíveis males, consoante especifica a parte final do § 4º.

17. A Constituição, ao assegurar o direito de as empresas fazerem propaganda dos seus produtos, instituiu garantia que advém tanto do direito de livre iniciativa ("a propaganda é a alma do negócio"), como da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, também assegurados constitucionalmente.

18. O que se pretende demonstrar é que o direito fundamental de comunicação das empresas do setor do tabaco foi violado pelo *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, com a redação dada pela Lei nº 10.167/00, na medida em que tal diploma legal não apenas limitou o exercício deste direito, dentro do balizamento permitido pelo § 4º do artigo 220 da Constituição Federal, mas, materialmente, proibiu a propaganda de produtos derivados do tabaco, já que não há propaganda sem meios de comunicação de massa ou propaganda que seja voltada somente para o público já consumidor do produto.

19. Da mesma forma, demonstrar-se-á que a nova redação aos parágrafos 2º e 3º, introduzidos pela Medida Provisória 2.190-34/2001, trouxe um ônus e um constrangimento incompatíveis com as normas constitucionais vigentes, de os fabricantes serem obrigados a fazer contrapropaganda do seu próprio produto.

20. Qualquer pessoa pode ser mais ou menos contrária ao uso do fumo, pode-se até mesmo achar que o fumo deveria ser totalmente banido, mas esta é uma

posição pessoal, legítima, porém não coincidente com a opção constitucional, que assegura a produção, a comercialização e, com limitações, a propaganda do fumo, atividade que constitui um dos mais importantes itens da arrecadação tributária e da pauta de exportações nacionais.

21. Ao se referir à produção e comercialização de derivados de tabaco em seu artigo 220, para restringir-lhes a propaganda, a Constituição reconheceu, logicamente, a existência do correspondente direito. Não pode o legislador valer-se da competência de restringir a propaganda do tabaco para impedir *tout court* o exercício desse direito, muito menos para impor a obrigação de contrapropaganda.

22. Com efeito, conforme se demonstrará a seguir, (i) as empresas são titulares de direitos fundamentais; (ii) o direito de fazer propaganda é um direito fundamental ou, pelo menos, de sede constitucional; (iii) o artigo 3º da Lei nº 9.294/96, com a redação da Lei 10.167/00, vedou de forma absoluta o exercício do direito de fazer propaganda; (iv) ainda que se considere que o dispositivo legal deixou algum resquício desse direito, este ficou muito aquém do seu mínimo núcleo essencial; (v) a permissão constitucional de advertência não admite a imposição da atividade de contrapropaganda; e (vi) ao não respeitá-lo, o legislador realizou uma ponderação desproporcional, desequilibrada e desarrazoada dos valores envolvidos, com a qual esse Pretório Excelso certamente não concordará. Ademais, do ponto de vista da inconstitucionalidade formal, vê-se que o artigo 3º da Lei nº 9.294/96, na sua redação atual, violou a reserva absoluta fixada para a matéria.

II. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA

23. Os dispositivos impugnados atingem frontal e especificamente direitos das empresas que desenvolvem a atividade de fabricação e comercialização de produtos fumígenos, categoria econômica cujos interesses são representados

nacionalmente por esta CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Conseqüentemente, esta Confederação, como entidade sindical de grau superior representativa da Indústria Nacional, está legitimada à propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal.

III. AS EMPRESAS COMO TITULARES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE INICIATIVA ECONÔMICA.

24. Desde a Idade Média a ordem jurídica deixou de se calcar apenas na subjetivação de direitos e obrigações em pessoas físicas, tendo sido criada a abstração das pessoas jurídicas, como instrumento de congregação de interesses individuais para a consecução de objetivos comuns, sejam filantrópicos, ou lucrativo-empresariais.

25. HERMES LIMA, citando Ferrara, leciona:

"A personalidade jurídica é recurso técnico, 'forma jurídica que a lei adota para dar regulamento unitário a múltiplas relações entre uma pluralidade de indivíduos ou base estável para o funcionamento de obras de interesse geral', ensina Ferrara. Os fins a que a personalidade jurídica atende são os mais diversos. A rigor, como acentua Ferrara, toda necessidade do homem, qualquer exigência da civilização pode determinar o nascimento de uma pessoa jurídica. O fim deve ser determinado, possível e lícito" (*Introdução à Ciência do Direito*, Freitas Bastos Editora, 32ª edição, Rio de Janeiro, 2000, p. 201; v. também FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria Geral do Direito*, Ed. Lejus, São Paulo, 2000, pp. 230 e 231).

26. No mundo contemporâneo, a importância das pessoas jurídicas revela-se

ainda maior, não havendo como se imaginar a vida econômica e social sem as pessoas jurídicas, sendo quantitativamente mínimo o número de atividades econômicas desenvolvidas diretamente por pessoas físicas.

27. Isto posto, fica evidente serem as pessoas jurídicas titulares dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, salvo aqueles que, por sua natureza, só possam concernir às pessoas físicas (ex., o direito à integridade física, o direito de constituir família), tanto pelo imediato reflexo que possuem sobre os direitos das pessoas físicas que constituem o seu corpo social, como diretamente pela tutela dada pelo ordenamento jurídico a estes entes intermédios da sociedade, essenciais para o desenvolvimento econômico e social do país.

28. Constata-se na doutrina moderna tranqüilidade no que concerne ao reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Nas palavras de ALEXANDRE DE MORAES:

"Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois **reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos.** Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela constituição são de brasileiros ou estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas.

Assim, o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm seu direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais.

MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN e CALOGERO PIZZOLO observam que o artigo 25.1 da **Convenção Européia de Direitos Humanos habilita tanto as pessoas físicas como as jurídicas a reclamar a proteção de direitos humanos,**



da mesma forma que o Tribunal Constitucional da Espanha, que reconheceu expressamente a existência de direitos fundamentais relacionados à pessoa jurídica, respeitando-se, por óbvio, suas características próprias.

Igualmente, a Lei Fundamental alemã consagra os direitos fundamentais são válidos para pessoas jurídicas, à medida que, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas" (*Direito Constitucional*, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 61, grifos nossos).

29. Em sede de Direito Comparado, também é reconhecida a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas, como se verifica expressamente na Lei Fundamental de Bonn, artigo 19-3; na Constituição Portuguesa, artigo 12º, nº 2; na Constituição da Estônia, artigo 9º; e na Constituição da África do Sul, artigo 8º, nº 4.

30. J.J. GOMES CANOTILHO, comentando o dispositivo pertinente da Carta Portuguesa de 1976, sustenta:

"Nos termos do artigo 12º/2 'as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza'.

O enunciado semântico do artigo 12º/2 aponta claramente para o relevo jurídico de três conceitos: pessoas coletivas, direitos fundamentais, compatibilidade com a sua natureza.

(...) Em fórmula sintética e aproximada: as pessoas coletivas gozam de direitos fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem, como sejam o corpo ou bens espirituais.

As pessoas coletivas gozam de direitos fundamentais como, por exemplo, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de profissão, a liberdade de domicílio

14-130-15
..."(*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed.,
Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 393/394).

31. As citações acima demonstram a inequívoca tese de que as pessoas jurídicas são também titulares de direitos fundamentais, tese esta que não se deixou contaminar por dogmas preconceituosos e maniqueístas segundo os quais os direitos fundamentais seriam concernentes apenas aos indivíduos, sendo "nobres demais" para tutelar interesses econômicos, ainda mais de empresas.

32. Em primeiro lugar, a Constituição encara a liberdade de exercício da atividade econômica privada não como um favor do Estado, mas como um dos próprios fundamentos da República (artigo 1º, IV, da Constituição) e da Ordem Constitucional Econômica (Constituição Federal, artigo 170, *caput*), constituindo requisito do desenvolvimento sustentável da Nação, até porque "os Estados que mais têm avançado na melhoria da condição humana são justamente aqueles que adotam a liberdade de iniciativa, cabendo ao Estado o papel redistribuidor da renda nacional" (CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988-1989. p. 20).

33. Em segundo lugar, o rol dos direitos fundamentais sempre contemplou direitos de natureza econômica, a exemplo da vetusta "liberdade de indústria e comércio" (*verbi gratia*, o inciso XXIV do artigo 179 da Constituição Imperial Brasileira e os artigos 4º e 17 da Declaração dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789) e do direito de propriedade, base de todos os demais direitos de natureza econômica.

34. Como afirma EROS ROBERTO GRAU, isso significa que "a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso. (...) É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa

22/

MIGUEL REALE JÚNIOR – em uma sociedade livre e pluralista" (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 222 e 227).

35. Identificando a liberdade de iniciativa econômica como direito fundamental, GASTÃO ALVES DE TOLEDO afirma "ser preciso assinalar que a livre iniciativa pressupõe a existência de algumas condições de ordem política para o seu exercício, tais como o pluralismo, a democracia e a propriedade privada" (*O Direito Constitucional Econômico e a sua Eficácia*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 176).

36. Expressamente, LUÍS S. CABRAL DE MONCADA assevera que o direito de livre iniciativa econômica privada é considerado como um "autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental. Efetivamente, ele foi transferido para o domínio dos direitos fundamentais muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de o encarar como um mero princípio objetivo de organização econômica (...) Deve ter-se presente que o texto constitucional o consagra como um direito à não intromissão do Estado, um direito contra o Estado, pois que pode exercer-se livremente" (*Direito Económico*, Coimbra Editora, 2ª ed., 1988, pp. 140/1).

37. Também para MANUEL AFONSO VAZ "a liberdade de empresa é um direito subjetivo, e não meramente um princípio institucional do sistema econômico. (...) É que, antes de ser uma 'garantia institucional', o direito à livre empresa é um direito subjetivo constitucional diretamente aplicável. As restrições legais a esse 'direito-liberdade' em caso algum podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito" (*Direito Económico: a ordem económica portuguesa*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 167/8. No mesmo sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 7º Volume. São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 2000, pp. 17 e 18).

38. Para GASPAR ARIÑO ORTIZ o direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma ("sem liberdade, ainda que exista propriedade, não pode existir empresa, mas apenas organização burocrática, estatal ou não"), também é expressão dos direitos de propriedade, de livre escolha da profissão ou ofício, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade contratual e da dignidade da pessoa humana, por propiciar o "livre desenvolvimento da personalidade" (*Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 212/3).

IV. AS EMPRESAS COMO TITULARES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE COMUNICAR-SE ATRAVÉS DA PROPAGANDA.

39. Colocadas as empresas como titulares de direitos fundamentais, entre eles o de liberdade de iniciativa econômica, passa-se a demonstrar que a liberdade de comunicação com a clientela potencial ou efetiva, ou seja, o direito de fazer propaganda, constitui um sub-princípio da liberdade de iniciativa econômica, um direito fundamental dele necessariamente derivado, ainda mais reforçado por não possuir aspectos apenas econômicos, como também relacionados diretamente à liberdade fundamental de manifestação e comunicação de idéias e pensamentos, tanto em seu aspecto emissor (das empresas divulgarem os seus produtos, as suas qualidade, preços, etc. – artigos 5º, IX, e 220 da Constituição Federal) quanto em seu aspecto receptivo (direito dos cidadãos à informação – artigos 5º, XIV, e 220).

40. Segundo a lição de KONRAD HESSE, "a regulação constitucional da liberdade de expressão não está só a determinar, delimitar e assegurar o estatuto jurídico do indivíduo. Por ela adquire realidade e toma forma a ordem da Democracia e do Estado de Direito" (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª edição, Heidelberg, 1988, pág. 119).

41. Não há legitimidade para se impedir a venda de produto lícito ou a sua

publicidade, sem limitar direitos fundamentais dos eventuais clientes, nomeadamente, a liberdade de conhecer e adquirir os produtos comercializados, além de direitos das próprias empresas, que devem ter a liberdade de vender e tornar públicos, com limitações, os seus produtos. Como é do conhecimento comum, a publicidade desempenha, em nossos dias, um papel essencial no domínio da economia, já que, ao estabelecer a ligação entre consumidores e produtos/serviços, propicia a sua aquisição e, desta forma, impulsiona a indústria e o comércio. É igualmente verdade que, como a publicidade é disciplinada em nossa Constituição, não pode haver legislação que a restrinja totalmente.

42. FÁBIO ULHÔA COELHO, no parecer anexo, leciona:

"A publicidade, todos sabem, é instrumento privilegiado de concorrência econômica entre as empresas, na economia contemporânea. É através dela, principalmente, que o empresário pode informar aos potenciais consumidores as características próprias de seus produtos ou serviços, preço e virtudes, distinguindo-os dos fornecidos pela concorrência. Na economia de massas do nosso tempo, não há outro meio de o empresário fazer conhecida sua marca e seus produtos".

43. A interpretação que compreende o direito de fazer propaganda no conteúdo dos direitos fundamentais de iniciativa econômica e de comunicação é a única que pode ser dada aos artigos 1º, IV; 5º, IV, IX e XIV; 170, *caput*; e 220, todos da Constituição Federal.

44. Note-se, inclusive, que os artigos 5º, IX, e 220, da Constituição Federal estão longe de se limitar a garantir apenas a liberdade de manifestação de idéias, o que poderia ensejar interpretações reducionistas dos direitos fundamentais, no sentido de que tal liberdade protegeria apenas manifestações não econômicas (políticas, ideológicas, religiosas...). Para sequer possibilitar a eventual plausibilidade de interpretações com este perfil, que já seriam incorretas

diante, inclusive, da eficácia irradiante e expansiva dos direitos fundamentais, o Constituinte entendeu por bem deixar clara a amplitude desse direito, referindo-se expressamente à liberdade "de comunicação" *in genere* e inserindo os principais dispositivos de proteção da liberdade de expressão justamente no Capítulo referente à comunicação social (artigos 220 e seguintes), ou seja, no Capítulo das comunicações, aí expressamente incluídas as propagandas, através dos meios de comunicação de massa. 19

45. Manifestando a amplitude do direito constitucional de comunicação, que abrange o direito de fazer propaganda, IVES GANDRA MARTINS afirma que, "a liberdade de expressão do pensamento assume necessariamente múltiplas formas, por força da óbvia razão de que são muitos os planos em que o pensamento se exercita como também são múltiplas as formas e os meios de que se vale para comunicar-se. Assim surgem liberdades tais como: a de opinião, a de religião, a de informação, a de imprensa, a de telecomunicações etc. (...) Aparece também o direito de expressar-se para pessoas indeterminadas, o que pode ser feito através de livros, jornais, rádio e televisão". Assim, "não contente o Legislador supremo em dizer que tais manifestações não sofrerão qualquer restrição, reforçou a dicção, ao dizer que as limitações não poderiam ser de qualquer natureza, ou seja, 'sob qualquer forma, processo ou veículo'. À nitidez, o constituinte entendeu que, ao falar em veículo (meio de comunicação social), processo (qualquer tipo de divulgação) ou forma (latitude máxima), eliminaria qualquer atentado sobre a liberdade de imprensa ou a livre manifestação do pensamento. A repetição objetiva tornar a garantia desse direito a mais ampla possível" (CELSONO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, *ob.cit.*, , 2º Volume, pp. 40 e 43, e 8º Volume, p. 801).

46. A mesma acepção ampla ao direito de livre comunicação do pensamento é dada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), tratado internacional de direitos humanos, ratificado pelo Brasil em 25 de abril de 1992, *in verbis*: 20

Artigo 13 - Liberdade de Pensamento e de Expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

47. O Tribunal Constitucional português já chegou a afirmar que "a relação entre publicidade (*Öffentlichkeit*), direitos do homem e legitimação do domínio político constitui mesmo a estrutura de fundamentação da idéia de Democracia" (Acórdão 636/95, Processo nº 404/88, Plenário, Conselheiro Rel. Assunção Esteves). Em outro acórdão, a mesma Corte Constitucional afirmou de forma expressa que a publicidade pode "englobar-se no direito de informar, que constitui uma das dimensões do direito de informação consagrado no referido artigo 37.º da CRP. (...) O **"direito de informar"** que a recorrente invoca assume aqui uma especial e distinta natureza constitucional, pois corresponde à publicidade a que alude o n.º 2 do artigo 60.º da CRP e que está articulada, por um lado, com o direito fundamental dos consumidores 'à qualidade dos bens e serviços consumidos e à informação...', instituído no n.º 1 do mesmo artigo, e, por outro lado, com o exercício de um outro direito, igualmente de natureza fundamental - o direito de iniciativa económica privada" (Acórdão nº 348/2003, Processo n.º 797/02, 2ª Secção, Conselheiro Rel. Benjamim Rodrigues, grifos nossos).

48. No tocante ao tema, merecem menção os ensinamentos de REYNALDO ANDRADE DA SILVEIRA:

"Adite-se a afirmação que a livre concorrência é princípio geral da ordem económica, o que evidencia a regularidade da publicidade como prática comercial válida. Assim, pode o empresariado, livremente, utilizar-se, ao seu nuto, da publicidade, não estando, entretanto, obrigado a fazer uso

oleg

dela. As restrições legais impostas são próprias do sistema e nele mesmo estão os limites intransponíveis. Daí decorre a legalidade do uso ou prática comercial de manejar veículos de comunicação com finalidade mercantil" (*Práticas Mercantis no Direito do Consumidor*, Ed. Juruá, Curitiba, 1999, p. 118).

49. Entende-se que o uso da publicidade é uma faculdade e o fornecedor utiliza-se dela se desejar. Entretanto, se escolher valer-se da arte publicitária, deverá respeitar limites e condições, mas jamais pode ser totalmente proibido de veiculá-la.

50. Ressalta-se a opinião de MÁRCIO MELLO CASADO, para quem a liberdade (limitada) de publicidade é um direito fundamental ligado tanto à liberdade de iniciativa econômica, como à liberdade de comunicação e expressão, apesar de, para o autor, ser aquela o seu esteio primordial:

"A obra publicitária, por se tratar de uma criação e meio de informação, por força da Constituição Federal, não sofrerá qualquer restrição, desde que observe o disposto na Carta Maior e nas demais normas incidentes. (...) Mas este princípio da liberdade da publicidade nos parece mais enraizado no disposto no artigo 170, parágrafo único, visto que a publicidade nada mais é que um meio altamente eficiente da comercialização de um produto, fruto de uma iniciativa econômica. A liberdade da publicidade decorre da liberdade da iniciativa econômica, diretamente. A liberdade de criação e informação, descritas no artigo 220, da Constituição Federal, são um meio de realização do objetivo maior da livre iniciativa, o lucro. O fornecedor, ao encomendar uma campanha publicitária, pensa nela como o meio de vender o seu produto e não como um simples veículo de informação" (*Princípios Gerais Da Publicidade Na Constituição Federal E No Código De Defesa Do Consumidor*, disponível em www.ufsc.br/buscalegis. Acesso

em 19 ago. 2001).

51. Estudando o tema, LUÍS ROBERTO BARROSO comenta que a proteção da propaganda comercial foi amplamente discutida na jurisprudência norte-americana. A Emenda nº 1 à Constituição dos Estados Unidos da América assegura a liberdade de expressão e de imprensa sem qualquer menção explícita à publicidade, apenas garantindo que o Congresso não poderá editar lei cerceando esta liberdade. Prossegue o eminente constitucionalista:

"Em 1942, ao julgar *Valentine v. Chrestensen*, a Suprema Corte entendeu que '*commercial advertising*' não era um direito constitucional e, conseqüentemente, estava sujeito à vedação pelo Estado. Esta linha de entendimento foi reformada, no entanto, a partir do julgamento de *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, em 1976, que assegurou não apenas **proteção à propaganda comercial** como também reconheceu ao público o direito de receber informação" ("Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro", in *Temas de Direito Constitucional*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 251).

52. O autor acrescenta que, em 1980, foi proferida decisão em *Central Hudson Gas v. Public Service Commission of New York* que instituiu um "teste" de quatro itens no exame da constitucionalidade de leis restritivas à publicidade: (i) se a atividade divulgada é lícita e se a publicidade não é enganosa; (ii) se o interesse invocado pelo Poder Público é um interesse relevante; (iii) se a restrição é apta a promover diretamente o interesse invocado pelo Poder Público; (iv) se não existem medidas menos restritivas para promover o interesse (ob.cit., nota de rodapé nº 15).

53. O autor também traz à baila a posição, no mesmo sentido, da Justiça

22
[assinatura]

Constitucional do Canadá:

"Essa característica instrutiva da propaganda foi destacada pela Corte Superior de Quebec, no Canadá, ao declarar **inconstitucional ato normativo que vedava a publicidade de cigarros naquele país**. Confira-se trecho do acórdão sobre o tema: 'O Ato priva um terço da população adulta do Canadá, consumidores do produto, da informação referente a produtos existentes, novas marcas ou produtos, mudança do produto em termos de teor, nicotina e CO², informações que possibilitariam aos indivíduos fazer opções econômicas formadas.' A Suprema Corte do Canadá, ao confirmar a decisão, acrescentou: 'Além e acima de seu **valor intrínseco como expressão**, a propaganda comercial que, como já foi apontado, protege os que ouvem tal qual os que falam, desempenha um papel significativo de capacitar os indivíduos a fazerem escolhas econômicas informadas, um importante aspecto da satisfação pessoal e da autonomia individual.' A decisão final proferida pela Suprema Corte canadense considerou que proibir a veiculação da publicidade de cigarros nos principais meios de comunicação não era compatível com a Seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. É de notar-se que a Constituição canadense, no particular, contém dispositivos muito semelhantes à brasileira, garantindo genericamente a liberdade de expressão e de imprensa. A diferença fica por conta do caráter mais analítico de nossa Carta, que trata especificamente da publicidade de cigarros, admitindo restrições, mas assegurando sua veiculação como um direito".

54. Recentemente, em 28 de junho de 2001, a Suprema Corte Norte-Americana

reafirmou no caso *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly* a sua posição no sentido da integral aplicabilidade do direito fundamental de expressão (*First Amendment*) às propagandas comerciais, inclusive às de produtos derivados do tabaco.

55. No caso, declarando a inconstitucionalidade de ato normativo do Estado de Massachusetts que, no fundo, apesar de não explícito, proibia a propaganda de cigarro em *out-doors* em quase toda a cidade, a Suprema Corte afirmou que o interesse público em proteger crianças e adolescentes da propaganda de cigarros não pode levar ao quase banimento desta propaganda, necessária para que os fabricantes e os consumidores adultos, efetivos ou potenciais, possam dar e receber informações sobre um produto lícito.

56. Enfaticamente, o *Justice* CLARENCE THOMAS asseverou:

"Quando o governo pretende restringir discursos que não veiculam mentiras para suprimir as idéias que eles expressam, impõe-se um controle rígido da constitucionalidade (*strict scrutiny*), independentemente do discurso em questão poder ou não ser considerado como 'comercial'." (grifamos)

57. É grande o arcabouço doutrinário de sustentação desta posição da Suprema Corte, podendo ser citado MARTIN H. REDISH, para quem não há qualquer razão para que se dê maior primazia ao direito de expressão política do que ao direito de expressão empresário-comercial, já que "da mesma forma que a livre expressão política facilita o processo de auto-governo, tornando os indivíduos votantes mais bem informados, a liberdade de expressão comercial facilita o processo de auto-governo privado, tornando os indivíduos melhor informados para fazer escolhas de opções de vida. (...) A supressão estatal seletiva de determinados tipos de discursos (comerciais ou não) com base no juízo do Estado sobre a capacidade de persuasão ou sobre o objetivo do discurso mina as premissas básicas da humildade epistemológica do Governo, sem a qual não

há como a Primeira Emenda sobreviver" (*Money Talks: Speech, Economic Power and the Values of Democracy*, New York University Press, New York, 2002, pp. 19 e 57).

58. No Brasil, em razão de haver dispositivo constitucional expresso, sequer há espaço para tanta elaboração doutrinária ou jurisprudencial quanto ao direito de se fazer propaganda do tabaco.

59. Sobre o tema, observa LUIS ROBERTO BARROSO:

"No Brasil, sob a Constituição de 1988, a questão não se reveste de tal complexidade, seja pela referência expressa à propaganda comercial, feita no § 4º do artigo 220 (...), seja pelo fato de que a publicidade é, claramente, um aspecto do direito à informação. (...) Cabe, nesse passo, voltar a enfatizar a função social da propaganda. De fato, é pelo livre fluxo da comunicação comercial que se levam ao público consumidor dados sobre as características dos produtos, os elementos que os diferenciam, as inovações introduzidas e, até mesmo, como no caso do cigarro, os riscos associados à sua utilização. Por tais peculiaridades, o direito à informação, compreendido na liberdade de anunciar, adquire uma dimensão transindividual e passa a representar uma garantia de todos os consumidores, reais e potenciais" (ob.cit., nota de rodapé nº 15).

60. Pode-se afirmar, portanto, que o direito de fazer propaganda de produtos lícitos é expressão dos direitos fundamentais de livre iniciativa econômica e de livre expressão e comunicação. Um regramento legítimo da publicidade não afrontaria o direito de livre manifestação e criação, posto que não é o direito em si que é regrado, mas sim o seu excesso.

61. É sob este prisma que a seguir se demonstrará que, malgrado ser

26

constitucionalmente admissível a imposição de limites à propaganda do tabaco, o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9.294/96, com a redação dada pela Lei nº 10.167/00, foi muito além ao vedar a sua propaganda e a fazê-lo com propósitos distintos daqueles fixados pelo Constituinte.

V. A LEI, AO INVÉS DE RESTRINGIR O DIREITO DE FAZER PROPAGANDA, O EXTINGUIU.

62. Viu-se que o atual artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9.294/96, veda a comunicação publicitária dos produtos derivados de tabaco em todos os meios de comunicação de massa, admitindo a veiculação de anúncios apenas através de pôsteres, painéis e cartazes afixados nos locais internos dos pontos de venda dos produtos. Pode-se notar claramente que o referido dispositivo violou o permissivo do artigo 220, § 4º, da Constituição Federal, já que, ao invés de restringir a propaganda, o que poderia, sem dúvida, ter feito, vedou-a absolutamente. E isto por duas razões: (i) no mundo contemporâneo, ao contrário do medievo em que os proclamas do Rei eram afixados numa árvore em praça pública, os meios de comunicação de massa integram o próprio conceito de publicidade ou de propaganda comercial; e (ii) a "propaganda" restrita apenas aos pontos de venda dos produtos, ou seja, dirigida apenas a quem já tem o hábito de adquirir o produto, não tem a natureza persuasiva inerente à propaganda.

63. No mesmo sentido, ou seja, de que o legislador pode restringir, mas não extinguir, o direito fundamental de comunicação publicitária, assentou-se a jurisprudência constitucional portuguesa, segundo relato feito pela Procuradoria Geral da República daquele País:

"A citada deliberação (declarada inconstitucional) não ensaiou fazer a conciliação prática da liberdade de expressão (artigo 37, nº 1, da Constituição) com os direitos constitucionais da propriedade privada e a um ambiente de

26

vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado (artigo 62 e 66 da Constituição), tendo negado o exercício daquela liberdade, mediante a proibição absoluta, permanente e indiscriminada de toda e qualquer pintura de inscrições em imóveis públicos ou particulares. (...) A solução da situação de 'conflito' deverá encontrar-se no quadro da unidade da Constituição, mediante a harmonização tão equilibrada quanto possível dos preceitos divergentes, prosseguindo-se a realização da sua concordância prática no respeito pelo critério da proporcionalidade na distribuição das 'compressões' dos direitos em confronto" (Parecer n° P000011989 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de Portugal - Relator Garcia Marques. Homologado em 22/05/89. *In* Bases Jurídico-Documentais do Ministério da Justiça - Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça de Portugal <http://www.dqsi.pt/pqrp.nsf/0/7a6bfe1a0575e0ee80256890005ccc4b?OpenDocument> - acesso em 17/08/2004).

64. No mesmo sentido, de forma ainda mais específica, afirmando que a proibição da propaganda televisiva representa substancialmente a perda do direito de fazer propaganda, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias:

"O Tribunal admitiu a pertinência do argumento segundo o qual a proibição de publicidade televisiva privava o operador da única forma de promoção eficaz que lhe permitia penetrar num mercado nacional (cf. Processo C-322/01, que teve por objeto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pelo *Landgericht de Frankfurt am Main*, acessível em <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=pt&Submit=Pesquisar&docrequire=alldocs&numaff=C-322&datefs=&datefe=&nomusuel=&>

omaine=&mots=&resmax=100).

65. O que o artigo 220, § 4º, da Constituição Federal Brasileira, supostamente regulamentado pela Lei nº 9.294/96, restringe, a título de exceção à regra de liberdade fixada em seu *caput*, é a "propaganda" de produtos derivados do fumo.

66. Ocorre que o conceito de "propaganda" não é um conceito jurídico, sendo mais um exemplo da crescente tecnicização do direito moderno, que faz com que o jurista deva se valer de conceitos das áreas técnicas especializadas objeto da lei. No dizer de REINHOLD ZIPPELIUS, "a legislação converte-se progressivamente em matéria de peritos, sendo eles os únicos que ainda se entendem das interligações normativas que poderão afetar a disposição jurídica a adotar" (*Teoria Geral do Estado*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, pp. 499 e 501).

67. Pois bem, será então no seu setor técnico-especializado próprio que deve ser buscado o conceito de "propaganda". Nesta seara constatamos que a propaganda é definida pelos clássicos da publicidade CHARLES D. SCHEWE e REUBEN M. SMITH como a "comunicação impessoal paga por um patrocinador e **que usa mídia de massa**" (CHARLES D. SCHEWE e REUBEN M. SMITH, *Marketing: conceitos, casos e aplicações*, trad. Auriphebo Berrance Simões, Ed. McGraw-Hill, São Paulo, 1982, p. 420, grifos nossos).

68. Como bem acentuou o publicitário DE FLEUR, na medida em que a sociedade foi aumentando e se tornando mais complexa, cresceu a necessidade humana de um meio seguro de comunicação, que atingisse rapidamente longas distâncias (MELVIN L. DE FLEUR, *Teorias da Comunicação de Massa*, trad. Marcelo A. Corção, 2ª edição, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1976, p. 72).

69. De fato, revela-se inimaginável, hodiernamente, a existência de propaganda que prescindia da veiculação nos meios de comunicação de massa. A propósito,

alg

leciona TONY SCHWARTZ:

"A mídia eletrônica praticamente eliminou os vendedores ambulantes (...) Os vendedores foram substituídos pelo rádio e pela TV, presentes em quase todos os lares e vendendo a mais variada linha de produtos." (TONY SCHWARTZ, *Mídia: o segundo Deus*, trad. Ana Maria Rocha, ed. Summus, São Paulo, 1985, p. 59).

70. Em interessante passagem, este mesmo publicitário sustenta que o rádio e a televisão criaram o supermercado. Assim explica:

"Há uma geração as pessoas ainda freqüentavam a mercearia do bairro. O atendente ficava atrás do balcão, e as prateleiras exibiam uma certa variedade de produtos, enquanto o restante ficava armazenado em estoque. Você ia à mercearia com uma lista de compras, e após ter comprado tudo o que precisava, o atendente ainda lhe oferecia batatas ou farinha, ou mesmo verduras frescas que havia acabado de receber. Hoje em dia o supermercado substituiu o armazém da esquina. O balcão, as prateleiras e o merceeiro deram lugar a uma ampla sala de estoque que exhibe uma grande variedade de produtos. **Através dos comerciais nós sabemos os nomes desses produtos e a sua procedência**. (...)

Há alguns anos um grande supermercado empilhou gêneros alimentícios nas vitrinas para que os fregueses soubessem quais os produtos disponíveis. **Hoje em dia a televisão é a principal vitrina para os bens de consumo, eliminando, conseqüentemente, as vitrinas das lojas**" (ob. cit.).

71. Esta passagem é bastante elucidativa para os fins aqui pretendidos, uma vez

que conduz à conclusão de que a televisão eliminou a propaganda no próprio local de venda do produto. Portanto, a exposição de cartazes ostentando a marca de cigarro no interior dos bares não é propaganda no sentido atual do termo. No máximo, estes cartazes são um acessório da propaganda na televisão e no rádio, lembrando o consumidor do que foi veiculado a respeito daquela marca. Sem a propaganda nestes meios, os cartazes não são mais do que decorações nos locais de venda, sem efetividade alguma no que concerne à atração do consumidor para esta ou aquela marca.

72. De forma mais filosófica, MARSHALL MCLUHAN, que produziu um trabalho considerado revolucionário no mundo da Publicidade, na década de 1960, assentou:

"A televisão completa o ciclo sensorium humano. Com o ouvido onipresente e o olho móvel, abolimos o escrito, a metáfora especializada acústico visual que estabeleceu a dinâmica da civilização ocidental." (MARSHALL MCLUHAN e QUENTIN FIORE, *O Meio são as Menssa-Gens*, trad. Ivan Pedro de Martins, coord. Jerome Agel, 2ª edição, Record, Rio de Janeiro, 1969, p. 73)

73. Com efeito, após destacar que tratar hoje da importância dos meios de comunicação de massa é quase uma redundância, expõe VERA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO LOPES que "os meios de comunicação de massa, em especial os de radiodifusão, pela sua penetração quase global nas sociedades, lidam com a informação, que hoje é tida como essencial para o desenvolvimento em qualquer nível: pessoal, grupal, nacional, global, etc. Nesse sentido, Maria Eduarda Gonçalves põe em realce a trajetória da sociedade moderna, de uma economia de base industrial, assentada na matéria, para uma economia em que o fator imaterial – dados, informação, conhecimento científico e técnico – adquire crescente relevância e conseqüentemente valor econômico. A mesma autora ressalta que, além do impacto econômico, esta evolução tem incidência profunda sobre os modos de organização e funcionamento das relações sociais e sobre a

30



realização de valores básicos das sociedades modernas, como as liberdades e a democracia" (VERA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO LOPES, *O Direito à Informação*, Ed. RT, São Paulo, 1997, pp. 142/3).

74. Também TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, valendo-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma:

"Ao dispor que a propaganda de produtos seja reduzida a pôsteres, painéis e cartazes internos, significa que ela está inteiramente proibida em ambientes externos. Admitida apenas, nas forma de pôsteres, painéis e cartazes internos, significa, de fato, o impedimento total da atividade comercial de propaganda do tabaco. (...) **Parece-me importante, com efeito, mencionar, neste passo, a judiciosa observação do MINISTRO MARCO AURÉLIO do Supremo Tribunal Federal – STF de que 'o conteúdo político de uma Constituição não pode levar quer ao desprezo do sentido vernacular das palavras utilizadas pelo legislador constituinte, quer ao técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito'** (RTJ, 156/673). Neste sentido, 'a flexibilidade de conceitos, o câmbio do sentido destes, conforme os interesses em jogo, implicam insegurança incompatível com o objetivo da própria Carta que, realmente, é um corpo político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes são imunes ao real sentido dos vernáculos, especialmente os de contornos jurídicos. Logo, não merece agasalho o ato de dizer-se da colocação, em plano secundário, de conceitos consagrados, buscando-se homenagear, sem limites técnicos, o sentido político das normas constitucionais. (...) A propaganda comercial tem por objeto a publicidade de produtos e serviços em veículos e processos de comunicação. (...) Propaganda comercial sem



exteriorização não é propaganda enquanto atividade econômica" (*Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão* [obra coletiva], edição do CONAR, 2000, p. 17 e 18, cópia anexa, grifamos).

75. FÁBIO ULHOA COELHO, sob outra perspectiva, tem a mesma opinião:

"Quanto à extensão do controle, podem ser identificados dois *sistemas* de disciplina jurídica da publicidade do tabaco: de um lado, o da *proibição* de veiculação nos *principais* meios de comunicação social (TV, rádio e imprensa); de outro, o da *restrição*. O controle da publicidade do tabaco *por proibição*, ressalte-se, nunca atinge a totalidade dos veículos. Se considerarmos que a embalagem do cigarro é também suporte publicitário, não se concebe a comercialização do produto sem um *mínimo de publicidade*. Não se trata, pois, de proibir esse mínimo, que, além da embalagem, compreende as mídias de menor importância, como pôsteres, cartazes internos e folhetos no ponto de venda. Quando o direito adota o sistema de controle *por proibição*, obsta a publicidade do tabaco nos *principais* veículos de comunicação social. (...) Essa hierarquia entre os veículos decorre do potencial de difusão da mensagem publicitária. Os principais meios de comunicação social são a TV, o rádio, a imprensa e os cartazes externos (*outdoor*) porque o anúncio veiculado através desses canais é visto por um número muito maior de pessoas, do que ocorreria caso a mídia utilizada fossem os pôsteres, cartazes internos ou folhetos nos pontos de venda. (...) Quando o Projeto de Lei em exame estabelece que "a propaganda comercial dos produtos (de fumo) só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de

venda", não se trata de uma *restrição*, mas sim de verdadeira *proibição*, posto que os veículos autorizados têm importância menor na divulgação de qualquer marca de cigarro. É claro que qualquer país pode alterar o sistema jurídico de controle da publicidade do tabaco. Para fazê-lo, contudo, deve ser utilizado o instrumento normativo correto. Nos direitos de tradição românica, se a *lei* preceitua o sistema de controle *por restrição*, um *decreto* não poderá mudá-lo. No Brasil, o sistema de controle da publicidade do tabaco é matéria constitucional e, portanto, somente uma Emenda à Constituição poderá validamente alterá-lo" (v. parecer anexo).

76. LUÍS ROBERTO BARROSO, para manifestar o contraste com a disciplina inconstitucional atualmente existente, cita inúmeros dispositivos legais que, sem vedar o essencial acesso aos meios de comunicação social, concretizavam a restrição à liberdade de expressão e ao direito de informação por via publicitária nos parâmetros delineados pela Constituição Federal em seu artigo 220, § 4º. Nesta trilha, a Lei nº 9.294/96 em sua redação originária, que estabelecia limitações de horário e de conteúdo para a propaganda de cigarro, impondo ainda a divulgação de cláusulas de advertência. Completa o referido mestre, cujas lições, pela excelência e por ser um dos poucos trabalhos da doutrina nacional dedicados exclusivamente à matéria, pedimos vênias para transcrever:

"Nada obstante o exposto até aqui, é importante assinalar que a Constituição assegura a publicidade como direito subjetivo de empresários e consumidores. Assim, no mesmo passo que admitiu a restrição legal do direito (artigo 220, §4º) – até porque nenhum direito é absoluto – trouxe implícita a impossibilidade do seu banimento. A interpretação gramatical ou semântica se apresenta como limite à atividade criadora do intérprete. (...) No esforço de dissimular o

banimento de fato da publicidade, o legislador concedeu permissão para que ela seja realizada em pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. Analogicamente, é como confinar a divulgação de uma determinada doutrina religiosa ao interior do templo; ou o debate de idéias socialistas à sede da agremiação política que as professa; ou a música sertaneja aos rodeios ou auditórios específicos, sem que possa ser executada na televisão ou no rádio" (Luís Roberto Barroso, *Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*, in Revista de Direito Administrativo, 224/31, abril a setembro de 2001).

77. Nesse ponto, o autor, referindo-se às afirmações de Guido Alpa de que "a publicidade pode, de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna", e de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, de que "não há sociedade de consumo sem publicidade", arremata:

"A permissão de anunciar em **meios rudimentares** e sem expressão **inviabiliza** que se faça, perante o grande público, a apresentação e divulgação do produto, elementos essenciais à publicidade na quadra histórica atual. **Os meios de comunicação de massa são as principais vias de intercâmbio de informações na sociedade de consumo moderna.** Vale dizer: a proibição imposta na lei **atinge a essência da propaganda**, desviando-a dos seus próprios fins e esvaziando seu conteúdo, o que **na prática configura seu verdadeiro banimento** e não uma restrição admitida pela Constituição. (...)

No caso brasileiro é importante observar que, ao instituir o direito à publicidade e admitir sua restrição legal relativamente a alguns produtos, o constituinte o fez no

39



capítulo dedicado à comunicação social, onde cuida especificamente dos meios de comunicação de massa: televisão, rádio e imprensa. É nesses veículos que a publicidade está assegurada, observadas as limitações validamente instituídas. Proibir a divulgação de produtos nesses meios é violar a norma constitucional.

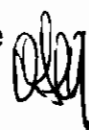
78. À mesma conclusão chega TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR:

"Se a Constituição fala em restringir é porque, por princípio, é atividade protegida pela liberdade de criação, expressão e informação sob qualquer forma, processo ou veículo: liberdade se restringe, não se elimina" (*Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão* [obra coletiva], edição do CONAR, 2000, p. 15, em anexo).

79. Por derradeiro, cumpre não olvidar que as limitações em análise estão inseridas no Capítulo intitulado "Da Comunicação Social" (artigos 220 e seguintes), ou seja, no Capítulo das comunicações de massa, aí expressamente incluídas as propagandas (art. 220, § 4º).

80. Esse ponto é de extrema importância, já que a localização tópica do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, que prevê as limitações ao direito de fazer propaganda comercial, é clara indicação que se trata de limitação a propagandas nos veículos de "Comunicação Social", título do Capítulo no qual o dispositivo se insere, ou seja, nos veículos de comunicação de massa.

81. De fato, como leciona CARLOS MAXIMILIANO, "influi para a interpretação e aplicabilidade, o lugar em que um trecho está colocado. (...) Denomina-se argumento pro subjecta materia, o que se deduz do lugar em que se acha um texto. (...) O sentido e as palavras da lei devem afeiçoar-se ao título sob o qual se acham colocados; ampliem-se ou restrinjam-se conforme o assunto a que



estão subordinadas" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 7ª edição, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1961, pp. 332/3).

82. Destarte, o mínimo de liberdade de comunicação que não pode ser suprimido pela regulamentação legal do dispositivo refere-se, naturalmente, à propaganda nos meios de comunicação social de massa. Sem estes veículos, o § 4º do art. 220 estaria até mesmo mal situado no corpo da Constituição, hipótese hermenêutica que não pode ser em princípio acolhida.

**V.1 A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.167/00 AO *CAPUT* DO ARTIGO 3º DA
LEI nº 9.294/96 ESTABELECE UMA CENSURA LEGISLATIVA
DA PROPAGANDA DE TABACO**

83. A Constituição de 1988 é expressa ao vedar qualquer espécie de censura (artigos 5º, IX, e 220, *caput*) à comunicação social, seja ela feita por ato administrativo ou diretamente por lei, sendo admitidas apenas as restrições especificadas pela própria Constituição.

84. Ao vedar a propaganda de produtos derivados de tabaco nos meios de comunicação de massa, a Lei nº 10.167/00, ao alterar o *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, estabeleceu uma censura legislativa desta forma de comunicação social.

85. Como expõe TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR,

"...censura o Legislativo quando impede, *in genere* ou *in specie*, a propagação de idéias. (...) A vedação da censura (da censura legal, enquanto exclusão prévia, por meio de lei, de atividade de comunicação) não se confunde com a regulamentação da atividade" (ob.cit., pp. 12 e 13).

86. Igualmente, FERNANDO FORTES, valendo-se das lições de JOSÉ

HENRIQUE RODRIGUES, assevera:

"...qualquer restrição ou limitação imposta à imprensa pelos poderes Legislativo ou Executivo, contrariando os princípios constitucionais, constitui inaceitável censura. (...) Não podem editar provimentos, regulamentos, portarias, leis, decretos ou quaisquer outros atos normativos para impor qualquer tipo de restrição à atividade de imprensa. (...) De notar que é a mesma proteção constitucional outorgada à liberdade de imprensa e à de informação em geral, inclusive publicitária" (*Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão* [obra coletiva], edição do CONAR, 2000, p. 53, em anexo).

VI. VIOLAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO DE AS EMPRESAS COMUNICAREM-SE ATRAVÉS DA PUBLICIDADE

87. Ainda que, *ad argumentandum tantum*, se sustentasse que a afixação de pôsteres, painéis e cartazes nos pontos internos de venda do produto pudesse ser incluída no conceito de "propaganda comercial", a redação atual do *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.294/96 continuaria sendo inconstitucional por desrespeitar o conteúdo mínimo do direito constitucionalmente assegurado de as empresas comunicarem-se através da publicidade.

88. Não há direito ou liberdade individual que seja absoluto. Todos eles estão sujeitos a limitações que integram a sua própria essência. Assim, por exemplo, a propriedade é assegurada, atendida a sua função social (artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal).

89. Igualmente, o direito das produtoras de derivados do fumo fazerem propaganda dos seus produtos é previsto no artigo 220 da Constituição Federal, mas o próprio dispositivo admite restrições a este direito fundamental de

manifestação do pensamento em função da saúde pública, observando que, nesta senda, as restrições à propaganda do fumo também são expressamente consideradas por JEAN-PHILIPPE COLSON (*Droit Public Économique*, 2ª edição, Ed. LGDJ, Paris, 1997, p. 52) como **limitações administrativas à liberdade empresarial**.

90. Não há direito que não seja passível de limitações administrativas. Estas são gerais e se inserem no próprio conteúdo do direito; não chegam a coarctar os atributos concernentes ao núcleo essencial do direito para torná-los despiciendo ou pouco significativos e, por estas razões, não são indenizáveis. Se ultrapassar estes lindes, a limitação administrativa na verdade terá deixado de o ser, constituindo uma servidão administrativa, uma desapropriação ou um confisco puro e simples. Tratando-se deste aspecto, são clássicos os ensinamentos de MIGUEL S. MARIENHOFF:

"Apesar de a Administração Pública poder impor restrições à propriedade privada em prol do interesse público, elas têm a sua lógica limitação: a medida imposta não pode exceder o que, do ponto de vista técnico-jurídico, seja especificamente uma 'restrição'; se os limites conceituais desta forem excedidos, a medida será írrita" (*Tratado de derecho Administrativo*, Tomo VI, 6ª edição, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 47).

91. Ora, se a assertiva é correta em relação aos direitos em geral, maiores cuidados deverá ter o intérprete em se tratando de limitações de direitos fundamentais, a exemplo dos direitos ora em discussão, que são restringidos em virtude do artigo 220, § 4º, da Constituição Federal, para o que devem ser trazidas à baila as palavras de DANIEL SARMENTO:

"Considera-se que **existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo**

Legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o 'limite dos limites', ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição" (*A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 111, grifamos).

92. J.J.GOMES CANOTILHO, afirma a esse respeito:

"...a idéia fundamental do princípio da salvaguarda do núcleo essencial é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. **Mesmo nos casos em que o Legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos**" (ob. cit., p.430).

93. Abordando especificamente as limitações às liberdades de empresa, MANUEL AFONSO VAZ, por sua vez, esclarece:

"a restrição legal em caso algum pode suprimir o 'coração do direito', ou seja, um mínimo de exercício do direito que preserve o valor da autonomia da pessoa humana frente ao poder. (...) A esta exigência genérica, acresce a apreciação da necessidade e proporcionalidade dos limites impostos ao exercício da atividade econômica privada, em face dos outros direitos ou interesses constitucionais que a lei restritiva visa proteger. O poder de restrição é um poder excepcional, pois não se justifica como regra" (ob. cit., pp.168/169).

94. Igualmente, RICARDO RIVERO ORTEGA acentua que as limitações à





"liberdade de empresa são legítimas sempre que não constituam limitações irracionais, desproporcionais ou arbitrárias, que possam impedir ou reduzir consideravelmente o exercício da atividade empresarial" (*Introducción al Derecho Administrativo Económico*, ed. Ratio Legis, Salamanca, 1999, pp. 115/6).

95. Ora, é certo que o artigo 220 da Constituição Federal admite restrições ao direito fundamental (de liberdade de empresa e de expressão) de os agentes econômicos fazerem propaganda dos produtos enumerados no seu § 4º. Todavia, a Constituição não admite, em momento algum, a supressão do direito de propaganda ou o seu esvaziamento a tal ponto que o seu exercício não tenha mais importância. E mais, ao prever a possibilidade de restrição ao direito, ao mesmo tempo o consagra.

96. PIERRE DEVOLVÉ observa, nesta senda:

"...se a liberdade empresarial é uma liberdade pública que o Legislador pode, com apoio na Constituição, regulamentar o **exercício**, a **existência** em si da liberdade empresarial a ele se impõe: **o Constituinte quis permitir ao Legislador proceder a ajustamentos ponderados na liberdade empresarial; ele não permitiu que a própria liberdade empresarial fosse colocada em xeque**" (*Droit Public de l'Économie*, ed. Dalloz, Paris, 1998, pp. 110 e 111, os dois primeiros grifos são do próprio autor).

97. Nos precisos termos expostos por BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO,

"...o poder de polícia, ou seja, a potestade legislativa reguladora dos direitos individuais, não é absoluta, nem arbitrária. A tese da onipotência legislativa (...) é totalmente insustentável em um sistema de Governo cuja essência seja a limitação dos poderes dos distintos órgãos e a supremacia

da Constituição. (...) Estes lindes devem ser buscados nos princípios do ordenamento jurídico-constitucional. É por estas razões que o órgão legislativo, no exercício da sua potestas, tem que manifestar a sua vontade com prudência e ponderação, correspondendo ao órgão judicial, nos casos submetidos ao seu conhecimento e decisão, a difícil missão de fixar esses limites" (*Derecho Administrativo, Tomo V – Limitaciones a la Libertad*, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, pp. 105/7).

98. O autor prossegue, citando as lições de CAMPBELL BLACK e de BREWER, que se encaixam perfeitamente ao que estamos expondo em relação ao atual artigo 3º da Lei nº 9.294/96, no sentido de que estas potestades legislativas, apesar de necessárias para que os direitos sejam exercidos sem afronta ao interesse público, "são facilmente pervertidas, a ponto de serem extremamente perigosas para os direitos e a liberdade, tendo chegado a ser o refúgio de cada atentado contra a propriedade, tendo sido o instrumento de toda carga injusta contra o proprietário que não tinha como ser operada pelo poder de expropriação ou de tributação" (ob. cit., pág.107).

99. Ora, se as assertivas são corretas em relação aos direitos em geral, maiores cuidados deverá ter o intérprete e o administrador público em se tratando de limitações de direitos fundamentais.

100. A inconstitucionalidade em razão da violação do núcleo essencial do direito fundamental de fazer propaganda do tabaco também pode ser considerada sob o aspecto do desrespeito da natureza de norma constitucional de eficácia contida ou restringível do artigo 220, § 4º, da Constituição Federal.

101. O artigo 220, *caput* e § 4º, da Constituição Federal constituem, de fato, típica norma constitucional de eficácia contida ou restringível (v. INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, pp. 226 a 236), pela qual a Constituição,

desde logo, assegura um direito (liberdade de empresa e de propaganda) que pode, contudo, vir a ser restringido por lei infraconstitucional.

102. Colocando a questão em termos das estruturas das normas constitucionais, estas normas têm *ab ovo* eficácia plena, mas podem ter o seu âmbito de eficácia reduzido por norma legal superveniente, ou seja, na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, "sua eficácia e aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio perseguido pelo Estado" (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 115).

103. É lógico que a permissão constitucional dada ao legislador para restringir a intensidade da eficácia da norma constitucional não permite a retirada de toda a sua eficácia prática, podendo apenas conformá-la com outros valores constitucionais que sejam pertinentes.

104. Do contrário, **estariamos diante de uma improvável delegação de poder constituinte ao legislador**, que poderia derrogar norma constitucional sem os procedimentos fixados para a reforma constitucional, o que, *ipso facto*, convolaria a nossa Constituição em uma Constituição flexível, absurdo completo do qual não se pode sequer cogitar.

105. Tratando das normas constitucionais de eficácia restringível sob este viés, KONRAD HESSE observa:

"Na medida em que o Legislador normaliza os limites, traçados pela Constituição, da liberdade juridico-fundamental em leis ordinárias, ele mesmo não limita essas liberdades; ele comprova só declaratoriamente limites já traçados" (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 252).



106. Fica assim demonstrada a absoluta inconstitucionalidade do *caput* do art. 3º da Lei 9.294/96, com a redação que lhe deu a Lei 10.167/00.

**VII. VIOLAÇÃO DA RESERVA LEGAL ABSOLUTA E ESPECÍFICA IMPOSTA
PELO CONSTITUINTE NA MATÉRIA:
§§ 2º A 5º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.294/96**

107. Cumpre examinar agora os §§ 2º a 5º do mesmo artigo 3º da Lei 9.294/96, com as alterações introduzidas pela Lei 10.167/00 e pela Medida Provisória 2.190-34/01, que pretenderam regulamentar a advertência prescrita na parte final do § 4º do artigo 220 da Constituição.

108. Independentemente das discussões quanto à maior ou menor extensão do poder regulamentar da Administração Pública, há algumas matérias em que estas divergências não existem, já que sobre elas a Constituição, mais do que a previsão genérica de reserva relativa de lei (art. 5º, II – não podem ser limitados direitos salvo se "em virtude" de lei), fixou uma **reserva de competência em favor do legislador, de forma que não possam ser expedidas normas por outros aparelhos estatais, por exemplo, regulamentos**, ainda que de "mera execução".

109. De fato, via de regra, a Constituição não prevê a edição de uma lei específica, vigendo, então, a reserva relativa de lei. Em outros casos, geralmente quando podem ser atingidos direitos fundamentais ou o Erário Público, a Constituição, ao prever lei específica para a matéria, normalmente para restringir algum direito, faz com que apenas esta lei possa versá-la, excluídos quaisquer atos infralegais.

110. É exatamente isto que ocorre quando a Constituição preceitua que a lei disciplinará o direito de greve, que só lei pode instituir tributo ou pena, que a lei criará as entidades da Administração Indireta e, também, quando, no artigo 220,

§ 4º, afirma que a propaganda de tabaco pode sofrer "restrições **legais**".

111. Como expõe COSTANTINO MORTATI (*Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9ª edição, CEDAM, Padova, 1975, p. 344), a regra é a reserva relativa, havendo reserva absoluta, que pressupõe o esgotamento da matéria pela lei, sem a concessão de qualquer poder regulamentar à Administração Pública, apenas nas referências expressas feitas pela Constituição ao tratamento de determinada matéria por lei (ex.: "a lei estabelecerá...", "mediante lei autorizativa", "requisitos legais", etc.).

112. A reserva absoluta de lei envolve, como expõe JOSÉ AFONSO DA SILVA, questões de competência – competência exclusiva do Legislador para estabelecer normas em determinadas searas, casos em que as leis deverão, conseqüentemente, possuir sempre uma densidade normativa exaustiva, não deixando, em cumprimento à Constituição, qualquer margem de discricionariedade para a Administração Pública, que não pode possuir mais de uma opção válida de escolha a ser realizada neste particular (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 421).

113. Os dispositivos dos §§ 2º a 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, todavia, deixam de traduzir a obrigação constitucional imposta ao legislador de esgotar o conteúdo das restrições a serem impostas à propaganda de produtos derivados do fumo, mas, ao revés, conferem à Administração Pública enorme discricionariedade na determinação do conteúdo dessas obrigações/restrições, que, ao contrário do que determina a Constituição, passaram a ser mais restrições regulamentares que legais.

114. E, com efeito, a preocupação do Constituinte em deixar tão relevantes restrições a direitos fundamentais sob o abrigo exclusivo do legislador revelou-se procedente, como se verifica pelas sucessivas, confusas e contraditórias Resoluções baixadas pela Administração Pública sobre o tema, que sérios danos vêm causando à segurança jurídica em virtude de a Lei ora impugnada abrir



espaço ao abusivo e arbitrário poder regulamentar administrativo (v. anexo Quadro Sinótico das Resoluções baixadas pela ANVISA sobre o tema).

115. São, assim, inconstitucionais as redações até o momento conferidas aos §§ 2º a 5º do artigo 3º da Lei nº 9.924/96 que, através de termos excessivamente vagos (ex., "forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais"), conferiram discricionariedade à Administração Pública para definir o conteúdo de obrigações que a Constituição determinou que somente o legislador poderia tratar.

VIII. A CONSTITUIÇÃO ADMITE A IMPOSIÇÃO DE ADVERTÊNCIA, NÃO DE CONTRAPROPAGANDA – §§ 2º A 5º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.294/96.

116. Conforme ficou exaustivamente demonstrado, a Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade de manifestação do pensamento, de informação e de expressão (art. 220) e a livre iniciativa (art. 170), elevou a nível constitucional a propaganda comercial dos produtos e serviços oferecidos ao consumo, como meio de divulgação junto ao público, necessário para o êxito de atividade econômica lícita, sujeita apenas às restrições legais necessárias à defesa da pessoa e da família em relação aos riscos à saúde e ao meio ambiente e à advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso (art. 220, § 4º, c.c. o inciso II do § 3º).

117. As restrições legais não podem impedir ou proibir a divulgação dos produtos e serviços, como o faz o *caput* do artigo 3º da Lei impugnada, sob pena de abolir o próprio direito à propaganda constitucionalmente assegurado.

118. As restrições legais e a advertência, previstos constitucionalmente, do mesmo modo, visam a assegurar o caráter informativo da divulgação dos produtos e serviços relacionados no § 4º do artigo 220, jamais permitindo que a lei viesse a impor aos produtores a sanção de difundir mensagens que,

extravasando o simples conteúdo informativo, não tivessem conteúdo científico informativo neutro, sendo incompatíveis com o exercício de atividade econômica lícita, e com os princípios constitucionais da liberdade de expressão, da liberdade de informação e da livre iniciativa.

119. Esse, aliás, é o sentido da contrapropaganda, consoante o artigo 60 do Código do Consumidor:

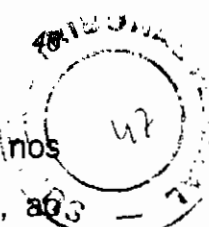
"Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, e sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva."

120. Por isso, são também irremediavelmente inconstitucionais os §§ 2º a 5º do art. 3º da Lei impugnada, porque não se limitam a impor restrições à propaganda e definir o conteúdo da advertência com a finalidade informativa preconizada na Constituição, mas, exorbitando da regulamentação do preceito da Lei Maior, obrigam os produtores a incentivar o público a não consumir os seus produtos.

121. O § 4º do artigo 220 da Constituição Federal é claro ao admitir que se imponha aos fabricantes e comercializadores de produtos derivados do tabaco advertência contra os malefícios que o uso do produto pode causar à saúde. Por outro lado, não contempla sob qualquer interpretação a obrigação de aquelas empresas realizarem contrapropaganda dos seus próprios produtos.

122. A diferença entre advertência sanitária e contrapropaganda não pode, com efeito, ser desprezada, ainda mais em se tratando de norma excepcionadora de direitos fundamentais: a advertência sanitária consiste simplesmente em aviso dos malefícios que o produto pode causar á saúde, ao passo que a



contrapropaganda chega a recomendar a sua não-utilização. A advertência, nos termos constitucionais, pode ser imposta às empresas do setor fumígeno, ao passo que, quanto à contrapropaganda, pode-se até admitir que o Governo venha a fazê-la, mas às suas próprias expensas. Jamais, contudo, os próprios fabricantes do produto poderiam ser compelidos a promovê-la.

123. Como afirma DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO no parecer anexo, fora a hipótese de a contrapropaganda ser promovida pelo próprio Governo, a sua imposição tem sido admitida e empregada no direito brasileiro apenas como uma sanção, sujeita, portanto, aos princípios e regras que protegem o núcleo fundamental dos direitos constitucionais, quais sejam: o direito à informação, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o direito de produzir provas e quaisquer outros pertinentes, dentre os quais acrescentaríamos a exigência de lei anterior que previsse a conduta ilícita e cominasse a sanção específica (*lex praevia*), uma vez que o que realmente separa a apenação criminal da apenação administrativa sancionadora, quando se trate de aplicar o poder sancionador do Estado, são meros critérios dogmáticos, já que onticamente ambas têm a mesma natureza.

124. Neste sentido é também a lição de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, cuidadoso monografista da matéria, em seu livro sobre *Direito Administrativo Sancionador* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 134).

125. Está claro que a unidade do poder punitivo estatal se desdobrará dogmaticamente nas disciplinas penal e administrativa, mas nelas subsistem os traços comuns e as mínimas garantias a serem observadas, pois ambos os sistemas têm sua definição e seu tronco comuns na Constituição (FÁBIO MEDINA OSÓRIO, ob.cit., p.135).

126. Ora, a contrapropaganda tem a natureza jurídica básica de imposição sancionadora do Estado, como se pode verificar do conceituado na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – que a prevê em seu Capítulo VII, ao cuidar das sanções administrativas.

127. A contrapropaganda resulta, portanto, de uma aplicação sancionatória do poder punitivo do Estado e tem como pressuposto vinculado uma transgressão.

128. Por esse motivo, sobre essas imposições em tese, bem como sobre as aplicações em hipótese, recaem, com os devidos temperamentos reconhecidos pela doutrina, todos os princípios constitucionais que condicionam o poder punitivo do Estado e resguardam as pessoas contra o arbítrio. Nesse sentido, volta a merecer destaque, como base dos princípios fundamentais do Direito Administrativo Sancionador, a cláusula do devido processo legal, ao dispor que, sem a sua observância, *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens"*.

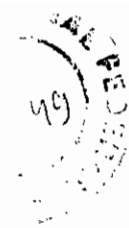
129. Analisando os §§ 2º a 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294/96, verifica-se a possibilidade de a Administração Pública impor às empresas não apenas a advertência prevista constitucionalmente, como também a obrigação de realizar propaganda contra os seus próprios produtos. E este fato afigura-se ainda mais evidenciado quando impõe a obrigação de veiculação de mensagens em locais que, a exemplo dos próprios produtos, não constituem veículo de propaganda.

**IX.PONDERAÇÃO DESPROPORCIONAL ENTRE OS VALORES DA SAÚDE E
DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO, E CONTRÁRIA TAMBÉM AO ART.
220, § 4º, CF**

130. Na hipótese em exame, está-se diante de um claro caso de conflito entre valores constitucionais: de um lado, potencialmente, a saúde, de outro a liberdade de comunicação publicitária que, por sua vez, é corolário dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de iniciativa econômica.

131. Como observa LUÍS ROBERTO BARROSO,





"a hipótese aqui discutida envolve, de um lado, os direitos à liberdade de expressão e à informação, e, de outro, -o interesse público na proteção da saúde. Em nome desta, a lei ora questionada pretende abolir sumariamente uma forma relevante de comunicação social, que é a publicidade de um produto no rádio, na televisão e na imprensa. Em lugar de proceder à ponderação de valores – como fazia a disciplina em vigor, que procura **conciliar o direito de divulgar o produto com o dever de advertir e esclarecer sobre os malefícios a ele associados** -, a nova lei **elege um interesse e ignora o outro**, instituindo uma supremacia entre direitos igualmente fundamentais não autorizada pela Constituição" (ob. cit., pág.262, grifamos).

132. Preliminarmente, há de se afirmar que nenhum desses princípios axiológicos é *a priori* superior ao outro. Ambos, ao revés, devem ser calibrados para que, em um mandado de otimização, sejam conjuntamente aplicados, ao mesmo tempo, com o máximo de eficácia possível.

133. INGO WOLFGANG SARLET, ao afirmar que sequer o princípio da dignidade da pessoa humana pode deixar de ser ponderado com os demais princípios constitucionais, observa que "irremediavelmente o reconhecimento de um princípio absoluto – tal como lembra Alexy – contradiz a própria noção de princípios" (*Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 78).

134. Idêntica é a opinião de RICARDO LOBO TORRES ("A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial", in *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, org. INGO WOLFGANG SARLET, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 11 a 15).

135. Mais incisivo, JOSAPHAT MARINHO sustentava, ao interpretar o § 4º

do artigo 220 da Constituição Federal, possuir a liberdade de expressão superioridade axiológica sobre os demais valores e princípios envolvidos (*Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão* [obra coletiva], edição do CONAR, 2000, p.30, em anexo).

136. Ter de escolher entre saúde e liberdade parece tão absurdo quanto perguntar a uma criança se ela gosta mais da mãe ou do pai, ou como ter de escolher entre o arroz e o feijão quando se está com fome. Será que uma coisa tem, necessariamente, que substituir a outra?

137. É comum, com efeito, que mais de um princípio seja aplicável. O hermenêuta, todavia, inclusive quando a atividade interpretativa da Constituição é desempenhada pelo legislador, deverá adotar metodologia diferente da que emprega quando diante de (meras) regras contraditórias, em que a aplicação de uma deve, necessariamente, implicar a exclusão da outra (Alexandre Santos de Aragão, *O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico*, in *Revista de Direito de Administrativo – RDA*, vol.223, p. 206).

138. Em se tratando de conflitos entre princípios, devem eles ser ponderados, buscando-se, sempre que possível, alcançar solução que não exclua por completo nenhum deles. "Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas conseqüências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma 'calibragem' entre os princípios, e não a opção pela aplicação de um deles" (DANIEL SARMENTO, "Os princípios constitucionais e a ponderação de bens", in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, org. por Ricardo Lobo Torres, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pág.52).

139. Nas palavras de RECASENS SICHES (*Los temas de la Filosofía del Derecho*, ed. Bosch, Barcelona, 1934, pp.102/3), "uma relação jurídica, supõe uma situação participante de múltiplos sentidos ou conexões estimativas, que

são pertinentes ao Direito. Os elementos de uma vinculação social contêm (positiva ou negativamente) vários valores: a justiça exige que o direito regule essa situação de maneira tal, que entre as concretizações de valores contidas em cada sujeito se dê a proporcionalidade que existe objetivamente entre os valores."

140. Em caso de todo análogo, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu, na ADIn nº 855-2, relatada pelo Exmo. Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que a medida estatal exagerada era inconstitucional por violar a necessária proporcionalidade em sua determinação:

"No caso em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei estadual que determinava a utilização de balança especial para a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o Tribunal analisou o meio utilizado (determinação da utilização da balança) e o fim buscado (princípio da proteção dos consumidores) e o princípio colateralmente restringido (princípio da livre iniciativa). Segundo se depreende pela leitura da íntegra do acórdão, a recorrente alegava que o meio não era totalmente adequado à promoção do fim (...), outros meios menos restritivos poderiam ter sido escolhidos (lacre, selo, vigilância) e as desvantagens (dispêndio com a compra dos botijões...) superavam as vantagens (maior controle do conteúdo dos botijões, proteção da confiança dos consumidores)" (ADIn 855. MC/PR. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 01/07/1993, pelo Tribunal Pleno do STF. Publicação no DJ em 01.10.93, p. 20212. Ementário vol. 1719-01, p. 71).

141. Ora, se nesta proporcional ponderação entre valores constitucionais o



legislador não possui liberdade plena, menos ainda a terá quando, como no caso do artigo 220, § 4º, da Constituição Federal, a própria Constituição já tiver em grande parte pré-ponderado os valores em conflito. No caso da propaganda do tabaco, a Carta Magna ponderou os valores em jogo, não para que um predominasse totalmente sobre o outro ("maior saúde a qualquer custo para a liberdade empresarial de comunicação" ou vice-versa), anulando-o totalmente ou em grande parte, mas para que fossem conciliados pelo Legislador.

142. A esse respeito, são esclarecedoras as lições de ROBERT ALEXY:

"As disposições de direito fundamental podem ser consideradas não apenas como positavações de princípios, (...) mas também como expressão de uma vontade de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos. Adquirem, desta maneira, um caráter duplo. Através delas, por um lado, se positivam princípios; mas, por outro, na medida em que apresentam tipos de garantias e cláusulas restritivas diferenciadas, contêm as normas de direitos fundamentais determinações com respeito às exigências de princípios contrapostos. Não obstante, as determinações apresentadas por elas têm um caráter incompleto. De modo algum possibilitam, em todos os casos, uma decisão livre de ponderação. (...) Quando, mediante uma disposição de direito fundamental, se leva a cabo alguma determinação relacionada com as exigências de princípios contrapostos, se estatui com ela não apenas um princípio, mas também uma regra. Se a regra não é aplicável sem ponderação prévia, então, como regra, é incompleta. Na medida que é incompleta, a decisão jusfundamental pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as inseguranças que isto implica. Mas, isto não muda em nada o fato de que, na



medida de seu alcance, as determinações devem ser levadas a sério. A exigência de levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direito fundamental (...) é uma parte do postulado da sujeição à Constituição. (...) porque tanto as regras estatuídas pelas disposições constitucionais, como os princípios estatuídos por elas são normas constitucionais. Isto leva a questão da relação de hierarquia entre ambos os níveis. A resposta somente pode indicar que, **do ponto de vista da sujeição à Constituição, existe uma prioridade do nível da regra.** (...) Mas a sujeição à Constituição significa a sujeição a todas as decisões do legislador constitucional. Portanto, as determinações adotadas no nível das regras precedem as determinações alternativas, que levando em conta os princípios, são igualmente possíveis" (*Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp.98/103).

143. Dessa forma, é evidente que as restrições impostas pelos §§ 2º a 5º do art. 3º da Lei nº 9.294/96, na sua versão atual, se revelam inadequadas, desnecessárias e desproporcionais em sentido estrito, que, como ensina DANIEL SARMENTO "na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico." SARMENTO, Daniel, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Editora Lumen Juris, 2000, p. 96.

144. São inadequadas na medida em que a veiculação de contrapropaganda nas embalagens de cigarros e materiais promocionais não serve utilmente ao fim almejado pelo art. 220, § 3º, I e § 4º da Constituição, isto

é, proporcionar meios para que o consumidor possa realizar uma decisão informada sobre a compra e consumo do produto. Com efeito, o conteúdo das fotos e advertências não informa, mas busca tão-somente dissuadir o consumidor da decisão de adquirir o produto. Note-se que o fim constitucionalmente almejado não é o banimento do cigarro ou de seu consumo. Antes, ao contrário, o constituinte tomou uma decisão política fundamental no sentido da licitude da atividade econômica em tela. Assim, um conjunto de cláusulas e fotos incluídas nas embalagens e materiais promocionais não se presta a informar corretamente o consumidor, mas apenas a fazê-lo desistir do consumo.

145. Ainda que houvesse, na espécie, adequação, as medidas se revelam flagrantemente desnecessárias. Com efeito, havia – como ainda há – meios menos gravosos ao direito fundamental do fabricante que seriam igualmente aptos a alcançar o mesmo fim – a informação do consumidor. Através de cláusulas de advertência equilibradas e imparciais, como as existentes anteriormente à vigência da Medida Provisória nº 2.190-34/2001, já seria possível esclarecer e informar os potenciais consumidores do produto acerca de seus eventuais riscos à saúde, sem no entanto incorrer na seara da contrapropaganda. Na busca de um ponto de otimização entre as diversas normas constitucionais em jogo, deve o legislador dar preferência às medidas que realizam os preceitos da Constituição em sua maior eficácia possível. Qualquer restrição excessiva a direitos fundamentais é expressamente proibida. Dispondo de meios alternativos menos gravosos, como limitações de horários e de conteúdo da publicidade, campanhas de esclarecimento e cláusulas de advertência informativas, não podia o legislador optar autoritariamente pela via que maior prejuízo traz para os direitos fundamentais das empresas. Este precisamente o caso dos dispositivos ora questionados.

146. Por fim, ainda que adequadas e necessárias, as restrições em exame se revelariam desproporcionais em sentido estrito, na medida em que a veiculação de contrapropaganda constitui medida de tal modo nefanda a qualquer atividade econômica que seus eventuais resultados não justificam os seus múltiplos e severos malefícios. Com efeito, as medidas em tela importam

cerceamento de diferentes direitos constitucionais – liberdade de expressão, de informação, de iniciativa econômica, de concorrência, em prol de um único bem jurídico (informação adequada do consumidor), que se poderia alcançar por outros meios e formas.

147. Ora, diante de todo o exposto, fica claro que a atual redação do *caput* e dos §§ 2º a 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294/96 ignorou um dos valores em jogo, tendo ainda realizado uma ponderação diversa da já pré-determinada pela regra do § 4º do artigo 220 da Constituição Federal, além de, como vimos anteriormente, também ter violado o núcleo essencial do direito de comunicação empresarial-publicitária.

X. A CONSTITUIÇÃO ADMITE COMO RESTRIÇÕES APENAS AS QUE VISEM A DAR AOS INDIVÍDUOS OS MEIOS DE PROTEÇÃO

148. A Constituição da República, objetivando, precisamente, respeitar o Estado Democrático de Direito que fundou e cuidando de preservar o espaço de liberdade deixado aos particulares, evitou uma indesejável postura paternalista ao dispor que as restrições legais não substituirão as pessoas na defesa contra a propaganda, mas apenas lhes conferirão os meios eficazes para que elas próprias possam se defender.

149. É exatamente esta a interpretação que deve ser dada ao artigo 220, § 4º, da Constituição, o que, além de decorrer do Estado Democrático de Direito, advém da própria remissão expressa que faz ao inciso II do § 3º do mesmo artigo ("nos termos do inciso II do parágrafo anterior"), que dispõe que as restrições que a lei federal vier a estabelecer para a comunicação social devem visar a garantir "à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de (...) propagandas de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (artigo 220, § 3º, II).



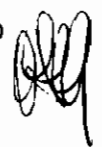
56

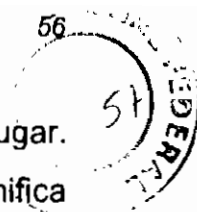
150. Em razão da intensidade da restrição da propaganda dos derivados de tabaco e da sua forma, impeditiva do anúncio nos meios de comunicação de massa, verifica-se que o legislador, ao contrário do que determina a Constituição, não deu meios para as pessoas se defenderem da propaganda (ex., alertando quanto aos riscos para a saúde, fixando os horários e as mídias em que as propagandas poderiam ser veiculadas, proibindo apelos ilusórios, etc.), mas se substituiu a elas nesta defesa: por exemplo, ao invés de possibilitar à pessoa, pelo horário e mídia (por exemplo, de madrugada na TV a cabo), escolher em não assistir à propaganda, vedou-a *tout court* em qualquer meio de comunicação de massa, desprezando a vontade que algum indivíduo (eventualmente sem nenhuma chance de vir a consumir o produto) pode ter de assistir à propaganda de tabaco.

151. Extirpou-se, assim, o espaço de escolha que o Constituinte optou por deixar aos próprios cidadãos, com as restrições que possibilitassem apenas os meios de sua defesa, em aplicação do **Princípio da Subsidiariedade**, que "consiste em reconhecer a prioridade da atuação dos corpos sociais sobre os corpos políticos no atendimento de interesses gerais, só passando o cometimento a estes depois que a sociedade, em seus diversos níveis de organização, demandar sua atuação subsidiária" (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 153. V. também CHANTAL MILLON-DELSOL, *Le Principe de Subsidiarité*, Ed. PUF, Paris, 1993).

152. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, em trabalho sobre as garantias constitucionais à liberdade de expressão, faz uma análise das novas regras trazidas pela Lei 10.167/00, da qual se originam alguns dos preceitos impugnados, na época ainda sob o formato do Projeto de Lei nº 3156/00, e afirma que o artigo 220, § 4º, da Constituição, determina que

"as restrições tenham o sentido de meios para o cidadão





defender-se e não de defender o cidadão em seu lugar. Parece claro, nessas condições, que restringir não significa excluir, banir, proibir. A proteção da família e da pessoa não se faz pela sua alienação, mas pela disciplina de sua correta e adequada informação. Restringir não é impedir que a informação circule por meio da propaganda, mas fazer com que a informação veiculada pela propaganda ocorra de forma que o cidadão possa proteger-se do produto qualificado como nocivo. E não que ela não ocorra. (...) Ao invés de criar meios legais para que a pessoa e a família possam se proteger, tutela o cidadão, retirando-lhe, por completo, a possibilidade de se informar para exercer o seu próprio juízo. Trata-se de dispositivo que interpreta a Constituição de modo desarrazoado, pois excede os fins nela estabelecidos" (*Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão*, obra coletiva, edição do CONAR, 2000, pp. 15 e 17).

153. Em outra passagem, ressalta o Autor (pp.12 e 13):

"...o Estado não pode degradar o ser humano à condição de incapaz, por si só, de discernir entre o bem e o mal. Cabe ao Estado dar-lhe os meios legais para exercer o juízo sobre as coisas, mas não pôr-se em seu lugar para dizer o que sua consciência aprova ou desaprova. Se o Estado tutela a consciência e sua expressão, a condição humana é degradada pelo dirigismo próprio dos regimes totalitários, (...) adultos infantilizados, sujeitos às imposições e às manobras do poder".

154. Ao referir-se à produção e comercialização de derivados de tabaco em seu artigo 220, para restringir-lhes a propaganda, a Constituição reconheceu, logicamente, a existência deste direito de comunicação social. Não pode o

legislador valer-se da competência de restringir a propaganda do tabaco para dar às pessoas os meios para que possam, por si próprias, se portar devidamente, de acordo com os seus interesses e concepções de vida, para realizar o objetivo inconstitucional de, pura e simplesmente, tornar proscriita a propaganda do produto nos meios de comunicação de massa e ainda forçar os produtores do setor a custear a contrapropaganda dos seus produtos. Se o Constituinte não optou por esta alternativa, não será o legislador infra-constitucional que poderá fazê-lo.

155. A doutrina também é enfática ao reprovar a instrumentalização de competências públicas para a satisfação de desejos e concepções individuais dos agentes públicos, sejam eles administradores ou legisladores, que deverão "valorar os fatos segundo as concepções dos homens, e não mediante ideologias próprias, pessoais. Se o agente público se encontra numa função, a qual tem o correlato dever, suas impressões pessoais devem ceder para a do padrão médio da sociedade", expresso primariamente na Constituição (HERALDO GARCIA VITTA, *Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 74, grifamos).

156. Trata-se, sobretudo, além da preservação do Estado de Direito em relação às empresas do setor, de preservar a ordem constitucional democrática de 1988, que não acolhe indevidas ingerências nas escolhas das pessoas quanto ao consumo ou não de produtos que podem, como muitos outros, fazer mal à saúde, mas que são lícitos.

157. Denotando o valor democrático do juízo afirmado, muito superior à mera vontade autoritária de se imiscuir na vida privada lícita das pessoas para as substituírem na decisão do que é melhor ou pior para elas, FELICE GIUFFRÉ, em lapidar passagem, alerta:

Considerando que no atual paradigma das formas de Estado ocidental, o poder está cada vez menos concentrado na via eleitoral e nos mecanismos representativos, se

alm

desenvolvendo, muito mais, na direção de critérios fundados sobre a racionalidade auto-legitimante do conhecimento especializado, **assumindo fundamental relevo político-constitucional aquelas normas da Constituição que, ao fixarem um direito fundamental (ex.: liberdade de pensamento e de pesquisa científica), impõem uma norma de abstenção para o Estado em relação ao mérito das opções culturais individuais, mantendo sob a responsabilidade da Administração apenas o mister de garantir a cada um as condições para orientar com consciência o próprio desenvolvimento espiritual** (*Declínio del Parlamento-Legislature*, constante da obra coletiva *Le Autorità Indipendenti: Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel Diritto Pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 192/3, grifamos).

158. Descendo a uma discussão jusfilosófica acerca da liberdade de expressão, veja-se o magistério de CARLOS SANTIAGO NINO:

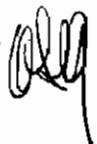
“Desenvolveu SCANLON uma teoria justificadora da liberdade de expressão sobre a base de um dos argumentos que menciona GREENAWALT: o de que é **essencial ao tratamento dos indivíduos como seres autônomos o reconhecimento da liberdade de expressão**. Segundo SCANLON, o governo deve tratar os indivíduos como eles consentiriam se fossem **iguais, autônomos e racionais**. Isto implica que **a coação estatal não pode operar sobre a base de que os cidadãos devem delegar ao Estado o juízo sobre as razões para obedecer ao próprio Estado**. Como vimos anteriormente, o raciocínio prático dos indivíduos que os conduz a observar o direito tem de partir de razões independentes do próprio direito. Isto implica que a



própria legitimidade do poder estatal está baseada na possibilidade de que os cidadãos contem com os elementos necessários para formar seu próprio juízo, o que requer a mais ampla liberdade de expressão. Deste modo, há dois tipos de "danos" que o Estado não pode tomar em conta para restringir a liberdade de expressão – o que torna estas ações mais fortemente protegidas do que outras: a) o dano embutido na sustentação de crenças falsas através de atos de expressão; b) o dano contido em efeitos prejudiciais de certos atos praticados em razão de atos de expressão, quando a ligação entre os atos danosos e os atos de expressão consiste em que estes últimos fizeram crer aos agentes dos primeiros que valia a pena realizá-los. Ao princípio de liberdade de expressão que exclui a possibilidade de cancelá-la quando se dão os danos supracitados SCANLON denomina "o princípio de Mill" (...).

A eleição e materialização de planos de vida requer a maior amplitude informativa possível, o uso de instrumentos de comunicação para coordenar atividades e planos individuais e a maior variedade possível de expressão de idéias, atitudes estéticas, inclinações religiosas, etc.

Estes dois valores - refere-se à promoção da autonomia pessoal e ao enriquecimento do debate coletivo - convergem numa interpretação sumamente restritiva dos danos, sempre a terceiros, de acordo com a derivação básica do princípio da autonomia, que podem causar-se por meio da expressão: esses danos devem estar em geral vinculados ao ato de expressão mais do que ao conteúdo dela" (*Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico e politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editoria Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1992. p. 260,



sem grifos no original).

159. Adiante, SANTIAGO NINO lembra que a interferência na expressão de idéias e atitudes costuma se justificar com base em diversas considerações, a dizer, "a preservação da ordem e da paz públicas, **a proteção das pessoas** e, sobretudo, dos menores contra expressões violentas e obscenas, a guarda da privacidade e honra das pessoas. Não obstante, **os princípios do liberalismo constitucional impõem limites muito estreitos a tais interferências**".

160. Os dispositivos legais impugnados vão, então, contra a própria letra do § 4º c/c inciso II do § 3º do artigo 220 da Constituição Federal, violando ainda seus princípios, por desprezar a autonomia que deve ser garantida aos indivíduos e supor que o Poder Público é mais capaz que os indivíduos, podendo se portar de forma paternalista perante os mesmos, sufocando-os em sua liberdade de informação e decisão.

161. Está-se, assim, também desvirtuando os instrumentos criados pelo ordenamento jurídico para a realização de determinados fins legítimos, para a realização de outras finalidades ablatórias e autoritárias, proscritas pela Constituição, o que o Supremo Tribunal Federal tem condenado em repetidos julgamentos, a exemplo dos Mandados de Segurança nºs 7.243 e 16.912, das Representações nºs 512, 1.077, 930 e 1.054, dos Recursos Extraordinários nºs 48.655, 50.219, 18.331 e 62.731 e da ADIn nº 223, citados por CAIO TÁCITO (CAIO TÁCITO, "O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais", in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, 188/04-07).

162. Nem seria possível redargüir com a invocação do interesse público, das conveniências sanitárias, etc., uma vez que a proteção de direitos fundamentais não pode ser vista como uma contraposição ao interesse público a ser ponderada. É assim, que PETER HÄBERLE firma que, "como em relação as direitos fundamentais existe uma concorrência entre interesses públicos e



privados, pode se afirmar que, no momento em que uma liberdade constitucional é 'limitada', a comunidade acaba também sendo atingida. (...) As realidades multiformes tratadas pelo Direito Público não podem ficar limitadas em um esquema conceitual do tipo 'ou um, ou o outro'; já que é muito mais provável fazer-lhes justiça mediante uma concepção mais conciliante e diferenciadora, do tipo *non modo sed etiam* (*sowohl- alsauch*). Justamente, essa comum legitimação dos limites dos direitos fundamentais, partindo exclusivamente do interesse público, é um exemplo evidente de uma simplificação tão injustificada como difundida" (HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, trad. Jürgen Saligma e César Landa, Comares, Granada, 2003, 54-6)

OBS.: Item replicado.

XII. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E INSTALAÇÃO DE UMA SITUAÇÃO ANTI-CONCORRENCIAL

163. O Princípio da Eficiência, expressamente inserido em nossa Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/98 (nova redação dada ao *caput* do artigo 37), já permeava, contudo, todo o arcabouço do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, de forma que todos os atos estatais devem ser regulamentados e aplicados de forma a realizar com grau de proveito razoável os objetivos a que se destina.

164. O evidente objetivo, ainda que inconstitucional do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9.924/96, é diminuir o consumo de cigarros. O que se pretende demonstrar é que, além de não ser meio apto para tanto, ainda produz sérias consequências negativas em detrimento de outros valores bastante prezados pela Constituição.

165. Neste ponto, fazem-se elucidativas as ponderações de LUÍS ROBERTO BARROSO:



"O cigarro é um produto maduro, vale dizer, está no mercado faz longo tempo e não há necessidade de criação de uma demanda específica pelo seu consumo. Diferentemente se passaria, por exemplo, com um novo sistema de transmissão de dados ou um novo programa de computador. Por ser um produto maduro, a publicidade não se destina a estimular o consumo, mas, sim, a atrair os consumidores para uma determinada marca. Sobre o assunto, vale conferir declaração do Presidente do Council of Economic Advisors dos EUA, in verbis:

'Existe pouca evidência de que a propaganda gera novos fumantes. Da mesma maneira que na maioria dos outros produtos, a propaganda [de cigarro] visa principalmente a fazer os consumidores passarem de uma marca para outra.'

A segunda proposição a ser feita é de que boa parte dos países que optaram por banir a publicidade continuou a enfrentar índices crescentes de novos consumidores do produto, inclusive e notadamente jovens. **A supressão da informação não teve impacto importante sobre o consumo, a despeito de haver diminuído o grau de esclarecimento do público que tomava a decisão de começar a fumar.** (...) É de se destacar aqui trecho do artigo de Jean J. Boddewy, Professora da City University of New York:

'As vedações à publicidade de produtos que contêm tabaco são freqüentemente justificadas com o fundamento de que elas irão reduzir a iniciação no fumo pelos jovens e o consumo por parte dos adultos. Esta premissa pode ser seriamente questionada com base (1) nas causas determinantes do uso do cigarro por adolescentes; (2) na experiência dos países que adotaram tais vedações; (3) nas estatísticas sobre o consumo de tabaco por adultos em

alg



diversos países. Desse modo, não existe fundamento sério para a vedação de publicidade como fundamento para as políticas públicas voltadas para a diminuição do fumo'. "(Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. In: *Temas de Direito Constitucional*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 247/249)

166. Quanto às consequências negativas produzidas pela vedação de propaganda de produtos derivados do tabaco, um dos valores constitucionais que mais sofre com eles é a concorrência, princípio basal da ordem econômica constitucional (artigo 170, IV, da Constituição Federal), conforme acentua o mesmo Autor (ib. e loc. cit.):

"a vedação da publicidade congela o mercado no estado em que se encontra, no que diz respeito à participação de cada fabricante na quantidade de vendas (*market share*). Isso significa que o banimento da publicidade nos meios de comunicação de massa é uma opção francamente anti-concorrencial, que favorece a dominação do mercado pelo concorrente de maior peso. Confira-se, sobre o tema, artigo do Professor José Roberto Whitaker Penteado: 'Pesquisa realizada no mercado americano apontou uma redução da competitividade na indústria do fumo após a proibição da propaganda nos meios eletrônicos, com redução na introdução de novas marcas, menor variação do market share entre as marcas existentes e fortalecimento das empresas líderes do mercado (Eckard, 1991)'. (...) Há três aspectos a serem levados em conta. Em primeiro lugar, a propaganda de cigarro visa a atrair os consumidores para uma determinada marca, e não a criar uma demanda para o produto. Segundo, proibir a publicidade de tabaco não é comprovadamente em meio eficaz de controle do consumo.



Por último, o banimento da publicidade impede a divulgação de novas marcas e dificulta a concorrência entre elas, favorecendo, com isso, as empresas que, naquele momento, detêm a maior fatia do mercado". (grifos nossos).

167. Igualmente, FÁBIO ULHOA COELHO afirma parecer anexo:

"a proibição da publicidade do tabaco nos principais meios de comunicação em massa representaria obstáculo intransponível ao acesso de novos empresários ao mercado, porque não disporiam de nenhum instrumento capaz de divulgar a marca ingressante junto ao grande número de fumantes, perdendo escala. O custo de ingresso, em outros termos, seria proibitivamente elevado".

168. Cumpre ressaltar que o Princípio da Concorrência impõe ações e omissões não apenas às empresas, mas também ao Estado. FRANÇOIS SERVOIN dele extrai o necessário "respeito pelo Poder Público de uma situação de igualdade entre os operadores em um determinado mercado. **A violação da concorrência resultaria aqui da discriminação entre operadores no mercado por fato do Poder Público**" (*Droit Administratif de l'Économie*, 2ª Edição, Ed. PUG, Grenoble, 2001, p. 55, grifamos). *In casu*, a discriminação se daria em favor das empresas que já têm situação consolidada no mercado, tornando praticamente impossível que outras alcancem o mesmo patamar.

XIII. DA MEDIDA CAUTELAR

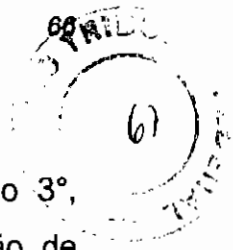
169. A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, ao disciplinar o processo da ação direta de inconstitucionalidade, autoriza expressamente a concessão de medida cautelar, consoante dispõem os artigos 10 e seguintes do referido

diploma legal. Dessa forma, possibilita-se a suspensão dos efeitos do ato normativo reputado inconstitucional, a fim de salvaguardar a unidade sistemática do ordenamento jurídico, paralisando, liminarmente, a afronta à Carta Constitucional.

170. Na hipótese dos autos, percebe-se essa necessidade, tendo em vista que a legislação atacada, flagrantemente contrária à Carta Fundamental, vem provocando constante lesão a direito constitucionalmente assegurado, estando presentes, como a seguir se demonstrará, os requisitos essenciais ao deferimento da medida postulada.

171. Com efeito, exige-se, para a concessão da liminar, a presença concomitante de dois elementos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o primeiro deles consistindo na plausibilidade da alegação do autor e o segundo no risco da demora ou inconveniência do provimento jurisdicional. *In casu*, ambos os requisitos encontram-se presentes.

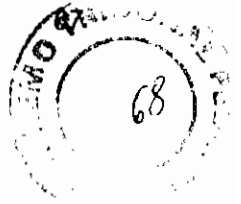
172. Em primeiro plano, quanto ao *caput* do artigo 3º, vê-se que o dispositivo impugnado é manifestamente inconstitucional, haja vista todo o exposto nos itens precedentes. De fato, é evidente que (i) a limitação da propaganda comercial dos produtos derivados do tabaco a pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda implica vedação absoluta ao exercício do direito de fazer propaganda, violando frontalmente o direito fundamental consignado no artigo 220 da Carta Federal; (ii) ainda que se considere que o dispositivo legal em questão deixou algum resquício desse direito, este ficou muito aquém do seu inexpugnável núcleo essencial; (iii) ao não respeitá-lo, o legislador realizou uma ponderação desproporcional, desequilibrada e desarrazoada dos valores envolvidos, contrária também à sua pré-ponderação já efetuada pelo § 4º do art. 220 da Constituição Federal; (iv) ademais, do ponto de vista da inconstitucionalidade formal, a nova redação do *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.294/96 violou a reserva absoluta de lei imposta à matéria.



173. Não menos inconstitucionais são os §§ 2º a 5º do mesmo artigo 3º, conforme demonstrado e agora sintetizado: (i) a exigência de veiculação de advertências nas embalagens de produtos derivados do tabaco, na forma prevista nos referidos dispositivos legais, deixa de observar a reserva legal imposta pelo § 4º do artigo 220 da Carta Federal, ao conferir à Administração Pública uma indevida discricionariedade para a definição do conteúdo das restrições a serem impostas à propaganda desses produtos; (ii) viola diversos dispositivos constitucionais, ao impor a veiculação de contrapropaganda, ao invés de simples advertências; (iii) contraria o princípio da proporcionalidade, ao prever obrigações desnecessariamente onerosas, que em muito ultrapassam a razoável finalidade de informar; (iv) especificamente no que diz respeito aos §§ 3º e 4º, não observa a natureza acessória da advertência com relação à propaganda, conforme prescrito pelo § 4º do artigo 220 da Constituição Federal, ao impor a veiculação de tais advertências nas embalagens (não nas propagandas) dos produtos; e, por fim, (v) impõe uma requisição não indenizável às empresas fabricantes de produtos derivados tabaco, que passaram a ter que atender, não à obrigação constitucional de alertar para os danos à saúde que seus produtos podem causar, mas sim a uma atípica requisição de serviços de divulgação de mensagens, violadora dos princípios constitucionais pertinentes à livre empresa e à propriedade, consistindo em verdadeiro confisco.

174. No que toca ao *periculum in mora*, pode-se facilmente notar a imperiosa necessidade de obstar-se a produção dos efeitos do dispositivo em debate, haja vista que a lesão a direito provocada renova-se no tempo, de forma tal que os danos causados àqueles que ao comando legal se submetem perduram e reprisam-se, assim como é também duradoura a lesão à Constituição Federal.

175. Nem se diga que o lapso decorrido entre a edição da Lei nº 10.167/00 e o ajuizamento da presente seria suficiente para excluir o *periculum in mora*. A verdade é que o decurso do tempo, longe de afastar o perigo na demora, agrava-o, nem se podendo dizer, *in casu*, que a própria parte teria contribuído



para o agravamento do risco.

176. Isso porque, muito embora a norma impugnada tenha sido editada há mais tempo, a lesão a direito constitucionalmente assegurado vai ficando cada vez mais gritante e agressiva à ordem jurídica, inclusive devido à regulamentação que lhe foi sendo atribuída pelo Poder Executivo, fato esse também agravado pela manifesta violação ao princípio da reserva legal por parte dos dispositivos ora impugnados, que conferem à Administração Pública uma indevida discricionariedade para a definição do conteúdo das restrições a serem impostas à propaganda dos produtos derivados do tabaco.

177. Exemplo prático dessa afirmativa é a edição, por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 15, de 17 de janeiro de 2003, a qual, valendo-se expressamente da permissão concedida pela Lei nº 9.294/96, e especificamente dos dispositivos legais em foco, ampliou o conceito legal de "propaganda de produtos fumígenos", para abranger toda e qualquer divulgação desses produtos, estendendo a restrição ao nome comercial da empresa fabricante e a associação do nome de marca e elementos de marca ou da empresa fabricante a nomes de outras empresas ou de estabelecimentos comerciais. Paralelamente, a RDC nº 15/03, novamente valendo-se da indeterminação dos conceitos ora impugnados restringiu a definição legal de "parte interna do local de venda" à área fisicamente delimitada localizada no interior do estabelecimento comercial, destinada à venda de produtos derivados do tabaco e seus acessórios. (Resolução em anexo)

178. As embalagens dos produtos fumígenos vêm merecendo tratamento igualmente inconstitucional, com a edição de sucessivos atos normativos acerca da matéria. A mais recente norma sobre o assunto é Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 335, de 21 de novembro de 2003, que, igualmente se utiliza da permissividade das normas para impor restrições cada vez mais pesadas e imagens de advertências cada vez mais desproporcionais. (Resolução em anexo)



179. A edição de tais atos normativos, e muitos outros cuja referência tornaria redundante a presente argumentação, demonstra cabalmente a perniciosidade dos atos ora impugnados, justificando a sua imediata suspensão demonstrando, igualmente, que uma suposta demora no ajuizamento da ação não poderia importar impedimento à concessão da medida cautelar requerida.

180. Por outro prisma, em se tratando de ADIn., mecanismo objetivo de controle da constitucionalidade, a realidade é que o *periculum in mora* se afigura pela gravidade da ofensa à Constituição Federal e a necessidade de preservação do interesse público.

181. Nessa linha, no julgamento da ADIn. nº 1087-5, realizado em 01.02.95, tendo sido relator o eminente MINISTRO MOREIRA ALVES, considerou-se, invocando o acórdão proferido na ADIn. nº 568, que diante da relevância das questões de mérito discutidas nos autos, é possível **“utilizar-se do critério da conveniência, em lugar do ‘periculum in mora’, para a concessão de medida cautelar, ainda quando o dispositivo impugnado já esteja em vigor há alguns anos.”**

182. Na mesma linha, esse Egrégio Tribunal asseverou, em acórdão referente à ADIn. nº 2.427-2/PR, j. 20.06.2001, rel. MINISTRO NELSON JOBIM, v.u., que:

“(…). LEI DE 1994. APESAR DO TEMPO DECORRIDO, HÁ PLAUSABILIDADE JURÍDICA E RAZÕES DE CONVENIÊNCIA PARA A PRESERVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA LOCAL. PRECEDENTES. LIMINAR DEFERIDA.”

183. E aduz, ainda, o voto condutor:

“As leis questionadas datam de 1994. A ação foi protocolada em março deste ano. Ausente um dos pressupostos da concessão da

cautelar – o ‘periculum in mora’.

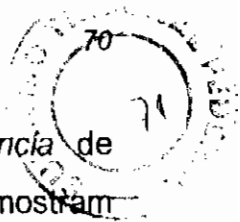
Entretanto, **as circunstâncias associadas às razões de conveniência, fundadas na necessidade de preservação da ordem jurídica local, em face da plausibilidade jurídica, justificam a concessão de liminar.**” (grifamos).

184. Apenas a título exemplificativo, tendo em vista que a jurisprudência é uníssona nesse sentido, vale mencionar, ainda, o seguinte aresto, proferido na ADIn. nº 165-5/MG, j. 01.02.90, rel. MINISTRO CELSO MELLO:

“(…). RAZÕES DE CONVENIÊNCIA FUNDADAS EM JUÍZO DISCRICIONÁRIO QUE VEM PAUTANDO A ATUAÇÃO DA CORTE NA FASE INTRODUTÓRIA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE RECOMENDAM A SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA DOS ATOS QUESTIONADOS.

(...) Assim sendo, considerando os precedentes referidos, e, ainda, na linha de conveniência que vem sendo adotada pela Corte, sou por que se mantenha suspensa a eficácia dos artigos 62, XXV, e 90, XVI, *in fine*, até o julgamento definitivo da presente ação” (grifamos).

185. Ora, uma vez estabelecido que, independentemente do *periculum in mora* – o qual, a rigor, persiste na espécie –, a medida cautelar pode ser conferida mediante juízo de conveniência dessa Egrégia Corte, é de concluir pela procedência do pedido ora formulado, no sentido da suspensão da eficácia dos dispositivos legais em foco, tendo em vista a evidente relevância da matéria em discussão e, especialmente, a natureza fundamental da norma constitucional violada.



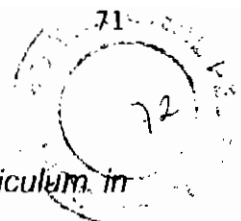
186. Diante disso, parece inegável a necessidade ou a *conveniência* de suspensão imediata dos efeitos das normas infraconstitucionais que se mostram em desacordo com os direitos fundamentais estabelecidos no Diploma Constitucional.

187. Ademais, os dispositivos impugnados acarretam enormes danos às indústrias a eles submetidas, impedidas que estão, enquanto os mesmos estiverem em vigor, de fazer propaganda de seus produtos, elemento essencial à sua liberdade empreendedora.

188. Por conseguinte, revela-se igualmente clara a lesão a direito difuso, atinente a toda a sociedade. Com efeito, não bastasse o fato inegável de que a simples lesão a direito constitucional, mormente se de cunho fundamental, implica violação da própria ordem jurídica e, assim, interessa à sociedade como um todo, na espécie, acresce que à liberdade de expressão dos agentes econômicos prejudicados corresponde o direito à informação, cujo titular é, precisamente, a coletividade.

189. É, pois, de se notar que enquanto permanecer produzindo efeitos o dispositivo legal em foco, renovar-se-á e perpetuar-se-á não só o desrespeito à Constituição da República, como também a lesão a Direito Fundamental das empresas submetidas àquele comando e a direito difuso relativo, pela sua própria natureza, a toda a sociedade. É evidente, diante disso, a relevância da matéria em debate, a justificar a concessão da medida cautelar, com base no juízo de conveniência, caso o *periculum in mora* não seja reconhecido por essa Egrégia Corte.

190. Diante de todo o exposto, requer-se a esse Pretório Excelso a concessão liminar de medida cautelar que suspenda os efeitos do caput e dos §§ 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, com a redação, os acréscimos e alterações que lhes introduziram a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e a Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001, até o julgamento final da presente demanda.



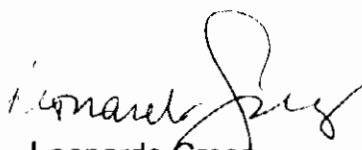
191. É de se destacar por derradeiro a total inexistência de *periculum in mora* inverso, ou seja, de que a liminar possa gerar danos ao interesse público sanitário por gerar um suposto vácuo normativo, já que com a procedência da presente ação direta se fará a ablação de nosso ordenamento jurídico apenas da nova redação dos mencionados artigos da Lei nº 9.294/96, retornando-se à redação existente antes da Lei 10.167/00 e da Medida Provisória nº 2.190-34/01, que, como já exposto acima, atendia aos princípios da razoabilidade e do respeito ao núcleo essencial do direito fundamental de comunicação empresarial.

XIV. DO PEDIDO

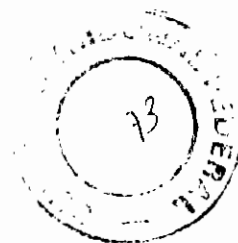
192. Isto posto, distribuída e autuada a presente, a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, respeitosamente, requer a essa Excelsa Corte que, após concedida a Medida Liminar suspendendo a eficácia dos dispositivos impugnados, sejam solicitadas informações aos Excelentíssimos Senhores Presidentes da República e do Congresso Nacional, na forma do artigo 6º da Lei nº 9.868/99, sendo citado o Advogado Geral da União e ouvido o Procurador Geral da República e, afinal, seja julgada em caráter definitivo a presente ação, a fim de declarar a inconstitucionalidade do *caput* e dos §§ 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, com a redação, os acréscimos e alterações que lhes introduziram a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e a Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001, por ser de Direito e de Justiça!

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Brasília, 24 de setembro de 2004.


Leonardo Greco
OAB/RJ 21.557


Alexandre Santos de Aragão
OAB/RJ 75.588

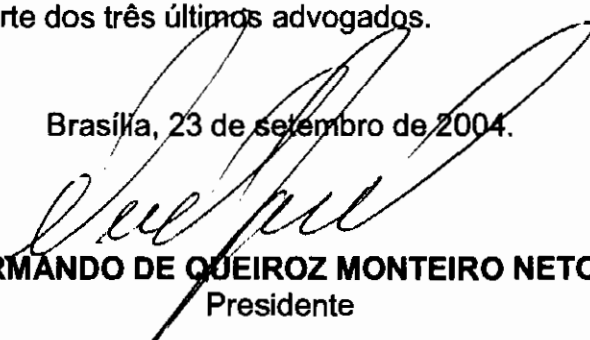
**PROCURAÇÃO**

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI, entidade sindical de grau superior, reconhecida por Carta Ministerial de 17 de setembro de 1938, com sede no SBN, Quadra 1, Bloco C, 17º andar, nesta capital, inscrita no CMPJ sob o nº 33.665.126/0001-34, neste ato representada por seu presidente, **ARMANDO DE QUEIROZ MONTEIRO NETO**, brasileiro, industrial, separado judicialmente, portador da CI nº 728124 SSP/PE e do CPF nº 038.812.294-34, residente e domiciliado nesta capital, nos termos de sua Ata e de seu Estatuto Social, nomeia e constitui seus bastante procuradores: **CARLOS MANUEL DE AZEVEDO PESSOA DA SILVA**, brasileiro, advogado, divorciado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 23.219 e no CPF/MF sob o nº 362.768.127-49; **SÉRGIO MURILO SANTOS CAMPINHO**, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 55.174 e no CPF/MF sob o nº 903.267.847-72; **FABIO GIUSTO MOROLLI**, brasileiro, advogado, divorciado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 40.656 e no CPF/MF sob o nº 545.265.667-72; **LEONARDO GRECO**, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 21.557 e no CPF/MF sob o nº 038.273.218-91; **MARIA LUIZA WERNECK DOS SANTOS**, brasileira, casada, advogada, inscrita na OAB/RJ sob o nº 19.258 e no CPF/MF sob o nº 175.712.947-20; **MARIA DE LOURDES FRANCO DE ALENCAR SAMPAIO**, brasileira, advogada, casada, inscrita na OAB/RJ sob o nº 50.660 e no CPF/MF sob o nº 846.855.907-59; **GUSTAVO DO AMARAL MARTINS**, brasileiro, solteiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 72.167 e no CPF/MF sob o nº 956.769.027-87; **VIVIANE COSER VIANNA**, brasileira, solteira, advogada, inscrita na OAB/RJ sob o nº 83.383 e no CPF/MF sob o nº 026.637.947-83; **GLAUCO SILVA MENEZES**, casado, inscrito no CPF/MF sob o nº 032.267.147-75 e na OAB/RJ sob o nº 88.739; **JOSÉ AUGUSTO SEABRA MONTEIRO VIANNA**, brasileiro, advogado, casado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 59.621 e no CPF/MF sob o nº 958.319.327-53; **CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES**, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 91.152 e no CPF/MF sob o nº 011.650.777-28; **CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA**, brasileira, casada, advogada, inscrita na OAB/DF sob o nº 11.873 e no CPF/MF sob o nº 564.020.231-91; **FRANCISCO DE PAULA FILHO**, brasileiro, separado judicialmente, advogado, inscrito na OAB/DF sob o nº 7.530 e no CPF/MF sob o nº 184.364.391-04; **MIRIAN DE FÁTIMA LAVOCAT DE QUEIROZ**, divorciada, inscrita no CPF/MF sob o nº 484.461.731-15 e na OAB/DF sob o nº 19.524; **RAUL CALDAS**, casado, inscrito no CPF/MF sob o nº 999.762.347-91 e OAB/RJ sob o nº 84.425; **RODRIGO SIMÕES FREJAT**, separado judicialmente, inscrito no CPF/MF sob o nº 386.140.061-87 e na OAB/DF sob o nº 8.626; **ALEXANDRE SALLES STEIL**, solteiro, inscrito no CPF/MF sob o nº 849.152.349-91 e na OAB/SC sob o nº 9182; **CATARINA BARROS DE AGUIAR ARAÚJO**, casada, inscrita no CPF/MF sob o nº 780.132.164-20 e na OAB/PE sob o nº



17464, **SÉRGIO EDUARDO DOS SANTOS PYRRHO**, brasileiro, advogado, casado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 61.655 e no CPF/MF sob o nº 810.636.367-87; **ELIZABETH HOMSI**, brasileira, solteira, advogada, inscrita na OAB/RJ sob o nº 37.313 e no CPF/MF sob o nº 425.026.597-87; **SYLVIA LORENA TEIXEIRA DE SOUSA**, divorciada, inscrita no CPF/MF sob o nº 565.105.941-53 e na OAB/DF sob o n. 11.724, domiciliados, os 9 primeiros na R. Mariz e Barros, 678, 1º andar, Tijuca, Rio de Janeiro (RJ) e os 12 últimos no Setor Bancário Norte, Quadra 1, Bloco C, Edifício Roberto Simonsen, 13º andar, Brasília (DF), aos quais outorga os poderes da Cláusula AD-JUDICIA, para, EM CONJUNTO OU SEPARADAMENTE, independentemente da ordem de nomeação, representá-la em Juízo ou fora dele, nos feitos ou questões em que de algum modo tenha direito ou interesse, podendo os outorgados receber intimações e notificações, recorrer, transigir, desistir, receber e dar quitação, e em especial propor ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto o caput e os §§ 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, com a redação, os acréscimos e alterações que lhes introduziram a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e a Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001. O presente mandato tem validade por prazo indeterminado, admitido o substabelecimento, com reservas, por parte dos três últimos advogados.

Brasília, 23 de setembro de 2004.


ARMANDO DE QUEIROZ MONTEIRO NETO
Presidente

SUBSTABELECIMENTO

Substabeleço, com reservas, ao Dr. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, advogado inscrito na OAB-RJ sob o nº 75.588, os poderes que me foram conferidos pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA para a impetração de Ação Direta de Inconstitucionalidade que tem por objeto o caput e os §§ 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 3º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, com a redação, os acréscimos e alterações que lhes introduziram a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e a Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001, prestando-se o presente substabelecimento especificamente ao fim de autorizar o ora outorgado a assinar a petição inicial da ADIn.

Brasília, 23 de setembro de 2004



SÉRGIO PYRHO
OAB-RJ 61655

ESTATUTO SOCIAL DA CNI

Aprovado pelo Conselho de Representantes em reuniões realizadas nos dias 15 de janeiro e 17 de fevereiro de 1998 e, posteriormente, nas reuniões realizadas nos dias 27 de julho e 31 de agosto de 1999, foi revogado o artigo 58 e alterada a redação do artigo 59, que passou a ser artigo 58, renumerando-se os artigos seguintes.


Denizar Silva de Medeiros
Gerente de Secretaria da CNI

Capítulo I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Seção I Constituição

Art. 1º - A Confederação Nacional da Indústria, associação sindical de grau superior, fundada em 12 de agosto de 1938, reconhecida por Carta Ministerial de 17 de setembro de 1938, com investidura ratificada pelo Decreto Federal n.º 12.321, de 30 de abril de 1943, é constituída com prazo de duração indeterminado, para fins de representação, estudos e coordenação dos interesses das categorias econômicas da indústria.

Parágrafo único - Para efeito deste Estatuto, os termos Confederação Nacional da Indústria, Confederação e CNI se equivalem.

Seção II Sede, Foro, Base e Representação

Art. 2º - A Confederação tem sede e foro jurídico na Capital da República e base e representação em todo o território brasileiro.

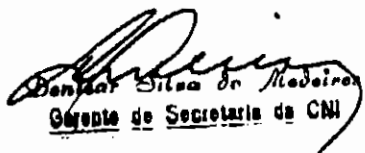
Seção III Objetivos

Art. 3º - A Confederação tem por objetivos:

I - defender e coordenar os interesses gerais da indústria, bem como representá-la perante os poderes públicos federais, estaduais e municipais, organizações, agências e associações nacionais e internacionais, entidades privadas e a coletividade em geral, contribuindo para o estudo e solução de todos os assuntos que, direta ou indiretamente, possam fomentar o fortalecimento e a expansão do setor industrial e o desenvolvimento nacional;

II - defender a livre iniciativa e seus postulados, tendo em conta os princípios da valorização do trabalho humano e da justiça social;

III - desenvolver ações e adotar medidas que atendam aos interesses da indústria em tudo quanto possa concorrer para o seu desenvolvimento e fortalecimento;


Benedito Silva de Medeiros
Gerente de Secretaria da CNI

IV - estudar e propor soluções para as questões e relacionem com a economia do País, inclusive no que diz respeito às relações do trabalho;

V - propor, de acordo com as necessidades da indústria, a adoção de regras e normas que visem a beneficiar e aperfeiçoar os sistemas de produção e comercialização, assim como o bem-estar físico, ocupacional e cultural dos trabalhadores;

VI - promover a solução, por meios conciliatórios, inclusive por arbitragem, dos dissídios ou litígios concernentes às atividades industriais, podendo constituir ou credenciar órgãos ou instituições especialmente destinados a esses fins;

VII - organizar e manter serviços que possam ser úteis à indústria e prestar-lhe assistência e apoio, em consonância com os seus interesses gerais e em articulação com outras entidades, se necessário;

VIII - propor medidas judiciais na defesa dos interesses da indústria, inclusive mandado de segurança coletivo;

IX - traçar diretrizes para a melhoria da educação, saúde, formação profissional, desenvolvimento cultural e promoção social dos trabalhadores e suas famílias;

X - colaborar e desenvolver iniciativas visando a formulação da política de desenvolvimento industrial do País.

Seção IV **Prerrogativas e Deveres**

Art. 4º - Entre as prerrogativas da Confederação destacam-se as seguintes:

I - firmar instrumentos de negociação coletiva;

II - indicar os representantes da indústria junto a órgãos e organismos nacionais ou internacionais;

III - estipular contribuições;

IV - receber contribuições legais;

V - organizar, orientar, administrar e dirigir, com exclusividade, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e o Serviço Social da Indústria (SESI);

VI - receber os recursos referentes às atividades de prestação de serviços de organização, orientação, administração e direção do SENAI e do SESI, nos termos dos respectivos regulamentos.



Art. 5º - São deveres da Confederação, além das obrigações inerentes aos seus objetivos:

I - manter serviços de orientação e apoio à indústria, visando a sua unidade e desenvolvimento;

II - zelar pela qualidade e melhoria das ações desenvolvidas pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e pelo Serviço Social da Indústria (SESI);

III - propugnar pela harmonia, quanto aos interesses comuns, no âmbito da indústria e, também, pela cooperação entre empregados e empregadores.

Parágrafo único - Quanto ao seu funcionamento, a Confederação atenderá às seguintes condições:

I - proibição do exercício de cargo eletivo na CNI cumulativamente com o de emprego remunerado nos seus quadros ou nos organismos de direito privado sob sua jurisdição ou administração;

II - proibição de cessão, a qualquer título, da sua sede ou dependências a agremiação de cunho político-partidário.

Art. 6º - A Confederação poderá filiar-se ou manter relações com entidades nacionais ou estrangeiras de fins culturais, técnicos ou sociais desde que de interesse da indústria ou da economia do País.

Parágrafo único - A filiação a associações ou a entidades internacionais de grau superior que representem interesses da indústria é privativa da Confederação.

Capítulo II

FILIAÇÃO, DIREITOS E DEVERES

DAS FILIADAS E DE SEUS DELEGADOS

Art. 7º - Poderão se filiar à CNI as Federações de Indústrias dos Estados e do Distrito Federal.

Parágrafo único - Só é possível a filiação de uma única Federação de Indústrias por Estado e Distrito Federal.

Art. 8º - O pedido de filiação será aprovado pelo Conselho de Representantes, obedecendo as normas e condições fixadas por este, dentre elas a prova de representatividade, com prévio parecer da Diretoria.

Parágrafo único - As pretendentes à filiação apresentarão prova da concordância do seu órgão competente e compromisso formal de plena aceitação e cumprimento do presente Estatuto, indicando, ainda, os seus


Denilson Silveira de Medeiros

delegados junto ao Conselho de Representantes, com requisitos para a investidura.

1. OFICIO - BRASILIA
REGISTRO DE PESSOAS JURIDICAS
FICOU ARQUIVADO COPIA EM MICROFILME SOB
ID N.00033763.

Art. 9º - Em instrumento próprio serão registradas as filiadas, com os dados necessários à sua identificação e à dos seus representantes.

Art. 10 - Constituem direitos de qualquer filiada:

I - participar das reuniões do Conselho de Representantes, discutindo e votando os assuntos tratados e constantes da pauta, através dos seus delegados;

II - submeter ao exame da Diretoria questões de interesse da indústria ou da vida associativa;

III - solicitar o apoio da Confederação nos casos de interesse das atividades que representa;

IV - requerer a convocação do Conselho de Representantes, na forma prevista no artigo 26, inciso II, deste Estatuto;

V - ter acesso a serviços da Confederação nas condições que vierem a ser estabelecidas.

Art. 11 - Constitui direito do delegado da filiada votar e ser votado para quaisquer cargos eletivos da Confederação.

Art. 12 - É dever de toda filiada:

I - cumprir o presente Estatuto, bem como as deliberações da Diretoria e do Conselho de Representantes;

II - pagar as contribuições estipuladas pelo Conselho de Representantes e as impostas por lei ou em atos normativos pertinentes, nos respectivos prazos;

III - concorrer para a colimação dos fins sociais;

IV - seguir, no plano nacional, a orientação da Confederação;

V - manter simetria de seu Estatuto e organização com os da Confederação, respeitadas as condições regionais.

Art. 13 - É dever do delegado de filiada:

I - desempenhar com exatidão os cargos de representação e administração superior da Confederação em que tenha sido investido;

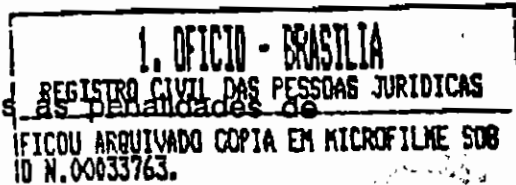
II - comparecer às reuniões plenárias e às dos órgãos que eventualmente integrar;

III - desincumbir-se das tarefas que lhe forem cometidas;

IV - prestigiar a Confederação por todos os meios ao seu alcance e propagar o espírito associativo entre a categoria econômica que representa.


Antonio Silva de Medeiros

Art. 14 - As filiadas e os seus delegados estão sujeitos a suspensão e eliminação do quadro social.



Parágrafo único - Essas penalidades serão aplicadas pelo Conselho de Representantes.

Art. 15 - Será suspensa do quadro associativo a filiada que atrasar o pagamento por mais de 03 (três) meses das contribuições devidas.

Parágrafo único - Não poderá obter cancelamento voluntário da filiação a filiada que estiver em débito com as suas contribuições.

Art. 16 - Será eliminada do quadro associativo, por proposta da Diretoria e deliberação do Conselho de Representantes, a filiada que:

I - atrasar, por mais de 06 (seis) meses, o pagamento de qualquer das contribuições devidas;

II - cometer grave desrespeito a dispositivo estatutário;

III - dissolver-se;

IV - filiar-se a outra entidade sindical de âmbito nacional.

Art. 17 - Terá o mandato suspenso o membro do Conselho de Representantes, da Diretoria ou do Conselho Fiscal que deixar de comparecer a três reuniões consecutivas, ou a cinco intercaladas, dos seus respectivos órgãos, sem causa justificada ou que cometer qualquer falta ou irregularidade susceptível de tal penalidade, a juízo do Conselho de Representantes.

Art. 18 - Será passível de eliminação da representação na órbita confederativa o membro do Conselho de Representantes, da Diretoria ou do Conselho Fiscal que:

I - reincidir na falta prevista no artigo 17;

II - tiver má conduta profissional ou praticar falta contra o patrimônio moral ou material da Confederação ou de entidades por ela administradas ou por suas filiadas;

III - patrocinar causa ou iniciativa contrário a interesse fundamental e inequívoco da indústria;

IV - perder a condição de industrial, mediante comprovação em processo específico;

V - aceitar emprego remunerado nos quadros da CNI ou dos organismos privados sob sua jurisdição ou administração;

VI - tiver conduta pública incompatível com o cargo que exerce.

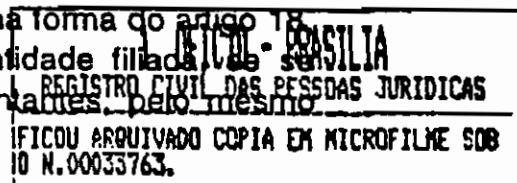
Art. 19 - A aplicação de penalidade, sempre pelo Conselho de Representantes, será precedida de audiência da parte interessada, que poderá produzir defesa escrita, dentro do prazo que lhe for concedido.


Denilson Silva de Medeiros
Presidente do CNI

Art. 20 - A filiada eliminada por atraso de pagamento poderá reingressar no quadro social mediante nova proposta, desde que, previamente, liquide seus débitos, sujeitando-se, ainda, às demais condições para a readmissão.

Parágrafo único - A filiada eliminada por outro motivo poderá voltar ao quadro associativo, desde que se reabilite, plenamente, a juízo do Conselho de Representantes, mediante proposta aprovada por dois terços das filiadas.

Art. 21 - O delegado da filiada, com o mandato cassado na forma do artigo 18, só poderá integrar, novamente, a representação de entidade filiada, se se reabilitar plenamente, a juízo do Conselho de Representantes, pelo mesmo quorum do artigo precedente.



Capítulo III

ESTRUTURA, ADMINISTRAÇÃO E REPRESENTAÇÃO

Seção I Estrutura

Art. 22 - Integram a estrutura da Confederação os seguintes órgãos:

- I - Conselho de Representantes;
- II - Diretoria;
- III - Conselho Fiscal.

§ 1º - Os mandatos da Diretoria e do Conselho Fiscal, com duração de quatro anos, fluem em conjunto.

§ 2º - As reuniões dos órgãos institucionais da Confederação serão realizadas na sede social, podendo, mediante prévia autorização do Presidente ou dos plenários respectivos, ser realizadas em outra localidade.

Seção II Conselho de Representantes

Art. 23 - O Conselho de Representantes, poder máximo da Confederação, compõe-se de dois delegados de cada Federação filiada, eleitos pelo congênere respectivo.

§ 1º - Concomitantemente, os Conselhos de Representantes de cada filiada escolherão suplentes, em igual número, para substituírem, mediante convocação, os titulares do mandato, nos casos previstos no artigo 25.


Denilson Silva do Medeiros

§ 2º - Proclamada a regularidade de dois terços, pelo menos, das delegações componentes, o Conselho estará constituído para o pleno exercício de suas funções.

REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS
FICOU ARQUIVADO COPIA EM MICROFILME SOB
O N. 00033763.

Art. 24 - Compete ao Conselho de Representantes:

- I - traçar a política geral e as diretrizes estratégicas da CNI;
- II - aprovar programas de trabalho para a CNI;
- III - aprovar a proposta anual do orçamento e suas retificações;
- IV - tomar e julgar as contas de cada exercício financeiro apresentadas pela Diretoria, com parecer do Conselho Fiscal;
- V - aprovar relatório de atividades de cada exercício, apresentado pela Diretoria;
- VI - eleger e empossar os membros da Diretoria e do Conselho Fiscal;
- VII - impor penalidades aos membros da Diretoria e do Conselho Fiscal e aos próprios membros;
- VIII - aceitar encargos do poder público, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e demais organismos e entidades de setores que envolvam interesse da indústria;
- IX - fixar as condições de filiação e a estipulação da contribuição das filiadas;
- X - admitir ou recusar a filiação;
- XI - discutir e votar as proposições apresentadas pelos seus membros e pela Diretoria;
- XII - requisitar informações aos órgãos competentes da administração interna, bem como de entidade filiada ou subordinada;
- XIII - manifestar-se sobre os trabalhos e as diretrizes das instituições criadas, mantidas e dirigidas pela categoria industrial;
- XIV - deliberar sobre a alienação ou oneração de bens imóveis de propriedade da Confederação, a partir de limites de valores que vier a fixar;
- XV - autorizar a filiação da Confederação a entidades nacionais ou internacionais de características e finalidades similares;
- XVI - votar o Estatuto, reformá-lo ou alterá-lo, com obediência ao disposto no § 5º do artigo 26;
- XVII - dissolver a Confederação, com obediência ao disposto no § 6º do artigo 26;


Denise Silva de Medeiros

XVIII - atribuir encargos e tarefas específicas individualmente ou por grupo;

XIX - indicar, quando couber, os representantes da indústria junto aos Tribunais Superiores;

XX - exercer todas as demais atribuições que lhe são cometidas neste Estatuto e na legislação vigente;

XXI - criar Conselhos Temáticos e Consultivos, por proposta da Diretoria;

XXII - sobrestar o funcionamento da Diretoria ou do Conselho Fiscal, ou de ambos, nos casos de grave violação estatutária, de discórdias internas que perturbem o livre exercício das atividades associativas, ou de dilapidação ou malversação do patrimônio social, designando junta administrativa ou comissão fiscal para substituí-los;

XXIII - resolver os casos omissos.

§ 1º - Cabe ao Conselho de Representantes, no resguardo do bom nome e dos interesses da Confederação, bem como das instituições que administra, inabilitar ao exercício de função ou emprego na CNI qualquer pessoa, pertencente ou não a seus quadros representativos, que tenha causado prejuízo moral ou administrativo aos fins institucionais ou lesão aos patrimônios respectivos.

§ 2º - As decisões sobre a criação dos Conselhos referidos no inciso XXI deste artigo serão tomadas pela maioria absoluta dos membros do Conselho de Representantes.

Art. 25 - Verificada a licença, renúncia, impedimento, suspensão, perda de poderes ou falecimento de qualquer membro do Conselho de Representantes será convocado suplente da respectiva delegação, que exercerá o mandato pelo prazo restante da vacância, se definitiva.

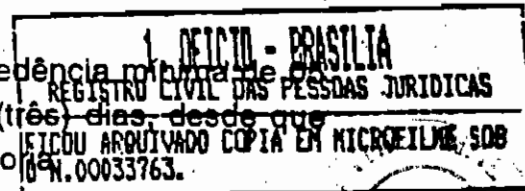
Art. 26 - O Conselho se reunirá na forma que segue:

I - ordinariamente, todos os anos, em março, julho e novembro, para deliberar, respectivamente, sobre o relatório e contas da gestão financeira do ano anterior; sobre a reformulação do orçamento de receita e despesa do exercício em curso; e sobre o orçamento de receita e despesa para o exercício seguinte, sem prejuízo, em qualquer caso, de serem discutidas e votadas quaisquer outras matérias de natureza institucional, administrativa, técnica ou de interesse da categoria;

II - extraordinariamente, quando convocado pelo Presidente, por deliberação da Diretoria ou pela maioria das filiadas, para exame dos assuntos determinantes da convocação.


Nelson Silva de Medeiros

§ 1º - A convocação deverá ser feita com a antecedência mínima de cinco (cinco) dias, podendo esse prazo ser reduzido para 03 (três) dias, desde que ocorra motivo relevante, a juízo do Presidente ou da Diretoria.



§ 2º - A convocação deverá constar de edital afixado na sede da CNI e publicado em jornal da Capital Federal e comunicada por qualquer meio idôneo aos delegados das filiadas.

§ 3º - Em primeira convocação, o plenário será considerado instalado se estiver presente a maioria das filiadas; em segunda convocação, funcionará com a presença de qualquer número de delegações.

§ 4º - Será considerada presente a filiada que se fizer representar, pelo menos, por um dos seus delegados.

§ 5º - Para reforma do Estatuto da CNI será exigido o assentimento de três quintos das filiadas, em duas votações consecutivas, intercaladas de trinta dias, no mínimo.

§ 6º - Para dissolução da CNI será exigido o assentimento de quatro quintos das filiadas, em duas votações consecutivas, intercaladas de trinta dias, no mínimo.

Art. 27 - O Conselho será presidido pelo Presidente da Confederação ou por seu substituto estatutário.

Art. 28 - As deliberações, salvo *quorum* especial previsto neste Estatuto, serão tomadas por maioria dos presentes, cabendo um voto a cada delegação, expresso pelo delegado que ocupar o posto de maior hierarquia no órgão diretor da filiada ou o mais idoso quando o primeiro critério não for aplicável, considerando-se, todavia, impedido de votar aquele que fizer parte da Diretoria ou do Conselho Fiscal da Confederação, quando em julgamento atos de sua responsabilidade.

§ 1º - Em caso de empate, nas votações abertas, o Presidente proferirá voto pessoal de qualidade, definindo o resultado.

§ 2º - Nos escrutínios secretos, o empate importará em recusa, com exceção de matéria eleitoral.

Art. 29 - As atas das reuniões do Conselho serão lavradas em instrumento próprio e subscritas pelo Presidente e pelo 1º Secretário.

Parágrafo único - Depois de subscrita na forma acima, a ata, considerada aprovada para todos os efeitos, independentemente da manifestação do plenário, será remetida aos Conselheiros para as observações que, por escrito, desejarem fazer, susceptíveis de eventuais retificações, a juízo do Presidente, facultado recurso para o Conselho.


Clamir Silva de Medeiros

Seção III
Diretoria

Art. 30 - A Diretoria é o órgão executivo da Confederação e se compõe de dezessete titulares, que são os seguintes:

- I - Presidente;
- II - 1º Vice-Presidente;
- III - onze Vice-Presidentes;
- IV - 1º Secretário;
- V - 2º Secretário;
- VI - 1º Tesoureiro;
- VII - 2º Tesoureiro.

§ 1º - Os membros da Diretoria serão eleitos pelo Conselho de Representantes dentre os seus integrantes e Presidentes das Federações filiadas.

§ 2º - O integrante do Conselho de Representantes que estiver licenciado, a menos de um ano da data das eleições, não fica impedido de concorrer a cargo da Diretoria ou do Conselho Fiscal da CNI.

§ 3º - Serão, também, escolhidos substitutos, com a denominação de Diretores, em número correspondente aos titulares, para sucederem a estes, nas vagas verificadas ou para os substituírem, nas suas faltas e impedimentos.

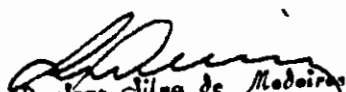
Art. 31 - A Diretoria será eleita por chapa, na qual constarão os nomes de candidatos a todos os cargos.

§ 1º - O Presidente somente poderá ser reeleito para um único período subsequente.

§ 2º - É obrigatório o interstício do mandato seguinte ao da sua reeleição para que o ex-Presidente possa concorrer a qualquer cargo.

§ 3º - O 1º Secretário e o 1º Tesoureiro poderão ser reeleitos para estes cargos apenas para um período subsequente.

Art. 32 - Os membros da Diretoria, no início e no término do mandato, apresentarão declaração de bens, a qual ficará arquivada na CNI, para os fins devidos.


Damião Silva de Medeiros
CNI

§ 1º - O descumprimento dessa exigência, no impedirá a posse do Diretor e, no término, o inabilitará a qualquer dos órgãos da Confederação.

§ 2º - Também se aplicam aos Diretores substitutos os preceitos deste artigo.

Art. 33 - O Presidente e os membros da Diretoria deverão ser cidadãos brasileiros.

Art. 34 - No caso de vacância ou impedimento, em cargo da Diretoria, decorrente da renúncia, doença, destituição, falecimento, licença, perda de qualidade de industrial ou qualquer outro motivo, ascenderá à titularidade o Diretor substituto convocado na ordem de menção na chapa eleita.

Art. 35 - Compete à Diretoria:

- I - administrar a Confederação;
- II - dar execução às deliberações do Conselho de Representantes;
- III - cumprir e fazer cumprir o presente Estatuto;
- IV - deliberar sobre propostas do Presidente de estruturação e organização dos serviços internos, técnicos e administrativos, bem como do Plano de Cargos e Salários;
- V - submeter ao Conselho de Representantes os pedidos de filiação, emitindo parecer;
- VI - apreciar e decidir, no âmbito de sua competência, sobre as proposições de Conselhos Temáticos e Consultivos;
- VII - apresentar ao Conselho de Representantes os orçamentos de receita e despesa, bem como de aplicação de capital, para sua deliberação;
- VIII - apreciar o relatório de atividades e prestação de contas de cada exercício e encaminhá-los ao Conselho de Representantes para sua deliberação;
- IX - propor ao Conselho de Representantes a alienação ou oneração de bens imóveis de propriedade da CNI;
- X - autorizar a prática de atos de administração patrimonial e alienação de bens móveis;
- XI - aprovar regulamentos para execução de serviços;
- XII - supervisionar, em caráter de correção, todos os serviços da CNI;
- XIII - deliberar em situação de urgência, *ad-referendum* do Conselho de Representantes, sobre medidas ou providências de competência deste último, que não possam, sem grave dano para os interesses da CNI, aguardar a reunião daquele órgão;

XIV - escolher os representantes da indústria nos de representação oficial, por proposta do Presidente.

Art. 36 - A Diretoria reunir-se-á por convocação do Presidente ou de, pelo menos, um terço de seus membros.

§ 1º - As decisões da Diretoria serão tomadas por maioria de votos, com a presença de, no mínimo, metade mais um dos seus membros.

§ 2º - O Presidente votará obrigatoriamente nas reuniões da Diretoria, prevalecendo, em caso de empate, a solução que tiver sufragado.

Art. 37 - Compete ao Presidente:

- I - presidir as reuniões da Diretoria e do Conselho de Representantes;
- II - designar relatores, comissões e grupos de trabalho para qualquer assunto de alçada da Diretoria ou do Conselho de Representantes;
- III - determinar diligências e a audiência dos órgãos técnicos e administrativos da CNI, no preparo, exame e instrução dos processos;
- IV - rubricar os livros da CNI, podendo atribuir tal encargo a outro Diretor;
- V - autorizar a realização das despesas, desde que previstas no orçamento, ou delegar competência para esse fim;
- VI - assinar, com o 1º Tesoureiro, os cheques e ordens de pagamento referentes às despesas da CNI;
- VII - admitir, promover e demitir os empregados da CNI, de acordo com o Plano de Cargos e Salários;
- VIII - assinar convênios, acordos e contratos;
- IX - aplicar ou autorizar a aplicação das penalidades previstas em lei e as sanções disciplinares aos empregados da Confederação;
- X - convocar reuniões da Diretoria e do Conselho de Representantes, assinando as atas respectivas com o 1º Secretário;
- XI - representar a Confederação, em juízo ou fora dele e perante os poderes públicos, entidades públicas e privadas, nacionais ou internacionais, podendo constituir procuradores, mandatários ou prepostos;
- XII - zelar pelo cumprimento das resoluções e decisões da Diretoria e do Conselho de Representantes;
- XIII - designar e destituir os titulares de cargos ou funções de confiança vinculados à estrutura organizacional;
- XIV - apresentar à Diretoria o relatório de atividades e a prestação de contas de cada exercício;

[Assinatura]
Maurício de Almeida

XV - delegar competência a membros da Diretoria função de confiança prevista na estrutura organizacional, para exercer atribuições que não sejam inerentes ao mandato sindical;

XVI - expedir regulamentos para execução de serviços internos;

XVII - exercitar, *ad-referendum*, por motivo de urgência, qualquer atribuição da Diretoria.

Art. 38 - O Presidente, em caso de vacância do cargo ou de impedimento temporário, será sucedido ou substituído pelo 1º Vice-Presidente.

§ 1º - Na hipótese de impedimento temporário, o 1º Vice-Presidente será substituído pelo Vice-Presidente indicado pelo Presidente e, em caso de vacância, será sucedido por Vice-Presidente escolhido pela Diretoria, por proposta do Presidente.

§ 2º - Ocorrendo a vacância ou impedimento temporário simultaneamente dos cargos de Presidente e 1º Vice-Presidente serão os mesmos sucedidos ou substituídos por Vice-Presidentes escolhidos pela Diretoria, por proposta do Presidente.

§ 3º - Incumbe aos Vice-Presidentes, além das hipóteses de sucessão e substituição previstas neste artigo, exercerem, no âmbito da Diretoria, os encargos que, por esta ou pelo Presidente, lhe forem atribuídos.

Art. 39 - Compete ao 1º Secretário:

I - organizar e supervisionar a secretaria e os serviços de apoio ao funcionamento dos órgãos colegiados;

II - zelar pelo cumprimento das obrigações sindicais, associativas e institucionais da CNI;

III - colaborar para o aperfeiçoamento e atualização da organização e da gestão administrativa;

IV - organizar, de acordo com o Presidente, o calendário e a agenda de reuniões e comemorações;

V - supervisionar o processo eleitoral, nos termos das disposições estatutárias e regulamentares;

VI - coordenar o processo de concessão da Ordem do Mérito Industrial e outras condecorações na forma dos regulamentos;

VII - manter atualizado o registro da representação e apoiar os representantes da Confederação nos órgãos ou entidades dos quais participa;

VIII - assinar com o Presidente atos na sua área de atuação.

Parágrafo único - Ao 2º Secretário compete auxiliar o 1º Secretário no desempenho de suas atribuições, substituí-lo em suas ausências ou impedimentos temporários e sucedê-lo na hipótese de vacância do cargo.


Benício Silva de Mendonça

Art. 40 - Compete ao 1º Tesoureiro:

- I - compartilhar com o Presidente a gestão econômico-financeira, propondo, quando for o caso, instrumentos para seu aperfeiçoamento;
- II - buscar a atualização e o crescimento de receitas e fundos;
- III - propor o aperfeiçoamento e atualização do plano de contas;
- IV - orientar as filiadas na estruturação de instrumentos e formas legais e semelhantes de arrecadação;
- V - elaborar o balanço e o relatório anual das atividades econômico-financeiras;
- VI - abrir contas nos estabelecimentos de crédito, de reconhecida idoneidade, aprovado pelo Presidente;
- VII - assinar, conjuntamente com o Presidente, cheques e ordens de pagamento, e de per si os demais documentos pertinentes;
- VIII - manter em ordem os serviços de tesouraria e a respectiva escrituração, de conformidade com a lei, observadas as instruções emanadas do Conselho de Representantes ou da Diretoria;
- IX - apresentar, trimestralmente, à Diretoria, um balancete da situação econômico-financeira da CNI, subscrevendo as peças contábeis respectivas, inclusive as integrantes do relatório anual.

Parágrafo único - Ao 2º Tesoureiro compete auxiliar o 1º Tesoureiro no desempenho de suas atribuições, substituí-lo em suas ausências ou impedimentos temporários e sucedê-lo na hipótese de vacância do cargo.

Art. 41 - O 1º Secretário e o 1º Tesoureiro poderão delegar competência a empregado com função de confiança para o exercício de suas atribuições.

Art. 42 - Além das suas atribuições específicas, os membros da Diretoria exercerão os encargos que, por esta, ou pelo Presidente, lhes forem atribuídos.

Seção IV Conselho Fiscal

Art. 43 - O Conselho Fiscal é o órgão encarregado de examinar e acompanhar o movimento econômico-financeiro da Confederação.

Art. 44 - O Conselho Fiscal, com mandato coincidente com o da Diretoria, compõe-se de 03 (três) titulares, eleitos pelo Conselho de Representantes,

[Assinatura]
Dionísio Silva de Medeiros

proibida a eleição de membros cuja representação já esteja contemplada na composição da Diretoria.

1. OFÍCIO - BRASÍLIA
REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS
FICOU ARQUIVADO COPIA EM MICROFILME SOB
O N.º 00033763.

§ 1º - Serão eleitos, igualmente, na mesma oportunidade e nas mesmas condições, 03 (três) suplentes para sucederem e substituírem, nos casos de vagas ou impedimentos, os membros efetivos.

§ 2º - Os membros do Conselho Fiscal e seus respectivos suplentes deverão, na posse e no término do mandato, apresentar declaração de bens, nos termos do art. 32 e seu parágrafo primeiro.

Art. 45 - Incumbe ao Conselho Fiscal emitir parecer sobre as seguintes matérias:

- I - relatórios, balanços e contas da gestão financeira anual;
- II - orçamentos da receita e despesa de cada exercício e suas eventuais retificações;
- III - aplicação de fundos;
- IV - assuntos de natureza econômico-financeira de interesse da Confederação.

Capítulo IV

RECEITAS E PATRIMÔNIO

Art. 46 - As receitas da Confederação serão compostas por:

- I - contribuições de filiadas;
- II - contribuições legais;
- III - cotas dos organismos privados sob sua jurisdição ou administração efetivadas consoante a regulamentação respectiva;
- IV - serviços e convênios;
- V - aluguéis de imóveis, equipamentos e instalações;
- VI - juros de títulos e depósitos;
- VII - mutações patrimoniais;
- VIII - doações e legados;
- IX - receitas diversas.

[Assinatura]
M. Z. Silva de Medeiros

Parágrafo único - Os recursos da Confederação destinam-se a cobrir as despesas operacionais, auxílios, subvenções e investimentos regularmente autorizados.

Art. 47 - O patrimônio da Confederação é composto por:

- I - bens móveis e imóveis;
- II - propriedade intelectual;
- III - direitos e ações;
- IV - ativos financeiros.

Art. 48 - Os atos que importem malversação ou dilapidação do patrimônio da CNI acarretarão a destituição dos administradores responsáveis e o ressarcimento civil pelos danos causados.

Art. 49 - No caso de dissolução da Confederação, o Conselho de Representantes dará destino ao patrimônio remanescente, observada a legislação pertinente, depois de pagas todas as obrigações.

Capítulo V

ELEIÇÕES E VOTAÇÕES

Art. 50 - As eleições para Diretoria e Conselho Fiscal realizar-se-ão, quadrienalmente, dentro dos 90 (noventa) dias que antecederem o término de cada mandato, em reunião especialmente convocada para esse fim, cumprindo às filiadas fazerem a indicação de seus delegados.

Art. 51 - Ressalvadas as hipóteses de recursos, a posse dos eleitos se dará ao término do mandato anterior.

Art. 52 - As eleições processar-se-ão mediante escrutínio secreto.

Art. 53 - São condições para o exercício de direito do voto:

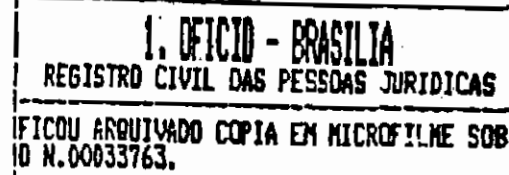
I - encontrar-se a filiada no pleno gozo dos seus direitos e prerrogativas estatutárias;

II - ter sido concedida a filiação até seis meses antes da data do pleito;

III - estarem os delegados devidamente credenciados.

Art. 54 - Caberá ao Conselho de Representantes aprovar o regulamento do processo eleitoral da CNI, o qual não poderá sofrer qualquer alteração no decurso dos 06 (seis) meses que antecederem ao término de cada mandato.


Danisete Silva de Medeiros



Capítulo VI

DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 55 - Não será permitida qualquer alteração estatutária no período compreendido entre 06 (seis) meses antes e 06 (seis) meses depois da data do término do mandato dos órgãos dirigentes.

Art. 56 - Todos quantos forem incumbidos ou indicados para o exercício de missões de representação, no País ou no estrangeiro, às expensas da CNI, estão obrigados à prestação de contas e à feitura de relatório, dentro de trinta dias após a ulimação do encargo, prorrogáveis, por igual prazo, em casos justificados.

Art. 57 - Os ex-Presidentes que tenham exercido a Presidência em caráter efetivo, participarão da CNI como Conselheiros Eméritos.

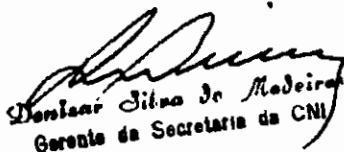
Parágrafo único - Os Conselheiros Eméritos terão acesso e direito de voz em quaisquer órgãos colegiados da CNI.

Art. 58 - Os mandatos da Diretoria e do Conselho Fiscal eleitos em agosto de 1998 expirarão em de 13 outubro do ano de 2002.

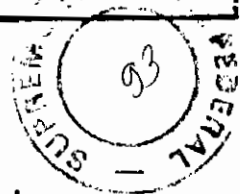
Art. 59 - O funcionamento dos órgãos colegiados previstos no artigo 22 será regulamentado por regimento próprio a ser aprovado pelo Conselho de Representantes.

Art. 60 - O Presidente providenciará, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, o registro deste Estatuto no órgão competente.

Art. 61 - Este Estatuto entrará em vigor na data de sua aprovação, revogadas as disposições em contrário.


Antonio Silva de Almeida
Gerente da Secretaria da CNI

1. OFÍCIO - BRASÍLIA
REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS
FICOU ARQUIVADO COPIA EM MICROFILME SOB
ID N.00033763.



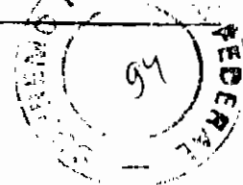
CARTÓRIO MARCELO RIBAS
1. OFÍCIO DE REG. DE PESSOAS JURÍDICAS
SUPER CENTER - ED. VENANCIO 2.000
SCS, Q.08, Bl. B-60, Sl. 140-E, 1. Andar
Brasília-DF. - Fone: 224-4026

Registrado e Arquivado sob o n. 00002248
do livro A-03 em 19/09/1991.
IDou fe.
Brasília, (27.09.1999)

Titular: Marcelo Ribeiro
Subst.: Geraldo do Carmo Rodrigues
Marcelo Figueiredo
Luis Helio
Alessandro Ferreira
Edilene Trigueiro
Eunice de Oliveira Pacheco

PO Nº 096346

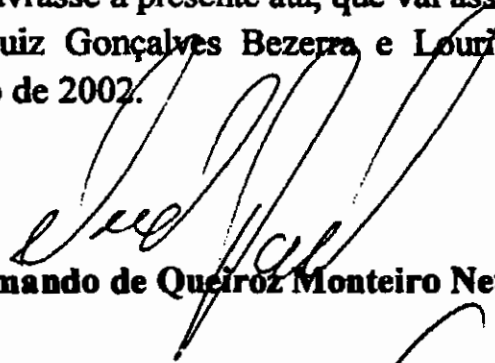
**ATA DA REUNIÃO ESPECIAL DO CONSELHO DE
REPRESENTANTES DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA
INDÚSTRIA PARA A POSSE DOS MEMBROS DA DIRETORIA E
DO CONSELHO FISCAL, ELEITOS PARA O QUADRIÊNIO
ADMINISTRATIVO 2002/2006**

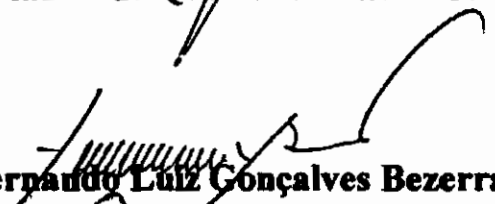


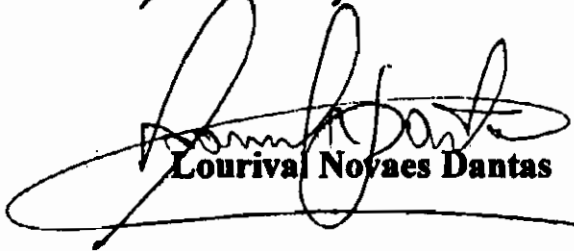
Aos quatorze dias do mês de outubro de dois mil e dois, às nove horas, reuniu-se, conforme convocação regularmente feita, o Conselho de Representantes da Confederação Nacional da Indústria, no auditório do 15º andar do Edifício Roberto Simonsen, Setor Bancário Norte, Quadra 1, Bloco C, Brasília, Distrito Federal, com o fim especial de empossar os membros da Diretoria e do Conselho Fiscal, bem como seus respectivos substitutos e suplentes, para o quadriênio administrativo de dois mil e dois a dois mil e seis, estando presentes os Senhores Delegados Representantes das Federações filiadas, conforme assinaturas lançadas no livro próprio. Sob a Presidência do Dr. Fernando Luiz Gonçalves Bezerra, foi constituída a Mesa com os Senhores Armando de Queiroz Monteiro Neto, Carlos Eduardo Moreira Ferreira, Lourival Novaes Dantas e Alexandre Herculano Coelho de Souza Furlan. Constatando haver número, o Presidente deu por abertos os trabalhos solicitando, após, que o Diretor 1º Secretário, Lourival Novaes Dantas, procedesse à leitura do Termo de Posse, conforme documento em anexo, o que foi feito. Cumpridas que foram todas as exigências estatutárias para a investidura, inclusive a apresentação por escrito das respectivas declarações de bens, o Presidente, em nome do Conselho de Representantes, deu como empossados os eleitos para o quadriênio 2002/2006, a saber: **DIRETORIA** - Titulares: Presidente - Armando de Queiroz Monteiro Neto; 1º Vice-Presidente - Carlos Eduardo Moreira Ferreira; Vice-Presidentes - José Carlos Gomes Carvalho; Francisco Renan Oronoz Proença; Robson Braga de Andrade; José de Freitas Mascarenhas; José Fernando Xavier Faraco; Abelírio Vasconcelos da Rocha; Francisco de Assis Benevides Gadelha; Fernando Cirino Gurgel; Danilo Olivo Carlotto Remor; Antonio José de Moraes Souza; Alfredo Fernandes; 1º Secretário - Lourival Novaes Dantas; 2º Secretário - José Carlos Lyra de Andrade; 1º Tesoureiro - Alexandre Herculano Coelho de Souza Furlan; 2º Tesoureiro - Paulo Afonso Ferreira; Diretores: José Nasser; Fernando Antonio Vaz; João



Oliveira de Albuquerque; Carlos Salustiano de Sousa Coêlho; Jorge Parente Frota Júnior; Jorge Machado Mendes; Idalito de Oliveira; Sivaldo da Silva Brito; Dagoberto Lima Godoy; Osvaldo Moreira Douat; Luis Eulalio de Bueno Vidigal Filho; Carlos Antônio de Borges Garcia; Fernando de Souza Flexa Ribeiro; Antonio Fábio Ribeiro; Jorge Aloysio Weber; Olavo Machado Júnior; Jorge Wicks Côrte Real; **CONSELHO FISCAL** - Titulares: Júlio Augusto Miranda Filho; Ronaldo Dimas Nogueira Pereira; José Bráulio Bassini; Suplentes: Adalberto de Souza Coelho; Fernando Fernandes de Oliveira; Jorge Antônio Pereira Lopes de Araújo. A seguir o Dr. Fernando Luiz Gonçalves Bezerra transmitiu a Presidência ao Dr. Armando de Queiroz Monteiro Neto. Após manifestação de Conselheiros e Diretores presentes e não havendo mais quem quizesse fazer uso da palavra, o Presidente Armando de Queiroz Monteiro Neto deu por encerrada a reunião, determinando que se lavrasse a presente ata, que vai assinada por ele e pelos Senhores Fernando Luiz Gonçalves Bezerra e Lourival Novaes Dantas. Brasília, 14 de outubro de 2002.

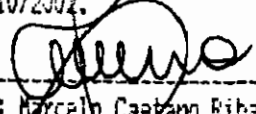

Armando de Queiroz Monteiro Neto


Fernando Luiz Gonçalves Bezerra


Lourival Novaes Dantas

CARTÓRIO MARCELO RIBAS
1. OF. DE REGISTRO DE PESSOAS JURÍDICAS
SUPER CENTER - ED. VENÂNCIO 2000
SCS. 8.08 BL. B-60 SL. 140-E 1. ANDAR
BRASÍLIA/DF - TELEFONE: 224-4026

Registrado e Arquivado sob o número
00002248 do livro A-02
em 14/10/2002.
Brasília, 15/10/2002.


Titular: Marcelo Caetano Ribas
Subst.: Geraldo de Sá Almeida Rodrigues
Marcelo Caetano Ribas
Eulene Rosa de Almeida
Eunice de Almeida Franco
Edilene de Almeida Franco
Francisco de Almeida Franco
Marcos Almeida Franco
PO377319 - Oliveira

Confederação Nacional da Indústria

**TÉRMO DE POSSE DOS MEMBROS DA DIRETORIA E DO
CONSELHO FISCAL DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL
DA INDÚSTRIA PARA O QUADRIÊNIO 2002/2006**

Aos quatorze dias do mês de outubro de dois mil e dois, às nove horas, no auditório do 15º andar do Edifício Roberto Simonsen, Setor Bancário Norte, Quadra 1, Bloco C, em Brasília, Distrito Federal, o Conselho de Representantes da Confederação Nacional da Indústria, tendo em vista o resultado das eleições realizadas no dia quinze de julho do corrente ano, declara empossados os seguintes membros da Diretoria e do Conselho Fiscal da Entidade para o quadriênio 2002/2006:

DIRETORIA**Presidente****1º Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****Vice-Presidente****1º Secretário****2º Secretário****Tesoureiro****2º Tesoureiro****Directores:**

- ARMANDO DE QUEIROZ MONTEIRO NETO
- CARLOS EDUARDO MOREIRA FERREIRA
- JOSÉ CARLOS GOMES CARVALHO
- FRANCISCO RENAN ORONÓZ PROENÇA
- ROBSON BRAGA DE ANDRADE
- JOSÉ DE FREITAS MASCARENHAS
- JOSÉ FERNANDO XAVIER FARACO
- ABELÍRIO VASCONCELOS DA ROCHA
- FRANCISCO DE ASSIS BENEVIDES GADELHA
- FERNANDO CIRINO GURGEL
- DANILO OLIVO CARLOTTO REMOR
- ANTONIO JOSÉ DE MORAES SOUZA
- ALFREDO FERNANDES
- LOURIVAL NOVAES DANTAS
- JOSÉ CARLOS LYRA DE ANDRADE
- ALEXANDRE HERCULANO COELHO DE SOUZA FURLAN
- PAULO AFONSO FERREIRA

- JOSÉ NASSER
- FERNANDO ANTONIO VAZ
- JOÃO OLIVEIRA DE ALBUQUERQUE
- CARLOS SALUSTIANO DE SOUSA COELHO
- JORGE PARENTE FROTA JÚNIOR
- JORGE MACHADO MENDES
- IDALITO DE OLIVEIRA
- SIVALDO DA SILVA BRITO
- DAGOBERTO LIMA GODOY
- OSVALDO MOREIRA DOUAT
- LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL FILHO
- CARLOS ANTÔNIO DE BORGES GARCIA
- FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO
- ANTONIO FÁBIO RIBEIRO
- JORGE ALOYSIO WEBER
- OLAVO MACHADO JÚNIOR
- JORGE WICKS CÔRTE REAL

CONSELHO FISCAL:

Titulares:

- JULIO AUGUSTO MIRANDA FILHO
- RONALDO DIMAS NOGUEIRA PEREIRA
- JOSÉ BRÁULIO BASSINI

Suplentes:

- ADALBERTO DE SOUZA COELHO
- FERNANDO FERNANDES DE OLIVEIRA
- JORGE ANTÔNIO PEREIRA LOPES DE ARAÚJO

Cumpridas que foram as exigências estatutárias para a investidura, inclusive a apresentação, por escrito, das respectivas declarações de bens, lavra-se o presente termo, em duas vias, para os fins de direito, que vai assinado pelos Senhores Armando de Queiroz Monteiro Neto, Fernando Luiz Gonçalves Bezerra e Lourival Novaes Dantas.

Brasília, 14 de outubro de 2002

Armando de Queiroz Monteiro Neto

Fernando Luiz Gonçalves Bezerra

Lourival Novaes Dantas

CARTORIO MARCELO RIBAS
1. OF. DE REGISTRO DE PESSOAS JURIDICAS
SUPER CENTER - ED. VENANCIO 2000
SCS. B.08 BL. B-60 SL. 140-F 1. ANDAR
BRASILIA/DF - TELEFONE 224-4026

Registrado e Arquivado sob o número
100002248 do livro n. A-03
em Dou. Fe.
Brasília, 15/10/2002.

Titular: Marcelo Gastano Ribas
Subst.: Geraldina Carmo A. Rodriguez
Marcelo Hirsueiredo Ribas
Eduene Miguell Pereira
de Oliveira Pacheco
Marcelo Pereira Franco
Antonio Gomes de Jesus
Marcelo Ricardo da C. Oliveira

~~PO377318~~



Lei 9.294, de 15 de julho de 1996

Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos,
bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas,
nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Redação Original

**Senado Federal**
Subsecretaria de Informações

Data Link

15/07/1996 Referência

LEI Nº 9.294, DE 15 DE JULHO DE 1996.

Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac.

Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente.

§ 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema.

§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no *caput* nas aeronaves e veículos de transporte coletivo, salvo quando transcorrida uma hora de viagem e houver nos referidos meios de transporte parte especialmente reservada aos fumantes.

Art. 3º A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas.

§ 1º A propaganda comercial dos produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

I - não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas;

II - não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar;

III - não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes;

IV - não associar o uso do produto à prática de esportes olímpicos, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais;

V - não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI - não incluir, na radiodifusão de sons ou de sons e imagens, a participação de crianças ou adolescentes, nem a eles dirigir-se.

§ 2º A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência escrita e/ou falada sobre os malefícios do fumo, através das seguintes frases, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, todas precedidas da afirmação "O Ministério da Saúde Adverte":

I - fumar pode causar doenças do coração e derrame cerebral;

II - fumar pode causar câncer do pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar;

III - fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê;

IV - quem fuma adoece mais de úlcera do estômago;

V - evite fumar na presença de crianças;

VI - fumar provoca diversos males à sua saúde.



§ 3º As embalagens, exceto se destinadas à exportação, os pôsteres, painéis ou cartazes, jornais e revistas que façam difusão ou propaganda dos produtos referidos no art. 2º conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior.

§ 4º Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão sequencialmente 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 dos laterais dos maços, cartelas ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor.

§ 5º Nos pôsteres, painéis, cartazes, jornais e revistas, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese variando no máximo a cada cinco meses, devendo ser escritas de forma legível e ostensiva.

Art. 4º Somente será permitida a propaganda comercial de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão entre as vinte e uma e as seis horas.

§ 1º A propaganda de que trata este artigo não poderá associar o produto ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículos e a imagens ou idéias de maior êxito ou sexualidade das pessoas.

§ 2º Os rótulos das embalagens de bebidas alcoólicas conterão advertência nos seguintes termos: "Evite o Consumo Excessivo de Alcool".

Art. 5º As chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos indicados nos arts. 2º e 4º, para eventos alheios à programação normal ou rotineira das emissoras de rádio e televisão, poderão ser feitas em qualquer horário, desde que identificadas apenas com a marca ou *slogan* do produto, sem recomendação do seu consumo.

§ 1º As restrições deste artigo aplicam-se à propaganda estática existente em estádios, veículos de competição e locais similares.

§ 2º Nas condições do *caput*, as chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos estarão liberados da exigência do § 2º do art. 3º desta Lei.

Art. 6º É vedada a utilização de trajes esportivos, relativamente a esportes olímpicos, para veicular a propaganda dos produtos de que trata esta Lei.

A. 7º A propaganda de medicamentos e terapias de qualquer tipo ou espécie poderá ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde.

§ 1º Os medicamentos anódinos e de venda livre, assim classificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde, poderão ser anunciados nos órgãos de comunicação social com as advertências quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória.

§ 2º A propaganda dos medicamentos referidos neste artigo não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo.

§ 3º Os produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira que se enquadram no disposto no § 1º deste artigo deverão apresentar comprovação científica dos seus efeitos terapêuticos no prazo de cinco anos da publicação desta Lei, sem o que sua propaganda será automaticamente vedada.

§ 4º Toda a propaganda de medicamentos conterá obrigatoriamente advertência indicando que, a persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado.

Art. 8º A propaganda de defensivos agrícolas que contenham produtos de efeito tóxico, mediato ou imediato, para o ser humano, deverá restringir-se a programas e publicações dirigidas aos agricultores e pecuaristas, contendo completa explicação sobre a sua aplicação, precauções no emprego, consumo ou utilização, segundo o que dispuser o órgão competente do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, sem prejuízo das normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde ou outro órgão

do Sistema Único de Saúde.

Art. 9º Aplicam-se aos infratores desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, as seguintes sanções:



I - advertência;

II - suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias;

III - obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé;

IV - apreensão do produto;

V - multa de R\$1.410,00 (um mil quatrocentos e dez reais) a R\$7.250,00 (sete mil duzentos e cinquenta reais), cobrada em dobro, em triplo e assim sucessivamente, na reincidência.

§ 1º As sanções previstas neste artigo poderão ser aplicadas gradativamente e, na reincidência, cumulativamente, de acordo com as especificidade do infrator.

§ 2º Em qualquer caso, a peça publicitária fica definitivamente vetada.

§ 3º Consideram-se infratores, para efeitos deste artigo, os responsáveis pelo produto, pela peça publicitária e pelo veículo de comunicação utilizado.

A 10. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo máximo de sessenta dias de sua publicação.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 15 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Arlindo Porto

Adib Jatene





Lei 10.167, de 27 de Dezembro de 2000

Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996,
que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos,
bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

**Senado Federal**
Subsecretaria de Informações

Data Link

27/12/2000 Referência

LEI Nº 10.167, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2000

Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

[REDACTED]

"Art. 2º.....

§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no *caput* nas aeronaves e demais veículos de transporte coletivo" (NR)

[REDACTED]

§ 1º.....

IV - não associar o uso do produto à prática de atividades esportivas, olímpicas ou não, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas, abusivas ou ilegais; (NR).

VI - não incluir a participação de crianças ou adolescentes. (NR).....

§ 3º A embalagem, exceto se destinada à exportação, e o material de propaganda referido neste artigo conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior. (NR)

§ 5º A advertência a que se refere o § 2º deste artigo, escrita de forma legível e ostensiva, será sequencialmente usada de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses. "(NR)

"Art. 3º - A Quanto aos produtos referidos no art. 2º desta Lei, são proibidos:

I - a venda por via postal;

II - a distribuição de qualquer tipo de amostra ou brinde;

III - a propaganda por meio eletrônico, inclusive internet;

IV - a realização de visita promocional ou distribuição gratuita em estabelecimento de ensino ou local público;

V - o patrocínio de atividade cultural ou esportiva;

VI - a propaganda fixa ou móvel em estádio, pista, palco ou local similar;

VII - a propaganda indireta contratada, também denominada *merchandising*, nos programas produzidos no País após a publicação desta Lei, em qualquer horário;

VIII - a comercialização em estabelecimento de ensino e de saúde.

Parágrafo único. O disposto nos incisos V e VI deste artigo entrará em vigor em 1º de janeiro de 2003, no caso de eventos esportivos internacionais e culturais, desde que o patrocinador seja identificado apenas com a marca do produto ou sem recomendação de consumo."

"Art. 3º - B Somente será permitida a comercialização de produtos fumígenos que ostentem em sua embalagem a identificação junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na forma do regulamento."

"Art. 9º Aplicam-se ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, as seguintes sanções: (NR)

V - multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator; (NR)

VI - suspensão da programação da emissora de rádio e televisão, pelo tempo de dez minutos, por cada minuto ou fração de duração da propaganda transmitida em desacordo com esta Lei, observando-se o mesmo horário.

§ 3º Considera-se infrator, para os efeitos desta Lei, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que, de forma direta ou indireta, seja responsável pela divulgação da peça publicitária ou pelo respectivo veículo de comunicação. (NR)

§ 4º Compete à autoridade sanitária municipal aplicar as sanções previstas neste artigo, na forma do art. 12 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, ressalvada a competência exclusiva ou concorrente:

I - do órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde, inclusive quanto às sanções aplicáveis às agências de publicidade, responsáveis por propaganda de âmbito nacional;

II - do órgão de regulamentação da aviação civil do Ministério da Defesa, em relação a infrações verificadas no interior de aeronaves;

III - do órgão do Ministério das Comunicações responsável pela fiscalização das emissoras de rádio e televisão;

IV - do órgão de regulamentação de transporte do Ministério dos Transportes, em relação a infrações ocorridas no interior de transportes rodoviários, ferroviários e aquaviários de passageiros.

§ 5º (VETADO)"

Art. 2º (VETADO)

Art. 3º (VETADO)

Art 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 27 de dezembro de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Pedro Malan

Marcus Vinicius Pratini de Moraes

José Serra

Benjamin Benzaquen Sicsú

Martus Tavares

Pimenta da Veiga





Medida Provisória nº 2.190-34. de 23 de agosto de 2001

ALTERA DISPOSITIVOS DA LEI 9.782, DE 26 DE JANEIRO DE 1999, QUE DEFINE O SISTEMA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA, E CRIA A AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA, E 6.437, DE 20 DE AGOSTO DE 1977, QUE CONFIGURA INFRAÇÕES A LEGISLAÇÃO SANITARIA FEDERAL E ESTABELECE AS SANÇÕES RESPECTIVAS, E DA OUTRAS PROVIDENCIAS.



Senado Federal
Subsecretaria de Informações



Data Link
23/08/2001 Referência

DE 23 DE AGOSTO DE 2001

Altera dispositivos das Leis nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º Os dispositivos a seguir indicados da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 3º Fica criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional.

....." (NR)
"Art. 7º....."

VII - autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos;

XXV - monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde, podendo para tanto:

- a) requisitar, quando julgar necessário, informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados, em poder de pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos neste inciso, mantendo o sigilo legal quando for o caso;
- b) proceder ao exame de estoques, papéis e escritas de quaisquer empresas ou pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos neste inciso, mantendo o sigilo legal quando for o caso;
- c) quando for verificada a existência de indícios da ocorrência de infrações previstas nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, dos bens e serviços referidos nesses incisos, convocar os responsáveis e, no prazo máximo de dez dias úteis, justificar a respectiva conduta;
- d) aplicar a penalidade prevista no art. 26 da Lei nº 8.884, de 1994;

XXVI - controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária;

XXVII - definir, em ato próprio, os locais de entrada e saída de entorpecentes, psicotrópicos e precursores no País, ouvido o Departamento de Polícia Federal e a Secretaria da Receita Federal.

4º A Agência poderá delegar a órgão do Ministério da Saúde a execução de atribuições previstas neste artigo relacionadas a serviços médico-ambulatorial-hospitalares, previstos nos §§ 2º e 3º do art. 8º, observadas as vedações definidas no § 1º deste artigo.

§ 5º A Agência deverá pautar sua atuação sempre em observância das diretrizes estabelecidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dar seguimento ao processo de descentralização da execução de atividades para Estados, Distrito Federal e Municípios, observadas as vedações relacionadas no § 1º deste artigo.

§ 6º A descentralização de que trata o § 5º será efetivada somente após manifestação favorável dos respectivos Conselhos Estaduais, Distrital e Municipais de Saúde." (NR)

"Art. 8º....."

5º A Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros

insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas.

§ 6º O Ministro de Estado da Saúde poderá determinar a realização de ações previstas nas competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em casos específicos e que impliquem risco à saúde da população.

§ 7º O ato de que trata o § 6º deverá ser publicado no Diário Oficial da União.

§ 8º Consideram-se serviços e instalações submetidos ao controle e fiscalização sanitária aqueles relacionados com as atividades de portos, aeroportos e fronteiras e nas estações aduaneiras e terminais alfandegados, serviços de transportes aquáticos, terrestres e aéreos". (NR)

"Art. 9º

Parágrafo único. A Agência contará, ainda, com um Conselho Consultivo, que deverá ter, no mínimo, representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários, na forma do regulamento." (NR)

"Art. 15. Compete à Diretoria Colegiada:

I - definir as diretrizes estratégicas da Agência;

II - propor ao Ministro de Estado da Saúde as políticas e diretrizes governamentais destinadas a permitir à Agência o cumprimento de seus objetivos;

III - editar normas sobre matérias de competência da Agência;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas relativas à vigilância sanitária;

V - elaborar e divulgar relatórios periódicos sobre suas atividades;

VI - julgar, em grau de recurso, as decisões da Agência, mediante provocação dos interessados;

VII - encaminhar os demonstrativos contábeis da Agência aos órgãos competentes.

§ 1º A Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, três Diretores, dentre eles o Diretor-Presidente ou seu substituto legal, e deliberará por maioria simples.

§ 2º Dos atos praticados pela Agência caberá recurso à Diretoria Colegiada, com efeito suspensivo, como última instância administrativa." (NR)

"Art. 16. Compete ao Diretor-Presidente:

I - representar a Agência em juízo ou fora dele;

II - presidir as reuniões da Diretoria Colegiada;

III - decidir **ad referendum** da Diretoria Colegiada as questões de urgência;

IV - decidir em caso de empate nas deliberações da Diretoria Colegiada;

V - nomear e exonerar servidores, provendo os cargos efetivos, em comissão e funções de confiança, e exercer o poder disciplinar, nos termos da legislação em vigor;

VI - encaminhar ao Conselho Consultivo os relatórios periódicos elaborados pela Diretoria Colegiada;

VII - assinar contratos, convênios e ordenar despesas;

VIII - elaborar, aprovar e promulgar o regimento interno, definir a área de atuação das unidades organizacionais e a estrutura executiva da Agência;

IX - exercer a gestão operacional da Agência." (NR)

"Art. 19. A Administração da Agência será regida por um contrato de gestão, negociado entre o seu Diretor-Presidente e o Ministro de Estado da Saúde, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, no prazo máximo de cento e vinte dias seguintes à nomeação do Diretor-Presidente da autarquia.

....." (NR)

"Art. 22.

X - os valores apurados em aplicações no mercado financeiro das receitas previstas nos incisos I a IV e VI a IX deste artigo.

....." (NR)

"Art. 23.

4º A taxa deverá ser recolhida nos termos dispostos em ato próprio da ANVISA.

6º Os laboratórios instituídos ou controlados pelo Poder Público, produtores de medicamentos e insumos sujeitos à Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, à vista do interesse da saúde pública, estão isentos do pagamento da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária.

§ 7º As renovações de registros, autorizações e certificados aplicam-se as periodicidades e os valores estipulados para os atos iniciais na forma prevista no Anexo.

§ 8º O disposto no § 7º aplica-se ao contido nos §§ 1º a 8º do art. 12 e parágrafo único do art. 50 da Lei nº 6.360, de 1976, no § 2º do art. 3º do Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, e § 3º do art. 41 desta Lei." (NR)

"Art. 30. Constituída a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com a publicação de seu regimento interno pela Diretoria Colegiada, ficará a Autarquia, automaticamente, investida no exercício de suas atribuições, e extinta a Secretaria de Vigilância Sanitária." (NR)

"Art. 41.
1º A Agência poderá conceder autorização de funcionamento a empresas e registro a produtos que sejam aplicáveis apenas a plantas produtivas e a mercadorias destinadas a mercados externos, desde que não acarretem riscos à saúde pública.

§ 2º A regulamentação a que se refere o **caput** deste artigo atinge inclusive a isenção de registro.

§ 3º As empresas sujeitas ao Decreto-Lei nº 986, de 1969, ficam, também, obrigadas a cumprir o art. 2º da Lei nº 6.360, de 1976, no que se refere à autorização de funcionamento pelo Ministério da Saúde e ao licenciamento pelos órgãos sanitários das Unidades Federativas em que se localizem." (NR)

"Art. 2º A Lei nº 9.782, de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 41-A. O registro de medicamentos com denominação exclusivamente genérica terá prioridade sobre o dos demais, conforme disposto em ato da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária." (NR)

"Art. 41-B. Quando ficar comprovada a comercialização de produtos sujeitos à vigilância sanitária, impróprios para o consumo, ficará a empresa responsável obrigada a veicular publicidade contendo alerta à população, no prazo e nas condições indicados pela autoridade sanitária, sujeitando-se ao pagamento de taxa correspondente ao exame e à anuência prévia do conteúdo informativo pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária." (NR)

Art. 3º O Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde ficará subordinado tecnicamente à Agência Nacional de Vigilância Sanitária e administrativamente à Fundação Oswaldo Cruz.

Parágrafo único. As nomeações para os cargos em comissão e as designações para as funções gratificadas do Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde serão de competência do Ministro de Estado da Saúde, por indicação do Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ouvido o Presidente da Fundação Oswaldo Cruz.

Art. 4º Os alimentos importados em sua embalagem original terão como data limite para regularização de sua situação de registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária o dia 1º de março de 2000.

Art. 5º Os servidores efetivos dos quadros de pessoal do Ministério da Saúde e da Fundação Nacional de Saúde, em exercício, em 31 de dezembro de 1998, na Secretaria de Vigilância Sanitária e nos Postos Aeroportuários, Portuários e de Fronteiras ficam redistribuídos para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

§ 1º Os servidores da Fundação Nacional de Saúde, redistribuídos consoante o disposto no **caput**, serão enquadrados no mesmo plano de cargos dos servidores oriundos do Ministério da Saúde.

§ 2º Caso o resultado do enquadramento de que trata o § 1º gere valores inferiores aos anteriormente percebidos, a diferença será paga como vantagem nominalmente identificada, aplicando-se-lhe os mesmos percentuais de revisão geral ou antecipação do reajuste de vencimento.

Art. 6º O Anexo II da Lei nº 9.782, de 1999, passa a vigorar na forma do Anexo a esta Medida Provisória.

"Art. 2º

2º É vedado o uso dos produtos mencionados no **caput** nas aeronaves e veículos de transporte coletivo." (NR)

"Art. 3º

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 sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa.

....." (NR)

Art. 8º O art. 7º da Lei nº 9.294, de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º, renumerando-se o

atual § 4º para § 5º:

"§ 4º É permitida a propaganda de medicamentos genéricos em campanhas publicitárias patrocinadas pelo Ministério da Saúde e nos recintos dos estabelecimentos autorizados a dispensá-los, com indicação do medicamento de referência." (NR)

Art. 9º Os arts. 3º, 18 e 57 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 3º

XX - Medicamento Similar - aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, e que é equivalente ao medicamento registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca;

Parágrafo único. No caso de medicamentos genéricos importados, cujos ensaios de bioequivalência foram realizados fora do País, devem ser apresentados os ensaios de dissolução comparativos entre o medicamento-teste, o medicamento de referência internacional utilizado no estudo de bioequivalência e o medicamento de referência nacional." (NR)

"Art. 18.

1º Na impossibilidade do cumprimento do disposto no **caput** deste artigo, deverá ser apresentada comprovação do registro em vigor, emitida pela autoridade sanitária do país em que seja comercializado o medicamento, e aprovado em ato próprio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

§ 2º No ato do registro de medicamento de procedência estrangeira, a empresa fabricante deverá apresentar comprovação do cumprimento das Boas Práticas de Fabricação, reconhecidas no âmbito nacional." (NR)

"Art. 57.

Parágrafo único. Além do nome comercial ou marca, os medicamentos deverão obrigatoriamente exibir, nas peças referidas no **caput** deste artigo, nas embalagens e nos materiais promocionais a Denominação Comum Brasileira ou, quando for o caso, a Denominação Comum Internacional, em letras e caracteres com tamanho nunca inferior à metade do tamanho das letras e caracteres do nome comercial ou marca." (NR)

Art. 10. O **caput** do art. 2º da Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2º O órgão federal responsável pela vigilância sanitária regulamentará, no prazo de cento e oitenta dias, contado a partir de 11 de fevereiro de 1999:" (NR)

Art. 11. Às distribuidoras de medicamentos aplica-se o disposto no art. 15 da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973.

Art. 12. Os arts. 2º e 10 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2º

XII - imposição de mensagem retificadora;

XIII - suspensão de propaganda e publicidade.

§ 1º A pena de multa consiste no pagamento das seguintes quantias:

I - nas infrações leves, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais);

II - nas infrações graves, de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 2º As multas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro em caso de reincidência.

§ 3º Sem prejuízo do disposto nos arts. 4º e 6º desta Lei, na aplicação da penalidade de multa a autoridade sanitária competente levará em consideração a capacidade econômica do infrator." (NR)

"Art.10.

V -

pena - advertência, proibição de propaganda, suspensão de venda, imposição de mensagem retificadora, suspensão de propaganda e publicidade e multa." (NR)

XVIII - importar ou exportar, expor à venda ou entregar ao consumo produtos de interesse à saúde cujo prazo de validade tenha se expirado, ou apor-lhes novas datas, após expirado o prazo;

XXVIII - pena - advertência, apreensão, inutilização e/ou interdição do produto, suspensão de venda e/ou fabricação do produto, cancelamento do registro do produto, interdição parcial ou total do estabelecimento, cancelamento de autorização para o funcionamento da empresa, cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento e/ou multa;

XXIX - pena - advertência, apreensão, inutilização e/ou interdição do produto; suspensão de venda e/ou fabricação do produto, cancelamento do registro do produto; interdição parcial ou total do estabelecimento, cancelamento de autorização para funcionamento da empresa, cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento, proibição de propaganda e/ou multa;

XXX - pena - advertência, apreensão e/ou interdição do produto, suspensão de venda e/ou fabricação do produto, cancelamento do registro do produto e interdição parcial ou total do estabelecimento, cancelamento de autorização para funcionamento da empresa, cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento e/ou multa;

XXXI - pena - advertência, apreensão, inutilização e/ou interdição do produto, suspensão de venda e/ou de fabricação do produto, cancelamento do registro do produto; interdição parcial ou total do estabelecimento; cancelamento de autorização para funcionamento da empresa, cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento, proibição de propaganda e/ou multa;

XXXII - descumprimento de normas legais e regulamentares, medidas, formalidades, outras exigências sanitárias, por pessoas física ou jurídica, que operem a prestação de serviços de interesse da saúde pública em embarcações, aeronaves, veículos terrestres, terminais alfandegados, terminais aeroportuários ou portuários, estações e passagens de fronteira e pontos de apoio de veículos terrestres: pena - advertência, interdição, cancelamento da autorização de funcionamento e/ou multa;

XXXIII - descumprimento de normas legais e regulamentares, medidas, formalidades, outras exigências sanitárias, por empresas administradoras de terminais alfandegados, terminais aeroportuários ou portuários, estações e passagens de fronteira e pontos de apoio de veículos terrestres: pena - advertência, interdição, cancelamento da autorização de funcionamento e/ou multa;

XXXIV - descumprimento de normas legais e regulamentares, medidas, formalidades, outras exigências sanitárias relacionadas à importação ou exportação, por pessoas física ou jurídica, de matérias-primas ou produtos sob vigilância sanitária:

pena - advertência, apreensão, inutilização, interdição, cancelamento da autorização de funcionamento, cancelamento do registro do produto e/ou multa;

XXXV - descumprimento de normas legais e regulamentares, medidas, formalidades, outras exigências sanitárias relacionadas a estabelecimentos e às boas práticas de fabricação de matérias-primas e de produtos sob vigilância sanitária:

pena - advertência, apreensão, inutilização, interdição, cancelamento da autorização de funcionamento, cancelamento do registro do produto e/ou multa;

XXXVI - proceder a mudança de estabelecimento de armazenagem de produto importado sob interdição, sem autorização do órgão sanitário competente:

pena - advertência, apreensão, inutilização, interdição, cancelamento da autorização de funcionamento, cancelamento do registro do produto e/ou multa;

XXXVII - proceder a comercialização de produto importado sob interdição:

pena - advertência, apreensão, inutilização, interdição, cancelamento da autorização de funcionamento, cancelamento do registro do produto e/ou multa;

XXXVIII - deixar de garantir, em estabelecimentos destinados à armazenagem e/ou distribuição de produtos sob vigilância sanitária, a manutenção dos padrões de identidade e qualidade de produtos importados sob interdição ou aguardando inspeção física:

pena - advertência, apreensão, inutilização, interdição, cancelamento da autorização de funcionamento, cancelamento do registro do produto e/ou multa;

Normas Jurídicas (Texto Integral) - MPV-002190 de 23/08/2001

- XXXIX - interromper, suspender ou reduzir, sem justa causa, a produção ou distribuição de medicamentos de tarja vermelha, de uso continuado ou essencial à saúde do indivíduo, ou de tarja preta, provocando o desabastecimento do mercado:
pena - advertência, interdição total ou parcial do estabelecimento, cancelamento do registro do produto, cancelamento de autorização para funcionamento da empresa, cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento e/ou multa;
- XL - deixar de comunicar ao órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde a interrupção, suspensão ou redução da fabricação ou da distribuição dos medicamentos referidos no inciso XXXIX:
pena - advertência, interdição total ou parcial do estabelecimento, cancelamento do registro do produto, cancelamento de autorização para funcionamento da empresa, cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento e/ou multa;
- XLI - descumprir normas legais e regulamentares, medidas, formalidades, outras exigências sanitárias, por pessoas física ou jurídica, que operem a prestação de serviços de interesse da saúde pública em embarcações, aeronaves, veículos terrestres, terminais alfandegados, terminais aeroportuários ou portuários, estações e passagens de fronteira e pontos de apoio de veículo terrestres:
pena - advertência, interdição total ou parcial do estabelecimento, cancelamento do registro do produto, cancelamento de autorização para funcionamento da empresa, cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento e/ou multa.

" (NR)

Art. 13. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.190-33, de 26 de julho de 2001.

Art. 14. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 15. Ficam revogados os arts. 9º e 10 do Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, o art. 4º do Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, o art. 82 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, o art. 3º da Lei nº 9.005, de 16 de março de 1995, o parágrafo único do art. 5º, os incisos XI, XII e XIII do art. 7º, os arts. 32 e 39 e seus parágrafos e o Anexo I da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.
Brasília, 23 de agosto de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Serra

Martus Tavares

Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999





Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos



Medidas Provisórias em Tramitação anteriores a EMC nº 32, de 11.9.2001.

Nota: para procura rápida de palavras tecla: Ctrl+f

Total de 55 MPs.
Atualizado em 4.8.2004

Nº da MP atual	E m e n t a	Nº da MP anterior
2.229-43, de 6.9.2001 Publicada no DOU de 10.9.2001	Dispõe sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras, cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências.	Originária: 1.705 Edições: 1.705-1, 1.705-2, 1.705-3, 1.705-4, 1.705-5, 1.776-6, 1.776-7, 1.776-8, 1.776-9, 1.776-10, 1.776-11, 1.776-12, 1.895-13, 1.895-14, 1.895-15, 1.895-16, 1.895-17, 1.895-18, 1.996-19, 1.996-20, 1.996-21, 1.996-22, 1.996-23, 1.996-24, 1.996-25, 2.048-26, 2.048-27, 2.048-28, 2.048-29, 2.048-30, 2.048-31, 2.048-32, 2.136-33, 2.136-34, 2.136-35, 2.136-36, 2.136-37, 2.136-38, 2.150-39, 2.150-40, 2.150-41, 2.150-42
2.228-1, de 6.9.2001 Publicada no DOU de 10.9.2001	Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências.	Originária: 2.219 Edições:
2.227, de 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Estabelece exceção ao alcance do art. 2º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001.	m
2.226, de 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Acresce dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e à Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.	m
2.225-45, de 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Altera as Leis nºs 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1980, 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências.	Originária: 1.669 Edições: 1.689-1, 1.689-2, 1.689-3, 1.689-4, 1.689-5, 1.689-6, 1.760-7, 1.794-8, 1.794-9, 1.794-10, 1.794-11, 1.794-12, 1.794-13, 1.794-14, 1.909-15, 1.909-16, 1.909-17, 1.909-18, 1.909-19, 1.909-20, 1.964-21, 1.964-22, 1.964-23, 1.964-24, 1.964-25, 1.964-26, 1.964-27, 1.964-28, 1.964-29, 1.964-30, 1.964-31, 1.964-32, 1.964-33, 1.964-34, 2.088-35, 2.088-36, 2.088-37, 2.088-38, 2.088-39, 2.088-40, 2.088-41, 2.171-42, 2.171-43, 2.171-44
2.224, de 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Estabelece multa relativa a informações sobre capitais brasileiros no exterior e dá outras providências.	m
2.222, de 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos planos de benefícios de caráter previdenciário.	m

2.220, de 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências.	m
2.217-3, de 4.9.2001 Publicada no DOU de 5.9.2001	Altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.	Originária: 2.201 Edições: 2.201-1, 2.201-2
2.216-37, de 31.8.2001 Publicada no DOU de 1.9.2001 (Edição extra)	Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Originária: 1.795 Edições: 1.799-1, 1.799-2, 1.799-3, 1.799-4, 1.799-5, 1.799-6, 1.911-7, 1.911-8, 1.911-9, 1.911-10, 1.911-11, 1.911-12, 1.999-13, 1.999-14, 1.999-15, 1.999-16, 1.999-17, 1.999-18, 1.999-19, 2.049-20, 2.049-21, 2.049-22, 2.049-23, 2.049-24, 2.049-25, 2.049-26, 2.123-27, 2.123-28, 2.123-29, 2.123-30, 2.143-31, 2.143-32, 2.143-33, 2.143-34, 2.143-35, 2.143-36
2.215-10, de 31.8.2001 Publicada no DOU de 1.9.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, altera as Leis nºs 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências.	Originária: 2.131 Edições: 2.131-1, 2.131-2, 2.131-3, 2.131-4, 2.131-5, 2.131-8, 2.188-7, 2.188-8, 2.188-9
2.214, de 31.8.2001 Publicada no DOU de 1.9.2001 (Edição extra)	Altera o art. 1º da Lei nº 10.261, de 12 de julho de 2001, que desvincula, parcialmente, no exercício de 2001, a aplicação dos recursos de que tratam os arts. 48, 49 e 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, pertencentes à União.	X
2.213-1, de 30.8.2001 Publicada no DOU de 31.8.2001	Institui o Programa Bolsa-Renda para atendimento à população atingida pelos efeitos da estiagem, incluída nos municípios localizados na Região Nordeste e no norte do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências.	Originária: 2.203 Edições:
2.211, de 29.8.2001 Publicada no DOU de 30.8.2001	Altera dispositivos das Leis nºs 9.995, de 25 de julho de 2000, e 10.266, de 24 de julho de 2001, que dispõem sobre as diretrizes para a elaboração dos leis orçamentárias de 2001 e 2002, respectivamente.	X
2.210, de 29.8.2001 Publicada no DOU de 30.8.2001	Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério de Minas e Energia, no valor de R\$ 50.000.000,00, para os fins que especifica.	X
2.209, de 29.8.2001 Publicada no DOU de 30.8.2001	Autoriza a União a criar a Comercializadora Brasileira de Energias Emergenciais - CBEE.	X
2.208, de 17.8.2001 Publicada no DOU de 20.8.2001	Dispõe sobre a comprovação da qualidade de estudante e de menor de dezto anos nas situações que especifica.	X
2.206-1, de 6.9.2001 Publicada no DOU de 10.9.2001	Cria o Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à saúde: "Bolsa-Alimentação" e dá outras providências.	Originária: 2.206 Edições:
2.200-2, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e dá outras providências.	Originária: 2.200, 2.200-1
2.199-14, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a legislação do imposto sobre a renda no que se refere aos incentivos fiscais de isenção e de redução, define diretrizes para os incentivos fiscais de aplicação de parcela do imposto sobre a renda nos Fundos de Investimentos Regionais, e dá outras providências.	Originária: 2.058 Edições: 2.058-1, 2.058-2, 2.058-3, 2.058-4, 2.128-5, 2.128-6, 2.128-7, 2.128-8, 2.128-9, 2.128-10, 2.128-11, 2.199-12, 2.199-13

2.198-5, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências.	Originária: 2.147 Edições: 2.148-1, 2.152-2, 2.198-3, 2.198-4
2.197-43, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre a adoção de medidas relacionadas com o Sistema Financeiro da Habitação - SFH, altera as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.692, de 28 de julho de 1993, e dá outras providências.	Originária: 1.671 Edições: 1.691-1, 1.691-2, 1.691-3, 1.691-4, 1.691-5, 1.691-6, 1.762-7, 1.762-8, 1.762-9, 1.762-10, 1.762-11, 1.762-12, 1.762-13, 1.876-14, 1.876-15, 1.876-16, 1.876-17, 1.876-18, 1.876-19, 1.951-20, 1.951-21, 1.951-22, 1.951-23, 1.951-24, 1.951-25, 1.951-26, 1.951-27, 1.951-28, 1.951-29, 1.951-30, 1.951-31, 1.951-32, 1.951-33, 2.075-34, 2.075-35, 2.075-36, 2.075-37, 2.075-38, 2.075-39, 2.075-40, 2.197-41, 2.197-42
2.196-3, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Estabelece o Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais e autoriza a criação da Empresa Gestora de Ativos - EMGEA.	Originária: 2.155 Edições: 2.196-1, 2.196-2
2.194-6, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1º de abril de 2001, e dá outras providências.	Originária: 2.142 Edições: 2.142-1, 2.142-2, 2.142-3, 2.194-4, 2.194-5
2.192-70, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Estabelece mecanismos objetivando incentivar a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária, dispõe sobre a privatização de instituições financeiras, e dá outras providências.	Originária: 1.514 Edições: 1.514-1, 1.514-2, 1.514-3, 1.514-4, 1.556-5, 1.556-6, 1.556-7, 1.556-8, 1.556-9, 1.556-10, 1.556-11, 1.556-12, 1.556-13, 1.556-14, 1.590-15, 1.590-16, 1.590-17, 1.612-18, 1.612-19, 1.612-20, 1.612-21, 1.612-22, 1.654-23, 1.654-24, 1.654-25, 1.702-26, 1.702-27, 1.702-28, 1.702-29, 1.702-30, 1.702-31, 1.773-32, 1.773-33, 1.773-34, 1.773-35, 1.773-36, 1.773-37, 1.773-38, 1.900-39, 1.900-40, 1.900-41, 1.900-42, 1.900-43, 1.900-44, 1.983-45, 1.983-46, 1.983-47, 1.983-48, 1.983-49, 2.023-50, 2.023-51, 2.023-52, 2.044-53, 2.044-54, 2.044-55, 2.044-56, 2.044-57, 2.044-58, 2.044-59, 2.119-60, 2.119-61, 2.139-62, 2.139-63, 2.139-64, 2.139-65, 2.139-66, 2.139-67, 2.192-68, 2.192-69
2.191-9, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Acresce e altera dispositivos da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e dá outras providências.	Originária: 2.137 Edições: 2.137-1, 2.137-2, 2.137-3, 2.137-4, 2.137-5, 2.137-6, 2.191-7, 2.191-8
[REDACTED]	Altera dispositivos das Leis nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências.	Originária: 1.814 Edições: 1.814-1, 1.814-2, 1.814-3, 1.814-4, 1.912-5, 1.912-6, 1.912-7, 1.912-8, 1.912-9, 1.912-10, 2.000-11, 2.000-12, 2.000-13, 2.000-14, 2.000-15, 2.000-16, 2.000-17, 2.039-18, 2.039-19, 2.039-20, 2.039-21, 2.039-22, 2.039-23, 2.039-24, 2.134-25, 2.134-26, 2.134-27, 2.134-28, 2.134-29, 2.134-30, 2.134-31, 2.190-32, 2.190-33
2.189-49, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Altera a legislação do imposto de renda relativamente à incidência na fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras, inclusive de beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, à conversão, em capital social, de obrigações no exterior de pessoas jurídicas domiciliadas no País, amplia as hipóteses de opção, pelas pessoas físicas,	Originária: 1.636 Edições: 1.636-1, 1.636-2, 1.636-3, 1.636-4, 1.636-5, 1.636-6, 1.680-7, 1.680-8, 1.680-9, 1.680-10, 1.680-11, 1.680-12, 1.753-13, 1.753-14, 1.753-15, 1.753-16, 1.753-17, 1.753-18, 1.753-19, 1.855-20

	pelo desconto simplificado, regula a informação, na declaração de rendimentos, de depósitos mantidos em bancos no exterior, e dá outras providências.	1.855-21, 1.855-22, 1.855-23, 1.855-24, 1.855-25, 1.855-26, 1.990-27, 1.990-28, 1.990-29, 1.990-30, 1.990-31, 1.990-32, 2.033-33, 2.033-34, 2.033-35, 2.033-36, 2.033-37, 2.033-38, 2.033-39, 2.132-40, 2.132-41, 2.132-42, 2.132-43, 2.132-44, 2.132-45, 2.132-46, 2.189-47, 2.189-48
2.187-13, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre o reajuste dos benefícios mantidos pela Previdência Social, e altera dispositivos das Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.804, de 5 de fevereiro de 1998, 9.639, de 25 de maio de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, e 9.796, de 5 de maio de 1999, e dá outras providências.	Originária: 2.060 Edições: 2.060-1, 2.060-2, 2.060-3, 2.129-4, 2.129-5, 2.129-6, 2.129-7, 2.129-8, 2.129-9, 2.129-10, 2.187-1, 2.187-12
2.186-16, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.	Originária: 2.052 Edições: 2.052-1, 2.052-2, 2.052-3, 2.052-4, 2.052-5, 2.052-6, 2.126-7, 2.126-8, 2.126-9, 2.126-10, 2.126-11, 2.126-12, 2.126-13, 2.186-14, 2.186-15
2.185-35, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Estabelece critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e outras que específicas, de responsabilidade dos Municípios.	Originária: 1.811 Edições: 1.811-1, 1.811-2, 1.811-3, 1.811-4, 1.891-5, 1.891-6, 1.891-7, 1.891-8, 1.891-9, 1.891-10, 1.969-11, 1.969-12, 1.969-13, 1.969-14, 1.969-15, 2.022-16, 2.022-17, 2.022-18, 2.043-19, 2.043-20, 2.043-21, 2.043-22, 2.043-23, 2.043-24, 2.043-25, 2.118-26, 2.118-27, 2.118-28, 2.118-29, 2.118-30, 2.118-31, 2.118-32, 2.185-33, 2.185-34
2.184-23, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Assegura percepção de gratificação por servidores das carreiras Policial Federal, Delegado de Polícia do Distrito Federal, de Polícia Civil do Distrito Federal, Policial Rodoviário Federal, altera as Leis nºs 4.878, de 3 de dezembro de 1965, 5.619, de 3 de novembro de 1970, 5.906, de 23 de julho de 1973, 7.102, de 20 de junho de 1983, o Decreto-Lei nº 2.320, de 26 de janeiro de 1967, e dá outras providências.	Originária: 2.009 Edições: 2.009-1, 2.009-2, 2.009-3, 2.009-4, 2.009-5, 2.009-6, 2.041-7, 2.041-8, 2.041-9, 2.041-10, 2.041-11, 2.041-12, 2.042-12, 2.041-13, 2.116-14, 2.116-15, 2.116-16, 2.116-17, 2.116-18, 2.116-19, 2.116-20, 2.184-21, 2.184-22
2.183-56, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Acresce e altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, das Leis nºs 4.504, de 30 de novembro de 1964, 8.177, de 1º de março de 1991, e 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e dá outras providências.	Originária: 1.577 Edições: 1.577-1, 1.577-2, 1.577-3, 1.577-4, 1.577-5, 1.577-6, 1.632-7, 1.632-8, 1.632-9, 1.632-10, 1.632-11, 1.658-12, 1.658-13, 1.703-14, 1.703-15, 1.703-16, 1.703-17, 1.703-18, 1.703-19, 1.774-20, 1.774-21, 1.774-22, 1.774-23, 1.774-24, 1.774-25, 1.774-26, 1.901-27, 1.901-28, 1.901-29, 1.901-30, 1.901-31, 1.901-32, 1.997-33, 1.997-34, 1.997-35, 1.997-36, 1.997-37, 2.027-38, 2.027-39, 2.027-40, 2.027-41, 2.027-42, 2.027-43, 2.027-44, 2.027-45, 2.027-46, 2.109-47, 2.109-48, 2.109-49, 2.109-50, 2.109-51, 2.109-52, 2.109-53, 2.183-54, 2.183-55
2.181-45, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre operações financeiras entre o Tesouro Nacional e as entidades que menciona, e dá outras providências.	Originária: 1.655 Edições: 1.655-1, 1.655-2, 1.682-3, 1.682-4, 1.682-5, 1.682-6, 1.682-7, 1.682-8, 1.755-9, 1.755-10, 1.755-11, 1.755-12, 1.755-13, 1.755-14,

		1.755-15, 1.868-16, 1.868-17, 1.868-18, 1.868-19, 1.868-20, 1.868-21, 1.985-22, 1.985-23, 1.985-24, 1.985-25, 1.985-26, 1.985-27, 1.985-28, 1.985-29, 1.985-30, 1.985-31, 1.985-32, 1.985-33, 1.985-34, 1.985-35, 2.103-36, 2.103-37, 2.103-38, 2.103-39, 2.103-40, 2.103-41, 2.103-42, 2.181-43, 2.181-44
2.180-35, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Acresce e altera dispositivos das Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências.	Originária: 1.798 Edições: 1.798-1, 1.798-2, 1.798-3, 1.798-4, 1.798-5, 1.906-6, 1.906-7, 1.906-8, 1.906-9, 1.906-10, 1.906-11, 1.984-12, 1.984-13, 1.984-14, 1.984-15, 1.984-16, 1.984-17, 1.984-18, 1.984-19, 1.984-20, 1.984-21, 1.984-22, 1.984-23, 1.984-24, 1.984-25, 2.102-26, 2.102-27, 2.102-28, 2.102-29, 2.102-30, 2.102-31, 2.102-32, 2.180-33, 2.180-34
2.179-36, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre as relações financeiras entre a União e o Banco Central do Brasil, e dá outras providências.	Originária: 1.789 Edições: 1.789-1, 1.789-2, 1.789-3, 1.789-4, 1.789-5, 1.789-6, 1.852-7, 1.852-8, 1.852-9, 1.852-10, 1.852-11, 1.852-12, 1.980-13, 1.980-14, 1.980-15, 1.980-16, 1.980-17, 1.980-18, 1.980-19, 1.980-20, 1.980-21, 1.980-22, 1.980-23, 1.980-24, 1.980-25, 1.980-26, 2.101-27, 2.101-28, 2.101-29, 2.101-30, 2.101-31, 2.101-32, 2.101-33, 2.179-34, 2.179-35
2.178-36, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Dispõe sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar, institui o Programa Dinheiro Direto na Escola, altera a Lei nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997, que dispõe sobre programa de garantia de renda mínima, institui programas de apoio da União às ações dos Estados e Municípios, voltadas para o atendimento educacional, e dá outras providências.	Originária: 1.784 Edições: 1.784-1, 1.784-2, 1.784-3, 1.784-4, 1.784-5, 1.784-6, 1.853-7, 1.853-8, 1.853-9, 1.853-10, 1.853-11, 1.853-12, 1.979-13, 1.979-14, 1.979-15, 1.979-16, 1.979-17, 1.979-18, 1.979-19, 1.979-20, 1.979-21, 1.979-22, 1.979-23, 1.979-24, 1.979-25, 1.979-26, 2.100-27, 2.100-28, 2.100-29, 2.100-30, 2.100-31, 2.100-32, 2.100-33, 2.178-34, 2.178-35
2.177-44, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a Lei nº 9.858, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, e dá outras providências.	Originária: 1.665 Edições: 1.685-1, 1.685-2, 1.685-3, 1.685-4, 1.685-5, 1.685-6, 1.730-7, 1.730-8, 1.801-9, 1.801-10, 1.801-11, 1.801-12, 1.801-13, 1.801-14, 1.908-15, 1.908-16, 1.908-17, 1.908-18, 1.908-19, 1.908-20, 1.976-21, 1.976-22, 1.976-23, 1.976-24, 1.976-25, 1.976-26, 1.976-27, 1.976-28, 1.976-29, 1.976-30, 1.976-31, 1.976-32, 1.976-33, 1.976-34, 2.097-35, 2.097-36, 2.097-37, 2.097-38, 2.097-39, 2.097-40, 2.097-41, 2.177-42, 2.177-43
2.174-28, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Institui, no âmbito do Poder Executivo da União, o Programa de Desligamento Voluntário - PDV, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional.	Originária: 1.917 Edições: 1.917-1, 1.917-2, 1.917-3, 1.917-4, 1.970-5, 1.970-6, 1.970-7, 1.970-8, 1.970-9, 1.970-10, 1.970-11, 1.970-12, 1.970-13, 1.970-14, 1.970-15, 1.970-16, 1.970-17, 1.970-18, 2.092-19, 2.092-20, 2.092-21, 2.092-22, 2.092-23, 2.092-24, 2.092-25, 2.174-26, 2.174-27
2.173-24, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Altera dispositivos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, que dispõe sobre o valor total das anuidades escolares.	Originária: 1.930 Edições: 1.968-1, 1.968-2, 1.968-3, 1.968-4, 1.968-5, 1.968-6, 1.968-7, 1.968-8, 1.968-9, 1.968-10, 1.968-11, 1.968-12, 1.968-13, 1.968-14

		2.091-15, 2.091-16, 2.091-17, 2.091-18, 2.091-19, 2.091-20, 2.091-21, 2.173-22, 2.173-23
2.172-32, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Estabelece a nulidade das disposições contratuais que mencionam e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração.	Originária: 1.820 Edições: 1.820-1, 1.820-2, 1.914-3, 1.914-4, 1.914-5, 1.914-6, 1.914-7, 1.914-8, 1.965-9, 1.965-10, 1.965-11, 1.965-12, 1.965-13, 1.965-14, 1.965-15, 1.965-16, 1.965-17, 1.965-18, 1.965-19, 1.965-20, 1.965-21, 1.965-22, 2.089-23, 2.089-24, 2.089-25, 2.089-26, 2.089-27, 2.089-28, 2.089-29, 2.172-30, 2.172-31
2.170-36, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências.	Originária: 1.782 Edições: 1.782-1, 1.782-2, 1.782-3, 1.782-4, 1.782-5, 1.782-6, 1.907-7, 1.907-8, 1.907-9, 1.907-10, 1.907-11, 1.907-12, 1.963-13, 1.963-14, 1.963-15, 1.963-16, 1.963-17, 1.963-18, 1.963-19, 1.963-20, 1.963-21, 1.963-22, 1.963-23, 1.963-24, 1.963-25, 1.963-26, 2.087-27, 2.087-28, 2.087-29, 2.087-30, 2.087-31, 2.087-32, 2.087-33, 2.170-34, 2.170-35
2.169-43, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Estende aos servidores públicos civis do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.	Originária: 1.704 Edições: 1.704-1, 1.704-2, 1.704-3, 1.704-4, 1.704-5, 1.775-6, 1.775-7, 1.775-8, 1.812-9, 1.812-10, 1.812-11, 1.812-12, 1.812-13, 1.904-14, 1.904-15, 1.904-16, 1.904-17, 1.904-18, 1.904-19, 1.962-20, 1.962-21, 1.962-22, 1.962-23, 1.962-24, 1.962-25, 1.962-26, 1.962-27, 1.962-28, 1.962-29, 1.962-30, 1.962-31, 1.962-32, 1.962-33, 2.086-34, 2.086-35, 2.086-36, 2.086-37, 2.086-38, 2.086-39, 2.086-40, 2.169-41, 2.169-42
2.168-40, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Dispõe sobre o Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária - RECOOP, autoriza a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo - SESCOOP, e dá outras providências.	Originária: 1.715 Edições: 1.715-1, 1.715-2, 1.715-3, 1.781-4, 1.781-5, 1.781-6, 1.781-7, 1.781-8, 1.781-9, 1.781-10, 1.898-11, 1.898-12, 1.898-13, 1.898-14, 1.898-15, 1.898-16, 1.961-17, 1.961-18, 1.961-19, 1.961-20, 1.961-21, 1.961-22, 1.961-23, 1.961-24, 1.961-25, 1.961-26, 1.961-27, 1.961-28, 1.961-29, 1.961-30, 2.085-31, 2.085-32, 2.085-33, 2.085-34, 2.085-35, 2.085-36, 2.085-37, 2.168-38, 2.168-39
2.167-53, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Autoriza a União a receber em valores mobiliários os dividendos e juros sobre o capital próprio a serem pagos por entidades de cujo capital o Tesouro Nacional participe, e dá outras providências.	Originária: 1.584 Edições: 1.584-1, 1.584-2, 1.584-3, 1.633-4, 1.633-5, 1.633-6, 1.633-7, 1.633-8, 1.633-9, 1.633-10, 1.701-11, 1.701-12, 1.701-13, 1.701-14, 1.701-15, 1.701-16, 1.772-17, 1.772-18, 1.772-19, 1.772-20, 1.772-21, 1.772-22, 1.772-23, 1.889-24, 1.889-25, 1.889-26, 1.889-27, 1.889-28, 1.889-29, 1.957-30, 1.957-31, 1.957-32, 1.957-33, 1.957-34, 1.957-35, 1.957-36, 1.957-37, 1.957-38, 1.957-39, 1.957-40, 1.957-41, 1.957-42, 1.957-43, 2.081-44, 2.081-45, 2.081-46, 2.081-47, 2.081-48, 2.081-49, 2.081-50, 2.167-51, 2.167-52
2.166-67, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 25.8.2001 (Edição extra)	Altera os arts. 1º, 4º, 14, 18 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem	Originária: 1.511 Edições: 1.511-1, 1.511-2, 1.511-3, 1.511-4, 1.511-5, 1.511-6, 1.511-7, 1.511-8,

118

RECEBIDO

	como altera o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto Territorial Rural - ITR, e dá outras providências.	1.511-9, 1.511-10, 1.511-11, 1.511-12, 1.511-13, 1.511-14, 1.511-15, 1.511-16, 1.511-17, 1.605-18, 1.605-19, 1.605-20, 1.605-21, 1.605-22, 1.605-23, 1.605-24, 1.605-25, 1.605-26, 1.605-27, 1.605-28, 1.605-29, 1.605-30, 1.736-31, 1.736-32, 1.736-33, 1.736-34, 1.736-35, 1.736-36, 1.736-37, 1.885-38, 1.885-39, 1.885-40, 1.885-41, 1.885-42, 1.885-43, 1.956-44, 1.956-45, 1.956-46, 1.956-47, 1.956-48, 1.956-49, 1.956-50, 1.956-51, 1.956-52, 1.956-53, 1.956-54, 1.956-55, 1.956-56, 1.956-57, 2.080-58, 2.080-59, 2.080-60, 2.080-61, 2.080-62, 2.080-63, 2.080-64, 2.166-65, 2.166-66
2.165-36, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Institui o Auxílio-Transporte, dispõe sobre o pagamento dos militares e dos servidores do Poder Executivo Federal, inclusive de suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e dá outras providências.	Originária: 1.783 Edições: 1.783-1, 1.783-2, 1.783-3, 1.783-4, 1.783-5, 1.783-6, 1.880-7, 1.880-8, 1.880-9, 1.880-10, 1.880-11, 1.860-12, 1.953-13, 1.953-14, 1.953-15, 1.953-16, 1.953-17, 1.953-18, 1.953-19, 1.953-20, 1.953-21, 1.953-22, 1.953-23, 1.953-24, 1.953-25, 1.953-26, 2.077-27, 2.077-28, 2.077-29, 2.077-30, 2.077-31, 2.077-32, 2.077-33, 2.165-34, 2.185-35
2.164-41, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis nºs 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências.	Originária: 1.709 Edições: 1.709-1, 1.709-2, 1.709-3, 1.709-4, 1.779-5, 1.779-6, 1.779-7, 1.779-8, 1.779-9, 1.779-10, 1.779-11, 1.879-12, 1.879-13, 1.879-14, 1.879-15, 1.879-16, 1.879-17, 1.952-18, 1.952-19, 1.952-20, 1.952-21, 1.952-22, 1.952-23, 1.952-24, 1.952-25, 1.952-26, 1.952-27, 1.952-28, 1.952-29, 1.952-30, 1.952-31, 2.076-32, 2.076-33, 2.076-34, 2.076-35, 2.076-36, 2.076-37, 2.076-38, 2.164-39, 2.184-40
2.163-41, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Acréscita dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.	Originária: 1.710 Edições: 1.710-1, 1.710-2, 1.710-3, 1.710-4, 1.710-5, 1.710-6, 1.710-7, 1.710-8, 1.710-9, 1.710-10, 1.710-11, 1.874-12, 1.874-13, 1.874-14, 1.874-15, 1.874-16, 1.874-17, 1.949-18, 1.949-19, 1.949-20, 1.949-21, 1.949-22, 1.949-23, 1.949-24, 1.949-25, 1.949-26, 1.949-27, 1.949-28, 1.949-29, 1.949-30, 1.949-31, 2.073-32, 2.073-33, 2.073-34, 2.073-35, 2.073-36, 2.073-37, 2.073-38, 2.163-39, 2.183-40
2.162-72, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dispõe sobre a emissão de Notas do Tesouro Nacional - NTN destinadas a aumento de capital do Banco do Brasil S.A., e dá outras providências.	Originária: 1.367 Edições: 1.410, 1.457, 1.504, 1.504-4, 1.504-5, 1.504-6, 1.504-7, 1.504-8, 1.504-9, 1.553, 1.553-11, 1.553-12, 1.553-13, 1.553-14, 1.553-15, 1.553-16, 1.553-17, 1.553-18, 1.553-19, 1.553-20, 1.553-21, 1.553-22, 1.615-23, 1.615-24, 1.615-25, 1.615-26, 1.615-27, 1.615-28, 1.615-29, 1.615-30, 1.615-31, 1.615-32, 1.615-33, 1.615-34, 1.615-35, 1.741-36, 1.741-37, 1.741-38, 1.741-39, 1.741-40, 1.741-41, 1.741-42, 1.873-43, 1.873-44, 1.873-45, 1.873-46, 1.873-47, 1.873-48, 1.948-49, 1.948-50, 1.948-51, 1.948-52, 1.948-53, 1.948-54, 1.948-55, 1.948-56, 1.948-57, 1.948-58, 1.948-59, 1.946-60,

		1.948-61, 1.948-62, 2.072-63, 2.072-64, 2.072-65, 2.072-66, 2.072-67, 2.072-68, 2.072-69, 2.162-70, 2.162-71
2.161-35, de 23.8.2001 Publicada no DOU de 24.8.2001	Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.	Originária: 1.800 Edições: 1.800-1, 1.800-2, 1.800-3, 1.800-4, 1.800-5, 1.850-6, 1.850-7, 1.850-8, 1.850-9, 1.850-10, 1.850-11, 1.942-12, 1.942-13, 1.942-14, 1.942-15, 1.942-16, 1.942-17, 1.942-18, 1.942-19, 1.942-20, 1.942-21, 1.942-22, 1.942-23, 1.942-24, 1.942-25, 2.071-26, 2.071-27, 2.071-28, 2.071-29, 2.071-30, 2.071-31, 2.071-32, 2.161-33, 2.161-34
2.159-70, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.	Originária: 1.459 Edições: 1.506, 1.506-2, 1.506-3, 1.506-4, 1.506-5, 1.506-6, 1.506-7, 1.506-8, 1.559, 1.559-9, 1.559-10, 1.559-11, 1.559-12, 1.559-13, 1.559-14, 1.559-15, 1.559-16, 1.559-17, 1.559-18, 1.559-19, 1.559-20, 1.559-21, 1.559-22, 1.559-23, 1.559-24, 1.559-25, 1.559-26, 1.559-27, 1.673-28, 1.673-29, 1.673-30, 1.673-31, 1.673-32, 1.673-33, 1.749-34, 1.749-35, 1.749-36, 1.749-37, 1.749-38, 1.749-39, 1.749-40, 1.851-41, 1.851-42, 1.851-43, 1.851-44, 1.851-45, 1.851-46, 1.943-47, 1.943-48, 1.943-49, 1.943-50, 1.943-51, 1.943-52, 1.943-53, 1.943-54, 1.943-55, 1.943-56, 1.943-57, 1.943-58, 1.943-59, 2.062-60, 2.062-61, 2.062-62, 2.062-63, 2.062-64, 2.062-65, 2.062-66, 2.062-67, 2.159-68, 2.159-69
2.158-35, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências.	Originária: 1.807 Edições: 1.807-1, 1.807-2, 1.807-3, 1.807-4, 1.807-5, 1.858-6, 1.858-7, 1.858-8, 1.858-9, 1.858-10, 1.858-11, 1.991-12, 1.991-13, 1.991-14, 1.991-15, 1.991-16, 1.991-17, 1.991-18, 2.037-19, 2.037-20, 2.037-21, 2.037-22, 2.037-23, 2.037-24, 2.037-25, 2.113-26, 2.113-27, 2.113-28, 2.113-29, 2.113-30, 2.113-31, 2.113-32, 2.158-33, 2.158-34
2.157-5, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Cria a Agência de Desenvolvimento da Amazônia - ADA, extingue a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, e dá outras providências.	Originária: 2.145 Edições: 2.153-2, 2.157-3, 2.157-4
2.156-5, de 24.8.2001 Publicada no DOU de 27.8.2001	Cria a Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE, extingue a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, e dá outras providências.	Originária: 2.145, Edições: 2.148-1, 2.146-2, 2.156-3, 2.156-4



4 1 9 5 1 3

nº de acessos a partir da 12 de maio



Imagens de advertência

**Resolução RDC 335,
de 21 de novembro de 2003
da ANVISA**

Disponível no sítio da Internet da ANVISA, página:
<http://www.anvisa.gov.br/tabaco/embalagem.htm>

O Ministério da Saúde adverte:

**FUMAR CAUSA
CÂNCER DE BOCA E PERDA
DOS DENTES.**



Disque Pare de Fumar
0800 703 7033

O Ministério da Saúde adverte:

**FUMAR CAUSA
CÂNCER DE LARINGE.**



Disque Pare de Fumar
0800 703 7033

O Ministério da Saúde adverte:

FUMAR CAUSA IMPOTÊNCIA SEXUAL.



Disque Pare de Fumar
0800 703 7033



O Ministério da Saúde adverte:
**CRIANÇAS QUE CONVIVEM
COM FUMANTES TÊM
MAIS ASMA, PNEUMONIA,
SINUSITE E ALERGIA.**



Disque Pare de Fumar
0800 703 7033

O Ministério da Saúde adverte:

**FUMAR CAUSA
ABORTO ESPONTÂNEO.**



Disque Pare de Fumar
0800 703 7033

O Ministério da Saúde adverte:

**FUMAR CAUSA
CÂNCER DE PULMÃO.**



Disque Pare de Fumar
0800 703 7033

O Ministério da Saúde adverte:

**AO FUMAR VOCÊ INALA
ARSÊNICO E NAFTALINA,
TAMBÉM USADOS CONTRA
RATOS E BARATAS.**





O Ministério da Saúde adverte:

**EM GESTANTES, FUMAR
PROVOCA PARTOS PREMATUROS
E O NASCIMENTO DE CRIANÇAS
COM PESO ABAIXO DO NORMAL.**



**Disque Pare de Fumar
0800 703 7033**

O Ministério da Saúde adverte:

**ESTA NECROSE FOI
CAUSADA PELO CONSUMO
DO TABACO.**

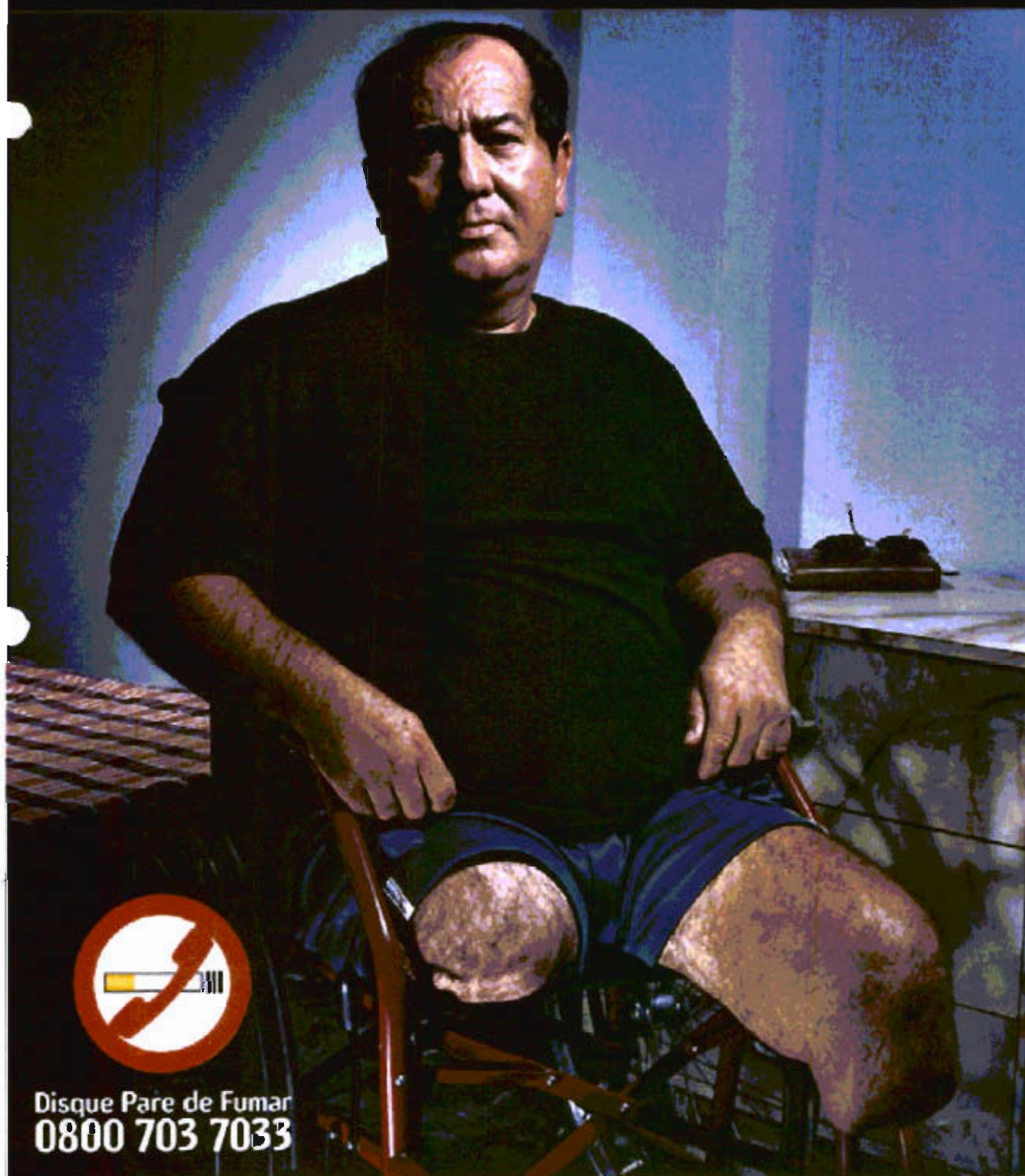


Disque Pare de Fumar
0800 703 7033



O Ministério da Saúde adverte:

ELE É UMA VÍTIMA DO TABACO.
FUMAR CAUSA DOENÇA VASCULAR
QUE PODE LEVAR A AMPUTAÇÃO.



Disque Pare de Fumar
0800 703 7033





Resoluções da ANVISA

Resolução – RDC nº 335, de 21 de novembro de 2003

Resolução – RDC nº 15, de 17 de janeiro de 2003



Regulamenta disposições dadas pela Lei n.º 9.294 de 15 de julho de 1996.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o art. 11 inciso IV do Regulamento da ANVISA aprovado pelo Decreto n.º 3.029, de 16 de abril de 1999, c/c o § 1º do art. 111 do Regimento Interno aprovado pela Portaria n.º 593, de 25 de agosto de 2000, republicada no DOU de 22 de dezembro de 2000, em reunião realizada em 15 de janeiro de 2003,

considerando o disposto na Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que determina a regulamentação, o controle e a fiscalização dos produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública;

considerando o disposto na Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que proíbe vender, fornecer ou entregar à criança ou ao adolescente produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica;

considerando a Internet um sistema global de rede computadores, que possibilita um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de forma rápida, eficiente e sem limitação de fronteiras e que o público jovem a utiliza amplamente como fonte de informações e aquisição de produtos;

considerando que o objetivo de se restringir a publicidade do tabaco é reduzir a crescente experimentação de cigarros por crianças e adolescentes e o impacto do adocimento e mortalidade que o consumo do tabaco causa;

considerando o aumento expressivo do tabagismo, que acarretou, no mundo, a perda de pelo menos 3,5 milhões de vidas em 1998, estimando-se em 10 milhões a cada ano até o ano de 2030, sendo 70% delas em países em desenvolvimento;

adotou a seguinte Resolução da Diretoria Colegiada e eu, Diretor Presidente-Substituto, determino a sua publicação:

I- propaganda de produtos derivados do tabaco: qualquer forma de divulgação, seja por meio eletrônico, inclusive internet, por meio impresso, ou qualquer outra forma de comunicação ao público, consumidor ou não dos produtos, que promova, propague ou dissemine o produto derivado do tabaco, direta ou indiretamente, realizada pela empresa responsável pelo produto ou outra por ela contratada;

Parágrafo único. Consideram-se, inclusive, abrangidas na definição acima a divulgação de catálogos ou mostruários de produtos derivados do tabaco, tanto na forma impressa como por meio eletrônico; a divulgação do nome de marca e elementos de marca de produto derivado do tabaco ou da empresa fabricante em produtos diferentes dos derivados do tabaco; a associação do nome de marca e elementos de marca do produto ou da empresa fabricante a nomes de marcas de produtos diferentes dos derivados do tabaco, a nomes de outras empresas ou de estabelecimentos comerciais; bem como qualquer outra forma de comunicação ou ação que promova os produtos derivados do tabaco, atraindo a atenção e o interesse da população, seja ela consumidora ou não dos produtos, e possa estimular o consumo ou a iniciação do uso.

II - parte interna do local de venda: área fisicamente delimitada localizada no interior do estabelecimento comercial e destinada à venda de produtos derivados do tabaco e seus acessórios.

Art. 2º A rede mundial de computadores (internet) não é considerada local de venda de produtos derivados de tabaco, sendo, portanto, vedada a oferta e venda de quaisquer destes

produtos por este meio em todo o território nacional.

Art. 3º Fica estabelecido o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação, para o cumprimento do disposto nesta Resolução.

Art. 4º O não cumprimento aos termos desta Resolução constitui infração sanitária, sujeitando os infratores às penalidades da Lei n 6.437, de 20 de agosto de 1977 e demais disposições aplicáveis.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

CLAUDIO MAIEROVITCH PESSANHA HENRIQUES

Retificação:

Republicada por ter saído com incorreção, no original, publicado no DOU nº 14, seção 1, pág. 39, de 20 de janeiro de 2003.

Agência Nacional de Vigilância Sanitária SEPN 515, Bl.B, Ed.Ômega - Brasília (DF) CEP 70770-502 Tel. (61) 448-1000
Disque Saúde: 0 800 61 1997

Copyright © 2003 ANVISA & BIREME

 Contate-nos

[REDACTED]

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o art. 11 inciso IV do Regulamento da ANVISA aprovado pelo Decreto n.º 3.029, de 16 de abril de 1999, c/c o § 1º do art. 111 do Regimento Interno aprovado pela Portaria n.º 593, de 25 de agosto de 2000, republicada no DOU de 22 de dezembro de 2000, em reunião realizada em 19 de novembro de 2003,

considerando o disposto na Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que determina a regulamentação, o controle e a fiscalização dos produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública;

[REDACTED] 1996;

[REDACTED];

considerando as disposições da Resolução -RDC nº 46, de 28 de março de 2001;

[REDACTED];

considerando as disposições da Lei n.º 10.702, de 14 de julho de 2003;

considerando o aumento expressivo do tabagismo, que acarretou, no mundo, a perda de pelo menos 3,5 milhões de vidas em 1998, estimando-se em 10 milhões a cada ano até o ano de 2030, sendo 70% delas em países em desenvolvimento,

considerando que as imagens que elucidam as mensagens de advertências necessitam de atualização periódica,

adotou a seguinte Resolução de Diretoria Colegiada aplicável a todos os produtos fumígenos derivados do tabaco comercializados em território nacional, sejam eles, produzidos internamente ou importados, e as seus materiais de propaganda, e eu, Diretor Presidente-Substituto, determino a sua publicação:

Art. 1º Todos os produtos fumígenos derivados do tabaco, conterão na embalagem e na propaganda, advertência ao consumidor, sobre os malefícios decorrentes do uso destes produtos.

§ 1º Entende-se por embalagem, os maços, cartelas ou box, pacotes, latas, caixas e qualquer outro dispositivo para acondicionamento dos produtos que vise o mercado consumidor final.

§ 2º Entende-se por propaganda, os pôsteres, painéis e cartazes afixados na parte interna dos locais de venda.

[REDACTED] críticas

[REDACTED] ou seqüencialmente

[REDACTED]

[REDACTED]

1. Esta necrose foi causada pelo consumo do tabaco.
2. Fumar causa impotência sexual.
3. Crianças que convivem com fumantes têm mais asma, pneumonia, sinusite e alergia.
4. Ele é uma vítima do tabaco. Fumar causa doença vascular que pode levar a amputação.
5. Fumar causa aborto espontâneo.
6. Ao fumar você inala arsênico e naftalina, também usados contra ratos e baratas.
7. Fumar causa câncer de laringe.
8. Fumar causa câncer de boca e perda dos dentes.
9. Fumar causa câncer de pulmão.
10. Em gestantes, fumar provoca partos prematuros e o nascimento de crianças com peso abaixo do normal.

Das embalagens

Art. 3º Para as embalagens de cigarros, denominadas "maços" ou "box", em seus diferentes tamanhos, as imagens padrão disponibilizadas pela ANVISA, em sua página eletrônica, contendo as advertências, as imagens, a logomarca e o número do serviço Disque Pare de Fumar, deverão ser impressas em toda extensão da maior face visível ao consumidor, sem alterar a proporcionalidade entre os seus elementos, bem como seus parâmetros gráficos.

§ 1º Para as demais embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco, de tamanhos iguais aos que se refere o caput deste artigo, as imagens padrão deverão ser impressas em extensão da maior face visível ao consumidor, sem alterar a proporcionalidade entre os seus elementos, bem como seus parâmetros gráficos.

§ 2º Para as demais embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco, de tamanho menor que as que se refere o caput deste artigo, as imagens padrão deverão ser impressas na maior face visível ao consumidor, sendo de responsabilidade do fabricante ou importador, reduzir proporcionalmente a imagem padrão, sem alterar as suas características gráficas, até o ponto em que a mesma esteja contida na face.

§ 3º Para as demais embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco, de tamanhos maiores que as que se refere o caput deste artigo, as imagens padrão deverão ser impressas na parte inferior direita da maior face visível ao consumidor, sem alterar as suas características gráficas, mantendo inclusive o seu tamanho.

§ 4º A advertência que compõe a imagem padrão disponibilizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, deverá ser impressa com letras na cor branca, sobre retângulo na cor 100% preto. Para as empresas que não dispõem da técnica de policromia tradicional, em substituição ao 100% preto, poderá ser utilizado o cinza escuro, conforme Escala Pantone™ 419 CV ou outra composição que reproduza a cor preta, de forma a manter as características visuais da advertência.

Art. 4º Fica proibido o uso de qualquer tipo de invólucro ou dispositivo que impeça ou dificulte a visualização da imagem padrão, ou de recursos, tais como cartões ou adesivos, que possam ser utilizados pelo consumidor para encobrir a imagem, nas embalagens dos produtos mencionados nesta Resolução.

Parágrafo único. O selo de controle da Secretaria da Receita Federal não poderá ser sobreposto à imagem padrão, nem poderá haver redução ou alteração dos parâmetros gráficos das padrão, para adequação do selo na maior face.

Art. 5º A impressão da imagem padrão na embalagem poderá ser substituída por adesivo, quando a embalagem for confeccionada com material que inviabilize ou dificulte a sua impressão.

§ 1º O adesivo seguirá a imagem padrão disponibilizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, mantendo-se sempre as suas características gráficas e não será inserido na parte externa do invólucro que envolve a embalagem.

§ 2º O disposto neste artigo se aplica aos cigarros importados e aos demais produtos fumígenos derivados do tabaco.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica a cigarros produzidos ou embalados no país.

Art. 6º O art. 3º da Resolução de Diretoria Colegiada RDC nº 46 de 28 de março de 2001 passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º Determinar como facultativa a impressão nas embalagens dos cigarros, dos teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono presentes na corrente primária.

§ 1º A impressão, citada no caput deste artigo, indicará, por extenso, de forma legível, em qualquer área da embalagem, que não aquela destinada à frase adicional na lateral ou à imagem padrão, os respectivos teores, expressos em miligramas por cigarro, até uma casa decimal para nicotina, e em números inteiros para o alcatrão e o monóxido de carbono.

§ 2º Entende-se por embalagem, os maços, carteiras, pacotes e qualquer outro dispositivo para acondicionamento do produto que vise o mercado consumidor.

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).?

Art. 7º A impressão nas embalagens de cigarros dos teores de alcatrão, nicotina e monóxido de

carbono presentes na corrente primária é facultativa à empresa, desde que seja impressa em outra área que não a destinada à frase adicional citada no caput do artigo 5º ou à imagem padrão, e siga às determinações abaixo:

I - Sejam expressos em miligramas por cigarro, até uma casa decimal para nicotina, e em números inteiros para o alcatrão e o monóxido de carbono;

II - Sejam impressos com letra padrão Arial, corpo 7, em cor contrastante com o fundo;

III - Nenhum dos teores poderá ser impresso na embalagem isoladamente, ou seja, desacompanhado dos teores das outras substâncias;

IV - Não sejam utilizados em associação ao nome de marca do produto, ou como forma de identificação de uma marca, criando uma falsa impressão de que uma marca seja menos prejudicial à saúde que outra.

V - Não sejam utilizados para a promoção do produto, conduzindo a conclusões errôneas quanto às suas características, composição e riscos à saúde.

Art. 8º Nas embalagens dos cigarros deverá ser impressa, em 3/4 do comprimento e toda a extensão da largura de uma de suas laterais, com letras na cor branca, sobre retângulo na cor 100% preto, a seguinte frase adicional: "Este produto contém mais de 4.700 substâncias tóxicas, e nicotina que causa dependência física ou psíquica. Não existem níveis seguros para consumo destas substâncias".

§1º. Para as empresas que não dispõem da técnica de policromia tradicional, em substituição ao 100% preto, poderá ser utilizado o cinza escuro, conforme Escala Pantone™ 419 CV ou outra composição que reproduza a cor preta, de forma a manter as características visuais da advertência.

§2º. Nenhuma outra informação, além da frase adicional, que constitui um alerta sanitário, poderá ser impressa na área citada no caput desse artigo.

Art. 9º Todas as embalagens dos produtos fumígenos derivados do tabaco deverão apresentar a seguinte frase "Venda proibida a menores de 18 anos - Lei 8.069/1990 e Lei 10.702/2003", impressa em 1/4 do comprimento de uma de suas laterais, de forma contrastante e legível, ficando proibido o uso de frases do tipo "somente para adultos", "produto para maiores de 18 anos".

Parágrafo único. Nas embalagens dos produtos fumígenos derivados do tabaco, exceto de cigarros, poderá ser utilizada outra face visível ao consumidor, para melhor adequação da impressão.

Da Propaganda

§ 1º Na propaganda mencionada no caput desse artigo, deverá ser impressa a frase adicional: "Este produto contém mais de 4.700 substâncias tóxicas, e nicotina que causa dependência física ou psíquica. Não existem níveis seguros para consumo destas substâncias", com letras na cor branca, sobre retângulo preto, com um filete branco interno, como moldura, no padrão Arial Bold, observando as dimensões mínimas abaixo:

0 a 250 cm2 Corpo 20

251 a 500 cm2 Corpo 24

501 a 1000 cm2 Corpo 26

1001 a 1500 cm2 Corpo 30

1501 a 2000 cm2 Corpo 36

2001 a 3000 cm2 Corpo 40

3001 a 4000 cm2 Corpo 48

4001 a 5000 cm2 Corpo 52

§ 2º No material de propaganda comercial de cigarros a impressão dos teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono é facultativa à empresa, devendo no entanto, seguir as

determinações abaixo:

- I - Sejam expressos em miligramas por cigarro, até uma casa decimal para nicotina, e em números inteiros para o alcatrão e o monóxido de carbono;
- II - Nenhum dos teores poderá ser impresso de forma isolada, ou seja, desacompanhado dos teores das outras substâncias;
- III - Não sejam utilizados em associação ao nome de marca do produto, ou como forma de identificação de uma marca, criando uma falsa impressão de que uma marca seja menos prejudicial à saúde que outra.
- IV - Não sejam utilizados para a promoção do produto, conduzindo a conclusões errôneas quanto as suas características, composição e riscos à saúde.

Dos prazos

Art. 11. Fica estabelecido o prazo de 9 meses, a contar da data da publicação da presente, para que as empresas fabricantes e importadoras disponibilizem ao comércio varejista embalagens de produtos derivados de tabaco e materiais de propaganda que estejam cumprindo devidamente as determinações desta resolução. Findo o referido prazo, somente podem ser disponibilizadas ao comércio varejista embalagens que estejam de acordo com a presente resolução.

§1º. Os produtos fabricados ou importados anteriormente ao prazo estabelecido no caput do artigo e que não atenderam às determinações da presente resolução, ou seja, cujas embalagens estejam de acordo com a Resolução RDC nº 104 de 31 de maio de 2001, poderão ser comercializados até 18 meses após a publicação da presente.

§ 2º. Os prazos acima dispostos aplicam-se a todos os produtos derivados do tabaco fumígenos, sem exceção, incluindo charutos, cigarrilhas, cigarros de bali, cigarros tipo kretek, e outros.

Art. 12. Ficam revogadas as Resoluções de Diretoria Colegiada RDC nº 104 de 31 de maio de 2001 e RDC nº 14, de 17 de janeiro de 2003 e sua republicação.

Parágrafo único. Não obstante a revogação da Resolução RDC nº 104, de 31 de maio de 2001, suas determinações deverão ser observadas para a confecção das embalagens e materiais publicitários fabricados ou importados antes do término do prazo estabelecido no caput do artigo anterior, caso a empresa não tenha iniciado ainda a confecção dos mesmos de acordo com as novas determinações da presente resolução.

Art. 13. O não cumprimento desta Resolução constitui infração sanitária, sujeitando os infratores às penalidades da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977 e demais sanções aplicáveis.

Art. 14. Esta Resolução de Diretoria Colegiada entra em vigor na data de sua publicação

CLAUDIO MAIEROVITCH PESSANHA HENRIQUES

Agência Nacional de Vigilância Sanitária - SEPN 515, Bl.B, Ed.Ômega - Brasília (DF) CEP 70770-502 - Tel: (61) 448-1000
Disque Saúde: 0 800 61 1997

Copyright © 2003 ANVISA & BIREME

 Contate nos



Quadro Sinótico das Resoluções da ANVISA

Quadro de Resoluções da ANVISA relativas a produtos fumígenos

7/11/01
140

ATO NORMATIVO DA ANVISA	DATA	CONTEÚDO
Resolução nº 320 (revogada)	21.07.1999, publicada em 22.07.1999	Estabelece a obrigatoriedade de registro anual de todos os produtos fumígenos.
Resolução RDC nº 02 (revogada)	04.10.1999	Altera dispositivos da Resolução nº 320/99, autorizando o registro de produtos fumígenos, nos termos do Artigo 1º da Resolução nº 320/99, com a apresentação das informações laboratoriais discriminadas nas tabelas constantes nos anexos 3, 4 e 5 da referida resolução.
Resolução RDC nº 46 (alterada)	28.03.2001, publicada em 29.03.2001.	Estabelece os teores máximos permitidos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono presentes na corrente primária da fumaça, para os cigarros comercializados no Brasil, vedando a utilização de qualquer denominação, em embalagens ou material publicitário tais como: classes (s), ultra baixo(s) teor(es), baixo(s) teor(es), suave, light, soft, leve, teor(es) moderado(s), alto(s) teor(es), e determinando a obrigatoriedade da impressão nas embalagens dos cigarros dos teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono, acompanhada da seguinte informação adicional: "não existem níveis seguros para consumo destas substâncias".
Resolução RDC nº 104 (revogada)	31.05.2001, publicada em 01.06.2001 e republicada em 08.08.2001.	Estabeleceu exigências a serem observadas na realização de propaganda e na confecção de embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco (originalmente, previa a obrigatoriedade de uso da cor preta nos retângulos de advertência, vindo a ser republicada com modificações em seu artigo 8º, passando a acatar o uso de cores especiais em substituição à técnica de policromia tradicional).



Resolução RDC nº 105 (revogada)	31.05.2001, publicada em 13.12.2001.	Revogou a Resolução nº 320/99 e a Resolução RDC nº 02/99, estabelecendo a obrigatoriedade de cadastro de todas as empresas fabricantes nacionais, importadoras ou exportadoras de produtos derivados do tabaco, fumígenos ou não, bem como o cadastro anual de todos os seus produtos e das empresas beneficiadoras de tabaco.
Resolução RDC nº 67	05.03.2002, publicada em 06.03.2002	Prorrogou até o dia 25 de março de 2002 o prazo para solicitação de cadastro de produtos derivados do tabaco, constante na Resolução RDC nº 105/01.
Ofício nº 153	13.09.2001	Expedido em resposta à consulta formulada pela Associação Brasileira da Indústria do Fumo – ABIFUMO, prestando esclarecimentos a respeito da Resolução nº 104/01, admitindo que <i>“a cor preta do retângulo no qual será inserida a informação adicional poderá ser substituída por cor escura contrastante”</i> .
Resolução RE nº 168	05.09.2002, publicada em 09.09.02.	Declarou a nulidade do item 4 do Ofício nº 153/01, em razão de supostos vícios em sua formação, restabelecendo a obrigatoriedade do uso da cor preta no retângulo de advertência, ressaltando, apenas, os efeitos dos atos praticados que tivessem atingido terceiros de boa-fé, devolvendo-se a estes o restante do prazo previsto no artigo 9º da Resolução nº 104/01.
Resolução RDC nº 14 (revogada)	17.01.2003, publicada em 20.01.2003 e republicada em 24.10.2003.	Altera dispositivos da Resolução nº 46/01 e da Resolução nº 104/01, formulando exigências adicionais a serem observadas na realização de propaganda e na confecção de embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco, fixando novo prazo para o respectivo cumprimento.
Resolução RDC nº 15	17.01.2003, publicada em 20.01.2003 e republicada em 23.01.2003.	Regulamenta disposições da Lei n.º 9.294, de 15 de julho de 1996, estabelecendo novas restrições à propaganda de produtos derivados do tabaco, vedando, ainda, a venda de cigarros pela <i>internet</i> e a divulgação e associação do nome de marca e elementos de marca do produto ou da empresa fabricante a nomes de marcas de produtos diferentes dos derivados do tabaco, a nomes de outras empresas ou de estabelecimentos comerciais.

Resolução RDC nº 335	21.11.2003, publicada em 24.11.2003.	Revogou as Resoluções nº 104/01 e 14/03, estabelecendo novas regras a serem observadas na realização de propaganda e na confecção de embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco, fixando novo prazo para o respectivo cumprimento.
Resolução RDC nº 346	02.12.2003, publicada em 03.12.2003 e republicada em 26.12.2003.	Revogou a Resolução nº 105/01, estabelecendo novas regras sobre a obrigatoriedade de cadastro de todas as empresas beneficiadoras de tabaco e de todas as empresas fabricantes nacionais, importadoras ou exportadoras de produtos derivados do tabaco, fumígenos ou não, bem como o cadastro anual de todos os seus produtos.



Publicação do CONAR
“Garantias constitucionais à liberdade de expressão”

com os pareceres dos Juristas

Tércio Sampaio Ferraz Junior
Josaphat Marinho
Fernando Fortes

**Garantias
constitucionais
à liberdade
de expressão**

Garantias constitucionais à liberdade de expressão

**Parecer dos
juristas**

**Tercio Sampaio
Ferraz Junior**

Josaphat Marinho

Fernando Fortes



Ética na Prática



**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
À LIBERDADE
DE EXPRESSÃO COMERCIAL**

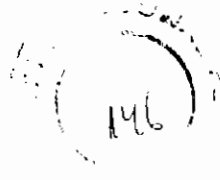


**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
À LIBERDADE
DE EXPRESSÃO COMERCIAL**



CONAR

Ética na Prática



CONAR
Conselho Nacional
de Auto-regulamentação Publicitária

Rua Bahia, 1140, São Paulo - SP
Cep 01244-908
Tel.: (11) 3661 7611 / Fax: (11) 3661 5959

E-mail: conar@conar.org.br

Para mais informações e jurisprudência,
visite nosso site na Internet:

conar.org.br

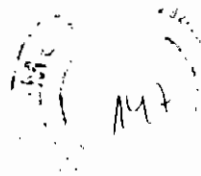
© Conar.

A reprodução total ou parcial dos textos aqui publicados é
permitida sem finalidade econômica e citada a fonte

070.130981 Conselho Nacional de Auto-regulamentação
C755g Publicitária.
Garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial / CONAR -- São Paulo: CONAR, 2000.
55 p.; 28 cm.
1. Liberdade de expressão 2. Liberdade de expressão - Brasil 3. Propaganda - Leis e legislação I. Título.

S U M Á R I O

7	Prefácio – Em defesa da liberdade de criação e expressão
9	Parecer do jurista Tercio Sampaio Ferraz Júnior
21	Parecer do jurista Josaphat Marinho
41	Parecer do jurista Fernando Fortes
55	Breve notícia sobre o Conar



Esta obra contém três pareceres de ilustres juristas brasileiros, oferecidos por ocasião do coincidente e alarmante andamento de dois projetos de lei e uma medida provisória que, inicialmente a juízo do Conar, parecem contrariar os princípios constitucionais que asseguram a liberdade de expressão em nosso País. Após a leitura dos judiciosos trabalhos dos juristas Tercio Sampaio Ferraz Junior, Josaphat Marinho e Fernando Fortes, dúvida nenhuma restará sobre o acerto da opinião esposta pelo Conar: a Constituição Federal não admite o banimento da publicidade de qualquer produto lícito e tampouco aceita que haja censura prévia sobre qualquer forma de comunicação.

Esta é a contribuição do Conar para o sereno encaminhamento da discussão de propostas legislativas que visam a proibir a publicidade de bebidas alcoólicas e produtos fumígenos em todos os veículos de comunicação de massa (PLS nº 63/99 e PL nº 3156/00) e do instrumento que restabelece a censura prévia sobre a propaganda de medicamentos, alimentos, bebidas, águas, cosméticos, produtos de higiene, saneantes, cigarros, entre outros produtos e serviços (Medida Provisória nº 2039-19).

O Conar não faz lobby; nossa participação nesse democrático debate não se deve, portanto, à defesa dos interesses deste ou daquele setor industrial ou de serviços. Cumpre, porém, honrada e orgulhosamente seu objetivo social de defender a liberdade de criação e expressão, independentemente de censura ou licença, ameaçada pelos três mecanismos citados.

Maiores esclarecimentos sobre o Conar, sua história, filosofia e atuação podem ser encontrados no site www.conar.org.br

149

“...o inciso II do par. 3º do art. 220 da Constituição Federal incumbe ao legislador federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos (e de práticas e serviços) que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Claramente não cabe à lei substituir-se à pessoa e à família nessa defesa, mas dar-lhes os meios para a defesa.”

PARECER DO PROF. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

PARECER

1. O sentido do art. 220 da Constituição Federal: a liberdade de expressão.

Antes de proceder à análise do projeto de lei mencionado na Consulta, há de se considerar, preliminarmente, o sentido do disposto no art. 220 da CF, cujo caput é o seguinte:

"Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Note-se, inicialmente, que, pelo caput do artigo, a Constituição reafirma um dos direitos fundamentais, pedra angular de todas as constituições democráticas, desde as Revoluções americana e francesa: o direito à liberdade.

No Preâmbulo da Constituição, o constituinte fez inserir a liberdade, de início, como um dos seus valores supremos do Estado Democrático de Direito. Ao instituí-lo, ela é afirmada como um dos pilares "de uma sociedade fraterna".

Como valor, a liberdade integra a personalidade enquanto seu contorno essencial, de início no sentido positivo de criatividade, de expansão do próprio ser da pessoa, de capacidade de inovar, e, em seguida, num sentido negativo de não ser impedido. No sentido positivo, a liberdade tem relação com a realizabilidade do homem, com sua participação na construção política, social, econômica e cultural da sociedade. No sentido negativo, refere-se à autodeterminação do homem, à possibilidade de ser diverso, de não submeter-se à vontade dos outros. Ao Estado atribui-se a função de protegê-la e jamais de cerceá-la. Os limites da liberdade estabelecidos por lei são, nestes termos, proteções e não impedimentos. Cabe à lei, assim, apenas equilibrar a liberdade de uma pessoa em face da liberdade de outra, de modo a permitir a convivência. Ou seja, a liberdade pode ser *restringida*, mas não pode ser *eliminada*. Note-se, a propósito, que a Constituição brasileira veda taxativamente a prisão perpétua, posto que isto significaria não restrição, mas *eliminação* da liberdade (Constituição Federal, art. 5º, inciso XLVII, alínea b).

A liberdade, enquanto direito fundamental, é, deste modo, a formulação positiva do direito à igualdade (direito de não ser discriminado) e, em consequência, o correlato do dever de todos de

CONSULTA

Encaminha-me o CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA - CONAR, a seguinte consulta:

1 - As garantias constitucionais estabelecidas no caput do artigo 220 da Constituição Federal prevalecem também em relação à publicidade, assim entendida como a criação e veiculação de informações de conteúdo comercial ou a liberdade de expressão mercadológica de quem fabrica ou presta serviços?

2 - § 4º do referido artigo 220 prevê a possibilidade de restrições à propaganda comercial de determinados produtos e serviços. Há limites para a imposição de tais restrições? A Constituição acolhe a tese do banimento ou proibição da publicidade daqueles produtos ou serviços?

3 - projeto de lei nº 3156/00 de iniciativa do Executivo, caso seja aprovado, estará apenas ampliando restrições já estabelecidas (Lei Federal nº 9294/96, decreto nº 2018/96)? Ou estará virtualmente banindo da mídia a publicidade da categoria "produtos fumíferos"? A estreitíssima exceção em favor da publicidade em "posteros", painéis e cartazes internos, prevista no artigo 1º, § 5º do projeto, desconstrói o efeito de banimento, tese deferida pelo Ministro da Saúde em artigo publicado no "O Globo"?

4 - proposto, pelo acima mencionado projeto de lei, está de acordo com o princípio da razoabilidade, tomando-se como base o que determina o § 4º do artigo 220, da Constituição Federal?

onir ingerências e impedimentos, garantindo-se, deste modo, o poder de participar dos processos de decisão social e de julgar, por si próprio, o sentido de sua própria dignidade. Liberdade, assim, é direito que dá ao ser humano o espaço da cidadania, que não se vê absorvida pela sociabilidade inerente à sua condição. Afirma-se, assim, a capacidade humana de reger o próprio destino, expressando a sua singularidade como indivíduo, igual entre iguais: o homem como ser distinto e singular entre iguais.

2. A vedação constitucional de qualquer espécie de censura.

Liberdade, nestes termos, opõe-se à tutela estatal. Ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições deste exercício, mas jamais **substituir-se** ao ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação. Daí a proibição da censura, de forma irrestrita: "*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*". Afinal, a censura, como instituição estatal, própria dos regimes autoritários, sempre busca justificativas na necessidade (utópica e sempre frustrante) de educar os adultos. Mas, como bem diz Hannah Arendt, "quem quer que queira educar adultos na realidade pretende agir como guardião e impedi-los de atividade política" (cf. Entre o Passado e o Futuro. São Paulo, 1972, p. 225).

Entenda-se por **censura**, como diz o juiz José Henrique Rodrigues Torres (RT-705, julho de 1994, p. 27), referindo-se à censura à imprensa, **qualquer restrição imposta pelos poderes legislativo ou executivo. Censura** o Executivo quando exerce controle prévio e *in casu* sobre a propagação de idéias. **Censura** o Legislativo quando impede, previamente, *in genere* ou *in specie*, a propagação de idéias. A proibição da censura ou de sua forma sub-república, a licença, indica, pois, claramente, que **o Estado** não pode degradar o ser humano à condição de incapaz, por si só, de discernir entre o bem e o mal. Cabe ao Estado dar-lhe os meios legais para exercer o juízo sobre as coisas, mas não pôr-se em seu lugar, para dizer o que sua consciência distingue e aprova ou desaprova. Se o Estado tutela a consciência e sua expressão, a condição humana é degradada pelo **dirigismo** próprio dos regimes totalitários. O Estado que tutela, pela censura, destitui o cidadão, do lado do censurado, da possibilidade de responsabilizar-se pelos seus atos: do lado do que supostamente protege, destitui-o da capacidade de julgar. O Estado tutor, pela censura, reduz o cidadão à condição dos que

"não sabem o que fazem", adultos infantilizados, sujeitos às imposições e às manobras do Poder. A ordem da censura é a ordem da cidadania emasculada.

Bem a propósito, estas observações lançam a devida luz ao disposto no art. 220 da CF. Comentando este artigo, mostra J. Cretella que, pelo seu teor, em princípio, "*a censura ou restrição* está abolida. É a regra. Como reação ao regime anterior, o legislador constituinte, a todo custo, quer que prevaleça a norma '*é proibido restringir*'" (Comentários à Constituição de 1988, vol. XIII, p. 4509). Afirmando, pois, a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação sob qualquer forma, processo ou veículo, determina a Constituição, no par. 2º do art. 220, a proibição da censura. É em atenção a esta proibição que deve ser entendido o disposto no parágrafo seguinte, em que se discriminam as competências da lei federal, entre outras, em relação à propaganda. Afinal, como bem salientou um julgado da Corte Suprema do Canadá, em decisão de 21 de setembro de 1995 sobre a regulamentação de produtos de tabaco, "*La liberté d'expression, même au niveau commercial, est un principe fondamental important d'une société démocratique libre*" (A liberdade de expressão, mesmo ao nível comercial, é um princípio fundamental importante de uma sociedade democrática livre).

3. Regulamentação (imposição de restrições) de atividade ligada à liberdade de expressão não é censura.

A vedação de censura (da censura legal enquanto exclusão prévia, por meio de lei, de atividade de comunicação) não se confunde com a regulamentação da atividade. A regulamentação da propaganda comercial é exercício interventivo do Estado para assegurar aos destinatários dessa atividade que a competência técnica, exigida e adequada ao mercado, é observada. No caso da regulamentação da atividade de propaganda, a regulamentação visa a assegurar aos consumidores de publicidade que suas decisões sejam baseadas em informações suficientes para a formação do juízo.

Note-se, neste sentido, que o inciso II do par. 3º do art. 220 da Constituição Federal incumbe ao legislador federal **estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...)** da **propaganda de produtos (e de práticas e serviços) que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente**. Claramente não cabe à lei *substituir-se* à pessoa e à família nessa defesa, mas dar-lhes os meios para a defesa. Dar-lhes os meios legais

para **se** defenderem não é a mesma coisa que **defendê-las**. Quem se defende é a própria pessoa e a própria família. Não pode, pois, a lei subtrair-lhes a condição de liberdade na formação do seu próprio juízo. Exclui-se a censura. Se o produto é admitido como nocivo, nada obsta que o legislador venha a proibir-lhe a produção, a venda, a comercialização. Mas se o produto é lícito, cabe à lei pôr à disposição da pessoa e da família os meios legais de proteção.

Meios para a autoproteção são os meios processuais, as imposições ao produtor do dever de esclarecer sobre a nocividade, de não incentivar o consumo, ao contrário, de orientar quanto ao consumo e até quanto à sua abstenção. Ou, como esclarece Wolfran Junqueira Ferreira (Comentários à Constituição de 1988 vol. 3, p. 1112), o inciso II "termina que, juntamente com a propaganda haja uma contrapropaganda do tabaco, do álcool, dos agrotóxicos, alertando sobre seus decorrentes malefícios". Como exemplo de meios legais para auto-proteção, mencionem-se os dispositivos do Código de Consumidor (Lei 8078/90, art. 9º), em que a publicidade não é vedada, devendo, no entanto, "deixar de ser meramente persuasiva, para realçar o seu caráter informativo, propiciando a livre escolha do consumidor e advertindo-o adequadamente na aquisição de produtos ou serviços, em particular os nocivos e perigosos" (cf. Mara Elizabete Viçosa Lopes, Revista de Direito do Consumidor, vol. 1, 1992, p. 164). Lembre-se ademais que restrições à propaganda dos produtos referidos no art. 220, par. 4º da Constituição Federal já estão previstas na Lei nº 9294/96 e que, na forma de auto-regulamentação, as normas éticas contidas nos *Apelos A, G, I, J, P e R* do Código de Auto-regulamentação Publicitária convergem no sentido de disciplinar restritivamente a propaganda dos mencionados produtos.

Ora, num sentido diametralmente oposto, censurar a propaganda é, paradoxalmente, impedir que o cidadão tenha condições de avaliar a nocividade e de tomar posição para dela defender-se. E, neste sentido, violar o direito à liberdade de expressão. Pois dele faz parte, no dizer de Eric Barendt (Freedom of Speech, Oxford, 1996, p. 82), "*the right to know*", o direito de saber, por parte do destinatário ou ainda, no dizer de José Afonso da Silva, a liberdade de informação "compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado" (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, 1999, p. 248). E, aliás, o que expressa o art. 19 da Declaração dos Direitos do Homem da ONU: "Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser perturbado pelas suas opiniões, bem como de procurar receber e distribuir, sem considerações de fronteiras, as informações e ideias por todo e qualquer meio de expressão".

(grifei). Não se deve olvidar ainda o disposto no art. 6º, inciso III da Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor), no qual o **direito à informação** figura entre os **direitos básicos do consumidor**. Afinal, propaganda é **também informação sobre malefícios a evitar** (no caso de tabaco, por exemplo, a quantidade de alcatrão contida no produto elaborado). Sorregar ao cidadão o acesso a tais informações, a que se obrigam os próprios produtores, é reduzir-lhe a capacidade de percepção e de julgamento: assim ele se defende menos, não mais.

Entende-se, destarte, o disposto no parágrafo subsequente (art. 220, par. 4º da Constituição Federal) que, no que se refere a certos produtos, o tabaco dentre eles, sujeita a sua propaganda comercial a "**restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior**", mencionando-se, em especial, quando necessária, a advertência sobre os malefícios decorrentes do uso.

Ora, a **competência constitucional** para impor restrições legais nos termos do mencionado inciso pressupõe:

a) que a produção e comercialização do produto não estejam proibidas: não é possível logicamente *restringir* a propaganda de **produto** cuja fabricação seja ilícita;

b) que a própria propaganda comercial seja atividade lícita, isto é, que ela **ocorra** lícitamente: se a Constituição fala em *restringir* é porque, por princípio, é atividade protegida pela liberdade de criação, expressão e informação sob qualquer forma, processo ou veículo: liberdade se *restringe*, não se elimina;

c) que a restrição à liberdade, portanto, não signifique censura (*tutela* do Estado no lugar da liberdade do cidadão);

d) que as restrições tenham o sentido de meios para o cidadão defender-se e não de defender o cidadão em seu lugar.

Parece claro, nessas condições, que *restringir* não significa *excluir banir, proibir*. A proteção da família e da pessoa não se faz pela sua *alienação*, mas pela disciplina de sua *correta e adequada* *informação*. *Restringir* não é impedir que a informação circule por meio da propaganda, mas fazer com que a informação **veiculada** pela propaganda **ocorra** de forma que o cidadão possa proteger-se do produto qualificado como nocivo. E não que ela **não ocorra**. *Proibir-lhe a ocorrência, mesmo parcialmente, é censura legal, vedada constitucionalmente*

4. A pretexto de restringir não se pode impedir uma atividade econômica lícita.

A inconstitucionalidade, pois, de qualquer dispositivo legal que, a pretexto de restringir, veda a sua ocorrência, encontra fundamento, ademais, no caso da propaganda, em uma outra dimensão do direito de liberdade: a liberdade de iniciativa.

A propaganda é atividade econômica lícita, protegida, pois, pelo disposto no parágrafo único do art. 170 da CF, cujo teor é o seguinte:

*Art. 170:

"Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. A ressalva refere-se a atividades que exigem competência técnica, imprescindíveis para o seu exercício."

A propaganda, enquanto atividade comercial, pode vir a ser disciplinada em lei que lhe estabelecerá as condições de exercício, mas jamais a supressão do seu exercício a pretexto de discipliná-lo.

Tenha-se em conta, neste sentido, que *propaganda comercial* é atividade que diz com o exercício da liberdade de expressão e **não se confunde com o bem ou serviço** que ela veicula. O bem ou serviço, se proibido, aí então é ele que não poderá ser propagado, sob pena de sanções severas. O que, aliás, não é o caso, posto que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, nos termos da lei, reconhece e licencia o tabaco como objeto lícito de produção. Mas a propaganda em si, como atividade/serviço consistente no próprio exercício de liberdade, não pode ser suprimida se o produto é lícito, apenas restringida. Ou seja, não é o **direito em si** ao exercício da atividade de propaganda que é regido, mas o seu **excesso** que se torna objeto de regulamentação (cf. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim, in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - comentários pelos autores do anteprojeto, São Paulo, 1997, p. 250). Correto, pois, e coerente com o mandamento constitucional, o art. 37, par. 2º do referido Código, quando apenas veda a propaganda *enganosa* ou *abusiva*, como a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite à violência, que explore o medo ou a superstição, que se aproveite da deficiência de julgamento da criança, que seja **capaz de induzir** o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde.

Em vista do exposto, deve-se concluir, pois, que o dispositivo constitucional que sujeita a propaganda comercial de tabaco (e outros produtos) a **restrições legais** exige a distinção entre **restringir** e

banir ou eliminar a atividade econômica. A atividade comercial da propaganda, enquanto manifestação de livre-iniciativa, pode, pois, ser regulamentada e, assim, delimitada, mas não pode ser impedida e eliminada, mesmo em se tratando de produtos de produção e comercialização lícitas, ainda que nocivos. Assim, quando a Constituição Federal fala em *restringir* a propaganda comercial de um produto nocivo à saúde, a lei não pode **eliminar** a atividade comercial. Pode apenas impor-lhe limites. *Impor limites* significa dar-lhe parâmetros de ocorrência, e não eliminar a sua ocorrência. Se a lei não deixa que ela ocorra, não estará restringindo, mas acabando com ela.

5. O projeto de lei.

Ora, o art. 1º par. 5º, do Projeto sob exame, ao dispor que a propaganda de produtos seja reduzida a pôsteres, painéis e cartazes **externos**, significa que ela está inteiramente proibida em ambientes **internos**. Admitida apenas, na forma de pôsteres, painéis e cartazes **internos**, significa, de fato, o **impedimento total da atividade comercial de propaganda do tabaco**.

Na verdade, a distinção introduzida no dispositivo do Projeto entre a propaganda interna e externa, na pretensão de, com isto, estar apenas restringindo a propaganda comercial de tabaco, de fato a elimina cabalmente como atividade. O dispositivo em tela **confunde**, equivocadamente, a atividade comercial (propaganda comercial) com publicidade comercial. Ao permitir apenas a publicidade interna elimina a publicidade externa, própria da propaganda comercial.

Ora, parece-me importante, com efeito, mencionar, neste passo, a judiciosa observação do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal de que "o conteúdo político de uma Constituição não pode levar quer ao desprezo do sentido **vernacular** das palavras utilizadas pelo legislador constituinte, quer ao técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito" (RTJ, 156/673, grifei). Neste sentido, "a flexibilidade de conceitos, o câmbio do sentido destes, conforme os interesses em jogo, implicam insegurança incompatível com o objetivo da própria Carta que, realmente, é um corpo político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes não são imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente os de contornos jurídicos. Logo, não merece agasalho o ato de dizer-se da colocação, em plano secundário, de conceitos consagrados, buscando-se homenagear, sem limites técnicos, o sentido político das normas constitucionais".

Ora, se a Constituição Federal fala em *propaganda comercial*, não

se deve tomá-la por publicidade interna, como se a "propaganda" a ela limitada estivesse sendo apenas restringida.

A propaganda comercial tem por objeto a publicidade de produtos e serviços em **veículos** ou **processos** de comunicação. O primeiro sentido de propaganda comercial é **tornar público**, isto é, comum e transparente. Propaganda comercial sem exteriorização não é propaganda enquanto atividade econômica "Propaganda" interna é mera publicidade direta de bem ou serviço pelo próprio fabricante ou comerciante. Não é atividade **mediatizada** pela propaganda comercial. O segundo sentido da propaganda, enquanto atividade comercial, é, nestes termos, **venda através de meios de comunicação de massa**. É a comunicação da informação do produto por intermédio daqueles meios, com o propósito de vendê-los. Não é a publicidade realizada pelo próprio anunciante, no seu local de venda ("propaganda" interna).

Distingue-se, assim, a propaganda comercial da publicidade como meio para a venda pessoal (Jerry Kirkpatrick: Em Defesa da Propaganda, São Paulo, 1997, p. 26). Primeiro, a propaganda comercial, enquanto **atividade-meio**, é mensagem que se dirige a muitos simultaneamente, enquanto a publicidade de venda pessoal pelo próprio anunciante, atinge poucos de cada vez. Segundo, a mensagem de propaganda comercial é veiculada por um meio de comunicação de massa - TV, rádio, imprensa, *outdoor* - , enquanto a publicidade de venda pessoal é enviada diretamente, no contexto em que ocorre a venda.

Assim, se a publicidade do tabaco fica autorizada apenas para o próprio comerciante (publicidade interna), mas proibida como objeto da atividade econômica da propaganda (publicidade externa), **a atividade de propaganda comercial daquele produto não foi restringida, mas proibida e banida**, o que fere o mandamento constitucional.

6. Resposta aos quesitos.

Isto posto, passo a responder sucintamente os quesitos formulados.

Primeira questão.

Como esclarecido, a liberdade de expressão alcança a atividade de propaganda comercial enquanto atividade própria de veiculação de informações sobre bens e serviços, por intermédio de meios externos de publicidade. Trata-se, ademais, de atividade protegida pelo princípio da livre-iniciativa e, como tal, só pode ser restringida, mas não eliminada sob o pretexto de restringi-la.

Segunda questão.

A possibilidade de restrição da propaganda comercial de certos produtos, aliás de **todos os produtos taxativamente enumerados**, prevista pelo art. 220, par. 4º da Constituição Federal, exclui qualquer forma de censura, mesmo legal, não podendo ser eliminada, mas apenas delimitada em face de outras manifestações da própria liberdade. Restringir significa impor limites, regulamentar, mas não banir e eliminar de fato e de direito. Sempre é bom lembrar, aliás, que, quando a Constituição Federal pretende efetivamente banir uma atividade, o termo usado é **proibir** ou **vedar**, e nunca **restringir**. É o que se lê, por exemplo, nos artigos 7º, incisos XXX e XXXIII, 8º, incisos II e VIII, art. 15, art. 17, par. 4º, art. 37, incisos XIII, XVI e XVII e no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Terceira questão.

Como já exposto, o art. 1º, par. 5º do Projeto sob exame, sob o pretexto de restringir a atividade de propaganda comercial de produtos fungeiros, na verdade a elimina. Isto porque confunde a publicidade interna com propaganda comercial, que é atividade de intermediação por meio de veículos de comunicação. Ao permitir apenas a publicidade interna, elimina a propaganda comercial, que é atividade de exteriorização. Pelo dispositivo mencionado, esta atividade fica excluída, o que não é restringir, mas proibir.

Na verdade, portanto, o Projeto de Lei sob exame entende mal o disposto no texto constitucional que fala em restrição legal da **propaganda comercial** (art. 220, par. 4º). Tanto que, conforme se pôde ler em declarações do Ministro José Serra à imprensa, supõe o Executivo, com seu Projeto, estar **apenas** restringindo a propaganda comercial, quando permite ainda a publicidade por meio de pôsteres, painéis e cartazes internos. Nem percebe, assim, que esta "concessão" não é uma restrição (parcial) à propaganda comercial que, então, na verdade, acaba por ser inteiramente proibida, ao arrepiar do mandamento constitucional.

Quarta questão.

O dispositivo do mencionado Projeto, com o intuito de cumprir o mandamento constitucional, na verdade o distorce. Ao invés de criar meios legais para que a pessoa e a família possam **se** proteger, *tutela* o cidadão, retirando-lhe, por completo, a possibilidade de se informar para exercer o seu próprio juízo. Trata-se de dispositivo que interpreta a Constituição de modo desarrazoado, pois excede os fins nela estabelecidos. Além disso, pretende que a **propaganda** de um produto

154

nocivo à saúde é também nociva à saúde. Ou seja, não querendo proibir o produto, supõe que sua publicidade é pior que o seu consumo, o que é, no mínimo, um contra-senso. Com isso, para atingir supostamente um fim de proteção da saúde elimina a possibilidade de informação sobre ele, violando a liberdade de expressão.

É esta a minha opinião,
s.m.j.

São Paulo, 27 de junho de 2000.

“...o cidadão (destinatário de informação e opinião) e o consumidor (destinatário de informação comercial na forma de mensagens publicitárias) foram colocados a salvo da censura e de embaraços à livre circulação das informações, em todas as suas formas, independentemente do meio empregado para sua difusão.”

PARECER DO PROF. JOSAPHAT MARINHO

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR é Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor em Filosofia pela Johannes Gutenberg Universität de Mainz, Alemanha; foi Secretário Executivo do Ministério da Justiça e Procurador-Geral da Fazenda Nacional. É Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP e Professor de Filosofia e Teoria Geral do Direito dos cursos de mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da PUC-SP.

155
7487

- M.P. n° 2039/18, de 28.6.2000, 17ª reedição, em plena vigência (cria censura prévia à publicidade de produtos submetidos à Agência Nacional de Vigilância Sanitária)

Entende o consulente que não se poderá opor bem, valor ou interesse contra a Constituição. No caso dos textos acima mencionados, além da afronta a direitos e garantias fundamentais, estaria configurada a lesão ao disposto no Capítulo V – Da Comunicação Social, por restabelecer (a M.P.) censura prévia, e os P.L. por imporem, a diversos produtos de curso legal, a proibição de acesso aos meios de comunicação de massa.

O processo constituinte culminou com a promulgação de Carta afirmando, de maneira categórica, direitos e garantias fundamentais ao estado democrático. No tocante à chamada indústria da comunicação, seus agentes rejubilam-se com o avanço representado pela proteção conferida à informação em sentido amplo. Assim é que o cidadão (destinatário de informação e opinião) e o consumidor (destinatário de informação comercial na forma de mensagens publicitárias) foram colocados a salvo da censura e de embaraços à livre circulação das informações, em todas as suas formas, independentemente do meio empregado para sua difusão.

2 – Além do texto da Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, e da Medida Provisória n. 2039-18, de 28 de junho de 2000, estão anexos à consulta o Parecer do Senador Jefferson Péres, como Relator, ao Projeto de Lei do Senado n. 63, de autoria do Senador Eduardo Suplicy, e o *Substituto* apresentado, em que foram declarados *prejudicados* os Projetos de Lei do Senado: n. 97, de 1999, da Senadora Emília Fernandes; n. 159, de 1999, da Senadora Marina Silva; n. 453, de 1999, do Senador Roberto Requião, e n. 55, de 2000, do Senador Carlos Patrocínio.

3 – Saliente-se que a exposição-consulta menciona, especialmente, “por sua relevância e urgência”, justificando “os temores dos anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação”:

a) o “PL n. 63/99 do Senado (preconiza a proibição da publicidade de cigarros e bebidas alcoólicas pelos meios de comunicação de massa)”;

b) o “PL n. 3156 da Câmara dos Deputados, de iniciativa do Poder Executivo (preconiza a proibição da publicidade de cigarros pelos meios de comunicação de massa)”;

c) o “M.P. n. 2039/18, de 28.6.2000, 17ª reedição, em plena vigência (cria censura prévia à publicidade de produtos submetidos à Agência Nacional de Vigilância Sanitária)”.

4 – Sem mencionar nem impugnar a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, e louvando “a proteção conferida à informação em sentido amplo”, a exposição fixa, propriamente, o objeto da consulta neste trecho:

PARECER E CONSULTA

Consulente: Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária – Conar

Sumário: Consulta – Objeto da consulta – Constituição e princípios – Princípios e direitos na Carta de 1988 – Interpretação da Constituição – Liberdade de pensamento, expressão e comunicação – Superioridade da Constituição – Projetos condenados – Valor e atualidade da Lei n. 4.294, de 1996 – Conclusão.

CONSULTA

1 – Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária – Conar –, associação civil sem fins lucrativos, expõe e consulta:

“Mais de duas centenas de projetos de lei, em tramitação no Congresso Nacional, ameaçam até com proibição o livre exercício da atividade publicitária.

O Conar considera que tais iniciativas representam afronta a princípios inscritos na Carta Magna de 1988, especialmente os que tratam da livre manifestação do pensamento, da liberdade de expressão da atividade intelectual e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Por sua relevância e urgência, estão sendo destacados a seguir três textos que justificam os temores dos anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação:

- PL n° 63/99 do Senado (preconiza a proibição da publicidade de cigarros e bebidas alcoólicas pelos meios de comunicação de massa);

- PL n° 3156 da Câmara dos Deputados, de iniciativa do Poder Executivo (preconiza a proibição da publicidade de cigarros pelos meios de comunicação de massa) e

156

"Entende, o consulente, que não se poderá opor bem, valor ou interesse contra a Constituição. No caso dos textos acima mencionados, além da afronta a direitos e garantias fundamentais, estaria configurada a lesão ao disposto no Capítulo V - Da Comunicação Social, por estabelecer (a M.P.) censura prévia e os PL por inoporem, a diversos produtos de curso legal, a proibição de acesso aos meios de comunicação de massa.

O processo constituinte culminou com a promulgação de Carta afirmando, de maneira categórica, direitos e garantias fundamentais ao estado democrático".

OBJETO DA CONSULTA

5 - Assim caracterizada a consulta, vê-se que seu alcance não é fazer nem garantir a propaganda de qualquer produto especialmente considerado, mas assegurar a publicidade, na forma da *Constituição*, de todos os produtos legalmente admitidos à industrialização e à comercialização.

A alusão à publicidade de cigarros e de bebidas alcoólicas resulta da insistência com que projetos de lei, originários do âmbito parlamentar ou do Poder Executivo, se repetem na tentativa de estrangular o direito de comunicação social e de propaganda, contrariamente ao previsto e estipulado na Constituição.

Tão corretamente a consulta se situa nesses limites, que não discute nem condena a *Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996*, que "dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos e terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal", como recomendou o art. 65 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Diverso é o conteúdo daqueles projetos criticados, de origem parlamentar ou do governo, que forcejam por transformar em proibição o que o Constituinte submeteu apenas a *restrições*, consoante o demonstra a análise de *princípios* e *direitos* essenciais estabelecidos.

CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS

6 - Como hoje se reconhece geralmente, as constituições, além de regras, encerram *princípios*, que traduzem diretrizes fundamentais, delimitadoras de procedimentos. Tais princípios são provisões preeminentes dentro das Constituições, insuscetíveis de mudança à luz de circunstâncias ou da compreensão variável do teórico e do legislador. Podem ser interpretados, ao longo do tempo, com dimensão maior ou menor, pois não há lei eferventemente válida distante da realidade mutável.

Não podem, porém, ter sua essência normativa desfigurada. Ajustar princípios constitucionais e legais à *vida histórica* é assegurar-lhes eficácia nas transformações. Subverter-lhes o significado, diante de controvérsias, é anulá-los, o que não tem legitimidade.

7 - Ainda na vigência da Constituição de 1891, que não possuía a abrangência da atual, Sampaio Dória escreveu monografia esclarecedora sobre "Princípios Constitucionais". Afirmou que princípio era, "por exemplo, o presidencialismo, como a separação de poderes". E acrescentou:

"Além disto, tratando-se de organização jurídica, os princípios representam, praticamente, os fundamentos ou as vigas mestras dos edifícios sociais e políticos.

De modo que, genericamente, princípios se entendem por normas gerais e fundamentais, que inferem leis. E, em direito constitucional, princípios são as bases orgânicas do Estado, aquelas generalidades do direito público, que como nas da civilização devem sobreviver às tempestades políticas, e às paixões dos homens".

8 - Nos regimes posteriores à Segunda Grande Guerra, as declarações de princípios e de direitos se ampliaram e, comumente, precedem a enumeração de poderes. É certo que não se concentram num capítulo único das Constituições. Distribuem-se, muitas vezes, por espaços diversos delas, para que se realce a determinação sobre assuntos específicos. A diversidade de enquadramento não lhes reduz a importância.

Em interessante estudo deste ano, Marino Pazzaglini Filho também observa que os princípios se estendem "ao longo do texto constitucional", acentua a importância deles, e resume:

"Os princípios constitucionais situam-se, portanto, no vértice da pirâmide normativa e expressam os valores transcendentais (éticos, sociais, políticos e jurídicos) arraigados ou consolidados na sociedade, convertidos pelo legislador constituinte em princípio jurídico".

Desdobrando a matéria, aponta as *funções* por eles exercidas em relação às demais normas, salientando sempre sua preponderância, como "predeterminantes do regramento jurídico".²

1 Sampaio Dória, *Princípios Constitucionais* S. Paulo - Editora Ltda, 1936, pp. 17-8.
2 Marino Pazzaglini Filho, *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*, São Paulo, Editora Atlas, 2000, pp. 9 e 13-5.

9 - Trata-se, porém, de problema englobado na evolução do direito constitucional dos diferentes povos, até porque lança raízes na tendência de alargamento das Constituições, na contemporaneidade. Dai ser discutido na variedade das culturas Roberto Nania, na Itália, preocupou-se com "o valor da Constituição", e nele examinou "le **norme - principio come programma vincolante di legislazione**". Nessa apreciação, considera a "força obrigacional das declarações" - **forza obbligente delle dichiarazioni** - e assinala que é ao legislador que se destina o poder vinculante dos princípios. Assim:

"È al legislatore, insomma, che il principio indirizza la sua inderogabile intenzione ricostruttiva..."

10 - Em reforço dessa conceituação genérica de princípios constitucionais, veja-se como estes se positivam em alguns textos modernos, no que concerne ao objeto da consulta.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, elaborada para ser extensiva a todo o povo alemão (art. 146), assegurou a toda pessoa, no art. 5º, "o direito de exprimir e difundir livremente sua opinião, por escrito ou mediante imagem, e de *informar-se sem obstáculos*, nas fontes acessíveis à generalidade". "A liberdade da imprensa e a liberdade de informar-se pelo rádio, pela televisão e pelo cinema são garantidas. Não há censura."

A Constituição de Portugal de 1976, revista, proclama, no art. 15.º a "força jurídica" dos princípios, nestes termos:

"1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos."

Quanto à liberdade de expressão e informação, declara a Constituição portuguesa no art. 37º:

"1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o *direito de informar, de se informar e de ser informado*, sem impedimentos nem discriminações.

3. Roberto Nania. Il Valore della Costituzione. Milão: Longanesi Editore, 1961, p. 38-41.

2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura".

Expressivo, também, é que, por modificação do art. 288, foi estipulado que "as leis de revisão constitucional terão de respeitar:

"d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos".

A Constituição espanhola garante o direito de "expressar e difundir livremente pensamentos, idéias e opiniões", bem como "o de *comunicar ou receber livremente informação veraz, por qualquer meio de difusão*". E proíbe "qualquer tipo de censura prévia" (art. 20. 1 e 2).

Mesmo saindo de uma para entrar noutra crise, a Rússia, na Constituição da Federação, de 1993, inscreveu:

"Art. 2. O homem, seus direitos e liberdades configuram o valor supremo. O reconhecimento, o respeito e a proteção dos direitos e liberdades do homem e do cidadão representam obrigação do Estado."

É evidente, pois, que os princípios servem de alicerce aos direitos, ou os exprimem. Projetam a ordem jurídica, imprimindo-lhe estabilidade.

PRINCÍPIOS E DIREITOS NA CARTA DE 1988

11 - A Constituição brasileira vigente adota as mesmas tendências desses textos referidos, e a alguns supera. É energicamente afirmativa de princípios e direitos essenciais.

O art. 5º é um estuário de declarações fundamentais. Dando relevo, de novo, ao que concerne à substância da consulta, nele se inserem:

IV - a livre manifestação do pensamento;

IX - a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - a segurança, "a todos", do acesso à informação;

XXXIII - direito, de "todos", "a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral... ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado";

XII - a "punição", por lei, de "qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

O § 2º desse art. 5º elucida que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Logo, de preceito básico ressaia que há direitos e garantias expressos e implícitos, com igual valor.

12 - Não é só. No Título da Ordem Econômica e Financeira está disposto, no parágrafo único do art. 170:

"É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

13 - Ademais, ao regular, especificamente, a *comunicação social*, a Constituição estabelece, no

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

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

No § 3º está prevista a competência da lei federal para disciplinar certas atividades e a propaganda de determinados produtos. Desse modo, o inciso I do parágrafo cuida de "regular as diversões e espetáculos públicos", e o inciso II de

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

Para evitar interpretação equivocada, diante de referência genérica a produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, o Constituinte precisou no

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

Proibindo o "monopólio ou oligopólio" no § 5º, ordena no

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

O art. 221, mencionado no inciso I do § 3º do art. 220, enumera os "princípios" a que devem obedecer "a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão"; em defesa do bem coletivo, inclusive o relativo ao "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" (IV).

13a - Tanto mais importantes e acatáveis são esses princípios porque coincidem com os proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (arts. XVIII e XIX), aprovada pelo Brasil.

INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

14 - Em verdade, conforme se infere dos textos reproduzidos ou citados, a Constituição de 1988 transitou relevo excepcional aos princípios e direitos reconhecidos, especialmente no campo das liberdades. Deu-lhes a categoria de *prescrições principais*, incidindo as ressaivas ou restrições na classe de *acessorios*. Se não é lógico separar umas das outras, cumpre não desconhecer o caráter predominante das primeiras, que consubstanciam *normas cardenas*, ou condicionantes de cláusulas menores. A interpretação coerente e válida há de consistir na coordenação dos artigos, para que o princípio não seja absorvido pela restrição, a regra pela exceção. A integração das normas é essencial para que o intérprete possa extrair do conjunto o sentido exato de cada uma das partes. Em nenhuma hipótese é dado isolar preceitos, para considerá-los fora da visão geral do sistema normativo estabelecido.

Obediente a esse critério de lógica jurídica é que o intérprete considerará os fatos que interferem, necessariamente, na aplicação das normas constitucionais, tornando-as de dimensão variável, diante da realidade. Assim flexíveis, os princípios constitucionais adaptam-se às mudanças, sem perder seu sentido de origem. Nessa apuração do fenômeno histórico, ao intérprete cabe a delicada tarefa de não ser tímido, para não ignorar ou recusar a realidade irresistível, nem temerário.

para não aceitar como verdade o que representa uma dúvida, uma controvérsia, ou uma tendência de parcela da sociedade.

A apreciação abrangente dos textos distintos, situados na mesma ordem reguladora, e em confronto com os dados reais sucessivos, é que opera a integração das normas e assegura a inalienável unidade do sistema ordenador. De acordo com o tempo decorrido entre a elaboração da norma e o momento de sua aplicação, e em face da natureza dos fatos supervenientes, verificará o intérprete a repercussão efetiva nos conceitos estabelecidos, resistindo, quanto possível, às suas próprias incitações.

15 - Qualquer que seja o poder do exegeta, na variedade de situações, é imperioso atentar sempre que *está interpretando a Constituição*, como advertiu *Marshall* no caso *McCulloch v. Maryland* e relembra Segundo Linares Quintana, no pórtico e no texto de livro de 1988, rico de erudição.⁴

Também Ignacio de Otto, confirmando o entendimento judicial que se convertera em doutrina tranqüila, salienta a superioridade das normas constitucionais:

"... o que caracteriza a Constituição é ser norma superior, a uma das leis".

A esse conceito consagrado se opõem, entretanto, projetos em transição no Congresso Nacional. Embora com intenção respeitável, contrariam a hierarquia das normas jurídicas, e são dispensáveis, diante da legislação existente.

LIBERDADE DE PENSAMENTO, EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

16 - Com efeito, a Constituição de 1988, no inciso IX do art. 5º, assegura "a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Esse o princípio basilar, que rege a matéria.

Ao tratar, propriamente, da *comunicação social*, o Constituinte reiterou o princípio, prevendo condicionamentos específicos. No § 1º do

4 Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de interpretação constitucional*, Rio de Janeiro, P. Ares, 1988, p. 25 e ac. texto, respectivamente.

5 Ignacio de Otto, *Deliberación judicial - Sistema de Fuentes - Análisis Jurídico*, 1984, pp. 16-17.

art. 220 preceituou que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, X, XIII e XIV". Nenhum desses incisos afronta o princípio, nem poderia fazê-lo, sem grave contradição. O inciso IV garante "o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". O inciso X declara "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". O inciso XIII estipula que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Por fim, o inciso XIV assegura "a todos o acesso à informação, determinando que seja "resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Assim, os incisos criam *limitações ou condições* ao exercício da liberdade de pensamento e de sua comunicação, *sem proibi-lo nem ferir sua essência*.

Vedando "toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística", no § 2º, o art. 220 regula a competência da lei federal no § 3º. No inciso I desse parágrafo prevê a disciplina "das diversões e dos espetáculos públicos", não permitindo proibi-los, mas para que o "poder público" possa "informar sobre a natureza delas, as faixas etárias a que não se recomendam, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada". No inciso II autoriza a adoção de "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente". Anote-se, desde logo, que o art. 221 submete "a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão" a alguns "princípios", entre os quais o do "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" (IV).

17 - Sendo inegável a legitimidade e a conveniência dessas precauções, cabe ressaltar, outra vez, que não importam em vedação ou suspensão do direito de pensar e comunicar o pensamento. Entre muitos autores, bem assinalou Pontes de Miranda que, "nos nossos dias, a liberdade não é mais princípio absoluto, axioma de doutrina política". "Para o constituinte de hoje, a liberdade é problema técnico" e, por isso mesmo, "conceito social; portanto, relativo".⁶ É a "liberdade ordenada", a que aludem outros.

6 Pontes de Miranda, *Curso de Constituição*, de 1967 com a Em. n. 1 de 1969, R.T., 2ª ed., 1970, p.p. 623-629.

Como a liberdade de uma pessoa se relaciona com a de outra, de interesse oposto ou diferenciado, é forçoso convir que essa relatividade tem caráter bilateral. E essa bilateralidade se efetiva na medida do exame simultâneo dos textos normativos. Ensinando, em livro hoje clássico, que "o Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos, constitui uma unidade", conclui Carlos Maximiliano:

"Cada preceito, portanto, é membro de um grupo todo por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço".

18 - Na espécie ora discutida, e à vista das disposições constitucionais citadas, regular, disciplinar, condicionar a expressão do pensamento, a forma de o comunicar é estabelecer o modo de ser exercida a faculdade assegurada a todos. Suprimida, proibindo-a, é negar a própria Constituição.

Apesar dessa verdade jurídica, o Constituinte, prudentemente, não confiou em fórmula genérica. A referência ampla, no inciso II do § 3º do art. 220, à adoção de "meios legais" em defesa da "pessoa" e da "família", pertencentes a programas de "rádio e televisão" e à propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente⁷, aconselhou a *regra especial* do § 4º.

O § 4º DO ART. 220 DA C.F.

19 - Desta forma dispõe o

"§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do § 3º, à propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias", e, "sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso".

Logo, acima de dúvida razoável, o parágrafo prevê restrições legais. Nos termos do inciso II do § 3º, à "propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias", e, "sempre que necessário, advertência sobre os malefícios de seu uso" - uma *providência obrigatória* - as restrições legais à propaganda - e outra *facultativa e condicional* - a advertência sobre os malefícios. Não deixou espaço o Constituinte para arbítrio do legislador ordinário: nem quanto à medida *obrigatória* - que há de traduzir-se em restrições

legais, e não em vedação ou proibição, nem a respeito da facultativa, que há de aplicar-se sempre que necessário, e não obrigatoriamente. As medidas foram definidas, especificadas, e não apenas indeterminadamente autorizadas. A Constituição gizou a competência do legislador secundário, não lhe permitindo ultrapassar os limites constitucionais por interpretação. O que a Constituinte traçou clara e nomeadamente, ao legislador comum não é lícito modificar, *mutando designação e conteúdo*.

SUPERIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO

20 - Não lhe autoriza tal franquia o princípio de superioridade da Constituição.

Como demonstrou Rui Barbosa, fulminando os atos excessivos de Floriano Peixoto,

"O poder de fazer a lei não compreende o de reformar a Constituição. Toda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição, é inconstitucional".

Além da permissão constitucional, pois, toda restrição legal a direitos declarados no Estatuto Supremo é, por natureza, nula.

Assim se há de entender por que a lei não pode sobrepor-se à Constituição. Esse ensinamento vem de 1803, da primeira decisão sobre o reconhecimento de inconstitucionalidade, nos Estados Unidos, e se tornou princípio indiscutível. Marshall o exprimiu em estilo insuperável:

"Não há meio-termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei inmutável pelas normas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, consequentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível".

8. Rui Barbosa, Obras Selecionadas, XI - Trabalhos Jurídicos, Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 46.

9. Decisões Constitucionais de Marshall. Trad. de Americo Lobo. Reimpressão do Min. da Justiça, 1997, p. 25.

7. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 15ª ed. Rev. Forense, 1986, p. 128.

O reconhecimento dessa superioridade é a prova maior da existência do regime de legalidade. A Constituição portuguesa explicita, mesmo, no art. 3º, 3, que "a validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autônomas e do poder local depende de sua conformidade com a Constituição".

Entre nós, a supremacia da Constituição, há muito reconhecida, pelo menos desde o regime de 1891, é hoje incontestável, apesar de desvios frequentes. A Carta de 1988, a par de declarar, no art. 1º, instituído o Estado Democrático de Direito, ou seja, regime de poder limitado, no art. 102 eleva à categoria de sua "guarda" o Supremo Tribunal Federal.

PROJETOS CONDENADOS

21 - Não obstante essa superioridade da Constituição e a nitidez dos dispositivos sobre direitos, inclusive no capítulo da comunicação social, há projetos, como os já referidos, que atravessam as fronteiras fixadas.

Examinando-se alguns deles, a título de exemplificação, vê-se que, expressa ou implicitamente, muitos alteram a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. Uns respectam os limites constitucionais, como os do Senado de n. 97/99 e de n. 55/2000, de autoria, respectivamente, da Senadora Emília Fernandes e do Senador Carlos Patrocínio, que alteram a disciplina da propaganda, sem criar proibição. Outros transpassam do que faculta a Constituição.

O Projeto de Lei n. 3.156, partido do Executivo, anuncia na ementa que imprime "nova redação" a dispositivos da Lei n. 9.294, "que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas". Na verdade, subverte o texto legal, proibindo praticamente a propaganda dos produtos fumíferos.

No art. 3º, a Lei regula "a *propaganda comercial*" dos produtos fumíferos, determinando que "somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas" e enumerando os *princípios* a que deve obedecer para evitar influência condenável. O Projeto prescreve nesse artigo que "a propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada por intermédio de *pôsteres, painéis e cartazes internos*". *Internal* a propaganda, que pressupõe publicidade, e assim a proíbe, realmente.

Cria o Projeto os artigos 3-A e 3-B vedando "a propaganda, a venda e a distribuição de amostra grátis e brindes de produtos de tabaco pelo correio" e a realização de visitas promocionais e a distribuição de produtos de tabaco, em estabelecimentos, locais e ambientes públicos".

No art. 5º, a Lei restringe "as chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos", de sorte que sejam identificadas apenas com a marca ou slogan do produto, *sem recomendação do seu consumo*". E estende essas restrições "à propaganda estática existente em estádios, veículos de competição e locais similares". O Projeto *proíbe* "o patrocínio de atividades culturais e esportivas por parte de marcas ou indústrias fabricantes dos produtos referidos no art. 2º", aplicando o mesmo critério "à propaganda estática existente em estádios, veículos de competição e locais similares".

A Medida Provisória n. 2039-18, de 2000, além do mais, confere poder de *censura prévia* à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (art. 7º, com relação ao art. 3º, § 6º, da Lei n. 9.294, de 15-7-96) Faculta-lhe "exigir apresentação prévia de cópias das peças publicitárias, referentes a esses produtos e serviços", desacatando o princípio claro expresso no § 6º do art. 220 e no art. 5º, inciso IX, da Constituição.

O Projeto de Lei do Senado n. 53/99, de autoria do Senador Eduardo Suplicy, "dispõe sobre as campanhas publicitárias de cigarro e de bebidas alcoólicas". Consigna no art. 1º que "os anunciantes de produtos derivados de tabaco ou de bebidas alcoólicas investirão em propaganda e publicidade na forma estabelecida por esta lei". No art. 2º estipula que "a cada real despendido na promoção desses produtos corresponderá um real aplicado em campanha que condene o vício", ou indique suas más consequências. E exige igualdade de tratamento na propaganda do produto e no esclarecimento que o condena (art. 3º).

O Projeto não seria lei de fácil prática, e o ilustre Autor o defende em linguagem candente. Não ofende, porém, a Constituição. Regula "as campanhas publicitárias" das empresas.

Entendeu, contudo, o ilustre Relator do Projeto, Senador Jefferson Péres, depois de considerações sobre o problema, que

"não basta restringir ou proibir a publicidade desses produtos apenas nos meios de comunicação, pois uma parte significativa dos recursos empregados para a promoção de cigarros e bebidas tem sido dirigida, cada vez mais, para outras formas e meios de promoção. Também não basta - por insuficiente e de difícil operação nos casos de *marketing* - obrigar a contrapropaganda".

Desdobrando argumentos, notadamente sobre "os malefícios do tabaquismo e da poluição tabágica e ambiental", o Relator, na "análise" da matéria, observou que "a normativa proposta não cabe como alteração à lei que regulamenta o parágrafo 4º do art. 220 da Constituição Federal, devendo ser proposta como legislação extravagante". Contudo, na conclusão do Parecer, manifestou-se

"favorável à aprovação do Projeto de Lei", mas "na forma do Substitutivo", que apresentou, considerando prejudicados os projetos já mencionados artes.

Sem dar realce ao conjunto dos preceitos constitucionais sobre a liberdade de expressão e de comunicação do pensamento, nem ao conteúdo do § 4º do art. 220, a que fez simples referência, o ilustre Relator transitou ao Substitutivo caráter eminentemente proibitivo, inclusive lembrando a iniciativa "de países pobres".

A semelhança do Projeto n. 3156, modifica a Lei n. 9.294, para:

a) converter *disciplina* em *proibição* de propaganda, como em relação ao *caput* dos arts. 3º e 4º (arts. 3º e 6º do Subst.)

b) acrescentar parágrafos - 5º A e 5º B ao art. 3º, definindo *proibições* sobre "a propaganda, a venda e a distribuição de amostras e brindes de produtos de tabaco, peio correio", ou a realização de visitas promocionais em estabelecimentos e ambientes públicos" (art. 5º do Subst.)

22 - Ora, não se discute, nem o quer o Conar, a intenção dos autores dessas propostas proibitivas, como não se defende o hábito - ou se se preferir - o "vício" de fumar, ou de ingerir bebidas alcoólicas. O que está em exame é o problema da propaganda dos produtos mencionados em *face do texto constitucional*, e não de critérios pessoais ou de legislação estrangeira.

Conforme demonstrado, a Constituição assegura, como princípio, a liberdade de pensamento e de expressão e a propaganda na comunicação social, sem licença nem censura, prevenção, *em forma de exceção*, limitações ou restrições, que delimite. Pelo princípio de superioridade das cláusulas constitucionais, as limitações ou restrições nelas previstas não podem ser ampliadas pelo legislador ordinário. Pode o legislador estar convencido, por motivos sociais, científicos, até por influência de parcela da sociedade, de que se impõe a ampliação das restrições existentes. É lícito que lute por alargá-las. Não lhe é dado, porém, configurá-las em lei, senão quando o perralitem os cânones constitucionais. É que o desrespeito à Constituição abala o equilíbrio social, do interesse de toda a comunidade.

Quando se inovar o texto constitucional por fonte própria, poderá o legislador admitir outras restrições. Enquanto não houver essa mudança, o correto é adotar medidas legislativas compatíveis com a Constituição vigente. Por esse meio, providências educativas são cabíveis para atingir a massa da população, semelhantes a muitas das que já estão em prática.

Iniciativas marcadamente de proibição, como as constantes dos Projetos analisados, ferem a Constituição e quase sempre provocam reação negativa. Em 1919, a *Emenda XVIII* proibiu "a fabricação, a

venda ou o transporte de bebidas alcoólicas no interior do território dos Estados Unidos e de todo território submetido à sua jurisdição". A ineficácia dessa medida - que passou a chamar-se *lei seca* -, levou à sua revogação em 1933, pela *Emenda XXI*. A experiência revela, inclusive no trato com as crianças, que proibir ou impedir não é a melhor forma de correção, que se alcança por métodos de advertência, esclarecimento e reeducação.

É a tese em que assenta este parecer, em harmonia com a consulta, com os preceitos constitucionais, a doutrina e a experiência, e tendo em conta a feição nova da Constituição de 1988.

VALOR E ATUALIDADE DA LEI N. 4.294

23 - Na situação concreta apreciada, é relevante ver que está em vigor a Lei n. 9.294, de 1996. Resultante de recomendação do art. 65 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi preparada com louvável equilíbrio. Conhecida como *Lei Murad* - em homenagem ao deputado, constante crítico do hábito de fumar -, é um instrumento normativo de inquestionável valor. Concorde com a Constituição no que ela *proíbe* e no que restringe, tem *vigor e flexibilidade* suficientes para alcançar os objetivos sociais reclamados contra o uso dos "produtos fumíferos". Não é lei denasiado concessiva, nem abusivamente proibitiva. Mesmo para os não-fumantes, como o autor deste parecer, é uma lei politicamente adequada.

Além do que já foi salientado no confronto dela com os projetos examinados, note-se que essa Lei, no conjunto, se harmoniza com o sistema da Constituição sobre *direitos e garantias*, sendo que regula, declaradamente, o § 4º do art. 220.

Estruturada desse modo, começa por esclarecer, no art. 1º, que abrange as *restrições e condições* a que estão sujeitos "o uso e a propaganda de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas". Logo a seguir, enumera as *proibições* cabíveis *ao uso dos produtos*, no art. 2º e seus §§ 1º e 2º, com as *especificações convenientes*. Depois, regula a *propaganda* dos produtos fumígenos no art. 3º, inclusive quanto a horários, declinando os *princípios* a que obedecerá, para impedir publicidade enganosa ou tendente a convencer. Entra em pormenores disciplinadores da propaganda. Alcança as bebidas alcoólicas (§§ 2º a 5º do art. 3º e arts. 4º e 5º e 6º). Em artigos subsequentes cuida dos outros produtos, tidos por perigosos (arts. 7º e 9º).

(Assinale-se que o Conar aprova essas diretrizes, e o revela na "Nova auto-regulamentação para propaganda de cigarros, bebidas e medicamentos" (Boletim do Conar de maio/2000).

24 - Considerada, pois, na unidade de seus artigos ou no conjunto deles, a Lei 9.294 projeta-se como ato normativo *suficiente e atual*. Se alguns aspectos novos, relativos ao uso dos produtos fumíferos e de bebidas alcoólicas, têm surgido, a interpretação inteligente da Lei os superará. Não há legislação, em nenhum país, que possa disciplinar *expressamente* a totalidade dos problemas nascentes. A compreensão sábia das leis em vigor supre as omissões, porque não é prudente a modificação contínua das normas, gerando a incerteza e a insegurança da ordem jurídica.

25 - Nem se argua, como emerge de comentários relativos aos Projetos enumerados, que o pensamento político sugere mudanças. Não seria próprio regar essa influência da política. Mas é preciso contê-la, para manter a certeza na vida jurídica. É de Ramon Bayot y Serrat essa advertência, que requer reflexão, inclusive do legislador:

"...o Estado de Direito não pode ser valorado pelo signo da vontade política, mas pelo respeito à norma preexistente, como garantia oposta a todo ato possível de arbitrariedade".¹⁰

CONCLUSÃO

26 - Considerando o exposto e o objeto da consulta, assim concluímos:

- a) são inconstitucionais os projetos de leis referidos, e quanto ao de n. 63, do Senado, o Substitutivo apresentado pelo Relator na Comissão de Constituição e Justiça, bem como os textos equivalentes;
- b) a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, compatível com a Constituição, é suficiente e atual. Aplicada com equilíbrio e firmeza, atenderá às exigências da sociedade e do Estado;
- c) problemas sociais, como os de uso de produtos fumíferos e de bebidas alcoólicas, requerem mais leis correlativas e educativas do que declaratórias de proibições.

10. Ramon Bayot y Serrat. Estado de Derecho y Poder Político. Círculo S.A., Madrid, 1987, vol. I, p. 36.

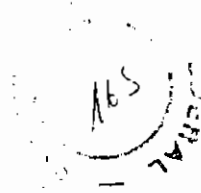
É o parecer, s.m.j.

Brasília, agosto de 2000.

JOSAPHAT MARINHO é Professor Emérito da Universidade de Brasília e da Universidade Federal da Bahia. Ex-deputado estadual e ex-senador pela Bahia. Como Livre-Docente e Professor Catedrático, reger a cadeira de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Bahia. É membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional (Seção Brasil) e da Comissão de Estudos Constitucionais designada pelo presidente da República e que, sob a direção do professor Afonso Arinos, elaborou Anteprojeto de Constituição

"A liberdade de expressão como limite da atuação estatal significa desarte o impedimento a que haja ou se erija censura ou licença, a proibição de que sequer se legisle sobre esses temas, pena de conflito com a Lei Maior e de invalidade de tudo quanto sobrevenha com esse conteúdo material."

PARECER DO PROF. FERNANDO FORTES



2 - Já a Medida Provisória n. 2.039/19 institui, sem eufemismos, a censura prévia das peças publicitárias dos produtos e serviços que menciona, declaradamente para evitar que deles se faça propaganda enganosa. Entre essas utilidades estão, como já grafado, alimentos industrializados, bebidas alcoólicas e não-alcoólicas, cosméticos, perfumes e produtos de limpeza.

3 - Ao mencionar na ementa o citado § 4º do artigo 220 da Constituição, os projetos em comento expressam ser este, no entender de seus autores, o fundamento de validade de suas regras proibitivas. Como entre uma norma de escalão superior (no caso, de eminência máxima) e uma norma de escalão inferior (lei ordinária ou medida provisória), quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior, na doutrina hoje clássica de Hans Kelsen¹, se tal não se der, é dizer, se houver conflito, sucederá a invalidade da propositura legislativa, sua inaptidão para produzir efeitos de direito, se aprovada; e da medida provisória, desde seu nascedouro. É o que ocorrerá em caso de choque entre a iniciativa legislativa e o ato normativo, de um lado, e as normas da Constituição vigente de outro.

4 - As normas que fundam outras normas ganham posição de superioridade, de preeminência, resultando no fato de as normas subordinadas, as que delas tiram seu fundamento, não as podem contrariar: as normas inferiores têm que estar em consonância com as superiores. Se tal não ocorre, elas deixam de possuir validade em face do ordenamento jurídico.² É por essa razão que as normas jurídicas apresentam-se hierarquizadas dentro do sistema. Desde as simples normas contratuais, estabelecidas entre particulares, até a Constituição Nacional, forma-se, desta maneira, uma autêntica pirâmide jurídica, na qual a juridicidade de cada norma é haurida da juridicidade da norma que a suspende.³

5 - O reverso, a contrariedade do patamar inferior da pirâmide ao superior, até remontançar à Constituição, traduz-se, não em norma inválida, pois tal expressão supõe a existência da norma, o que não ocorre, mas em invalidade apenas. Ter validade jurídica significa existir perante o direito,

Consulta-nos o Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - Conar, a respeito da constitucionalidade de Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional n.º 3.156, de 2004, que estabelece proibições à propaganda, em meios de comunicação de massa, de produtos de fabricação e comércio permissíveis; e n.º 63, de 1999 (substitutivo do Senador Jefferson Peres), que proíbe a propaganda, em meios de comunicação de massa, de produtos derivados do tabaco e bebidas alcoólicas de qualquer teor; e também a análise, em cotejo ainda com o texto constitucional, da Medida Provisória n.º 2.039, já em sua décima nona reedição (28.7.2000), que submete a exame prévio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária as peças publicitárias referentes a produtos e serviços submetidos ao controle desse órgão do Poder Executivo, entre outros, alimentos industrializados, medicamentos, cosméticos e produtos de limpeza doméstica. Peço que a apreciação desses atos seja feita especialmente em face do artigo 220 e parágrafos da Constituição Federal, e a interpretação do conteúdo e alcance das restrições à propaganda, admitidas no § 4º, em cotejo com as normas das referidas iniciativas legislativas e medida provisória.

1 - Os Projetos de Lei objeto da consulta, a pretexto de alterarem lei ordinária em vigor, que dispõe sobre restrições ao uso e à propaganda de produtos "fumíferos": bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, "nos termos", como anuncia sua ementa, "do § 4º do art. 220 da Constituição Federal" (Lei n.º 9.294/96), estabelecem um elenco de proibições mais do que assaz qualificado para o caracterizar como banimento ou vedação da divulgação comercial dos artigos que descreve. Assim é que fica proibida sua difusão por qualquer meio de comunicação de massa, inclusive eletrônico, só podendo haver propaganda por intermédio de pôsteres, painéis e cartazes internos.

1. Teoria da Direito, 3ª ed., Coimbra, Alameda Anadido Ed., p. 33-4.

2. Cf. CELSO BASTOS Curso de Direito Constitucional 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 383.

3. Cf. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR Filosofia do Direito, São Paulo, Max Limonad, vol. 2, p. 71.

ser por ele considerado, dispor de posição no seu sistema, vincular-se, enfim, às demais normas. A invalidade jurídica, de sua vez, coincide com a inexistência do direito, com a ausência de efeitos, com a nulidade.

6 - A produção de atos legislativos que contrariem normas ou princípios da Constituição caracteriza o que é chamado de inconstitucionalidade por ação.⁴ O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. Essa incompatibilidade vertical não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, como uma reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária.

7 - Se os projetos de lei que proíbem na prática a propaganda comercial de certos produtos estiverem, pois, em desconformidade com o § 4º do art. 220 da Constituição, o que se estudará em seguida, será inválido e no grau máximo, pois o conflito é com a Constituição. Não poderá produzir efeitos pelo rompimento da cadeia hierárquica normativa. O mesmo sucederá com a Medida Provisória n. 2.039, em cotejo com aquela norma constitucional ou qualquer outra, com a agravante de que este ato normativo já está em vigor.

8 - No plano metajurídico, ainda se confirmada a inconstitucionalidade, a execução a esses atos também deverá ser veemente, pois a Constituição estará sendo afrontada em matéria **substancialmente** constitucional, posto que irsculpida, não por acaso, no rol dos direitos e garantias fundamentais. O citado artigo 220, no caput que subordina seus parágrafos, é o desdobramento natural dos princípios da liberdade de manifestação do pensamento, de informação e da criação intelectual. chaves de abóbada do estado democrático de direito.

9 - Não se há perder de vista, de conseguinte, que não está em jogo apenas o exercício do direito de anunciar produto de indústria e

4. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 46.

comércio autorizados, mas todo o sistema de liberdades públicas que vem sendo erigido há séculos, todos eles instrumentos de contenção do poder, de limite da atuação estatal.

"Dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais, àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado. É um dos componentes mínimos do Estado constitucional ou do Estado de Direito. Neste, o exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão. Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial."

10 - Estas liberdades públicas dizem respeito, ao menos num primeiro momento, a uma inibição do poder estatal, ou, em outra dicção, a uma prestação meramente negativa. É dizer, o Estado se exonera dos seus deveres nesses campos, abstendo-se da prática de certos atos. Diz-se num primeiro momento porque hoje as coisas já não se passam exatamente assim. Ao Estado não compete tão-somente deveres de abstenção, mas também deveres de prestação. Os direitos individuais clássicos, entretanto, são satisfeitos por meio de uma mera omissão do Estado. Omissão de quê? Basicamente de agredirem-se ou ofenderem-se certos interesses, como o interesse à vida, à **liberdade** e à propriedade. O seu rol hoje é mais amplo, mas com um pouco de esforço sempre se pode reduzir qualquer dos direitos individuais à proteção da incolumidade física, à liberdade nas suas múltiplas expressões (locomocão, expressão do pensamento, adoção de religião ou organização de grupos) e, finalmente, à própria proteção dos interesses materiais.

11 - Jamais constituirá demasia enfatizar a importância e mesmo supremacia, reconhecidas ao longo de toda a evolução do pensamento constitucional, dos direitos individuais e de suas garantias.

No século passado, lembra Afonso Arinos, a teoria dos direitos individuais se apresentava solidária com as próprias concepções gerais do liberalismo. E tão arraigadas eram essas convicções, que chegavam ao ponto de negar o caráter constitucional aos sistemas de governo que não as aplicassem.

A Declaração de Direitos francesa recorda o festejado publicista, no seu artigo 16, afirma enfaticamente que "toda sociedade na qual a

5. Cf. Celso Ribeiro Bastos, *op. cit.*, p. 165-166.



garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição."

Credita-se ao Cristianismo, com sua ideia de que todo homem é feito à imagem e semelhança de Deus, importante e primeira contribuição à doutrina dos direitos individuais, instrumento de contenção do poder do soberano.

Bem antes da Revolução Francesa, ademais, a declaração de direitos merecera a eminência de norma constitucional. Cita-se como a primeira enunciação de direitos fundamentais, na história européia, a contida na *Magna Carta* de 1215, acompanhada mais tarde do Ato de *Habeas Corpus* de 1679 (proteção contra as prisões arbitrárias e direito de ser ouvido pelo juiz) e pelo *Bill Of Rights* de 1688.

A mesma técnica constitucional foi levada ao território norte-americano, quando as colônias independentes, transformadas em Estado, promulgaram os seus *bills* de direitos, dos quais o primeiro foi erulido pelo Estado de Virgínia, em 12 de junho de 1776, seguindo-se-lhe o da Pensilvânia em 11 de novembro de 1776, e outros, inclusive na nova Constituição lanque. A partir de então, o modelo se transportou novamente para a Europa, onde se celebrou com a clássica Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, proclamada com a Revolução Francesa, e desde esse momento histórico se incorporou ao regime constitucional contemporâneo.

(Pinto Ferreira, "Direito Constitucional Moderno", 4ª ed., 2º volume, Saraiva, 1962, p. 354.)

12 - Não há confundir, entretanto, os direitos individuais listados em declarações internacionais com aqueles *jurisdicionados*, positivados pela sua adoção pelo direito constitucional vigente em determinada sociedade política.

Aqueles, pela ausência de força sancionadora, ostentam um caráter mais propriamente moral e político do que jurídico. Já aqueles inseridos no ordenamento constitucional constituem verdadeira delimitação do poder do Estado, na inibição de sua atividade, na criação de uma zona de incompetência do poder público, onde este não pode ingressar, sob pena de inconstitucionalidade. Nas constituições próprias dos Estados de Direito emergem, por isso mesmo, duas classes de competência: aquelas que são deferidas pelo texto constitucional aos órgãos públicos para habilitarem a sua ação e aquelas outorgadas aos cidadãos para impedirem que o exercício da função estatal (**sobreposse a legislativa**) se cumpra em detrimento ou em prejuízo de direitos protegidos. Daí

6. Curso de Direito Constitucional Brasileiro, Rio de Janeiro, 1958, volume I, p. 180.

porque os direitos individuais são verdadeiros direitos subjetivos, consistentes na faculdade reservada a quem quer que sofra eventual lesão, de comparecer diante de um órgão do Estado (diferente daquele que editou o ato impugnado) para que este torne sem efeito ou inexecutável o ato em pauta, proclamando-lhes a nulidade.

13 - É nessa zona de incompetência do poder público, onde ele não pode ingressar, em suma, que se hospedam os direitos e garantias individuais, entre os quais os proclamados no artigo 220 e parágrafos da Constituição:

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

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

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

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

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

14 - Embora domiciliado fora do Título específico onde abrigado o artigo 5º, este dispositivo é extensão natural daquele, a ponto de não se poder conhecer a real extensão de uns e outros, salvo com sua exegese simultânea e sistemática.

15 - No artigo 5º estão entre os direitos e garantias fundamentais



22 - Restaria verificar se a possibilidade de proibição estaria, ou ao menos poderia estar, implícita na regra de competência do inciso II do § 3º, mais exatamente entre os meios que à lei federal compete estatuir, no sentido de garantir à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços, de indústria e comércio permitidos, mas que possam ser nocivos.

23 - O texto constitucional alude a meios para que pessoa e família se defendam, por sua própria iniciativa e conveniência. Por instrumentos, contudo, que lei há de instituir com essa finalidade. Não há, como se percebe, a previsão de que tal defesa deva ser feita pelo próprio Estado, através de censura, por exemplo.

24 - Esta exegese, de que é somente esse o alcance do dispositivo, é feita até mesmo pelos estudiosos que prefeririam algum tipo de restrição, por exemplo, às programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221:

"O texto [art. 220, § 3º, II, acrescentamos] é público. É hipócrita. A pessoa e a família terão da lei meios para garantir a possibilidade de se defenderem dos programas de rádio e televisão (não de cinema) que contrariem o disposto no art. 221. Neste, o que importa é o inciso V: "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família". E isso tanto quanto das propagandas nocivas à saúde e ao meio ambiente.

Ao dar um direito de "defesa", o texto reconhece que esses programas (os pornográficos, os de violência etc., que contrariam "a moral e os bons costumes", como no passado se dizia) agredem as pessoas e as famílias. Ora, caberia ao Poder Público impedir essas agressões. Isso não lhe é dado, preferindo-se que o indivíduo lute contra os "donos" da comunicação... A luta de Davi contra Goliás foi mais fácil."

Falando sobre as restrições à propaganda do § 4º, acrescenta o comentarista:

"A propaganda dos produtos e serviços acima enumerados - esta pode sofrer restrições legais. Mas nos termos do inciso II do parágrafo anterior. Este, porém, apenas dá ao indivíduo e à família um direito de defesa - e na dependência da lei".
(Apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Comentários à Constituição Brasileira de 1938", São Paulo, Saraiva, vol. 4, p. 95-96.)

25 - O sistema constitucional não admite, pois, a censura da atividade de comunicação publicitária, entendida como exclusão legal

da atividade. Ao contrário, com determinar que se faça advertência sobre os malefícios do uso de certos produtos e serviços (contra-propaganda), como meio de defesa do indivíduo e da família, está a impor que **haja propaganda**, e suficientemente informativa para que veicule aqueles sobreaviscos, tal como hoje sucede.

26 - Ocorrendo o contrário, é dizer, estabelecida a censura à publicidade de certos produtos e vedada portanto a veiculação da informação sobre sua nocividade, embora continuem permitidos para fabricação e comércio, o que se fez foi justamente suprimir do indivíduo o direito de se informar e de ser informado sobre aspectos adversos do seu consumo, em flagrante desconpasso com o valor constitucionalmente defendido.

27 - De outra vertente, se a fabricação e comércio desses produtos são permitidos - e são -, as vedações estabelecidas pelo projeto de lei à comunicação publicitária violam outra liberdade pública - a do **exercício de ofício e profissão**, de que é titular o publicitário, condicionado apenas às qualificações profissionais que a lei estabelecer, no preceito do artigo 5º, XIII, da Constituição; e ao seu desdobramento para a atividade empresarial, a **liberdade de iniciativa** do parágrafo único do artigo 170, de que é destinatário a empresa de publicidade, onde também se ressaltam apenas as atividades que exigem competência técnica indispensável a seu exercício.

28 - A atividade da propaganda, de conseguinte, tem o seu exercício livre, que poderá ser condicionado ao preenchimento de requisitos de qualificação profissional, matéria abissalmente distante da proibição do exercício da atividade, ainda que a pretexto de restringi-lo.

29 - É notório, ainda, que o exercício da liberdade de expressão não pode ser confundido com o mérito das opiniões e informações divulgadas. No caso da propaganda, atividade protegida pela liberdade de expressão, pela liberdade da criação artística,⁸ pela liberdade do exercício profissional e pela liberdade de iniciativa, ela não se confunde com o bem ou serviço que veicula. Como evocado em trabalho recente do presidente da entidade consiliente, não há confundir a liberdade de expressão e informação publicitária com a idéia ou produto divulgado. O contrário seria afirmar que a Suprema Corte dos Estados Unidos é defensora da pornografia, por haver garantido aos programadores de TV

⁸ A propaganda, segundo definição do direito positivo, é arte e técnica (artigo 3º da Lei n. 4.680/55), gozando as criações da proteção autoral reservada às obras intelectuais em geral.



por assinatura o direito de transmitir filmes de sexo explícito e a seus assinantes o direito de assistir a tais programas.

Se o bem ou serviço é proibido, aí, e somente aí, não poderá ter o consumo propagandeado. Mas a propaganda em si não pode ser suprimida se o produto é lícito.

30 – Os desvios da propaganda, de outra parte, os que a tornam enganosa ou abusiva, demais disso, já são objeto de disciplina em lei ordinária, no caso o Código de Defesa do Consumidor, coadjuvado pelos normas auto-regulamentadoras.

31 – Postos em cotejo, de um lado os princípios e normas constitucionais invocados, e de outro os dispositivos dos Projetos de Lei objeto da consulta, emerge claro que estes não estabelecem restrições à propaganda dos produtos que mencionam, mas sua vedação, pura e simples, pois a tanto equivale circunscrevê-la a pôsteres, painéis e cartazes internos.

32 – Como já agudamente destacado em parecer dirigido ao Conar pelo ilustre Professor Tercio Sanção Ferraz Junior, a propaganda comercial tem por objeto a divulgação de produtos em veículos ou processos de comunicação. O primeiro sentido de propaganda comercial é **tornar público**, isto é, comum e transparente. Propaganda comercial sem exteriorização não é propaganda enquanto atividade econômica. “Propaganda” interna é mera publicidade direta de bem ou serviço pelo próprio fabricante ou comerciante. Não é atividade **mediatizada** pela propaganda comercial. O segundo sentido da propaganda, enquanto atividade comercial é, nestes termos, **venda através de meios de comunicação de massa**. É a comunicação da informação do produto por intermédio daqueles meios, com o propósito de vendê-los. Não é a publicidade realizada pelo próprio anunciante, no seu local de venda (“propaganda” interna).

33 – Melhor sorte não poderá colhar a Medida Provisória n. 2.039, que estabelece concessadamente a censura prévia a peças publicitárias:

9. Alberto C. Lerner, em “A Cultura e a Censura”, artigo publicado no site www.kozmika.com.br.
10. O direito positivo atual, nas suas diversas observações, Segundo a Lei Federal n. 4.661, de 18.04.64, a Agência de Propaganda é a pessoa jurídica especializada na prestação de serviços publicitários, que, através de especialistas, está habilitada a planejar, executar e controlar as peças publicitárias, a fim de obter, por meio de Clientes Anunciadores (art. 3º), a divulgação de informações de sua vez, sob o qual se entende a comunicação visual ou sonora capaz de transmitir mensagens de propaganda ao público (artigo 4º).

“§ 6º A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para impedir a veiculação de propaganda enganosa de produtos e serviços submetidos ao seu controle, poderá exigir apresentação prévia de cópias das peças publicitárias referentes a esses produtos e serviços, conforme regulamento aprovado pela sua Diretoria Colegiada.”

(Cf. art. 7º, que dá nova redação ao art. 3º da Lei n. 9.294/96.)

34 – Neste caso, como antedito, a agressão ao texto constitucional já se consumou, na medida em que esse ato normativo está em plena vigência.

O artigo 5º, IX, da Constituição, proclama a proibição absoluta de censura ao consagrar que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. O mecanismo preconizado pela Medida Provisória é, a todas as luzes, a censura prévia das peças publicitárias, a pretexto de impedir, a critério de órgão do executivo, que assumam conteúdo enganoso. A inconstitucionalidade é flagrante, pois a providência caracteriza-se como de censura, insuscetível de prática até mesmo pelo Poder Judiciário, a que compete o controle jurisdicional da legalidade.

São do Juz José Henrique Rodrigues Torres, realmente, estas criteriosas reflexões a respeito da liberdade de expressão em face da competência constitucional do Poder Judiciário:

“Qualquer restrição ou limitação imposta à imprensa pelos poderes Legislativo ou Executivo, contrariando os princípios constitucionais, constitui inaceitável censura. Aliás, está disposto expressamente no art. 220 da CF que a lei não poderá entubar de forma alguma a liberdade de informação jornalística. Como se vê, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o próprio Poder Judiciário não podem editar provimentos, regulamentos, portarias, leis, decretos ou quaisquer outros atos normativos, para impor qualquer tipo de restrição à atividade da imprensa. O Poder Judiciário, por isso, não pode impor voluntária e espontaneamente quaisquer restrições à liberdade de informação jornalística. O Poder Judiciário pode e deve coibir os abusos praticados pela imprensa, mas apenas quando provocado pelo interessado, no curso de um processo legal, decidindo em relação ao caso concreto e determinado e, ainda, observando sempre os limites impostos pela legislação vigente e pelo próprio texto constitucional.”

(“A Censura à Imprensa e o Controle Jurisdicional da Legalidade”, em Revista dos Tribunais, 703/27.)

De notar que é a mesma a proteção constitucional outorgada à liberdade de imprensa e à de informação em geral, inclusive publicitária.

35 – De todo exposto resulta serem, tanto os projetos de lei examinados, como a Medida Provisória n. 2.039/2000, absolutamente



inconstitucionais, desbordando em muito do permissivo do § 4º do artigo 220 da Constituição, violando as liberdades de manifestação de pensamento, da informação e da comunicação, chaves de abóbada do estado democrático de direito.

É dever de cidadania verberá-los, pelo perigoso precedente que estabelecem, independente da opinião que se tenha dos propositos a que se referem, inconfundível com o direito de propagá-los, se e enquanto forem de fabricação e consumo lícitos.

É o nosso entendimento.

São Paulo, 8 de agosto de 2000.

BREVE NOTÍCIA SOBRE O CONAR

A missão do Conar é impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ou prejuízo a consumidores e empresas e, ao mesmo tempo, zelar pela liberdade de expressão comercial no Brasil.

Fundado em 1986 e composto por publicitário e cidadãos de outras profissões, o Conar é uma organização não-governamental que atende a denúncias de consumidores, autoridades, associados ou formuladas pela própria diretoria, zelando e aplicando o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, aprovado em 1978.

As denúncias são julgadas pelo Conselho de Ética – o órgão soberano na fiscalização, julgamento e deliberação no que se refere à obediência e cumprimento do disposto no Código.

Os preceitos básicos que definem a ética publicitária são:

- todo anúncio deve ser honesto, verdadeiro e respeitar as leis do país;
- deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenças sociais;
- deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor;
- deve respeitar o princípio da leal concorrência e
- deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.

Feita a denúncia, o Conselho de Ética do Conar se reúne e a julga, garantindo amplo direito de defesa ao acusado. Se a denúncia tiver procedência, o Conar recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugere correções à propaganda. Pode ainda advertir anunciante e agência. Em caso de reincidência reiterada em

FERNANDO FORTES é Professor de Direito Constitucional e Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Advogado especializado em Direito da Comunicação. Peritor único da Rádio e Televisão Cultural de São Paulo (Fundação Padre Anchieta) e Li Exatelo Fortes & Associados Advogados. Sócio-fundador do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC).



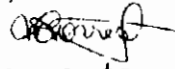
práticas condenadas pela ética publicitária - uma ocorrência raríssima -, o Cenar denuncia publicamente anunciante e agência.

O Conselho de Ética está dividido em cinco Câmaras, sediadas em São Paulo (2), Rio, Brasília e Porto Alegre, e formado por 110 conselheiros, entre leigos e suplentes, recrutados entre profissionais da publicidade de todas as áreas e consumidores. Não participam do Conselho pessoas investidas em mandato ou candidatas a cargo eletivo em qualquer nível, ou investidas em cargo de confiança ou chefia no serviço público. Todos trabalham para o Cenar em regime voluntário.

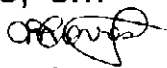
O Cenar repudia qualquer tipo e não exerce em nenhuma hipótese censura prévia sobre peças de propaganda. Anúncios que contenham infração flagrantemente ao Código têm sua suspensão recomendada de forma linear aos veículos de comunicação. O Cenar é capaz de implementar medida liminar de suspensão no prazo de algumas horas a partir do momento em que toma conhecimento de infração grave.

173
7/2/76

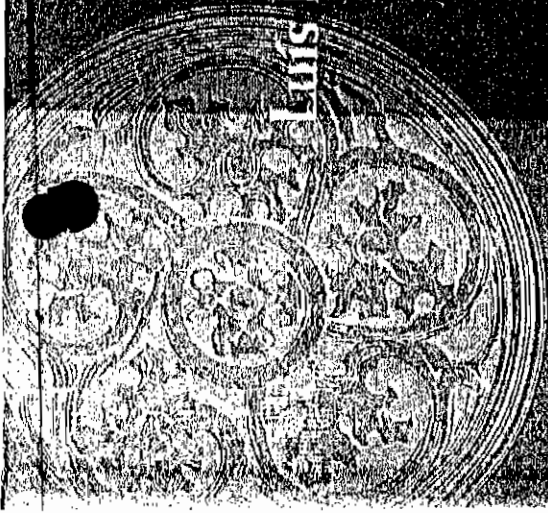
TERMO DE ENCERRAMENTO

Certifico e dou fé que, nesta data, fica encerrado às fls. 113 o 1º volume dos autos da ADI nº 3331 procedendo-se a abertura do 2º volume. Coordenadoria de Autuação de Processos, em 24 de SETEMBRO de 2004. Eu, , Analista Judiciário, lavrei a presente.

TERMÓ DE ABERTURA

Certifico e dou fé que, nesta data, procedi a abertura do 2.^o volume dos autos da ADI nº 3311, com início às fls. 174. Coordenadoria de Autuação de Processos, em 24 de SETEMBRO de 2004. Eu,  Analista Judiciário, lavrei a presente.

Luís Roberto Barroso



TEMAS DE
DIREITO
CONSTITUCIONAL

2ª Edição

174

TEMAS DE DIREITO
CONSTITUCIONAL



Luís Roberto Barroso

*Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Yale Law School.
Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro*

TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

2ª Edição

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo
2002

176

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembleia, 10/2.421 - Centro - RJ
CEP: 20011-000 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135
LIVRARIA: Rua da Assembleia, 10 - loja E - Centro - RJ
CEP: 20011-000 - Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1538 - Fax: (21) 2531-1873
FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 - São Cristóvão - RJ - CEP: 20940-010
Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 / 3860-6199 - Fax: (21) 2589-1962
FILIAL SÃO PAULO: Rua Santo Amaro, 257-A - Bela Vista - SP - CEP: 01315-001
Tels.: (11) 3104-9951 / 3104-5349 / 3101-2046 / 3101-5885 - Fax: (11) 3105-0359
www.editorarenovar.com.br renovar@editorarenovar.com.br
SAC: 0800-221863

Conselho Editorial

Araldo Lopes Susekind — Presidente
Carlos Alberto Menezes Direito
Caio Tácito
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
Celso de Albuquerque Melio
Ricardo Pereira Lira
Ricardo Lobo Torres
Vicente de Paulo Barreto

00402

Revisão Tipográfica
Maria Cristina Lopes de Oliveira
Sônia Benedito da Silva

Capa

Simone Villas Boas

Editoração Eletrônica

TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros. RJ.

B277t	Barroso, Luis Roberto. Temas de direito constitucional / Luis Roberto Barroso. — Rio de Janeiro : Renovar, 2002. — 2ª ed. 661p. : 23cm. ISBN 85-7147-243-2 I. Direito constitucional — Brasil. I. Título. CDD-342.81
-------	---

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

1977

Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Generalidades. 1) Alguns consensos; 2) *Algumas informações relevantes*. III. Liberdade de expressão, direito à informação e publicidade na Constituição de 1988. IV. Da inconstitucionalidade da Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000. 1) *A publicidade no rádio, na televisão e na imprensa pode ser restringida, mas não proibida*; 2) *A lei não resiste à ponderação de valores imposta pela moderna teoria constitucional*; 3) *A lei não resiste ao teste da razoabilidade*. V. Conclusões.

I. Introdução

Trata-se de estudo sobre a legitimidade do banimento absoluto da propaganda comercial de cigarros do rádio, da televisão e da imprensa, além de outros meios, para permiti-la apenas em *pôsteres, painéis e cartazes na parte interna dos locais de venda*, conforme estatuído pela Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000.

A nova lei alterou o diploma que regulamenta o art. 220, § 4º, da Constituição Federal, dispondo sobre as restrições ao uso e propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas,

medicamentos, terapias e defensivos agrícolas (Lei 9.294, de 15.07.96, e atribuiu ao seu art. 3º a seguinte redação:

"Art. 3º. *A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior [fumígenos] só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.*"

O tema aqui analisado insere-se no amplo debate acerca dos limites da interferência estatal no campo das liberdades constitucionais e envolve a definição dos parâmetros a serem utilizados na harmonização de valores e interesses sociais contrapostos. O estudo que se segue obedece ao roteiro transcrito no sumário.

II. Generalidades

1. Alguns consensos

O cigarro é um produto controvertido há muitas décadas. No Brasil, a associação entre fumo e males à saúde é feita há pelo menos um século¹. Nos últimos anos, firmou-se o conhecimento convencional no sentido de que o tabaco é, fora de dúvida, fator de risco para inúmeras doenças. Tal fato deu

1. A este propósito, vejam-se, na literatura científica e leiga: *Breves reflexões higiênicas sobre o uso do tabaco*, Martinho Xavier Rabelo, 1849, pp. 15 e 16. O texto pode ser obtido na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro; Joaquim Nogueira Paranaíba, *O fumo e seus efeitos no organismo humano*, 1914; Eugênio George, *O vício de fumar*, 1936; Inácio da Cunha Lopes, *Tabagismo*, 1942; Francisco de Fuccio, *O Fumo*, 1953; Edgard Berger e Oldemar Beskow, *Os escravos do século XX*, 1964. Na imprensa, o assunto também é versado de longa data. Ainda em 1885, o jornal *A Província de São Paulo* publicava matéria sobre "O Vício do Fumo" (edição de 3.12.1885). Nos últimos trinta anos o tema é assunto recorrente, como exemplifica a reportagem publicada na revista *Veja* em 29.9.1976, intitulada "Contra o cigarro". Na última década, as relações entre fumo e saúde tornaram-se pauta rotineira dos meios de comunicação.

impulso a um amplo movimento antitabagista, que ultrapassa fronteiras e se tornou tão ou mais poderoso que a indústria de cigarro, reunindo organizações internacionais, governos, entidades médicas e setores articulados da sociedade civil.

Há, porém, consenso de que o cigarro deve ser mantido como um produto lícito, por um conjunto de razões econômicas, políticas e jurídicas. O banimento de um produto, como bem demonstrou a Lei Seca nos Estados Unidos², traz uma imensa quantidade de fatores negativos e de desagregação social, que vão desde a violação generalizada da norma até a formação de um submundo de criminalidade associada à sua produção e distribuição³.

A vida social envolve uma vasta gama de opções por parte dos indivíduos, levando em conta elementos diversos como segurança, riscos, prazer, emoções. Tais decisões se manifestam na escolha da profissão, do esporte a ser praticado, dos meios de transporte utilizados, dos hábitos alimentares e no consumo de produtos em geral. Há na sociedade um livre mercado de

2. A chamada Lei Seca foi introduzida pela Emenda nº XVIII, de 29.1.1919, à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, onde se lê: "Seção 1. A partir de um ano após a ratificação deste artigo, está proibida a fabricação, venda, ou transporte de bebidas alcoólicas, bem como sua exportação ou importação para os Estados Unidos e todos os territórios sujeitos à sua jurisdição." Em 5 de dezembro de 1933, a Emenda nº XXI aboliu a criticada proibição: "Seção 1. Fica revogada a décima oitava emenda à Constituição dos Estados Unidos." Tradução livre.

3. Sobre o tema, e nessa linha, veja-se decisão da Suprema Corte canadense, que será objeto de comentário mais detalhado adiante, na qual se lavrou: "Está claro que uma proibição legislativa da venda e do uso dos produtos de tabaco seria verdadeiramente impraticável. Realmente, a proibição da fabricação e venda de produtos de tabaco provavelmente levaria muitos fumantes a recorrer a meios de suprimento alternativos e ilegais. Como descoberto pelo legislador deste país no início do século, a proibição de uma droga social como o tabaco ou o álcool leva quase inevitavelmente a um aumento do contrabando e do crime." Tradução livre. Esta decisão está publicada em *Supreme Court Reports (S.C.R.)*, mas também pode ser obtida na página da *LexUm* da internet (www.lexum.umontreal.ca).

valores e idéias que permite a um público informado exercer a sua liberdade de ser, pensar e criar.

Dentro desse universo, afigura-se perfeitamente legítima a política pública abertamente voltada para o desestímulo ao consumo de determinado produto, como, de resto, ocorre hoje em dia no Brasil⁴. Tal política pode envolver inclusive, nos termos da Constituição e da legislação em vigor, como se verá adiante, a imposição de restrições à publicidade e a instituição de medidas para coibir a propaganda enganosa ou abusiva.

É igualmente legítima a política pública que vise a proteger os menores, tanto do acesso a determinados produtos como da própria influência da publicidade sobre a formação de sua vontade. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.7.1990), por exemplo, estabelece restrições à propaganda de cigarros em publicações voltadas para o público infantil⁵. De fato, a maturidade é um componente decisivo para que os indivíduos possam fazer as suas escolhas de modo esclarecido, assumindo as responsabilidades daí decorrentes.

2. Algumas informações relevantes

Inúmeras fontes doutrinárias e estatísticas, às quais tive acesso, sustentam de forma peremptória as proposições que enuncio a seguir. Envolvem elas, todavia, temas que se encontram fora de meu conhecimento específico. De modo que, embora racionalmente convencido de seus fundamentos, limito-me a divulgá-las, sem poder prestar-lhes qualquer autoridade própria.

4. No primeiro semestre do ano 2000 encontrava-se em curso uma contundente campanha publicitária contra o consumo de cigarro, patrocinada pelo Ministério da Saúde, a um custo estimado de 4,5 milhões de reais (*Folha de São Paulo*, 24 de maio de 2000).

5. "Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família."

O cigarro é um produto *maduro*, vale dizer, está no mercado faz longo tempo e não há necessidade de criação de uma demanda específica pelo seu consumo. Diferentemente se passaria, por exemplo, com um novo sistema de transmissão de dados ou um novo programa de computador. Por ser um produto maduro, a publicidade não se destina a estimular o consumo, mas, sim, a atrair os consumidores para uma determinada marca. Sobre o assunto, vale conferir declaração do Presidente do *Council of Economic Advisors* dos EUA, *in verbis*:

*"Existe pouca evidência de que a propaganda gera novos fumantes. Da mesma maneira que na maioria dos outros produtos, a propaganda [de cigarro] visa principalmente a fazer os consumidores passarem de uma marca para outra."*⁶

A segunda proposição a ser feita é de que boa parte dos países que optaram por banir a publicidade continuou a enfrentar índices crescentes de novos consumidores do produto, inclusive e notadamente jovens. A supressão da informação não teve impacto importante sobre o consumo, a despeito de haver diminuído o grau de esclarecimento do público que tomava a decisão de começar a fumar. O assunto será mais detalhadamente examinado no tópico III.3, mas é de se destacar aqui trecho do artigo de Jean J. Boddewy, Professora da City University of New York:

"As vedações à publicidade de produtos que contêm tabaco são freqüentemente justificadas como fundamento de que elas irão reduzir a iniciação no fumo pelos jovens e o consumo por parte dos adultos. Esta premissa pode ser seriamente questionada com base:

(1) nas causas determinantes do uso do cigarro por adolescentes; (2) na experiência dos países que adotaram tais vedações; (3) nas estatísticas sobre o con-

6. *Economic Report of the President*, 1987, p. 186. Tradução livre.

sumo de tabaco por adultos em diversos países. Desse modo, não existe fundamento sério para a vedação de publicidade como fundamento para as políticas públicas voltadas para a diminuição do fumo.⁷

A terceira e última informação a considerar é de que a vedação da publicidade congela o mercado no estado em que se encontra, no que diz respeito à participação de cada fabricante na quantidade de vendas (*market share*). Isto significa que o banimento da publicidade nos meios de comunicação de massa é uma opção francamente anti-concorrencial, que favorece a dominação do mercado pelo concorrente de maior peso. Confira-se, sobre o tema, artigo do professor José Roberto Whitaker Penteadó:

"Pesquisa realizada no mercado americano apontou uma redução da competitividade na indústria do fumo após a proibição da propaganda nos meios eletrônicos, com redução na introdução de novas marcas, menor variação do market share entre as marcas existentes e fortalecimento das empresas líderes de mercado (*Ekard, 1991*)."⁸

Antes do início da discussão jurídica propriamente dita, e sintetizando o que vem de ser dito neste tópico, há três aspectos a serem levados em conta. Em primeiro lugar, a propaganda de cigarros visa a atrair os consumidores para uma determinada marca, e não a criar uma demanda para o produto. Segundo, proibir a publicidade de tabaco não é comprovadamente um meio eficaz de controle do consumo. Por último, o banimento da publicidade impede a divulgação de novas marcas e dificulta

7. Jean J. Boddewy, *Cigarette Advertising Bans and Smoking: the Flawed Policy Connection*, in *International Journal of Advertising*, 1994, 311-332. Tradução livre.

8. José Roberto Whitaker Penteadó e Ana Lúcia da Costa e Silva, *Propaganda e consumo de cigarros. Quais são os fatos?*, Revista da ESPM, maio/junho de 1998, p. 17.

a concorrência entre elas, favorecendo, com isso, as empresas que, naquele momento, detêm a maior fatia do mercado.

As anotações feitas até aqui encerram comentários e reflexões acerca de aspectos institucionais, sociais e econômicos afetos ao consumo de cigarros e à publicidade do produto. São elementos que integram a *pré-compreensão* do tema e devem estar subjacentes à atuação do intérprete, sobretudo do intérprete constitucional, que não deve operar com categorias abstratas arbitrárias, mas com os dados da realidade e dos problemas concretos que lhe cabe equacionar e resolver⁹.

III. Liberdade de expressão, direito à informação e publicidade na constituição de 1988

Uma nova Constituição, ensina a doutrina clássica, é uma reação ao passado e um compromisso com o futuro. A Carta brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de res- tauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. Ao reentronizar o Direito e a negociação política na vida do Estado e da sociedade, removeu o discurso e a prática da burocracia tecnocrático-militar que conduziu o país por mais de vinte anos.

Ao lado do direito à vida e à integridade física, a liberdade é considerada um dos valores essenciais para a existência humana digna¹⁰. Como uma reação eloqüente à prática histórica da censura política, ideológica e artística no país, o constituinte dedicou especial ênfase à liberdade de expressão — aí com-

9. Sobre o papel da *pré-compreensão* na interpretação constitucional, v. Konrad Hesse, *La interpretación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*, 1983, pp. 43-5.

10. A Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, previa em seu artigo 19: "Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

preendidas a liberdade de manifestação do pensamento e de criação — e ao direito à informação, consagrando-os em diversos dispositivos, e protegendo-os, inclusive, de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-los (art. 60, § 4º, CF).

No que diz respeito à liberdade de expressão, a Constituição reservou, no art. 5º, dedicado aos direitos individuais e coletivos, dois enunciados peremptórios:

"Art. 5º

IV — é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. (...)

IX — é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença."

Quanto ao direito de informação que, mais que uma liberdade individual, é um direito difuso da sociedade, dispôs de forma igualmente expressiva o inciso XIV do mesmo artigo:

"Art. 5º

XIV — é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

É bem de ver que a liberdade de expressão e o direito à informação são prerrogativas indissociáveis e complementares na livre circulação de idéias¹¹. Em relação a ambos — expressão e informação —, no dispositivo que abre o capítulo dedicado à comunicação social, estabeleceu o art. 220, da CF:

11 É sob este prisma que se desenvolve o direito à informação, direito de terceira geração — transindividual e bifronte —, compreendendo o "direito a exprimir idéias e opiniões e o direito a receber informações; o direito do emissor e também o direito do receptor, e, acima de tudo, um direito autônomo em relação ao direito de expressão ou de imprensa" (Vera Maria de Oliveira Nusdec Lopes, *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*, 1997, p. 185).

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

Publicidade — ou propaganda, termos aqui empregados como sinônimos — é indisputadamente uma forma de comunicação social, estando expressamente protegida pelo dispositivo constitucional. Envolve ela, aliás, os quatro elementos contemplados no caput do art. 220: pensamento, criação, expressão e informação. Os três primeiros exprimem direitos subjetivos individuais, mas a informação tem caráter transindividual, sendo de um interesse titularizado por toda a sociedade.

A proteção da propaganda comercial foi amplamente discutida na jurisprudência constitucional norte-americana. A Emenda nº I assegura a liberdade de expressão e de imprensa, sem qualquer menção explícita à publicidade¹². Em 1942, ao julgar *Valentine v. Chrestensen*¹³, a Suprema Corte entendeu que "commercial advertising" não era um direito constitucional e, conseqüentemente, estava sujeito à vedação pelo Estado. Esta linha de entendimento foi reformada, no entanto, a partir do julgamento de *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*¹⁴, em 1976, que assegurou não apenas proteção à propaganda comercial como também reconheceu ao público o direito de receber informação¹⁵.

12. Emenda nº I: "Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press..." ("O Congresso não editará lei (...) cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa...").

13. 315 U.S. 52 (1942). V. Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional law*, 1996, p. 1226.

14. 425 U.S. 748 (1976). V. *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 1992, p. 169. Os parâmetros da proteção da liberdade de expressão comercial encontram-se presentemente delineados pela decisão proferida em *Central Hudson Gas v. Public Service Commission of New York*, 1980.

15. Em 1980 foi proferida a decisão em: *Central Hudson Gas v. Public*

No Brasil, sob a Constituição de 1988, a questão não se reveste de tal complexidade, seja pela referência expressa à *propaganda comercial*, feita no § 4º do art. 220 — tema ao qual se voltará mais à frente —, seja pelo fato de que a publicidade é, claramente, um aspecto do direito à informação. A este propósito, captando a evidência, escreveu Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

"Por se tratar, também, de emissão de mensagem, intuitivo que a publicidade deve ser incluída na estrutura do direito de informação."

Cabe, nesse passo, voltar a enfatizar a função social da propaganda. De fato, é pelo livre fluxo da comunicação comercial que se levam ao público consumidores dados sobre as características dos produtos, os elementos que os diferenciam, as inovações introduzidas e, até mesmo, como no caso do cigarro, os riscos associados à sua utilização. Por tais peculiaridades, o direito à informação, compreendido na liberdade de anunciar, adquire uma dimensão transindividual e passa a representar uma garantia de todos os consumidores reais e potenciais

Soriano, Commission of New York (447 U.S. 557), que instituiu um teste de quatro itens no exame de leis restritivas à publicidade, pelo qual deve o intérprete verificar: (i) se a atividade divulgada é lícita e se a publicidade não é enganosa; (ii) se o interesse invocado pelo Poder Público é um interesse substancial, relevante; (iii) se a restrição é apta a promover diretamente o interesse invocado pelo Poder Público; (iv) se não existem medidas menos restritivas para promover o interesse. Nada obstante, existe vedação nos Estados Unidos à publicidade no rádio e na televisão, introduzida por legislação acerca da qual não se suscitou o pronunciamento da Suprema Corte, por opção estratégica dos fabricantes de cigarro. A tributação do cigarro nos EUA é em média de 31%. No Brasil ela gira em torno de 70% do preço final.

20. Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, 1999, p. 68.

Essa característica instrutiva da propaganda foi destacada pela Corte Superior de Quebec, no Canadá, ao declarar inconstitucional ato normativo que vedava a publicidade de cigarros naquele país¹⁷. Confira-se trecho do acórdão sobre o tema:

"O Ato priva um terço da população adulta do Canadá, consumidores do produto, da informação referente a produtos existentes, novas marcas ou produtos, mudanças no produto em termos de teor, nicotina e CO₂, informações que possibilitariam aos indivíduos fazer opções econômicas informadas." (Tradução livre)

A Suprema Corte do Canadá, ao confirmar a decisão, acrescentou

*"Além e acima de seu valor intrínseco como expressão, a propaganda comercial que, como já foi apontado, protege os que ourem tal qual os que falam, desempenha um papel significativo de capacitar os indivíduos a fazerem escolhas econômicas informadas, um importante aspecto da satisfação pessoal e da autonomia individual."*¹⁸ (Tradução livre)

A decisão final proferida pela Suprema Corte canadense considerou que proibir a veiculação da publicidade de cigarros nos principais meios de comunicação não era compatível com

17. O Parlamento canadense aprovou, em 1988, ao proibir a publicidade de tabaco nos principais meios de comunicação do país. Esta lei, que entrou em vigor em 1989, foi declarada inconstitucional pela Corte Superior de Quebec, em 1991. Em 1995, o julgamento foi confirmado pela Suprema Corte do Canadá, reconhecendo-se em definitivo a inconstitucionalidade da referida legislação. Anos depois, em 1997, foi aprovada nova lei que, em termos diferentes, também vedou a propaganda de cigarros; sua constitucionalidade está sendo questionada nos tribunais.

18. Fonte v. nota 3, infra.

na Seção I da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹⁹. É de notar-se que a Constituição canadense, no particular, contém dispositivos muito semelhantes à brasileira, garantindo genericamente a liberdade de expressão e de imprensa. A diferença fica por conta do caráter mais analítico de nossa Carta, que trata especificamente da publicidade de cigarros, administração das restrições, mas assegurando sua veiculação como um direito.

Curiosamente, este relevante aspecto da informação contida na publicidade foi reconhecido em pronunciamento recente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, que, por sua assessoria de Comunicação Social, divulgou nota com a seguinte e expressiva passagem:

*"É indiscutível que a propaganda é o principal meio pelo qual o consumidor toma conhecimento das características de um produto, exercendo sua opção de compra em função destas informações."*²⁰

Repassada, assim, a disciplina constitucional da matéria, cabe apontar os vícios que comprometem a validade da lei aqui discutida. Como se verá, ao banir a publicidade de um produto lícitamente produzido e comercializado, a lei atenta contra direitos, liberdades e princípios fundamentais instituídos pela Lei Maior, e viola flagrantemente a regra expressa do art. 220, § 4º, da Constituição Federal.

19. Carta Canadense de Direitos e Liberdades Fundamentais: "2. A todos são asseguradas as seguintes liberdades fundamentais: a) liberdade de consciência e religião; b) liberdade de pensamento, crença, opinião e expressão; incluindo liberdade de imprensa e de qualquer outra meio de comunicação; c) liberdade de se reunir pacificamente; e d) liberdade de associação." Tradução livre.

20. Nota divulgada pela ANVS, através da Assessoria de Comunicação do Ministério da Saúde, datada de novembro de 1994.

IV. Da inconstitucionalidade da lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000

1. A publicidade no rádio, na televisão e na imprensa pode ser restringida, mas não proibida

Por limitar direitos individuais e difusos constitucionalmente assegurados, a restrição a liberdade de expressão e ao direito de informação por via publicitária só pode ocorrer se obedecidos os parâmetros delineados na própria Carta. E, de fato, ela contempla tal possibilidade no § 4º do art. 220, relativamente aos produtos que menciona, em preceito que tem a seguinte dilação:

"Art. 220.....
§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso."

Em cumprimento da regra constitucional, editou-se lei específica sobre o tema — a Lei n.º 9.294/96, que foi alterada pela lei em exame. Aquele diploma estabeleceu limitações de horário e de conteúdo para a propaganda de cigarro, bem como impunha a divulgação de cláusulas de advertência, nos termos de frases contínuas determinadas pelo Ministério da Saúde²¹. Confira-se a redação do art. 3º anterior à questionada alteração:

21. Anteriormente à vigência da Medida Provisória nº 2.039-19, de 28.07.2000, a Lei nº 9.294/96 previa taxativamente, quas advertências deveriam constar das embalagens e anúncios de cigarros. No entanto, a partir da alteração introduzida por esta MP nos arts. 2º e 3º da mencionada lei, compete agora ao Ministério da Saúde a determinação do conteúdo das advertências, o que restou estipulado no Portaria nº 695, de 1º de junho de 1999, abaixo transcrita.

"Art. 3º. A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas.

§ 1º A propaganda comercial dos produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

I — não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas.

II — não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga, ou a tensão, ou qualquer efeito similar;

III — não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes.

IV — não associar o uso do produto à prática de esportes olímpicos, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais.

V — não empregar imperativos que induzam diretamente ao consumo;

VI — não incluir, na radiodifusão de sons ou de sons e imagens, a participação de crianças ou adolescentes, nem a eles dirigir-se.

§ 2º A propaganda conterá, 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, terapêuticos e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa.

§ 3º As embalagens, exceto se destinadas à exportação, os pôsteres, painéis ou cartazes, jornais e revistas que façam difusão ou propaganda dos produtos

referidos no art. 2º conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior.

§ 4º Nas embalagens as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo 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, cartelas ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor.

§ 5º Nos pôsteres, painéis, cartazes, jornais e revistas, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão seqüencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese variando no máximo a cada cinco meses, devendo ser escritas de forma legível e ostensiva.

§ 6º A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para impedir a veiculação de propaganda enganosa de produtos e serviços submetidos ao seu controle, poderá exigir apresentação prévia de cópias das peças publicitárias referentes a esses produtos e serviços conforme regulamento aprovado pela sua Diretoria Colegiada."

As advertências determinadas pelo Ministério da Saúde, a teor da Portaria nº 695, de 1.6.1999, são as seguintes:

"O MINISTÉRIO DA SAÚDE ADVERTE:"

1. FUMAR CAUSA CANCER DE PULMÃO
2. FUMAR PROVOCA INFARTO DO CORAÇÃO.
3. A NICOTINA É DROGA E CAUSA DEPENDÊNCIA.
4. FUMAR CAUSA IMPOTÊNCIA SEXUAL.
5. CRIANÇAS COMEÇAM A FUMAR AO VEREM OS ADULTOS FUMANDO."

De parte isto, o Código de Defesa do Consumidor — Lei nº 8.078, de 11.09.90 — também contém normas que resguardam

dam os consumidores da propaganda irregular, conforme prevê, de forma minuciosa, o art. 37 e seus parágrafos:

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

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

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

A publicidade de cigarros deve observar, ainda, as normas do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR)²² e do Estatuto da Criança e do Adolescente, como antes mencionado. Vê-se, portanto, que a sociedade até agora esteve suficientemente protegida contra abusos de natureza publicitária, e sobretudo, com maior rigor, da propaganda de cigarros.

Nada obstante o exposto até aqui, é importante assinalar que a Constituição assegura a publicidade, como direito subjetivo de empresários e consumidores. Assim, no mesmo passo que admitiu a restrição legal do direito (art. 220, § 4º) — até porque nenhum direito é absoluto — trouxe implícita a impossibilidade de seu banimento. A interpretação gramatical ou semântica se apresenta aqui como limite à atividade criadora do intérprete²³. As palavras

22. O CONAR regulamenta a propaganda de cigarros no artigo 44, anexo J, do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob pena de perderem seu papel de transmissores de idéias e significados. Nesse sentido, apenas ratificando o que é pacífico, veja-se decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão:

"Através da interpretação não se pode dar a uma lei inequívoca em seu texto e em seu sentido, um sentido oposto; não se pode determinar de novo, no fundamental, o conteúdo normativo da norma que há de ser interpretada; não se pode faltar ao objetivo do legislador em um ponto essencial."²⁴

No esforço de dissimular o banimento de fato da publicidade, o legislador concedeu permissão para que ela seja realizada em pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda. Analogicamente, é como confinar a divulgação de uma determinada doutrina religiosa ao interior do templo; ou o debate de idéias socialistas à sede da agremiação política que as professa; ou a música sertaneja aos rodeios ou auditórios específicos, sem que possa ser executada na televisão ou no rádio.

A permissão de anunciar em meios rudimentares e sem expressão inviabiliza que se faça, perante o grande público, a apresentação e divulgação do produto, elementos essenciais à publicidade na quadra histórica atual. Os meios de comunicação de massa são as principais vias de intercâmbio de informações na sociedade de consumo moderna²⁵. Vale dizer: a proi-

23. Em pertinente observação, Karl Larenz afirma que a interpretação gramatical consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação. (Karl Larenz, *Metodologia de la ciencia del derecho*, 1966, p. 256). Sobre o tema, v. também Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, pp. 126 e seguintes.

24. *BverfGE*, 11, 126 (130). V. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 283.

25. Vale destacar a observação de Antônio Herman de Vasconcellos e

bição imposta na lei atinge a essência propaganda, desviando-a dos seus próprios fins e esvaziando seu conteúdo, o que na prática configura seu verdadeiro banimento e não uma restrição admitida pela Constituição.

Essa forma oblíqua de suprimir um direito constitucional tem sido rejeitada pela doutrina e pela jurisprudência. Em tema de proteção ao direito de propriedade contra abusos regulatórios do Poder Público, escreveu o professor José de Oliveira Ascensão:

"Mas o adensar dessas restrições não pode ignorar uma barreira, representada justamente pela garantia constitucional da propriedade."

A restrição da propriedade não pode ir até o ponto de esvaziar a garantia da propriedade do seu conteúdo.

*O problema tem atualmente grande relevância, uma vez que, de maneira indireta, através de restrições genéricas, se pode tirar todo o significado prático a um concreto direito, sem que todavia se utilize o instituto da expropriação, e, portanto, se conceda a indenização que a esta anda associada."*²⁶ (grifos acrescentados)

A tese é igualmente pacífica nos Tribunais, como confirmam, a título de ilustração, as duas decisões abaixo, do Superior Tribunal de Justiça:

Benjamin: "Não há sociedade de consumo sem publicidade. Como muito acertadamente acentua Guião Alpa, 'a publicidade pode, de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna' (*Diritto Privato dei Consumi*, Bolonha, Il Mulino, 1986, p. 123). Há como uma indissolubilidade do binômio 'sociedade de consumo-publicidade'" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 1998, p. 189).

26. José de Oliveira Ascensão, *A violação da garantia constitucional da propriedade privada por disposição retroativa*, Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul 18/73, 1977.

*"As limitações administrativas quando superadas pela ocupação permanente, vedando o uso, o gozo e livre disposição da propriedade, desnaturam-se conceitualmente, materializando verdadeira desapropriação. Impõe-se, então, a obrigação indenizatória justa e em dinheiro, espancando mascarado 'confisco'."*²⁷ (grifos no original)

"As limitações e, sobretudo, as restrições administrativas, devem guardar compatibilidade entre a decisão legislativa e os princípios constitucionais que garantem o direito de propriedade. (...)"

*A redução do gabarito dos prédios de 50 para 15 metros, numa diminuição de mais de setenta por cento (70%), é desarrazoada e abusiva, torna imprestável a propriedade, desviando-lhe (sic) de seus próprios fins, constituindo motivo para indenização."*²⁸ (grifos acrescentados)

Aplicando-se o mesmo raciocínio ao direito subjetivo constitucional de veicular propaganda de cigarros (art. 220, § 4º, CF), é incontestável que a medida contida na Lei 10.167/2000 afeta seu conteúdo substancial e relevante, constituindo, efetivamente, um banimento da publicidade desses produtos.

É interessante observar que mesmo em países nos quais o constituinte não assegurou, de modo explícito, o direito à publicidade e, especificamente, à publicidade de cigarro, não se ousou o banimento de todos os meios de comunicação de massa, como aqui pretendido. Nos Estados Unidos, por exemplo, a publicidade desses produtos continua a ser permitida na im-

27. STJ, REsp. n. 39.842-8/SP, Rel. Min. Milton Pereira, DJ de 30.5.1994.

28. STJ, REsp. 53.797/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 12.12.1994. No mesmo sentido, STF, RE 134.297/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22.09.1995.

prensa (jornais, revistas, folhetos), tal qual a colocação de anúncios fora dos estabelecimentos comerciais. Na Espanha é autorizada a propaganda de cigarros na imprensa escrita e nas transmissões radiofônicas. E mesmo na França, onde o nosso Ministério da Saúde supõe ter sido proibida "totalmente a publicidade do tabaco"²⁹, ela continua a ser permitida na imprensa comercial e nos postos de venda.

Embora o direito comparado não seja a melhor fonte de informação doutrinária na matéria — pois a Constituição brasileira contém norma expressa sobre o tema, ausente em outros sistemas —, ainda assim não se arriscou, em outros países, o banimento radical como pretendido pela lei em discussão.

No caso brasileiro é importante observar que, ao instituir o direito à publicidade e admitir sua restrição legal relativamente a alguns produtos, o constituinte o fez no capítulo dedicado à *comunicação social*, onde cuida especificamente dos meios de comunicação de massa: televisão, rádio e imprensa. É nesses veículos que a publicidade está assegurada, observadas as limitações validamente instituídas. *Proibir* a divulgação de produtos nesses meios é violar a norma constitucional.

A limitação da propaganda comercial apenas aos meios permitidos pela lei ora analisada, portanto, além de não subsumir-se ao sentido do termo *restrição*, utilizado pelo constituinte — caracterizando uma proibição praticamente absoluta — viola o direito subjetivo constitucional de divulgar tais produtos em meios de comunicação dirigidos ao grande público. É bem de ver que o legislador constituinte admitiu restrições à propaganda dos produtos que especificou, pressupondo sua veiculação nos meios compatíveis com a tecnologia de comunicação do mundo moderno. Tanto assim que inseriu o dispositivo que cuida do assunto no capítulo e, especificamente, no artigo que disciplina a comunicação social de massa, com expressa menção

29. Documento intitulado *Dez observações sobre o ofício da Abert contrário à restrição da propaganda do cigarro*, de 27 de junho de 2000, publicado em diversos jornais.

artículos como o rádio, a televisão e a imprensa (art. 220, § 3º, II e § 6º, sem contar as referências dos arts. 221, 222 e 223).

Não foi, portanto, para preservar a liberdade de expressão em meios inexpressivos e inviáveis à divulgação de qualquer produto na moderna sociedade de consumo que o constituinte fez constar do texto constitucional o § 4º do art. 220. Ao contrário, foi exatamente por considerar estar tratando de comunicação social expressiva que o legislador constituinte previu a possibilidade de a lei impor restrições e o dever de veicular cláusulas de advertência — mecanismos que considerou capazes de estabelecer o equilíbrio entre os direitos à liberdade de expressão e à informação, e o direito do consumidor de receber a referida proteção.

Assim, as restrições legais quanto aos meios de comunicação utilizáveis na propaganda dos produtos em apreço só podem ser impostas com ampla cautela. As limitações autorizadas pela Constituição referem-se ao conteúdo da propaganda — não enganosa, não abusiva — e não ao meio em que ela é veiculada, na medida em que são inadmissíveis restrições que constituam óbice ao direito do fabricante de divulgar o produto, de difundir inovações operadas nos mesmos ou de ofertar novas opções, bem como ao direito do consumidor de receber tais informações e, com isso, fazer escolhas esclarecidas. O uso dos meios de comunicação de massa é, portanto, um pressuposto do direito constitucionalmente assegurado de veiculação da publicidade dos produtos enumerados no art. 220, § 4º da CF.

Diante da clara inteligência das normas aplicáveis, a previsão constante da lei aqui comentada, no sentido de que a propaganda comercial de cigarros só possa ser efetuada "*através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda*", frustra, de modo ostensivo, o tratamento constitucional da matéria. A lei pode legitimamente — e já o fazia — impor restrições. Pode até mesmo autorizar campanhas de esclarecimento ou de desestímulo ao consumo do produto. Mas não

pode, a pretexto de restringir, *proscriber*, especialmente naqueles meios referidos no art. 220. Não há lugar, no direito constitucional positivo brasileiro, para a intolerância e para a imposição de verdades únicas e absolutas em matéria de expressão e informação.

De parte a liberdade de expressão e o direito à informação — que já justificam, como visto, a impossibilidade de banir a propaganda — a garantia da veiculação de publicidade nos meios de comunicação dirigidos ao grande público visa também a preservar outros princípios constitucionais importantes: a livre-iniciativa (art. 1º, IV), a livre concorrência (art. 170, IV) e a liberdade de empresa (art. 170, parágrafo único). Isto porque é através daqueles meios que os fabricantes têm acesso ao público em geral, a fim de divulgar as características de cada um de seus produtos, as inovações tecnológicas que neles se operaram ou as vantagens em por eles se optar.

Se os fabricantes não tiverem meios efetivos de tornar públicos os traços distintivos de seus produtos, a tendência é de que os consumidores não alterem suas preferências de marca. Por esse motivo, novos fabricantes certamente enfrentariam dificuldades em se estabelecer no mercado, assim como os antigos não lograriam aumentar seu *market share*. Livre-iniciativa, livre-concorrência e livre empresa, na moderna sociedade de consumo, pressupõem a possibilidade de anunciar nos meios de comunicação social de massa, entre eles televisão, no rádio, em jornal e em revistas.

2. A lei não resiste à ponderação de valores imposta pela moderna teoria constitucional

O direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida por duas disposições legais simultâneas que se contraponham. Para solucionar tal conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* — pelo qual a lei

erior prevalece sobre a inferior —, o *temporal* — pelo qual a lei posterior revoga a anterior —, e o da *especialização* — pelo qual a lei específica prevalece sobre a lei geral³⁰.

Esses critérios, todavia, não são satisfatórios quando o conflito se dá entre normas constitucionais. De acordo com o princípio da unidade hierárquico-normativa, normas da Constituição originária jamais podem ser consideradas inválidas, nem o intérprete pode deliberadamente escolher uma para prevalecer sobre as demais. A Constituição, como se sabe, é um documento dialético, fruto de um compromisso político, e que, por isso mesmo, abriga princípios e direitos potencialmente conflitantes. Quando surgem efetivamente situações de conflito — como, *e.g.*, as que contraponham o princípio da livre iniciativa e o da intervenção do Estado no domínio econômico, ou o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade — cabe ao intérprete buscar a conciliação possível entre as proposições aparentemente antagônicas, procedendo a uma *ponderação de valores*.

A ponderação de valores é técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Nesse sentido, a conclusão de Daniel Sarmento, em denso estudo sobre o tema³¹:

"Com efeito, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre

30. Sobre antinômias e critérios para soluções, v. Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1990, pp. 81 e ss.

31. Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000, p. 96.

princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico."

Pois bem: a hipótese aqui discutida envolve, de um lado, os direitos à liberdade de expressão e à informação, e, de outro, o interesse público na proteção à saúde³². Em nome desta, a lei ora questionada pretende abolir sumariamente uma forma relevante de comunicação social, que é a publicidade de um produto no rádio, na televisão e na imprensa. Em lugar de proceder à ponderação de valores — como fazia a disciplina em vigor, que procura conciliar o direito de divulgar o produto com o dever de advertir e esclarecer sobre os malefícios a ele associados —, a nova lei elege um interesse e ignora o outro³³, instituindo uma supremacia entre direitos igualmente fundamentais não autorizada pela Constituição.

3. A lei não resiste ao teste da razoabilidade

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade é um dos mais relevantes fundamentos da interpretação constitucional

32. A contraposição entre princípios ou direitos fundamentais e valores protegidos pelo interesse público ou pelo interesse coletivo é considerada como colisão de direitos fundamentais em sentido amplo e se insere, sem controversia, na dogmática da ponderação. V. Robert Alexy, *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.98. Texto mimeografado.

33. Sobre esse risco, advertiu Norberto Bobbio, em seu livro *A era dos direitos*, 1992, p. 42: "Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem (...) ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante."

almente. Sua ascensão científica remonta ao direito constitucional americano, tendo se consolidado nos países de tradição romano-germânica com o impulso da formulação doutrinária alemã e da jurisprudência formada no âmbito do Tribunal Constitucional Federal daquele país. Foi acolhido nos últimos anos pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, inclusive e sobretudo a do Supremo Tribunal Federal, sendo referido indistintamente como princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade³⁴.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, visando a assegurar a racionalidade e o equilíbrio, impedindo o arbítrio e o capricho. Permite ao Judiciário invalidar atos emanados do Poder Público quando: (a) não haja relação de adequação entre o meio empregado e o fim visado; (b) a medida não seja necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado, com menor ônus para o direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a medida importe em sacrifício de bem jurídico tão ou mais relevante do que o protegido.

No caso concreto, a lei editada não preenche qualquer dos três requisitos aos quais deveria satisfazer cumulativamente.

34. Entre os autores nacionais, vejamos-se: San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei e 'due process of law' (contribuição ao estudo da limitação constitucional ao Poder Legislativo)*, Revista Forense CXVI/357 (1948), José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: o devido processo legal*, s.d.; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 1989; Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996; Luís Roberto Barroso, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, Revista Forense 336/125. Na jurisprudência o princípio constitucional da razoabilidade também goza de crescente prestígio. Confram-se, dentre outros, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: ADINMC 855/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01.10.93; HC-77003/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 11.09.98; HC 76060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 15.05.98.

De fato, quanto ao primeiro elemento — adequação meio/fim —, é pelo menos controversa a idéia de que a proibição da propaganda tem impacto importante sobre o consumo. Ao contrário, como já antecipado, diversos estudos sustentam tese contrária, como se extrai dos exemplos a seguir enunciados:

- i) a Noruega, apesar de haver proibido, de longa data, a propaganda de cigarro e o fumo em local público, possui a mais elevada proporção de fumantes *per capita*, em comparação com outros sete países da Europa³⁵;
- ii) outro estudo demonstrou que o consumo anual de cigarros, em países da comunidade européia, entre 1964 e 1990, não foi reduzido apesar das proibições impostas à propaganda³⁶;
- iii) texto publicado em coletânea sobre as relações entre publicidade e consumo assentou que:

*"Em primeiro lugar (...) não existe evidência objetiva de que a propaganda de cigarros estimule o fumo entre os jovens (...) e, em segundo lugar, não existem evidências objetivas e substanciais de que a propaganda de cigarros provoque o aumento no consumo (...)"*³⁷

- iv) a Suprema Corte do Canadá, no acórdão já referido, em que declarou inconstitucional lei similar à brasileira (em 1995), concluiu que:

35. Pål Kraft e Terje Svendsen, *Tobacco use among young adults in Norway, 1975-95: has the decrease leveled out?*, Tobacco Control, 1997, Norwegian National Council on Smoking and Health.

36. J. M. Stewart, *The effect on tobacco consumption of advertising bans in OECD Countries*, in *International Journal of Advertising* 12/155-180, 1993.

37. John Luik, *Advertising and markets*, eds. J. Luik e M. Waterson, NTC Publications Ltd., 1996. Tradução livre. Os estudos referidos nesta nota e nas duas que a antecedem foram obtidos em pesquisa empreendida pela consultante, que atesta sua autenticidade. O autor do estudo não teve acesso aos textos originais.

"(...) não existem evidências diretas de natureza científica que comprovem a ligação causal entre a propaganda e uma diminuição no consumo de cigarros."
(Tradução livre)

v) no Brasil, pesquisa realizada pelo IBOPE, em 1995, constatou a ausência de nexo causal entre a propaganda e o início do consumo de cigarro. Indagando-se a cada entrevistado "o que exatamente o levou a fumar", as principais respostas foram: (1) porque amigos/conhecidos fumam ou fumavam (45,4%); (2) por curiosidade ou vontade (24,6%); (3) porque pai/mãe/parentes fumavam (23,9%); (4) porque achava bonito/charmoso (11%). Ou seja: nenhuma menção à publicidade. Quando, porém, induzidos a se manifestarem sobre a propaganda, em cartão do qual ela constava expressamente como uma das opções, não mais que 5,2% dos entrevistados a mencionaram como uma das razões que motivaram sua decisão³⁸.

É possível, na verdade é mesmo provável, que existam diversos estudos em linha oposta. Mas, é preciso reconhecer que o tema em discussão envolve relevantes interesses de todas as partes envolvidas — fabricantes, consumidores, empresas de publicidade, governos, órgãos de imprensa — e que, ademais, tornou-se singularmente ideológico. Todavia, para o fim aqui visado, que é o de questionar a adequação da medida, basta o registro de que existe controvérsia séria a respeito, e de que não é possível concluir, com segurança, que o banimento da publicidade tenha impacto significativo sobre o consumo de cigarro³⁹. Há, por outro lado, uma certeza: a ausência de pu-

38. O signatário deste estudo teve acesso à íntegra da pesquisa do IBOPE.

39. Sobre o tema, v. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1986, p. 488: "Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins".

blicidade diminui a discussão sobre a matéria e, como consequência, a informação e o esclarecimento da população, inclusive quanto aos malefícios associados ao fumo.

O segundo elemento — necessidade da medida e proibição do excesso — também não é atendido pela lei aqui analisada. Tal requisito veio explicitado em decisão clássica do Tribunal Constitucional Federal alemão, na qual se lavrou:

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

Verifica-se da transcrição que além da racionalidade da medida — isto é, a adequação meio/fim — deve estar presente um outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o de sua exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*). Conhecido também como "princípio da menor ingerência possível", consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, "se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas"⁴⁰.

Ora bem: na hipótese aqui versada há um conjunto exposto de meios alternativos menos gravosos, que incluem limitações de horário e de conteúdo da publicidade, cláusulas de advertência e campanhas de esclarecimento e desestímulo ao

40. *BriefGE*, 39, 210 (230-1). V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 44.

assumo. O legislador não podia optar autoritariamente pela via que maior prejuízo traz para os direitos individuais e difusos em questão.

Por fim, o terceiro elemento da formulação conceitual da razoabilidade — proporcionalidade em sentido estrito — também não está presente. Cuida-se aqui de uma verificação da relação custo/benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se "de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim"⁴¹.

Na hipótese concreta, o objetivo de impedir a difusão de um produto reputado como nocivo à saúde (CF, art. 220, § 3º) importou em cerceamento de diferentes direitos constitucionais — liberdade de expressão, direito à informação, livre-concorrência — afetando fabricantes, anunciantes, meios de comunicação e os próprios consumidores. Aliás, antes de enviar ao Congresso Nacional mensagem veiculando a iniciativa da lei aqui criticada, o Poder Executivo já procurara intervir na matéria instituindo, através da Medida Provisória nº 2.039-19, de 28.07.2000, a censura prévia de peças publicitárias⁴².

Nesse domínio específico, em vez da cópia acrílica e radi-calizada de outros modelos, é preciso identificar o inimigo certo. O sacrifício absoluto de determinadas liberdades públicas, em nome de outros valores — ainda que socialmente relevantes —, constitui grave precedente e revive o trauma do abuso es-

41. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., pp. 387-8.

42. Esta Medida Provisória introduziu o parágrafo § 6º ao art. 3º da Lei 9.294/96, com a seguinte dicação: "§ 6º A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para impedir a veiculação de propaganda enganosa de produtos e serviços submetidos ao seu controle, poderá exigir apresentação prévia de cópias das peças publicitárias referentes a esses produtos e serviços, conforme regulamento aprovado pela sua Diretoria Colegiada."

tatal e do autoritarismo, desvios recorrentes na trajetória institucional brasileira.

O passado ainda é muito recente para não assombrar. No cinema, filmes eram simplesmente proibidos ou projetados com tarjas que transformavam drama em caricatura. Nas artes, o Ballet Bolshoi foi impedido de dançar no Brasil, por constituir propaganda comunista. Na música, havia artistas malditos e outros que só conseguiam aprovar suas letras mediante pseudônimo. Na televisão, programas foram retirados do ar, suspensos ou simplesmente vetados. Em momento de paroxismo, proibiu-se a divulgação de um surto de meningite, para não comprometer a imagem do governo.

Em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário: de regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, ela oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi.

V. Conclusão

A Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000, afigura-se uma inovação inconveniente do ponto de vista institucional, ao optar pela proibição em lugar da informação. As idéias desenvolvidas no presente estudo podem ser compendiadas nas proposições seguintes:

A. O cigarro é de longa data um produto controvertido, sendo associado a diversos problemas de saúde. Sua produção e consumo, todavia, são atividades lícitas e há consenso de que assim devam permanecer. É legítima a política pública de destímulo ao consumo de determinado produto, inclusive por via da publicidade. É polêmica, na literatura especializada e na

experiência prática de outros países, a relação entre publicidade e níveis de consumo de cigarro.

B. A Constituição brasileira assegura a liberdade de expressão, o direito à informação, a liberdade de empresa e a livre concorrência. A publicidade é instrumento relevante de realização desses valores e não pode ser cerceada fora dos limites constitucionalmente tolerados.

C. A Constituição assegura expressamente o direito subjetivo à publicidade, inclusive e sobretudo à propaganda comercial de tabaco (art. 220, § 4º), permitindo, todavia, restrições legais. *A proibição absoluta viola, naturalmente, o sentido e o alcance da exceção constitucional à liberdade de expressão. O tratamento da matéria no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220 a 224) evidencia que o direito é assegurado nos meios de comunicação ali previstos: rádio, televisão e imprensa. Frustra ostensivamente a disciplina constitucional instituída confinar a publicidade do produto a meios rudimentares como pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.*

D. A ponderação de valores, no caso de colisão de direitos fundamentais, impõe o menor sacrifício de cada um deles, em concessões recíprocas, não sendo legítimo que se ignore um em favor de outro. Não pode o legislador, em nome do alegado interesse de impedir a divulgação de um produto lícito, por reputá-lo nocivo à saúde, suprimir o desfrute de outras situações constitucionalmente protegidas, dentre as quais a liberdade de expressão, o direito à informação e a livre concorrência.

E. A nova lei editada não passa no teste da razoabilidade, em nenhum dos seus três requisitos: não há demonstração de que o meio seja adequado e eficaz para o fim pretendido; o excesso contido na medida é manifesto, pois existem mecanismos alternativos para se buscar o resultado por ele visado; e os valores sacrificados não são inferiores ao interesse que se quer promover.



FÁBIO ULHOA COELHO

- ✓ Inconstitucionalidade do Projeto de Lei que altera dispositivos da Lei 9.294/96, que dispõe sobre restrições ao uso e propaganda de produtos fumígenos.



PARECER

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Associado (Livre-docente) da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

A **Souza Cruz S.A.** consulta-me sobre a constitucionalidade do Projeto de Lei de iniciativa do Poder Executivo (Mensagem nº 748, de 30 de maio de 2.000), que “altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas”; projeto que, na forma do substitutivo do Deputado Jutahy Júnior, já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados.

A principal inovação pretendida pelo Projeto de Lei em questão visa restringir a propaganda comercial de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, a alguns poucos veículos: “pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda”. Nos demais veículos por que transita atualmente – TV, rádio, imprensa, cartazes externos (*outdoors*)



etc. —, a publicidade desses produtos ficaria vedada. Também pretendem-se proibir, pelo Projeto de Lei, práticas usuais de *marketing*, tais como distribuição de amostras ou brindes, patrocínio de atividade cultural ou esportiva, anúncios em estádio, pista ou local similar.

O Projeto de Lei, como se passa a demonstrar, é **inconstitucional** por duas razões: *primeira*, porque contraria o sistema de disciplina da publicidade do tabaco, estabelecida na Constituição Federal; *segunda*, porque afronta o regime econômico de livre concorrência, também definido no plano constitucional da ordem jurídica brasileira.

1. Os Sistemas de controle da publicidade do tabaco

A publicidade do tabaco tem sido preocupação do legislador, em muitos países, desde que a ciência médica começou a associar diversos e graves males à saúde com o hábito do tabagismo. O controle da publicidade do produto é visto como um instrumento de prevenção dessas doenças, que estudos médicos ligam à prática do fumo dos produtos derivados do tabaco.

Em termos gerais, podem-se distinguir, de início, três parâmetros fundamentais na disciplina jurídica da publicidade do tabaco, em relação à origem das normas de controle. Há países, como África do Sul, Filipinas, Japão, Paquistão e Uruguai, em que o direito positivo limita-se a legitimar padrões elaborados num processo de auto-regulamentação dos próprios setores econômicos envolvidos (a indústria do tabaco, os

4



serviços de comunicação, os publicitários, etc.). De outro lado, há países, a exemplo da Alemanha, Austrália, França, Malásia, Polônia e Venezuela, em que a lei prescreve os instrumentos de controle, proibindo ou restringindo anúncios. Por fim, existem aqueles, como a Argentina, Espanha e Itália, em que convivem normas de auto-regulamentação da publicidade desse produto com regras de direito positivo estatal ⁽¹⁾.

Quanto à extensão do controle, podem ser identificados dois *sistemas* de disciplina jurídica da publicidade do tabaco: de um lado, o da *proibição* de veiculação nos *principais* meios de comunicação social (TV, rádio e imprensa); de outro, o da *restrição*.

Variam, assim, de país para país, os sistemas de controle jurídico da publicidade ⁽²⁾. É, porém, certo afirmar – vasculhando o tema nas ordens jurídicas espalhadas pelo mundo – que não existe em nenhum lugar os extremos teoricamente possíveis de tratamento da matéria; isto é, não se encontra nem a proibição absoluta de toda e qualquer publicidade do tabaco, nem a liberdade irrestrita para anunciar o produto.

O controle da publicidade do tabaco *por proibição*, ressalte-se, nunca atinge a totalidade dos veículos. Se considerarmos que a

¹ Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, tratando do controle da publicidade em geral, classifica os sistemas legais em três: a) *exclusivamente estatal*, em que “nenhuma participação têm, no plano de autodisciplina, os diversos atores publicitários”; b) *exclusivamente privado*, fundado no “argumento de que o Estado não tem nenhum papel legítimo a cumprir no regimento da publicidade”; c) *misto*, correspondente à “modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro, a cargo dos partícipes publicitários”. O Brasil, conclui, adota esse último sistema (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto* Rio de Janeiro, Forense, 1991, págs. 166/168).



embalagem do cigarro é também suporte publicitário ⁽³⁾, não se concebe a comercialização do produto sem um *mínimo de publicidade*. Não se trata, pois, de proibir esse mínimo, que, além da embalagem, compreende as mídias de menor importância, como pôsteres, cartazes internos e folhetos no ponto de venda. Quando o direito adota o sistema de controle *por proibição*, obsta a publicidade do tabaco nos *principais* veículos de comunicação social.

Essa hierarquia entre os veículos decorre do potencial de difusão da mensagem publicitária. Os principais meios de comunicação social são a TV, o rádio, a imprensa e os cartazes externos (*outdoor*) porque o anúncio veiculado através desses canais é visto por um número muito maior de pessoas, do que ocorreria caso a mídia utilizada fossem os pôsteres, cartazes internos ou folhetos nos pontos de venda.

O sistema jurídico de controle da publicidade *por proibição* é, desse modo, o que veda o anúncio do tabaco nos principais meios de comunicação social. Não existe, como já ressaltado, nenhuma ordem jurídica que proíba totalmente a propaganda do produto, até porque, para tanto, nem mesmo a embalagem poderia ostentar a marca.

² De acordo com o Ministério da Saúde, são 27 (vinte e sete) os países que adotaram o sistema de controle por proibição ("*Dez observações sobre o ofício da ABERT contrário à restrição da propaganda do cigarro*", de 27.06.2000).

³ O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (CBAP) estabelece, no art. 18, a: "Para os efeitos deste Código, a palavra *anúncio* é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie

4



2. O sistema adotado pelo Brasil

O sistema de controle da publicidade do tabaco, adotado pelo Brasil, é classificado como *misto e por restrição*.

É misto o sistema brasileiro na medida em que convivem duas esferas de controle, a da auto-regulamentação e a estatal.

No plano do controle auto-regulamentar, registre-se que o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (CBAP) contempla, desde a sua edição em 1978, regras específicas para a publicidade de “produtos de fumo”. Trata-se do Anexo J do Código.

Aliás, a constante e real preocupação do Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária (CONAR) com esse tipo de publicidade pode ser constatada pela recentíssima **revisão**, feita pela entidade, no Anexo J do CBAP. De fato, em 1º de julho de 2.000, entrou em vigor nova regulamentação para a propaganda dos “produtos de fumo”. Entre as inovações, destaca-se a maior restrição no horário de veiculação dos anúncios em rádio e TV (o termo inicial passa das 21:00 às 22:00 horas), a proibição de modelos com menos de 25 anos, ou que aparentem ter menos dessa idade, e a estruturação de anúncios na internet ⁽⁴⁾.

de publicidade. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda, são, para esse efeito, formas de publicidade”.

⁴ Boletim do CONAR, Nº 131-A, de maio de 2.000, págs. 5/6.



Já, no plano do controle estatal, a Constituição Federal do Brasil contempla o assunto no art. 220, § 4º (cabendo menção, também, à lei que regulamenta o comando constitucional: Lei nº 9.294/96). Dúvidas, assim, não remanescem sobre o primeiro critério de classificação dos sistemas jurídicos de controle da publicidade do tabaco, no direito brasileiro: é **misto**.

Em relação ao segundo critério classificatório, o da extensão, filia-se o direito brasileiro ao sistema de controle *por restrição*, uma vez que tanto o CBAP como as normas de direito positivo não vedam a publicidade dos produtos fumígenos nos principais meios de comunicação em massa, apenas a disciplinam, definindo horários de veiculação, estrutura e características do anúncio etc.

3. Proibição *versus* Restrição: a informação do consumidor através da publicidade

Qual dos sistemas de controle da publicidade é o melhor? Esta é uma questão bastante difícil. Para se ter uma idéia da complexidade e dificuldade do tema, basta atentar para o fato de que a Comunidade Européia discutiu o assunto por quase uma década, antes de chegar a uma conclusão.

✍

De fato, após tornar obrigatório, em 1989, a inserção de mensagens de alerta sobre riscos à saúde nas embalagens de cigarro, o Conselho da Comunidade Européia deflagrou estudos com vistas a proibir a publicidade do produto nos principais meios de comunicação em massa. A edição de Diretiva nesse sentido só foi aprovada pelo Conselho, em 1998, depois de formulações e reformulações propostas desde 1991.

Stephen Weatherill, professor de Direito Europeu da Universidade de Nottingham, narra a evolução do assunto:

Tobacco advertising has been increasingly the subject of control in most member states in response to the growing awareness of the health risks for both smokers and non-smokers associated with tobacco consumption. (...)

Directive 89/622 provides that products shall carry a general warning, which in English shall read 'Tobacco seriously damages health'. Furthermore, manufacturers are required to select from a list of additional warnings which have to be printed on packets of cigarettes. (...)

The Commission has maintained the view that the scope of Community action in the field should be extended. A proposal for a further Directive was issued in 1991, which envisaged the introduction of a complete ban on advertising, save within tobacco retail outlets. (...) The approval of the Parliament was received in February 1992, although the Parliament suggested amendments which would have rendered the controls still more



rigorous. The Commission then redrafted its proposal to accommodate some of these amendments and issued a fresh proposal in April 1992. ⁽⁵⁾

E conclui, vaticinando o provável questionamento da constitucionalidade da Diretiva no sentido da proibição da publicidade de tabaco:

A (...) source of challenge to the validity of a measure of the type proposed in 1991 by the Commission on tobacco advertising may be found in the general principles of Community law. Specifically, it is feasible that it might be ruled incompatible with notions of freedom of expression for the Community to introduce a legislative ban on advertising. ⁽⁶⁾

Indicativo, também, da complexidade envolvida pelo assunto é o fato de a Comunidade Européia ter fixado até o dia 30 de junho de 2.001, como prazo para a adoção do sistema de controle *por proibição*, pelos direitos internos dos países europeus.

A rigor – e isto explica o demorado processo de discussão do tema no seio da Comunidade Européia –, a escolha por um dos dois

⁵ *EC Consumer Law and Policy*. Londres-New York, 1997, Longman, págs. 112/113.

⁶ *Ob. cit.*, pág. 114. De fato, logo após a entrada em vigor da Diretiva 98/43, a Alemanha ingressou com pedido judicial de sua anulação (Caso C-376/98, Corte de Justiça da EC), ao qual foi anexado, também, um processo judicial originário no Reino Unido (Caso C-74/99), que questiona a validade da Diretiva perante o direito comunitário europeu. Reunidos os processos, manifestou-se o Procurador Geral designado (Fennelly): "... I recommend that the Court annul European Parliament and Council Directive 98/43/EC of 6 July 1998 on the approximation of the laws, regulations and administrative

203

sistemas de controle não é simples, porque a publicidade apresenta **duas faces indissociáveis**: além de procurar a motivação do espectador para o ato de consumo, ela também é extraordinário meio de informação e educação.

A doutrina consumerista brasileira normalmente ressalta a ambivalência dos efeitos da publicidade ⁽⁷⁾. Igual destaque é feito pela doutrina estrangeira ⁽⁸⁾. E mesmo os autores, como Jean Calais-Auloy, que consideram a motivação ao ato de consumo o principal objetivo da publicidade, reconhecem que

il est probable que, sans publicité, les consommateurs ne sauraient que choisir entre les multiples biens et services qui leur sont proposés. ⁽⁹⁾

A indissociável relação entre os dois efeitos da publicidade – motivar consumo e informar – é de tal modo evidente, que as autoridades responsáveis pela política nacional de prevenção ao consumo de

provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products, on the ground that the Community was not competent to enact it on the legal bases cited therein."

⁷ Conferir: Herman Benjamin, *O controle jurídico da publicidade*, em *Revista Direito do Consumidor* n° 9, São Paulo, RT, janeiro/março de 1994; Vera Jacob de Fradera, *A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor*, em *Revista Direito do Consumidor* n° 4 (número especial sobre "controle da publicidade"), São Paulo, RT, 1992; Carlos Alberto Bitar, *Direito de autor na obra publicitária*, São Paulo, RT, 1981, págs. 78/79; Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, RT, 2.000, 3ª edição, 3ª tiragem, págs. 327/333.

⁸ Carlos Ferreira de Almeida, da Faculdade de Direito de Lisboa, anota que "o direito dos consumidores à informação é um direito instrumental, pois que constitui um meio, aliás privilegiado, de fazer valer os direitos substanciais à sua proteção física e econômica. (...) Os meios de informação podem ser os mais diversos: quando originados no produtor ou comerciante, consistem na publicidade propriamente dita e noutras formas que acompanham fisicamente o produto" (*Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, 1982, Almedina, pág. 180).

⁹ *Droit de la consommation*. Paris, Précis Dalloz, 1992, 3ª edição, pág. 86.

4

entorpecentes e combate ao narcotráfico, muitas vezes se depararam com o dilema de veicular anúncio destinado à informação de jovens sobre os malefícios das drogas e acabar, inadvertidamente, despertando a curiosidade para estas.

Vicente Greco Filho, Professor Titular de Direito Penal da USP, noticia:

Divergem os autores sobre a conveniência da propaganda educativa contra os tóxicos. Alguns são inteiramente favoráveis, salientando, porém, outros, que a propaganda pode gerar o interesse e provocar efeito totalmente contrário, qual seja, a busca pela droga. ⁽¹⁰⁾

Por fim, cabe lembrar que até mesmo Ministério da Saúde, em nota de novembro de 1999, reconhece a ambivalência dos efeitos da publicidade:

É indiscutível que a propaganda é o principal meio pelo qual o consumidor toma conhecimento das características de um produto, exercendo sua opção de compra em função dessas informações. ⁽¹¹⁾

¹⁰ Tóxicos - prevenção, repressão, comentários à Lei nº 6.368, de 21-10-1976. São Paulo, 1979, 2ª edição, Editora Saraiva, pag. 26.

¹¹ A ANVS e a Propaganda Enganosa, nota sobre a Medida Provisória nº 1.912-9, que atribuiu à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVS), competência para aprovar propaganda de produtos sujeitos ao seu controle, previamente à sua veiculação.

4.

A ambivalência nos efeitos da publicidade justifica a existência dos dois sistemas em torno dos quais divergem os especialistas: restringir ou proibir?

Com efeito, em razão do duplo efeito da publicidade, com a proibição da veiculação de anúncio do tabaco nos principais meios de comunicação social, não só o fabricante do produto fumígeno perde a oportunidade de estimular o consumo, mas também o Poder Público perde a oportunidade de informar sobre os males do hábito de fumar.

Quando um país altera o controle da publicidade do tabaco, afastando o sistema *restritivo* para adotar o *proibitivo*, corre-se o risco de acontecer o inverso do temido em relação às campanhas antidrogas: com o objetivo de não despertar a curiosidade sobre o cigarro, deixa-se o consumidor sem informação sobre os danos que o produto pode causar à saúde.

Além disso, também se discutiu, inclusive na Comunidade Européia, a eficiência do sistema de proibição da publicidade do tabaco, levando-se em conta que ela tem mais o sentido de disputa da preferência dos fumantes, e menos o de introduzir novos consumidores no hábito.

1.

506

Barbara Mueller, da Universidade Estadual de San Diego, assinala sobre esse aspecto da questão:

The European Council is currently meeting to review the pan-European ban on tobacco advertising. Economists have noted that a ban on such ads could cut smoking up to 5 percent. However, the proadvertising faction questions whether governmental banning of products is truly an effective means of changing consumer behavior, suggesting that advertising does not increase the number of smokers but simply maintains brand differentiation. ⁽¹²⁾

Em suma, *não é evidente que o sistema de controle da publicidade por proibição seja intrinsecamente melhor, para a saúde pública, que o de controle por restrição*. Além da perda da oportunidade de o Poder Público informar a população sobre os malefícios associados ao hábito do fumo, a eficiência da proibição de publicidade nos principais meios de comunicação é altamente questionável ⁽¹³⁾.

¹² *International advertising - Communicating across cultures*. Diversas cidades, 1995, Wadsworth Pub., pags. 228/229.

¹³ Em estudo encomendado pelo Instituto Nacional de Câncer, a Fundação Getúlio Vargas constatou queda de 53% no consumo de cigarros, no Brasil, no período entre 1987 (1.838 unidades por pessoa) a 1999 (975 unidades por pessoa). Durante esse período, a publicidade do cigarro só apresenta uma novidade estrutural, que é a inclusão das advertências do Ministério da Saúde. Desse modo, constata-se que não há relação direta entre propaganda comercial dos produtos fumígenos e aumento de consumo.

7

4. A Constitucionalização da disciplina jurídica da publicidade de tabaco no Brasil

O Brasil adota o sistema de controle *por restrição* da publicidade do tabaco. Pelo Projeto de Lei em questão, pretende o governo substituir o sistema pelo de controle *por proibição*.

Como já assentado de início, não existe a proibição absoluta de publicidade, que alcance todos os veículos. Quando o direito controla a publicidade pelo sistema *proibitivo*, obsta a veiculação de anúncios de produtos fumígenos nos principais meios de comunicação social, mas o permite nas mídias de menor alcance (no mínimo, na embalagem).

Quando o Projeto de Lei em exame estabelece que "a propaganda comercial dos produtos (de fumo) só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda", não se trata de uma *restrição*, mas sim de verdadeira *proibição*, posto que os veículos autorizados têm importância menor na divulgação de qualquer marca de cigarro.

É claro que qualquer país pode alterar o sistema jurídico de controle da publicidade do tabaco. Para fazê-lo, contudo, deve ser utilizado o instrumento normativo correto. Nos direitos de tradição românica, se a *lei* preceitua o sistema de controle *por restrição*, um *decreto* não poderá mudá-lo.

208

No Brasil, o sistema de controle da publicidade do tabaco é matéria constitucional e, portanto, somente uma Emenda à Constituição poderá validamente alterá-lo.

Esta é uma particularidade do direito brasileiro sobre o assunto: a matéria foi alçada ao plano constitucional, característica desconhecida por qualquer outra ordem jurídica.

Como é sabido, a Constituição do Brasil de 1988 possui alcance incomum, larguíssimo. O constituinte brasileiro elevou para o bojo da Carta o tratamento de matérias que, na tradição do constitucionalismo francês e norte-americano, são estranhas ao Texto Fundamental. Assim, a Constituição Federal cuida, por exemplo, da duração da licença gestante (art. 7º, XVIII), prescrição da ação trabalhista (art. 7º, XXIX), percentual máximo de despesas com folha de pagamento das Câmaras de Vereadores (art. 29, § 1º), aposentadoria dos servidores públicos (art. 40), percentuais da repartição da receita tributária nacional (arts. 157, II, 158, III a IV, e seu parágrafo único, e 159), usucapião (arts. 183 e 191), taxa de juros (art. 192, § 3º), valor da gratificação natalina de aposentados e pensionistas (art. 201, § 6º), **regime de controle da publicidade do tabaco**, bebidas alcóolicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º), imputabilidade penal (art. 228) e o Ministério a quem compete fiscalizar e controlar o comércio exterior (art. 237).

✓



Atento a essa marca do direito constitucional brasileiro da atualidade, José Afonso da Silva, um dos entusiastas da amplitude da Constituição de 1988, esclarece que:

... as constituições contemporâneas apresentam-se recheadas de normas que incidem sobre matérias de natureza e finalidades as mais diversas, sistematizadas num todo unitário e organizadas coerentemente pela ação do poder constituinte que as teve como fundamentais para a coletividade estatal. Essas normas, geralmente agrupadas em títulos, capítulos e seções em função da conexão do conteúdo específico que as vincula, dão caráter polifacético às constituições, de que se originou o tema denominado elementos das constituições. ⁽¹⁴⁾

A disciplina jurídica de controle da publicidade do tabaco integra a Constituição *em sentido formal*, isto é, por não se tratar de tema atinente à estrutura do estado, organização dos poderes e direitos e garantias fundamentais, ganha relevância constitucional apenas pela hierarquia da norma jurídica que a abriga.

De fato, dispõem o art. 220 e seus §§ 3º e 4º, da Constituição Federal:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não

¹⁴ Curso de direito constitucional positivo. São Paulo, 1992. 8ª edição, Malheiros, pag. 45.

7.

sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 3º. Compete à lei federal:

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º. A propaganda comercial de tabaco (...) estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Na norma constitucional acima, **não** é prevista proibição de veiculação de publicidade nos principais meios de comunicação social. Pelo contrário, o constituinte é expresso ao mencionar “restrições”, determinando que serão estabelecidas com vistas a garantir à pessoa e à família meios de defesa contra “propaganda de produtos que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

Se a vontade do constituinte tivesse sido a de *proibir* a veiculação de publicidade de tabaco nos principais veículos de comunicação social, ele deveria ter sido expresso no § 4º, do art. 220, já que assegura, no *caput* do mesmo dispositivo, a liberdade de informação sob “qualquer forma, processo ou veículo”.



O direito brasileiro, em suma, **constitucionalizou** o sistema de controle *por restrições* da publicidade do tabaco; se o governo ou qualquer parlamentar entender conveniente a alteração desse sistema, deve propor ao Congresso uma Emenda Constitucional. Uma lei ordinária – como a projetada pela iniciativa do Poder Executivo em foco – que pretendesse introduzir o sistema de controle de publicidade *por proibição* no direito brasileiro, seria inequivocamente inconstitucional.

5. O regime de livre concorrência e o direito de promover publicidade

A Constituição Federal, ao dispor sobre a ordem econômica, consagra os princípios da liberdade de iniciativa e concorrência. Já no art. 1º, IV, *in fine*, elege a “livre iniciativa” como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A lembrança, logo no preceito inaugural, da liberdade de empreender tem significado bem preciso, apontado, entre outros, por Werter Faria:

O que surpreende no texto da Constituição é a inclusão da livre iniciativa entre os princípios fundamentais da República brasileira. Portanto, a admissão do princípio da liberdade de empresa, não como direito fundamental dos indivíduos, mas como base do estado democrático de direito. Nessas condições, assume extraordinária importância a determinação do conteúdo do princípio da livre iniciativa. Para este efeito, devemos

7

ponderar a diferença que existe em classificá-la como regra de valor constitucional, que protege o regime econômico neocapitalista, ou preceito destinado a fixar diretamente na Constituição o sistema econômico e social e conferir-lhe a magnitude de princípio fundamental do Estado.⁽¹⁵⁾

Ao tratar, a partir do art. 170, especificamente da estruturação da ordem econômica, a Constituição reitera que esta ordem é fundada na “livre iniciativa” e se guia pelo princípio da “livre concorrência”, dentre outros⁽¹⁶⁾. Os empresários atuando no Brasil, portanto, têm assegurado um direito constitucional, o de concorrerem com liberdade⁽¹⁷⁾.

A publicidade, todos sabem, é instrumento privilegiado de concorrência econômica entre as empresas, na economia contemporânea. É através dela, principalmente, que o empresário pode informar aos potenciais consumidores as características próprias de seus produtos ou serviços, preço e virtudes, distinguindo-os dos fornecidos pela

¹⁵ *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e concorrência*, Porto Alegre, 1990, Sergio Fabris editor, pag. 106.

¹⁶ Há quem distinga entre liberdade de iniciativa e de concorrência, relacionando a primeira ao estabelecimento de novas atividades econômicas e a segunda, à das práticas empresariais de conquista de mercado. Essa distinção, contudo, não tem nenhuma implicação, até mesmo porque não há a hipótese de liberdade de iniciativa sem liberdade de concorrência, ou vice-versa (Cfr. meu *Direito antitruste brasileiro*, São Paulo, 1995, Editora Saraiva, pag. 56).

¹⁷ Em meu *Curso de direito comercial*, anotei: “... o prestígio que a liberdade de iniciativa recebe da Constituição significa, também, o reconhecimento de um direito titularizado por todos: o de *explorarem atividades empresariais*. Disso decorre o dever, imposto à generalidade das pessoas, de respeitarem o mesmo direito constitucional, bem como a ilicitude dos atos que impeçam o seu pleno exercício. Em duas direções se projeta a defesa do direito à livre iniciativa: contra o próprio estado, que somente pode ingerir-se na economia nos limites constitucionalmente definidos e contra os demais particulares” (São Paulo, 2 000, Editora Saraiva, vol. 1, pag. 182).



concorrência. Na economia de massas do nosso tempo, não há outro meio de o empresário fazer conhecido sua marca e seus produtos.

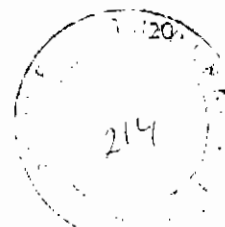
Com a publicidade de tabaco não é diferente. Os fabricantes de produto de fumo disputam a preferência dos fumantes, através da publicidade.

Se a lei ordinária proibir a veiculação da publicidade do tabaco nos principais meios de comunicação em massa, ela estará subtraindo dos empresários do setor um dos instrumentos do exercício do direito de livre concorrência. Na verdade, em vista da importância de que se reveste a publicidade, pode-se dizer que a lei estará até mesmo cerceando o próprio direito de livre competição.

Nesse contexto, dois pontos merecem destaque.

O primeiro: a proibição da publicidade do tabaco nos principais meios de comunicação em massa representaria obstáculo intransponível ao acesso de novos empresários ao mercado, porque não disporiam de nenhum instrumento capaz de divulgar a marca ingressante junto ao grande número de fumantes, perdendo escala. O custo de ingresso, em outros termos, seria proibitivamente elevado.

1/2



O *segundo*: a harmonização das normas jurídicas que influem na competitividade das empresas é condição para o desenvolvimento do MERCOSUL, Mercado Comum do Sul. Na medida em que os países do bloco regional adotem regras diferentes para o controle da publicidade do tabaco, criam-se vantagens e desvantagens competitivas, incompatíveis com o desenvolvimento do processo de consolidação do mercado comum.

O controle *por restrições* na publicidade, enquanto torna os limites admissíveis da promoção publicitária comuns a todos os empresários dedicados ao tabaco, não impede a concorrência, nem obsta o acesso de novas empresas ao mercado relevante. Também não cria, por outro lado, nenhuma desvantagem competitiva, tendo em vista que Argentina, Uruguai e Paraguai controlam a publicidade do tabaco pelo mesmo regime atualmente adotado pelo Brasil (*por restrições*)⁽¹⁸⁾. Está, desse modo, o direito brasileiro sobre a matéria inteiramente compatibilizado com o processo de criação do bloco econômico regional MERCOSUL.

Por sua vez o controle *por proibição* afronta os princípios da liberdade de concorrência consagrados na Constituição Federal e, enquanto não se traduzir numa harmonização dos direitos vigentes nos

¹⁸ Tenha-se presente que também o Chile e o México, parceiros preferenciais do MERCOSUL, e prováveis futuros integrantes do processo de integração econômica regional, também adotam o sistema de controle da publicidade do tabaco *por restrições*.

4.



países integrantes do Mercado Comum do Sul, entra em conflito com os pressupostos da integração econômica.

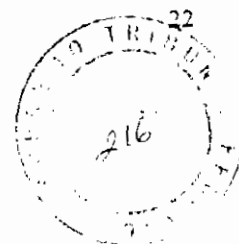
A incompatibilidade do Projeto de Lei frente ao direito constitucional de livre concorrência também invalida as proibições que pretende contemplar relativamente a certas práticas usuais de *marketing*, especificamente a distribuição de amostras ou brindes, o patrocínio de atividades culturais ou esportivas, anúncios em locais públicos de reunião, como estádios, velódromos e outros.

6. Conclusão: as inconstitucionalidades do PL 3.156/2000

Concluindo, o Projeto de Lei nº 3.156/2000, que proíbe a publicidade de tabaco nos principais meios de comunicação em massa e veda certas práticas de *marketing*, é inconstitucional.

Em primeiro lugar, porque a disciplina jurídica do sistema de controle da publicidade dos produtos de fumo, no direito brasileiro em vigor, está constitucionalizada e a mudança desse sistema só pode ser feita por via de Emenda Constitucional.

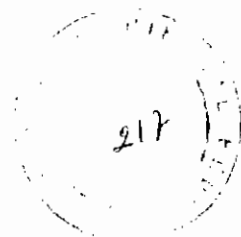
4.



Em segundo lugar, porque, mesmo abstraindo a constitucionalidade da disciplina jurídica do sistema de controle, a lei não poderia proibir a publicidade do tabaco nos principais meios de comunicação sem ferir o regime constitucional da ordem econômica, fundado na livre iniciativa e concorrência.

São Paulo, 18 de julho de 2.000

Fábio Ulhoa Coelho



DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

- ✓ Exibição de imagem de contrapropaganda em embalagens. Limites de imposição e condições de aplicação das normas reguladoras no direito brasileiro. Devido processo legal. A hipótese de imposição ordinatória de obrigação de contrapropaganda. A processualidade aberta como condição de legitimação do poder em concreto. Arbítrio e segurança jurídica.

PARECER



**CONSULENTE
SOUZA CRUZ S.A.**

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

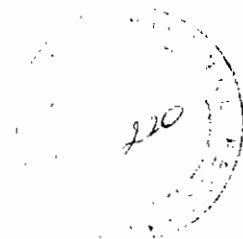


PARECER

CONSULENTE – SOUZA CRUZ S.A.

EMENTA

**IMPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA
DE EXIBIÇÃO DE IMAGEM DE
CONTRAPROPAGANDA EM
EMBALAGENS DE PRODUTOS
FUMÍGENOS E DE OUTRAS
PRESCRIÇÕES CONSTRITIVAS E
ABLATIVAS DE DIREITOS –
LIMITES DE IMPOSIÇÃO E
CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO DAS
NORMAS REGULADORAS NO
DIREITO BRASILEIRO – A
INAFASTABILIDADE DA
OBSERVÂNCIA DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL – A HIPÓTESE DE
IMPOSIÇÃO ORDINATÓRIA DE
OBRIGAÇÃO DE
CONTRAPROPAGANDA AOS
PRÓPRIOS PRODUTOS – A
PROCESSUALIDADE ABERTA COMO
CONDIÇÃO DE LEGITIMAÇÃO DO
PODER EM CONCRETO –
CONSIDERAÇÕES SOBRE
ARBÍTRIO E SEGURANÇA JURÍDICA**



SUMÁRIO

1. **A CONSULTA - HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA IMPOSITIVA DE ADVERTÊNCIAS EM
PRODUTOS FUMÍGENOS**
 - 1.1. **A CONSULTA**
 - 1.2. **INÍCIO DO HISTÓRICO: A
REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA
IMPOSITIVA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO
DE 1988**
 - 1.3. **PRINCÍPIO GERAL DA PROPAGANDA E
PRECEITOS EXCEPCIONADORES
INSTITUÍDOS PELA CONSTITUIÇÃO DE
1988**
 - 1.4. **REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA
IMPOSITIVA POSTERIOR À
CONSTITUIÇÃO DE 1988**
 - 1.5. **LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO
ADMINISTRATIVA POSTERIORES À LEI Nº
9.294, DE 15 DE JULHO DE 1996**



1.6. A CRIAÇÃO DA ANVISA E A LEI Nº 9.782, DE 26 DE JANEIRO DE 1999

1.7. A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.134, DE 24 DE MAIO DE 2001, POSTERIORMENTE Nº 2.190 -34, DE 24 DE AGOSTO DE 2001, E A RESOLUÇÃO RDC Nº 104, DE 31 DE MAIO DE 2001.

2. AS QUESTÕES SUSCITADAS PELA IMPOSIÇÃO DE ADVERTÊNCIA POR IMAGENS NA RESOLUÇÃO RDC Nº 104/2001

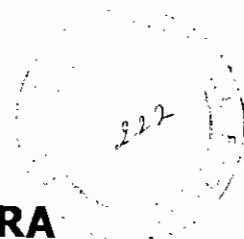
2.1. A OPÇÃO CONCILIADORA DA CONSULENTE

2.2. AS AÇÕES AJUIZADAS

2.3. A SITUAÇÃO DE INSEGURANÇA JURÍDICA DA CONSULENTE

2.4. OS QUESITOS APRESENTADOS

3. O MÉTODO EXPOSITIVO



4. LIMITES DA COMPETÊNCIA REGULADORA

- 4.1. NATUREZA DA REGULAÇÃO – A DESLEGALIZAÇÃO**
- 4.2. LIMITES À DESLEGALIZAÇÃO REGULADORA – A RESERVA LEGISLATIVA ESPECÍFICA**
- 4.3. LIMITES À DESLEGALIZAÇÃO REGULADORA – A LEGISLAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA**
- 4.4. CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO DA NORMA REGULADORA – A LEGITIMAÇÃO APLICATIVA PELO DEVIDO PROCESSO DA LEI – O DIREITO A SER OUVIDO – A ESSENCIALIDADE DA PARTICIPAÇÃO NA REGULAÇÃO**
- 4.5. EXAME DA HIPÓTESE DE IMPOSIÇÃO DE IMAGEM DE ADVERTÊNCIA NA EMBALAGEM DOS PRODUTOS FUMAGEIROS ATRAVÉS DE UMA MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE COMPLEMENTA POR NORMAS REGULADORAS INVÁLIDAS E SE APLICA ATRAVÉS DE PROCESSO CARENTE DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL**

5. A CONTRAPROPAGANDA NO DIREITO BRASILEIRO

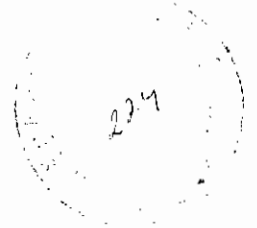
5.1. NATUREZA JURÍDICA *SANCIONATÓRIA* DA CONTRA-PROPAGANDA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5.2. A MODALIDADE *ORDINATÓRIA* DE CONTRAPROPAGANDA NÃO AFASTA A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROTETIVOS EM QUALQUER HIPÓTESE DE PRÁTICA DE ATOS PRIVADORES DE DIREITOS SOBRE BENS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

5.3. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA IMPOSIÇÃO DA CONTRAPROPAGANDA EM QUALQUER DE SUAS DUAS MODALIDADES, A SANCIONATÓRIA E A ORDINATÓRIA

6. A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

6.1. OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROIBIÇÃO DE ARBÍTRIO COMO FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO



**6.2. AS PRETENSÕES DA CONSULENTE QUE
EMERGEM DA HIPÓTESE EM EXAME**

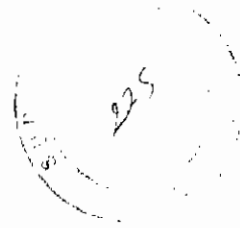
**6.3. AS MEDIDAS ACONSELHÁVEIS PARA
FAZER FACE ÀS
INCONSTITUCIONALIDADES E À
ILEGALIDADE APONTADAS E PROMOVER
O NECESSÁRIO ACAUTELAMENTO CONTRA
DANOS EMERGENTES E LUCROS
CESSANTES IMPOSTOS À CONSULENTE**

7. CONCLUSÕES DO PARECER

7.1. SÍNTESE

7.2. RESPOSTAS AOS QUESITOS

7.3. RECOMENDAÇÕES COMPLEMENTARES



PARECER

1. A CONSULTA - HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA IMPOSITIVA DE ADVERTÊNCIAS EM PRODUTOS FUMÍGENOS

1.1. A CONSULTA

A **SOUZA CRUZ S.A.**, antiga e conceituada empresa do ramo da indústria do tabaco, sentindo-se insegura no desenvolvimento de suas atividades econômicas, busca orientação jurídica e aconselhamento.

A empresa vem sendo afetada por sucessivas e progressivamente mais onerosas obrigações determinadas pelo Poder Público Federal, a que tudo indica, tomadas com precária fundamentação constitucional e legal e com exíguos prazos para cumprimento de pletóricas exigências, culminando com injunções mais recentes, tais como o **banimento de**

226

propaganda externa, a obrigação de perfazer minuciosas análises químicas em seus produtos e a imposição da obrigação de veicular em suas embalagens uma drástica contrapropaganda de seus produtos, o que não apenas a vem constringendo a suportar pesados custos operacionais como a se ressentir de reiteradas repercussões econômicas negativas em suas relações comerciais com os consumidores.

Como sua atividade é inequivocamente **lícita**, e como tal constitucionalmente reconhecida de modo expresso no art. 202, § 4º, da Carta Magna, a CONSULENTE entende ter direito a que se observe uma **clara e inequívoca definição dos limites da ação do Estado, em termos de legalidade e de legitimidade das imposições que vem aplicando** à sua atividade industrial.

Com efeito, não é difícil aquilatar o quanto essa situação a faz sentir-se à míngua das indispensáveis garantias para trabalhar e produzir em seu ramo de atividade econômica, ante uma escalada de exigências que se inicia com uma Portaria, em 1988, e vem de alcançar seu clímax com a Medida Provisória nº 2.190, de 23 de agosto de 2001, e com recentes Resoluções baixadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que extrapolam de suas recém cometidas **funções reguladoras**.

Esta é, pois, a razão de formular-se esta Consulta, que se passa a considerar e a responder meditada e fundamentadamente neste Parecer, em particular concentrado sobre o tema atual e crucial **dos limites constitucionais de aplicação pelo Poder Público da impositividade de contrapropaganda nos produtos do tabaco**.

1.2. INÍCIO DO HISTÓRICO: A
REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA
IMPOSITIVA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO
DE 1988

A **indústria fumageira** é um bem sucedido setor agro-industrial de nosso País, pois que se desenvolve em cerca de cinquenta fábricas em todo o País, emprega vinte e sete mil trabalhadores em atividades diretas, gera por ano 6,6 bilhões de reais, dos quais recolhe 3,6 bilhões de reais de impostos, mas, por suas peculiaridades, se sujeita a condicionantes administrativos sociais de natureza sanitária.

Antes mesmo da **Constituição de 5 de outubro de 1988**, que instituiu uma específica previsão de polícia sanitária quanto à comercialização do **tabaco**, consistente na veiculação de **advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso** (art. 220, § 4º, *in fine*), o setor já havia sido alvo de **restrições impostas por atos administrativos**, como se pode verificar do conteúdo da **Portaria nº 490, de 23 de agosto de 1988**:

"II – As empresas produtoras ficam obrigadas, em todo o território nacional, a inserir, nos maços de cigarro, nas cartelas de cigarilha, nas embalagens de charuto e nas embalagens de fumo para cachimbo ou para confecção manual do cigarro, de forma clara e

legível, em cores contrastantes, e sem que se faça referência a alguma disposição legal ou regulamentar, em área destacada de outras informações, inclusive de selo, a seguinte advertência: O MINISTÉRIO DA SAÚDE ADVERTE: Fumar é Prejudicial à Saúde.

A expressão "O MINISTÉRIO DA SAÚDE ADVERTE" será em maiúsculas, bem como a primeira letra de cada palavra da expressão "Fumar é Prejudicial à Saúde", no padrão "UNIVERS NORMAL CORPO 9.

A inscrição da advertência especificada neste item será exigível para todos os produtos que saiam da fábrica após o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, contados da publicação desta Portaria.

III – Não se aplicam as disposições do item II aos cigarros destinados à exportação."

1.3. PRINCÍPIO GERAL E PRECEITOS EXCEPCIONADORES DA PROPAGANDA INSTITUÍDOS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A ordem constitucional inaugurada no País em 1988, pouco mais de um mês depois de editada a norma administrativa acima transcrita, dispôs especificamente sobre a

229
comunicação social em Capítulo destacado (V), inserto em Título (VIII) dedicado aos princípios e preceitos atinentes à **ordem social**.

Nele, o constituinte explicitou, no art. 220, *caput*, o **princípio geral da livre comunicação social**, consentâneo com a **liberdade pública** que já fora enunciada no artigo 5º, inciso IX, do Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, ao declarar "*livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de **comunicação**, independente de censura ou licença*", fazendo-o com a seguinte redação:

*"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta **Constituição**."*

Os dois parágrafos seguintes deste artigo explicitam enfaticamente a **integral aplicação do princípio** quanto aos **veículos de comunicação social** (§ 1º) e com a proscrição da **censura política, ideológica e artística** (§ 2º).

Todavia, porque previstas **exceções constitucionais ao princípio**, os parágrafos seguintes as contém, em estrita referência às **diversões** e aos **espetáculos públicos** (§ 3º, I), aos **programas e programações de rádio e televisão** e à **propaganda de produtos e práticas de serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente** (§ 3º, II).

230

Com relação a estes **produtos e serviços potencialmente nocivos à saúde e ao meio ambiente**, o **Poder Público** ficou excepcionalmente autorizado a **intervir, sempre por lei federal**, temperando, assim, o princípio da liberdade de comunicação:

Primo, pela **regulação das diversões e espetáculos públicos**, cabendo-lhe a **divulgação de informações** sobre a natureza das diversões e espetáculos públicos, sobre as faixas etárias a que não se recomendam e aos locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

Secundo, pela abertura de **meios legais** para que as pessoas e as famílias (organizadas) possam se defender de programas de conteúdo considerado anti-social (art. 221) bem como da **propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente**; e

Tertio, pelo destaque, dentre esses, de **quatro produtos específicos**, a saber: o **tabaco**, as bebidas alcoólicas, os agrotóxicos e os medicamentos, e destacadamente de um serviço, o de aplicação de terapias, prescrevendo que todos eles também se submeteriam aos **meios legais que viessem a ser instituídos** para que as pessoas e as famílias (organizadas) pudessem se defender da propaganda e, mais ainda, e destacadamente: **à imposição de advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso**.

Assim se lêem os preceitos constitucionais que, como se expôs, **expressam as exceções** à regra geral da liberdade de propaganda:

Art. 220.

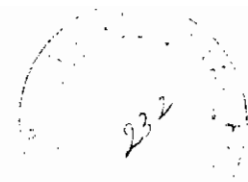
.....

§ 3º. Compete à lei federal:

I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em sua apresentação se mostre inadequada;

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

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



Este último **preceito** constitucional transcrito (art. 220, § 4º) – que **faculta** (*sempre que necessário*) uma **imposição de advertência** – é que institui, no direito brasileiro, a **modalidade de intervenção social, como exceção ao princípio geral da liberdade de propaganda**, sobre o qual gravita este Parecer.

Por excepcionar um princípio constitucional, aí está a razão da **definição casuística da intervenção** ter ficado enfaticamente submetida a uma **reserva legal específica**, para que a **União** a prescreva, embora sempre o fazendo **limitada à estrita finalidade**, que também está nitidamente posta, que é a de meramente **informar sobre os malefícios decorrentes do uso daqueles produtos e serviço** expressamente referidos, entre os quais o **tabaco**.

1.2. REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA POSTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Não obstante o novo enquadramento constitucional, a Administração Federal, através do Ministério da Saúde, persistiu na prática de regulamentar, sem prévia lei, a imposição de advertências quanto ao uso do tabaco através de **Portarias**, como se pode constatar do extenso elenco desses atos

normativos menores que se estende por cinco anos a fio, de 1990 a 1995.

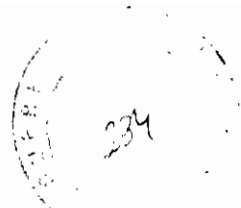
A **Portaria nº 731, de 31 de maio de 1990**, praticamente reedita a sua antecessora, a Portaria nº 490, de 25 de agosto de 1988:

"Art. 1º - As empresas produtoras de cigarros, cigarrilhas, charutos, fumo para cachimbo, papel para confecção manual de cigarros, ficam obrigadas a inserir nas embalagens e em toda sua comunicação publicitária mercadológica e/ou institucional, a advertência "O MINISTÉRIO DA SAÚDE ADVERTE: FUMAR É PREJUDICIAL A SAÚDE", composta no tipo UNIVERSO, todo em caixa alta e ser aplicada de forma proporcional."

Parágrafo único - O Caput deste artigo não se aplica aos cigarros destinados à exportação."

Segue-se a **Portaria nº 1.050, de 8 de agosto de 1990**, que repete a anterior, eliminando porém a sadia preocupação com a proporcionalidade:

"Art. 1º. As empresas produtoras de cigarros, cigarrilhas, charutos, fumo para cachimbo, fumo para confecção manual de cigarros e fumo para mascar, ficam obrigadas a inserir nas embalagens e na publicidade, como discriminado no corpo desta Portaria, a advertência "O MINISTÉRIO DA SAÚDE ADVERTE:



FUMAR É PREJUDICIAL À SAÚDE", composta em tipo "UNIVERS", todo em letras maiúsculas.

§ 1º - O disposto neste artigo não se aplica os produtos de fumo destinado à exportação."

A Portaria nº 2.169, de 19 de dezembro de 1944, que se seguiu, já é bem detalhista, ao invadir a competência preceitual constitucionalmente reservada à lei, até mesmo com a indicação da área das embalagens comprometida com as advertências:

"Art. 1º. As empresas tabageiras ficam obrigadas, em todo o território nacional, a inserir nas duas faces maiores da embalagem dos produtos do tabaco, tais como maços e pacotes de cigarros, cartelas de cigarrilhas, embalagens de charuto de fumo para cachimbo ou para confecção manual de cigarros, entre outros, sem que se faça menção a disposição legal ou regulamentar, advertências com mensagens rotativas, acompanhadas de pictogramas, falando claramente sobre os diversos malefícios decorrentes do seu uso.

Art. 2º. - As advertências referidas anteriormente valem para todas as embalagens de derivados do tabaco, produzidas para consumo no País, ou importadas para a mesma finalidade.

§ 1º. - As advertências a que se refere o caput deste artigo - compostas de texto e pictogramas - deverão ser as constantes do anexo a.

§ 2º. - As advertências serão rotativas, podendo ser escolhida pela empresa a seqüência a ser utilizada, devendo ser assegurado, no entanto, que qualquer marca do produto do tabaco, comercializada no País, veicular as 8 mensagens acompanhadas dos pictogramas referentes discriminadas no anexo 7.

§ 3º. - O texto de advertência deverá ser em caracteres da família tipográfica Helven, variação BOLD caixa alta, com corpo 10, ocupando 25% da superfície das duas faces maiores da embalagem e produtos, em sua parte superior. Durante a metade do período, a mensagem deverá ser escrita em branco com fundo preto, e na outra metade, escrita em preto com fundo branco. As mensagens e os respectivos pictogramas deverão ser circundados por uma faixa de cor (preto ou branco) contrastante, com espessura mínima de 1 (um) milímetro."

Como a constitucionalidade dessa Portaria nº 2.169, de 19 de dezembro de 1944, tivesse sido vivamente contestada pelos vários setores empresariais interessados, o Poder Público conciliatoriamente baixou a **Portaria nº 50, de 17 de janeiro de 1995**, que interrompeu seus prazos em curso e constituiu um **Grupo de Trabalho**, integrado por representantes de órgãos públicos e de setores interessados, com o objetivo de **ampliar o universo de consultas e de proporcionar condições de negociação de novas regras**.

Desse incipiente e informal, mas, por tudo, elogiável ensaio de consensualidade, resultou um novo ato normativo administrativo: a **Portaria Interministerial nº 477, de 24**

de março de 1995, que adotou como condições de veiculação de mensagens de advertência uma **Carta-compromisso** firmada por representantes da indústria do tabaco e de entidades de publicidade.

Não seria, por certo, a adequada satisfação da reserva legal específica, embora naquela iniciativa houvesse o mérito de ter sido uma frutífera experiência de uma ainda precária, mas valiosa administração consensual.

1.3. LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA POSTERIORES À LEI Nº 9.294, DE 15 DE JULHO DE 1996

O tardio e, ao que parece, relutante atendimento da reserva legislativa dos §§ 3º e 4º do art. 220 da Constituição só se viria a dar, com a edição da **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**, que dispôs, enfim, **no devido nível normativo**, sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, destacando-se, no que concerne ao tabaco, os seguintes preceitos:

238

"Art. 3º.

.....

§ 2º. A propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência escrita e/ou falada sobre os malefícios do fumo, através das seguintes frases, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, todas precedidas da afirmação "O Ministério da Saúde Adverte":

I - fumar pode causar doenças do coração e derrame cerebral;

II - fumar pode causar câncer do pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar;

III - fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê;

IV - quem fuma adoece mais de úlcera do estômago;

V - evite fumar na presença de crianças;

VI - fumar provoca diversos males à sua saúde.

.....

§ 4º. Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo 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."

Essa Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, veio a ser regulamentada pelo **Decreto nº 2.018, de 1º de outubro de 1996**, que se cingiu às restrições materiais impostas pela lei, acima transcritas.

1.4. A CRIAÇÃO DA ANVISA E A LEI Nº 9.782, DE 26 DE JANEIRO DE 1999.

Com a instituição do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e a criação da **Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA**, assim se definiu a competência da nova Agência em relação ao tema em questão, na **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**:

"Art. 8º. Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

.....

§ 1º. *Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:*

.....

X – cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco;"

Essa Lei foi regulamentada pelo **Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999**, que aprovou o **Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA**.

Seguiu-se a **Portaria nº 695, de 1º de junho de 1999, do Ministro de Estado da Saúde**, que, já não mais podendo acrescentar restrições e condicionamentos sobre a matéria, limitou-se, como ela própria o afirmou, a "divulgar" o teor das advertências, na linha do determinado na Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e do definido na Portaria Interministerial nº 477, de 24 de março de 1995 e na já referida Carta-compromisso, com ela publicada.

Destarte, uma primeira regulação da nova Agência setorial para a vigilância sanitária dirigida à indústria tabageira e a seus produtos só viria a ser editada três anos depois, com a **Resolução de nº 320, de 21 de julho de 1999**, instituindo um **registro** anual para esses produtos e uma **taxa** de expediente respectiva.

Sucedeu-se, no ano seguinte, a **Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000**, que veio alterar a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, acrescentando-lhe alguns dispositivos e dando nova redação a existentes, instituindo, entre outras medidas

constitutivas da publicidade e da comercialização, o discutível **banimento da propaganda dos produtos fumígenos**, exceto na parte interna dos locais de venda (art. 3º), e, como acréscimo impositivo, a obrigatoriedade de **inserção das advertências escritas**, impostas pelo art. 3º, § 2º da Lei alterada, nas embalagens e nos maços de produtos fumígenos:

"Art. 3º.

.....
§ 2º. A embalagem, exceto a destinada à exportação, e o material de propaganda referido neste artigo conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior."

determinando ainda, no mesmo artigo, que:

§ 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."

Mas este quadro, em que finalmente se havia instituído por **lei ordinária** a imposição da publicação de advertências escritas, não chegou a vigorar por cinco meses, alterado que viria a ser, sucessivamente, por Medida Provisória e por Resolução da ANVISA, a seguir destacadamente consideradas.

1.5. **A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.134, DE 24 DE MAIO DE 2001 E A RESOLUÇÃO RDC Nº 104, DE 31 DE MAIO DE 2001.**

A **Medida Provisória nº 2.134, de 24 de maio de 2001**, entre outras alterações relevantes, modificou os parágrafos 2º e 3º do art. 3º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, para dar-lhes a seguinte redação:

"Art. 3º.

§ 2º. A propaganda conterá, 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.

*§ 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.***

A parte acima destacada em grifo constitui-se, portanto, no **preceito legal que marca a introdução, inovada nesse**

242

específico nível legislativo, que foi de ato normativo com força de lei, da imposição de ilustrar-se o sentido das mensagens de advertência antitabagista com *imagens* ou *figuras*, sendo essa inovação preceitual a que veio a se tornar o respaldo jurídico para a regulamentação de execução que foi editada pela ANVISA, constante da Resolução nº 104, de 31 de maio de 2001.

Posteriormente, o texto da **Medida Provisória nº 2.134, de 31 de maio de 2001**, com ampliações, recebeu **nova numeração**, como **Medida Provisória nº 2.190, de 23 de agosto de 2001**, com o designativo seqüencial **nº 34**, que atualmente se encontra em vigor.

Com efeito, a **Resolução nº 104, de 31 de maio de 2001**, em que se fazia expressa referência à Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, à Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000 e à Medida Provisória nº 2.134-33, de 21 de julho de 2001 (atual Medida Provisória nº 2.190, de 23 de agosto de 2001), **com invocação da competência reguladora**, muito embora não tivesse sido precedida de qualquer processo de consulta ou de negociação com as entidades interessadas do setor, assim preceituou:

Art. 1º. Todos os produtos fumígenos derivados do tabaco conterão na embalagem e na propaganda, advertência ao consumidor, sobre os malefícios decorrentes do uso destes produtos.

§ 1º. Entende-se por embalagem, os maços, carteiras ou box, pacotes, latas, caixas e qualquer outro

dispositivo para acondicionamento dos produtos que vise o mercado consumidor final.

§ 2º. Entende-se por propaganda, os pôsteres, painéis e cartazes afixados na parte interna dos locais de venda.

Art. 2º Para os produtos fumígenos derivados do tabaco, as advertências abaixo transcritas serão usadas de forma simultânea ou seqüencialmente rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, de forma legível e ostensivamente destacada, e serão acompanhadas por imagens, todas precedidas da afirmação "O Ministério da Saúde Adverte":

- 1. FUMAR CAUSA MAU HÁLITO, PERDA DE DENTES E CÂNCER DE BOCA.*
- 2. FUMAR CAUSA CÂNCER DE PULMÃO*
- 3. FUMAR CAUSA INFARTO DO CORAÇÃO*
- 4. QUEM FUMA NÃO TEM FÔLEGO PARA NADA*
- 5. FUMAR NA GRAVIDEZ PREJUDICA O BEBÊ*
- 6. EM GESTANTES, O CIGARRO PROVOCA PARTOS PREMATUROS, O NASCIMENTO DE CRIANÇAS COM PESO ABAIXO DO NORMAL E FACILIDADE DE CONTRAIR ASMA*
- 7. CRIANÇAS COMEÇAM A FUMAR AO VEREM OS ADULTOS FUMANDO*

21/11

8. *A NICOTINA É DROGA E CAUSA DEPENDÊNCIA*

9. *FUMAR CAUSA IMPOTÊNCIA SEXUAL*".¹

E a esse ponto entram as **inovações na imposição de advertência**, editadas de inopino e sem prévia definição legal que as respaldassem, que para facilidade de identificação vão grifadas nos textos que se seguem:

"Da Embalagem

Art. 3º Para as embalagens de cigarros, denominadas "maços" ou "box", a advertência, a imagem, a logomarca e o número do serviço Disque Pare de Fumar, deverão ser impressos, na maior face visível ao consumidor, conforme a imagem padrão disponibilizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, através da página eletrônica: www.anvisa.gov.br ou por outros meios disponibilizados na sede da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

§ 1º. Para qualquer embalagem de produtos fumígenos derivados do tabaco, de tamanho igual a que se refere o caput deste artigo, a advertência, a imagem, a logomarca e o número do serviço Disque Pare de Fumar, deverão obedecer a todas as características gráficas e deverão ser inseridas na maior face visível ao

¹ A redação deste dispositivo não sofreu alteração nas sucessivas edições da Medida Provisória referida, nem quando da mudança de numeração ocorrida em 23 de agosto de 2001.

[Handwritten signature]

consumidor, conforme a imagem padrão disponibilizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

§ 2º. Para qualquer embalagem de produtos fumígenos derivados do tabaco, menor que as que se refere o caput deste artigo é de responsabilidade do fabricante ou importador, proporcionalizar a imagem padrão disponibilizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sem alterar as suas características gráficas, de forma a inseri-las na maior face visível ao consumidor .

§ 3º. Para qualquer embalagem de produtos fumígenos derivados do tabaco, maior que as que se refere o caput deste artigo, a advertência, a imagem, a logomarca e o número do serviço Disque Pare de Fumar, deverão obedecer a todas as características gráficas e deverão ser inseridas na parte inferior direita da maior face visível ao consumidor, conforme a imagem padrão disponibilizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Art. 4º. Para o cumprimento do disposto no artigo 3º da Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária n.º 46, de 28 de março de 2001, na embalagem dos cigarros, deverão ser impressos, em 2/3 do comprimento e toda a extensão da largura de uma de suas laterais, com letras na cor branca, sobre retângulo preto, os teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono, acompanhados da seguinte

246

informação adicional: "não existem níveis seguros para consumo destas substâncias".

Art. 7º Fica proibido o uso de qualquer tipo de invólucro ou dispositivo que impeça ou dificulte a visualização das advertências, das imagens, bem como da logomarca e do número do serviço Disque Pare de Fumar, nas embalagens dos produtos mencionados nesta Resolução.

Parágrafo único. O selo de controle da Secretaria da Receita Federal não poderá ser sobreposto às advertências, de forma que impeça ou dificulte a sua visualização.

Dos Prazos

Art. 8º. Fica estabelecido o prazo de 31 de janeiro de 2002, para o cumprimento do disposto nesta Resolução, utilizando-se cores especiais em substituição à técnica de policromia tradicional, para a impressão da advertência, da imagem, da logomarca e do número do serviço Disque Pare de Fumar.

Parágrafo único. Os produtos fabricados e distribuídos nos pontos de venda ao consumidor anteriormente ao prazo estabelecido neste artigo, poderão ser comercializados até a data de validade contida no selo de controle da Secretaria da Receita Federal.

Art. 9º As indústrias deverão cumprir até o dia 31 de janeiro de 2002, o disposto no inciso I, § 1º do art. 1º, no § único do artigo 2º e no § 3º do



247

artigo 3º da Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 46, de 28 de março de 2001.

Art.10. Toda inobservância do disposto nesta Resolução constitui infração de natureza sanitária, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977 e na Lei Federal nº 9.294 de 15 de julho 1996.

Art.11. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, através da Gerência de Produtos Fumígenos poderá estabelecer instruções normativas para situações não previstas nesta Resolução.

Art. 12. Esta Resolução da Diretoria Colegiada entra em vigor na data de sua publicação."

É bastante comparar as prescrições dessa Resolução com as prescrições transcritas da legislação existente para facilmente concluir-se que essa extensa normatividade administrativa de iniciativa da ANVISA, a pretexto de baixar o que se pretenderia que fosse uma ***norma reguladora***, em realidade ***inovou inúmeras imposições que não haviam sido impostas pelas leis ordinárias e nem mesmo, ainda que discutivelmente, como se verá, pela medida provisória editada***, entre as quais, destacadamente, aquelas contidas no artigo 3º, ***que se referem especificamente às imagens a serem exibidas nas embalagens de cigarros.***

[Handwritten signature]

24

Como se não bastasse a seqüência de surpresas, por derradeiro, pela **Resolução RDC nº 105, de 31 de maio de 2001, a ANVISA** baixa um sem número de preceitos, muitos deles de excepcional onerosidade e complexidade, a serem satisfeitos para a comercialização dos produtos da CONSULENTE, continuando a invocar **a competência reguladora**, embora, tanto quanto a Resolução anterior, **sem que se houvesse aberto e cumprido qualquer processo legal, constitucionalmente obrigatório, de consulta ou de negociação** com as entidades interessadas do setor.

Às tumultuadas **conseqüências** advindas da aplicação das imposições da Resolução nº 104, de 31 de maio de 2001, que são a seguir descritas, acrescidas às agravantes de terem sido exigidas sem processo legal prévio e em curtíssimos prazos para que as indústrias pudessem a elas adaptar seus respectivos sistemas produtivos (v. art. 9º), vieram ainda se somar outras mais e não menos graves preocupações suscitadas para o atendimento de uma bateria de prescrições "reguladoras" baixadas pela Resolução nº 105, da mesma data.

Estes fatos demonstram claramente a vulnerabilidade do setor industrial da CONSULENTE à ação administrativa que, embora e por certo, bem intencionada, **exacerba no conteúdo e na medida dos limites constitucionais adscritos exclusivamente à ação legislativa.**

É o que se demonstrará adiante

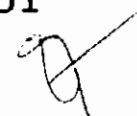
249

2. AS QUESTÕES SUSCITADAS PELA IMPOSIÇÃO DE ADVERTÊNCIA POR IMAGENS NA RESOLUÇÃO RDC Nº 104/2001

2.1. A OPÇÃO CONCILIADORA DA CONSULENTE COMO POLÍTICA DE EMPRESA

Desde logo, cumpre ressaltar que a CONSULENTE, tal como o tem feito tradicionalmente, seguindo política conciliativa da empresa, **dispôs-se serenamente a cumprir as novas exigências.**

E assim o fez, não obstante as inúmeras **dúvidas jurídicas**, suscitadas tanto pela Medida Provisória nº 2.134, de 24 de maio de 2001, quanto pela regulamentação baixada pela ANVISA, os **elevados custos** das providências industriais impostas, os **exíguos prazos** para satisfazê-las e, sobretudo, como adiante se desenvolverá neste Parecer, a evidente **extrapolação do conteúdo material**, pois o que deveria ser mera **medida restritiva, impositiva de advertência**, foi se tornando, de preceito em preceito, uma opressiva e exorbitante **medida sancionatória de contrapropaganda imposta à atividade econômica** da CONSULENTE; tudo, portanto, gravemente incidente sobre seus interesses empresariais.



E, com efeito, demonstrando exemplar acatamento às drásticas imposições, apenas com um pequeno dilargamento de prazos draconianos, que veio a ser bilateralmente negociado, a CONSULENTE passou a inserir, *na maior face visível ao consumidor*, conforme a imposição do Art. 3º, § 1º, da Resolução nº 104, de 31 de maio de 2001, as imagens policrômicas disponibilizadas pela ANVISA, o que vale dizer que nada menos do que **45,7 % de toda a área externa dos maços de seus produtos passou a ser ocupada pelas mensagens impostas pelo Poder Público**, restando-lhe apenas 54,3 % da área útil da embalagem do produto para atender à sua identificação no mercado e a todas as demais exigências para sua adequada comercialização.

Mas nem mesmo assim logrou, a CONSULENTE, a pretendida tranqüilidade, a que certamente visava ao aceitar sem discutir as novas imposições e, principalmente, a suportar a excessiva onerosidade industrial para atender ao prescrito, pois tão logo iniciada a comercialização dos novos maços e embalagens com a inserção das imagens disponibilizadas pela ANVISA, desencadeou-se uma série de **medidas judiciais** movidas por terceiros.

Este clima de insegurança se tornou ainda mais insuportável com o aparecimento de constantes indicações de que **estariam ainda por vir novas imposições do Poder Público**, que seriam baixadas por novas Portarias da ANVISA, com alterações e acréscimos às recém-estabelecidas e, como as anteriores, também de inopino e ao arrepio do devido processo legal constitucionalmente assegurado.

É o que, a seguir, se passa a detalhar.

2.2. AS AÇÕES AJUIZADAS

Cópias de peças de processos judiciais encaminhadas dão conta de que, até o momento, existem pelo menos duas ações em trâmite tendo por objeto o questionamento das imagens disponibilizadas pela ANVISA e obrigatoriamente veiculadas nas embalagens dos produtos da CONSULENTE.

A **primeira medida judicial** foi proposta em 15 de março próximo passado por Verônica Alegre Ribeiro Farias da Costa em face da União Federal, visando à condenação da ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), por utilização indevida de imagem que alega tratar-se de foto sua, datada de dezembro de 1995, época em que se submeteu a uma cirurgia e ficou internada por dez dias em um hospital público no Estado do Rio de Janeiro.

A autora formulou também pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, com vistas à suspensão da comercialização dos maços em que fosse exibida a imagem questionada que veiculava a advertência: "fumar causa câncer de pulmão".

O MM. Juízo da 23ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro concluiu por deferir o pedido de antecipação de tutela, em decisão cujo teor transcreve-se a seguir:

252

"Tendo em vista que a autora aparentemente não autorizou a utilização de sua imagem na campanha promovida pela União Federal e que a continuidade do uso de sua imagem, associada à doença e ao vício que visa a combater provocam irreparáveis e efetivos constrangimentos à autora e seus familiares, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA para determinar a suspensão da veiculação de qualquer material publicitário contendo a foto da autora na campanha contra o fumo promovida pela União Federal, notadamente nas embalagens de cigarros, devendo a indústria pertinentes abster-se de utilizar o material fotográfico fornecido pela União nas embalagens de seus produtos. Oficie-se à Souza Cruz S.A. para cumprimento imediato. Cite-se. Intime-se."

Contra tal decisão a CONSULENTE impetrou mandado de segurança, distribuído à 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tendo por objetivo a cassação do provimento antecipatório. O Exmo. Sr. Juiz Relator Castro Aguiar deferiu parcialmente liminar para suspender a decisão de primeira instância pelo prazo de quinze dias, determinando à CONSULENTE que trouxesse aos autos declaração da ANVISA informando quanto à origem da imagem questionada pela Senhora Verônica Alegre Ribeiro Farias da Costa.

A ANVISA informou que a foto utilizada na campanha promovida pelo Ministério da Saúde é de modelo profissional contratada para prestação de serviços e concessão de imagem por tempo determinado. Além disso, apresentou em juízo cópia dos contratos celebrados entre si e a agência de publicidade



responsável pela campanha, bem como do contrato firmado com a modelo.

Diante disso, o Juiz Relator do mandado de segurança, em 5 de abril próximo passado, proferiu decisão cassando integralmente a antecipação de tutela deferida em primeira instância, retornando ao *status quo ante* e, com isso, revogando o provimento jurisdicional que impedia a comercialização de maços de cigarros veiculando a imagem *sub judice*.

De outro lado, quatro dias após a propositura da ação indenizatória acima relatada, mais uma vez viu-se a CONSULENTE diante de nova medida judicial, desta vez integrando a polaridade passiva de medida cautelar inominada requerida por Maria Aparecida Melesque, em que a autora igualmente alegou a utilização indevida de sua imagem nas mensagens antitabagistas relacionadas ao câncer de pulmão. Embora pleiteada concessão de medida liminar com vistas à retirada de circulação das embalagens de cigarros que contivessem tal imagem, o pedido foi indeferido pelo MM. Juízo da 18ª Vara Cível da Comarca de São Paulo.

Ante este **quadro de incertezas** criado em razão das medidas judiciais movidas por terceiros, especialmente tendo em vista a concessão de liminares que acabam por inviabilizar parte considerável da atividade econômica da CONSULENTE, causando-lhe enormes prejuízos, a Souza Cruz S.A. optou por ingressar com uma medida cautelar de exibição de documentos em face da ANVISA, requerendo a apresentação, no prazo de quarenta e oito horas, de todos os documentos relativos à contratação e autorização para o uso da imagem dos quatorze modelos que participaram da campanha de advertência imposta

à indústria tabagista por meio da Resolução nº 104. Em 05 de abril próximo passado, foi deferida a medida liminar pleiteada e determinou-se que a ANVISA providenciasse a exibição de todos os documentos solicitados pela CONSULENTE.

Não bastassem os processos judiciais antes noticiados, que estão efetivamente em curso, a situação de insegurança e incerteza da CONSULENTE agrava-se em razão da existência de mais duas outras imagens que, à semelhança da que veicula advertência relacionada ao câncer de pulmão, também vêm sendo alvo de questionamentos polêmicos.

Assim ocorre com a imagem que acompanha a advertência quanto aos efeitos maléficos do cigarro em gestantes, pois se relata que algumas pessoas já se apresentaram como os pais do bebê prematuro que aparece na foto divulgada pela ANVISA, afirmando não terem autorizado o uso da imagem. Além disso, há notícia de protestos contra a utilização de um afro-descendente na única advertência que associa a nicotina com drogas e com a dependência química.

Ao ponderar esse conjunto de constrangimentos, **visando a preservar-se de futuras liminares impeditivas da comercialização de maços de cigarros em que estivessem estampadas quaisquer das três imagens polemizadas**, a CONSULENTE, por medida de cautela, optou por retirar de circulação as embalagens que vinham causando incertezas, veiculando apenas as seis demais advertências que não apresentam, até o momento, indícios de controvérsias.

2.3. A SITUAÇÃO DE INSEGURANÇA JURÍDICA DA CONSULENTE

É evidente, diante dessa apresentação sintética de medidas judiciais, que a CONSULENTE atravessa momento de insuportável **incerteza jurídica**, vendo-se obrigada a alterar a sua política de implementação de cada nova campanha imposta pelo Poder Público e cada vez mais sujeitas a renovados questionamentos e controvérsias, fazendo-a perder, nesse processo, milhares de unidades produzidas.

Tal situação, associada às freqüentes e imprevisíveis inovações do Poder Executivo – que surpreende com constantes imposições praticamente inviabilizadoras da atividade econômica das empresas de tabaco no país –, é responsável pelos enormes prejuízos que vêm sendo impostos à CONSULENTE, especialmente no tocante à sua imagem perante a opinião pública em geral.

Apenas para que se tenha uma noção sumária das repercussões econômicas negativas geradas pela concessão de liminares obstando a circulação de determinadas embalagens de cigarros, basta lembrar que um provimento jurisdicional de tal natureza implica para a CONSULENTE: *primo*, a queda direta de sua receita, pela não comercialização do produto; *secundo*, o forte prejuízo concorrencial, pois o consumidor terá que optar por outras marcas de cigarro disponíveis no mercado; e, *tertio*, os danos à sua imagem perante o público em geral.

256

Demais disso, o impacto operacional gerado em razão do cumprimento de determinações judiciais precárias é gravíssimo, eis que o processo de impressão das imagens disponibilizadas pelo Poder Público nas embalagens dos produtos a serem comercializados é consideravelmente complexo, daí porque é perfeitamente legítimo o temor da CONSULENTE diante das especulações jurídicas a respeito da titularidade das imagens impostas pela ANVISA e sobre as quais não pode exercer qualquer tipo de controle.

Finalmente, há que se considerar o enorme impacto financeiro resultante do quadro de incertezas ocasionado pela irregular, inconstante e imprevisível regulação administrativa no setor da indústria tabagista no País, cabendo acrescentar que essas negativas repercussões financeiras que atingem a CONSULENTE refletem-se igualmente no recolhimento de tributos aos cofres públicos.

2.4 OS QUESITOS APRESENTADOS

Ante essas perplexidades a CONSULENTE propõe os seguintes quesitos:

[Handwritten signature]



1º QUESITO

As imposições feitas pela ANVISA, através das resoluções nn. 104 e 105, atenderiam ao procedimento legal necessário à sua edição, observando, em especial, aos princípios da *legalidade* e *razoabilidade*?

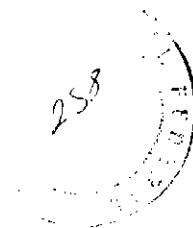
2º QUESITO

Seria obrigatória a participação de todas as entidades interessadas nas discussões públicas, ou somente a participação de uma já daria respaldo para a validade das resoluções?

3º QUESITO

O que pode ser exigido da ANVISA para resguardar a necessária segurança jurídica aos seus regulamentos, evitando imposições arbitrárias e imposições freqüentes?

Solicita, ademais, a CONSULENTE que se complementem as respostas a esses quesitos com *recomendações* que pareçam necessárias para acautelar a segurança jurídica de suas atividades econômicas produtivas no País.



3. O MÉTODO EXPOSITIVO

O desenvolvimento deste Parecer, por envolver matéria complexa e bastante nova no direito brasileiro, não pode prescindir de considerações vestibulares mais densas do que aquelas que normalmente se ofereceria em temas mais cediços, de modo que obedecerá ao seguinte encadeamento expositivo:

Primeiramente, proceder-se-á à análise do **problema da imposição reguladora em tese**, ou seja: se os instrumentos **normativos** legais e administrativos apresentados estão realmente adequados às peculiaridades da ordem jurídica vigente no País, como Estado Democrático de Direito e, por isso, submetidos aos limites e condicionamentos de sua Constituição.

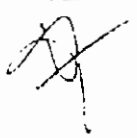
Isso examinado, passar-se-á à análise do problema **em hipótese**, tal como suscitado pela CONSULENTE, ou seja: da **aplicação concreta** da imposição de advertências nas embalagens de seus produtos por ato da ANVISA.

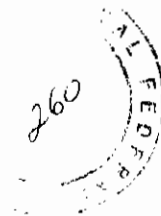
De modo especial, este estudo se deterá ainda no exame da questão da **insegurança jurídica**, suscitada pelas freqüentes, írritas e imprevistas imposições do Poder Executivo, que, em seu conjunto e em sua seqüência, revelam um *crescendo* claramente indicativo de um velado propósito de

259
FEDERAL

inviabilizar paulatinamente a regular atividade econômica das empresas da indústria do tabaco no País, notadamente através da paradoxal e insustentável obrigatoriedade, que lhes está sendo imposta, de veicular uma intensa e extensa ***contrapropaganda do produto em suas embalagens***, que se acresce às já regularmente aplicadas ***advertências*** sobre os malefícios ***potenciais*** de seu uso.

Como conclusão, serão dadas as respostas à quesitação da CONSULENTE e oferecidas as recomendações solicitadas para sua orientação jurídica.





4. LIMITES DA COMPETÊNCIA REGULADORA

4.1. NATUREZA DA REGULAÇÃO – A DESLEGALIZAÇÃO

A opção do legislador brasileiro pelo modelo da **regulação** com objetivo de desenvolver uma administração desburocratizada da vigilância sanitária, a partir de 1999, implicando na criação de uma **agência reguladora** específica para esse setor, como seu órgão central, segue tendência introduzida no Direito Administrativo brasileiro, a partir de 1995, de longa data assentada nos sistemas anglo-saxões e, mais recentemente, nos europeus.

Trata-se de uma tendência que inova fórmulas funcionais e orgânicas para desenvolver uma **administração pública especializada em setores críticos de interesses**, o que se opera através da **deslegalização de matérias**, e se caracteriza, ainda: pela **separação entre a formulação de política pública** (*policy*) e a **administração pública** (*administration*); pela **visibilidade** (ou, como vem passando ao português na voz “transparência”, como tradução literal de *transparency*, implícita no princípio da publicidade e também

conhecida nos sistemas anglo-saxões como *sunshine policy*); pela **responsividade** (*accountability*), que é a satisfação da legitimidade da ação administrativa em termos de eficiência, mas, sobretudo, tem como característica a **intensa processualização administrativa**, que se dá **com a abertura de espaços de negociação para o Poder Público**, inclusive com ampla **participação de todos os agentes dos setores interessados**.

De certo modo, a adoção desse modelo de administração pública tem muito a dever ao surto do fenômeno contemporâneo, reiteradamente observado e descrito, da **fragmentação e despublicização do interesse público**, que marca "*o sendeiro tangível da passagem de uma administração monista e monorganizada para uma administração pluralista e pluriorganizada*"², o que corresponde, e não com menor relevância, ao aperfeiçoamento observado dos sistemas jurídicos contemporâneos, pela progressiva **setorialização da aplicação** e do **controle** do Poder Público.

Por isso, um dos aspectos mais inovativos desse tipo de decisão política interventiva da regulação consiste na preferência pela aplicação de **soluções harmonizadoras politicamente neutras**, ou seja, daquelas que devem ser tomadas longe dos embates partidários e fora das casas legislativas.

² ROSARIO FERRARA, *Gli Accordi di Programma*, Milão, CEDAM, 1993, p. 159.

O **pragmatismo** tem absoluta prelação no instituto da regulação: o escopo da atividade reguladora está sempre definido como o **atingimento de um resultado prático** que alie a maior satisfação do **interesse público substantivo** com o menor sacrifício possível de **outros interesses constitucionalmente protegidos**, bem como, secundariamente, com o menor dispêndio dos recursos públicos disponíveis.

Intenta-se, assim, no exercício da atividade reguladora, e porque estão em jogo interesses públicos, que as **decisões reguladoras** sejam mais **justas**, pautando-se por um amplo, porém rigoroso referencial de **juridicidade**, ou seja, de **legalidade**, de **legitimidade** e de **licitude**, para que com isso, embora sejam decisões administrativas, possam se aproximar do desejado nível de **legitimidade** e de **imparcialidade** na ponderação de valores, que se esperaria de **decisões legislativas**.

E é pelo mérito dessas características nela infundidas, que a **regulação** se tornou um dos mais expressivos frutos das tendências contemporâneas do Direito Público para o aperfeiçoamento da **decisão administrativa**, para que seja **eficiente** em seu desempenho e **legitimada** em seu resultado, superando, assim, as linhas tradicionais da administração burocrática, de corte positivista e muito de autoritário, em que tanto a **eficiência** como a **legitimidade**, não eram mais que referências secundárias e periféricas para a decisão.

A nova **função de regulação** exsurge, assim, não como um simples amálgama ou um híbrido daquelas funções tradicionais - normativas, executivas e judicativas - mas

revestida de uma **nova tipicidade**, em que se aliam às características de cada uma daquelas, outras novas funções, que se foram acrescentando às atividades demandadas do Estado contemporâneo, como, destacadamente, a de **planejamento**, que se desenvolveu na primeira metade do século vinte³, e a de **negociação**, que se firmou na Administração Pública em seu último quartel.⁴

A **regulação** marca também o atingimento desse novo estágio evolutivo no Direito Administrativo, que bem pode ser batizado como a **era da motivação**, resultante, de certo modo, da direta inspiração trazida por esses e outros avanços metodológicos e, particularmente, pelos levantados na **teoria da argumentação**⁵.

Este movimento propugna a necessidade da **justificação** das decisões públicas para nelas se espelhar, explícita, clara e plenamente a preocupação do **agente público**, que, além da **legalidade**, deve atuar com rigorosa submissão a esses dois acrescidos valores jurídicos – a **legitimidade** e a **eficiência** – bem como a quaisquer valores que adequadamente deles se derivam e, por isso, devam ser justificados ou, até mesmo, aos valores que apresentem no caso algum tipo de relevância (pertinentes ou, no mínimo, discutíveis), desde que concorram para demonstrar a intenção

³ V. de SEVERINO SOMBRA, *Técnica de Planejamento*, publicação do DASP, 1947.

⁴ V. n/ *Mutações do Direito Administrativo*, Rio Janeiro, Editora RENOVAR, 2ª edição, 2001.

⁵ Para desenvolvimento do tema, de ROBERT ALEX, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978.



de afeiçoar com justeza sua decisão à hipótese que lhe foi submetida.

Tomàs Font y Llovet, discorrendo sobre este aspecto, ressalta a dupla importância argumentativa processualizada: *primo*, a da **memória explicativa**, que deve preceder ao processo decisório para dar conhecimento a todos os interessados sobre as razões de editar a nova regulação pretendida, e, *secundo*, a da **motivação**, que deverá, por fim, fundamentá-la, fazendo-o na seguinte passagem, aqui transcrita por sua relevância e pela autoridade científica reconhecida do Catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Barcelona:

"La memoria explicativa y la motivación de las normas.

*Está, en primer lugar, el tema de la memoria. La memoria explicativa de la oportunidad y significado de la norma es necesaria, de entrada, para que los demás trámites cumplan su función: por ej., el de audiencia a los interesados o información pública, o la misma intervención del órgano consultivo, no pueden ser correctamente desarrollados si no es con pleno conocimiento "de causa". Se trata, pues, de la motivación de la norma, una exigencia que ha devenido cada vez más fuerte en varios ordenamientos, incluso en Estados Unidos: de una relativamente sencilla "concisa declaración general de sus bases y propósito", según exigía la jurisprudencia, **los tribunales han pasado a exigir a las agencias que elaboren y pongan por escrito una verdadera "justificación"***

para evitar que un reglamento sea declarado arbitrario y caprichoso. (cf. John H. Reese, "La elaboración informal de reglamentos por las agencias administrativas federales", papel para el Seminario de Derecho Administrativo, Universitat de Barcelona, agosto 1999.)

La Memoria debe referirse a la oportunidad de la norma, y por tanto, incidir en la vertiente de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad: Es necesaria la norma tal y como se proyecta?. Puede ser suficiente una modificación de la existente?. Ahí está todo el tema de la racionalización en el ejercicio de la potestad reglamentaria, de la simplificación normativa, que reviste gran actualidad, dentro del objetivo de "maîtriser la production des normes, leur nombre et plus encore leur qualité". (cf. Rapport de la "Misión sur les responsabilités et l'organisation de l'État", Paris, 1994).⁶

Se a decisão administrativa reguladora em particular, como, de resto, hoje se reivindica genericamente **para qualquer decisão de conteúdo jurídico**, deve obedecer a um **processo argumentativo**, tal como o descreve Robert Alexy, nada mais apropriado que para ele concorram e nele se exponham, como argumentos, **todas as considerações de**

⁶ Exposição feita no **Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha – Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo** – sob o título **Desenvolvimento Recente dos Instrumentos da Administração Consensual na Espanha**. Rio de Janeiro, 24 a 26 de outubro de 2001, p. 6 (Anais a serem publicados pela Editora Forense) (nossos grifos).

266
FED

valor pertinentes para o deslinde da questão a ser decidida, e, com tal pertinência devem ser consideradas, não apenas as referidas a toda sorte de **valores** que possam ser levados em linha de conta como, mais inovadora e elaboradamente, as que podem resultar do chamado **argumento sobre as conseqüências**, um tema que vem merecendo intenso cuidado doutrinário em razão do **substancial acréscimo de responsabilidade que lança sobre o agente público**, que, cada vez mais, não deverá ater-se apenas à solução de um problema presente, mas, em o fazendo, deverá evitar que de suas decisões decorram resultados imprevistos, incontrolláveis e nocivos no futuro para os interesses a serem por ele juridicamente acautelados.

Com efeito, para **motivar** se determinada **decisão administrativa** é ou não aquela considerada **justa**, para que se tenha o que Raffaele Resta denominou pioneiramente de *buona amministrazione*, é necessário, na perspectiva do Direito contemporâneo, não apenas que a justificativa seja **retrospectiva**, levando em conta dados do passado, mas que sejam considerados também elementos justificativos voltados ao futuro, através de um exercício **prospectivo**, de modo a ser possível demonstrar que as soluções adotadas, uma vez aplicadas, não comprometerão outros valores que mereçam ser salvaguardados ou, **pelo menos, que o farão em nível proporcionalmente tolerável em relação a esses valores fundamentais**, que a própria ordem jurídica declara e preserva.

Em outros termos: a decisão deve ser **prospectivamente responsável**, levantando e estimando, para esse efeito, as conseqüências previsíveis, ponderando-as,

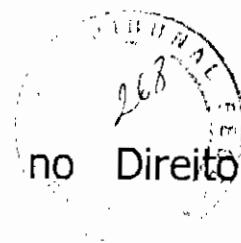
tanto quanto a seu valor intrínseco, quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada.

Essa exigência, que se impõe a qualquer órgão decisório dotado de poder público, **com muito mais razão é essencial à decisão proveniente do exercício da função reguladora**, uma vez que, se qualquer intervenção do Estado, importa em uma exceção às ordens espontâneas da sociedade e da economia, que estão, em princípio, protegidas pelos direitos fundamentais, é curial que devam ser redobradas e agravadas as responsabilidades públicas de quem as deva tomar, **daí as rigorosas exigências de visibilidade das razões de decidir.**

A presente introdução sobre a **regulação**, seus conceitos, características e posicionamento no moderno Direito Administrativo, não estaria, porém, completa, sem se traçar conceptualmente o desenho das **instituições jurídicas** que passaram a desempenhar **funções homeostáticas**, vale dizer, de **manutenção de equilíbrio**, em certos setores críticos da convivência social ou econômica: as **normas reguladoras**.

Com efeito, são as **normas reguladoras** que se encontram na raiz dessa instituição, para proporcionarem o **máximo de eficiência** na solução tética de problemas, ao aliarem, na dosagem necessária para a aplicação hipotética, as vantagens da **flexibilidade negocial privada** com o **rigor da coercitividade estatal**.

Para tanto, no Direito Público, as **normas reguladoras** exsurgem como **espécies normativas *sui generis***, distintas



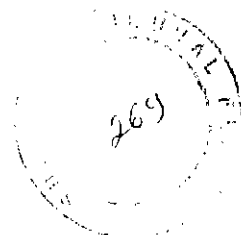
das **normas legais** tradicionais, empregadas no Direito Administrativo.

A primeira distinção logo se encontra na **destinação**: as normas reguladoras não são **preceptivas de conduta**, mas **preceptivas de resultado**, uma vez que devem perseguir **conseqüências** a serem atingidas com **eficiência**, ou seja, equilibrando continuamente e do melhor modo os interesses e os valores em concorrência que se embatem em **setores críticos** das **relações interprivadas**, como tal definidos e destacados por lei.

Diferentemente, ainda, as **normas reguladoras** são **opções administrativas**, também abstratas, embora formuladas com maior **densidade técnica** para incidir sobre **específicas relações interprivadas críticas**, que, como se afirmou, para tanto foram previamente deslegalizadas, e que, assim, são destinadas não mais a **aplicar uma regra legislativa predefinida**, mas a **equilibrar interesses e valores em concorrência**, através de regras a serem administrativamente formuladas, pelo método da **ponderação**.

Em outros termos: o enunciado da **norma reguladora** **não se destina a definir qualquer interesse público específico** nem, muito menos, a **impor um determinado comportamento**, exigível das partes, senão que lhe cabe prescrever uma **situação de equilíbrio** a ser alcançada ou mantida entre interesses e valores concorrentes em relações setoriais complexas.

Por isso, a **norma reguladora** não poderia ser, como o não é, um **produto político** cristalizado pelas casas



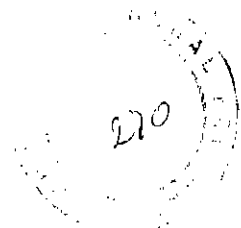
legislativas, mas uma **atividade técnico-administrativa** por elas **deslegalizada**, de modo a que possam ser regradas com flexibilidade, presteza e precisão, como o exige a dinâmica dos setores por elas definidos, por entidades especificamente criadas para esse mister, no caso, as **agências reguladoras**.

Nada impediria, aliás, que a lei deixasse às entidades da sociedade civil organizada o cometimento de regrear setores deslegalizados, como ocorre, para dar um exemplo, com a deslegalização constitucional dos desportos (art. 217, I, CF), pois a subsidiariedade há de ser considerada como um princípio constitucional implícito em nosso ordenamento jurídico.⁷

A **deslegalização**, como elemento fundamental para o travejamento do instituto da **regulação**, apresenta-se com maior ou menor amplitude nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. É que a **lei**, como conceito iluminista-racionalista, enquanto produto do Estado e formalmente manifestada por seus órgãos legislativos constitucionais, parece ter atingido seu zênite enquanto único instrumento público regrador de condutas sociais.

Com efeito, o **pluralismo**, ao multiplicar os centros de poder na sociedade, tornando-a **policrática**, fez despontar **novas fontes normativas**, autônomas e semi-autônomas, que passaram a atuar com vantagem como sucedâneas da norma legal na disciplina de inúmeros setores econômicos e sociais específicos.

⁷ V. SILVIA FABER TORRES, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001, p. 212, 241 e 273 (em suas Conclusões).



Concorre, ainda, para estimular o recurso a outras fontes normativas e o desenvolvimento da regulática, a **pletórica produção legislativa** das entidades estatais contemporâneas, um fenômeno que vem assumindo proporções avassaladoras e inquietantes e abalando a certeza e a segurança jurídica das sociedades complexas que emergiram com a Era da Informação.

Por outro lado, a onímoda submissão da sociedade a uma excessiva padronização e detalhamento de comportamentos por via legislativa, a pretexto de racionalizá-los e de lhes impor critérios tidos como superiores, acaba, paradoxalmente, desservindo à ordem jurídica, não só por banalizá-la, como pelo desgaste que causa a babel provocada pelo incontável chorrilho legiferante, a que se dedicam dezenas de milhares de legisladores federais, estaduais e municipais neste País, em milhares de casas legislativas.

Observe-se, a respeito, que quanto mais numerosas as leis, mais freqüente é a busca de saídas e de subterfúgios para descumpri-las, o que as banaliza e as desacredita ante o cidadão comum, e não por outro motivo, Tácito observava há quase dois milênios que "*quanto maior o número de leis, mais corrupta a República*".⁸

Em suma, essa **hipertrofia nomológica** torna a sociedade, paradoxalmente, mais confusa e insegura, justificando-se a moderna resposta de um modelo de **deslegalização** que, como o empregado na **regulação**, **aproxima a norma jurídica dos setores que dela**

⁸ "*Corruptissima republica plurimae leges*".

necessitam, subtraindo-os aos comandos diretos das leis rígidas formalmente postas pelo Estado através de seus órgãos legislativos.

A **deslegalização**, por oportuno vale insistir, tanto pode ocorrer pela exclusão legal de um comportamento a qualquer tipo de regra, quanto pela substituição do referencial normativo, indicando a nova fonte regradora, mas sempre com vistas à maior efetividade social da norma.⁹

Nessa linha, da doutrina italiana, chega-nos, de lavra de Gianmario Demuro, um conceito preciso e conciso de **deslegalização**, como **"a transferência da função normativa (sobre matérias determinadas) da sede legislativa estatal a outra sede normativa"**¹⁰, enunciado que apresenta uma razoável abrangência para acomodar os inúmeros subtipos encontrados nas experiências regulatórias de vários países.

Sobre esse conceito, pode-se deduzir que a natureza da **norma reguladora**, por resultar de uma **deslegalização**, é a de uma **norma de auto-regulação dirigida**, ou seja,

⁹ Algumas considerações vestibulares sobre este tema foram escritas há quase dez anos para o Capítulo 20 da nossa obra ***Sociedade, Estado e Administração Pública***, dedicada ao fenômeno da *deslegalização*, em que era apontada como tendência conjugada à multiplicação de corpos intermédios **"dotados de poderes regulatórios paralegais"** (Rio de Janeiro, Ed. Topbooks, ps. 88 a 90).

¹⁰ **"Trasferimento della funzione normativa (su materie determinate) dalla sede legislativa statale ad altra sede normativa"**, GIANMARIO DEMURO, *op. cit.*, p. 24, apoiando-se em doutrina de T. MARTINES, V. CRISAFULLI, A. PIZZORUSSO e C. LAVAGNA, em obras referidas na nota 66, na mesma página.

obedece a princípios e a *standards*, de resto, já conhecidos, por serem de longa data de corrente emprego no ordenamento jurídico econômico e social.

Essas normas principiológicas e gerais são as que conformam o que se tem como uma **moldura** (equivalente a *marco*, em espanhol, a *cadre*, em francês e a *Rahmen*, em alemão) de **fins** e de **valores**, que deve balizar a atividade normativa **deslegalizada**, a ser exercida pelo órgão regulador.

Como conclusão parcial que aqui já pode ser extraída, **uma vez operada a deslegalização**, a produção normativa decorrente não se confunde, conforme exposto, com as normas regulamentares do Poder Executivo e, muito menos, com as normas emanadas das Casas Legislativas, **mas nem por isso essa produção das normas reguladoras refugirá à rigorosa obediência de exigências procedimentais legais próprias para a sua validade, como adiante se desenvolverá.**

Materialize-se esta conclusão na forma de um exemplo. Embora todos sejam livres para livre **escolher** ofício, profissão, trabalho, ocupação etc., em caso de que o seu **desempenho** em setores econômicos e sociais sensíveis apresentem **riscos** que possam comprometer o equilíbrio e a harmonia da sociedade, a Constituição pode fazer depender o seu exercício de **condicionantes de polícia**, emanados das casas legislativas: Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, conforme a competência atribuída a cada uma delas.¹¹

¹¹ Art. 22, 24, 25, § 1º e 30, CF.

É evidente que a satisfação normativa dessas **reservas genéricas** constitucionalmente estabelecidas só pode caber à **lei**, produzida por esses corpos políticos, pois apenas eles têm **legitimidade** para **dispor** tanto sobre **interesses públicos específicos** quanto sobre **direitos e obrigações** dos particulares.

Há, todavia, **duas distintas formas de satisfazer a essas reservas legais genéricas**, conforme o legislador opte ou pela **imposição direta de condutas**, predefinidas por ele próprio, ou pela **disposição direta** apenas de **finalidades**, neste caso a serem casuisticamente detalhadas por uma **fonte normativa derivada**, por via da deslegalização.

Há, nessa última hipótese, uma **disposição indireta**, do legislador através da **regulação** que vier a ser produzida pela fonte secundária delegatária, que **nem por isso**, como já se afirmou, fica **dispensada da devida legitimação específica de sua atuação**.

Ora, as pessoas que optam por **desenvolver atividades** nos referidos **setores sensíveis**, e como tal caracterizados pela lei em razão da existência de uma alta concentração de interesses gerais, se submetem livremente à **ordem jurídica** que as rege, **entendida em sua integralidade**, tanto compreendendo **aqueles comandos dispostos imediatamente pelos legisladores**, como **os comandos elaborados pelos órgãos legalmente competentes (agências) para dispor mediatamente sobre os setores que foram deslegalizados, de modo**

que, em ambos os casos, fica sempre e igualmente respeitada a reserva constitucional.

De resto, é a própria Constituição Federal que expressamente atribui às casas legislativas o poder de **dispor** sobre certas matérias, tal como se estabelece com meridiana clareza para o Congresso Nacional no seu art. 48 - uma **competência genérica** que vai muito mais além daquelas outras previsões de competências, que são, distintamente, **específicas** e determinadas, como o são as estabelecidas no art. 49, que se lhe segue.

Assim, autorizado a **dispor** sobre as matérias elencadas no art. 48 da Constituição, o Congresso Nacional, por óbvio, tanto pode optar:

- 1) - por **legislar** sobre elas;
- 2) - por **manter a legislação existente**;
- 3) - por **deslegalizá-las**, ou até, no extremo lógico,
- 4) - por **não legislar** sobre o assunto.

Por essa razão, a **norma reguladora deslegalizada**, embora produzida pelo ente ou órgão que por ela se tornou subsidiariamente competente, não adquire a natureza jurídica de norma legal, senão que **apenas dela se deriva**, nos estritos **limites de conteúdo** e com a **validade** que lhe for reconhecida pela norma legal deslegalizadora.

Isso explica o fato de a norma reguladora não revogar a norma legal que incida sobre a mesma hipótese, pois, na

verdade, como ela só se aplica sobre o que vier a ser deslegalizado, será sempre a lei deslegalizadora (e não a norma deslegalizada) que poderá operar a revogação.

Mas a Constituição, ainda assim, reserva determinadas matérias para que sejam regidas apenas por normas legais, ou seja, como se desenvolverá a seguir, **existem limites ao poder constitucional de deslegalizar** – é a **reserva legal estrita**.

4.2. LIMITES À DESLEGALIZAÇÃO REGULADORA – A RESERVA LEGISLATIVA ESPECÍFICA

Contudo, essa disponibilidade, está sujeita a limites.

Com efeito, o legislador constitucional houve por bem **limitar a disposição de legislar** do Congresso Nacional quanto à **opção por deslegalizar matérias**, do mesmo modo que **também o limitou quanto à opção de deixar de legislar**, neste caso, sempre que a falta de uma **norma legal** inviabilizasse o exercício de direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

276

Assim, também no tocante à **deslegalização**, ficou vedada, **excepcionalmente**, ao Congresso Nacional, sempre que o Texto Magno reforçasse a previsão de **uma reserva legal genérica**, com a expressão de uma **reserva legal estrita** ou, em melhores termos, instituísse **uma reserva legislativa específica**.

Desse modo, as **previsões legislativas** dos artigos 22; 24; 25, *caput*, 30, I e II, tratam de **reservas legais genéricas de competência**, de modo que todas admitem, em princípio, a opção pela **deslegalização**; mas é preciso estar atento que existem na Constituição inúmeras exceções a essa ampla disposição legislativa em todas as hipóteses em que ficaram previstas **reservas legais estritas para determinadas matérias**, que só podem ser satisfeitas com a **edição de lei no sentido formal**, pelo órgão legislativo competente.

A indicação dessas **matérias insuscetíveis de deslegalização**, como não poderia deixar de ser, deve estar também **especificamente formulada** no texto constitucional, e podem ser identificadas pela expressa referência a **determinada lei hipoteticamente considerada para o caso de que trata o dispositivo em questão**.

São, ilustrativa e exemplificativamente dessa natureza, com **impedimentos à deslegalização**, as normas que se encontram concentradas no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - nos seguintes artigos: art 5º, VI, VII, VIII, XII, XIII, XVIII, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXIX, XL, XLII, XLIII, XLV, XLVI, LI, LVIII, LX, LXI, LXVI, LXXVI e LXXVII; art. 7º, I, X, XI, XII, XIX, XX, XXI, XXIII, XXVII; art. 9º, §§ 1º e 2º; art. 12, II, *a*, e § 2º; art. 14, *caput* e § 3º; 17, § 3º.

277

Também nos demais Títulos são definidos esparsamente **outros impedimentos à deslegalização** sob a forma de reservas legislativas estritas, como as encontradas no art. 20, II e § 1º; art. 33; art. 35, II; art. 37, I, II, V, VII, VIII, IX, X, XVIII, XXI, e §§ 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, para encerrar aqui a exemplificação de **reservas de lei específicas** no texto da Carta Magna, que prossegue nos demais Títulos.

São ainda, *a fortiori*, insuscetíveis de deslegalização, **as matérias para as quais estão previstas leis complementares**, já que são, todas elas, **reservas legislativas específicas**, bem como o são as que devam ser legisladas em nível de **normas gerais**, na forma do art. 24, §§ 1º e 2º da Constituição, pois de outra forma, as normas reguladoras que fossem produzidas, como atos administrativos, não se poderiam impor às legislações estaduais e municipais.

Observe-se, todavia, que em se tratando de atividades que haviam sido objeto de **monopólios** em favor da União no texto original da Constituição, a saber: o referente às **telecomunicações** (art. 21, XI) e o atinente ao **petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos** (177, I), setores especiais que, por isso, deveriam se submeter a **leis próprias e especificamente previstas** e, em consequência, impeditivas de qualquer deslegalização, as Emendas Constitucionais que os flexibilizaram tiveram a cautela de afastar, em ambos os casos, aquela **impossibilidade**, predispondo uma **deslegalização constitucional** para **agências reguladoras** que, para isso, foram nelas expressamente previstas (cf. art. 21, XI - *órgão regulador* - e art. 177, § 2º, III - *ente regulador*).

Isso explica porque a deslegalização teve que ser **constitucionalmente disposta** apenas para aqueles dois setores econômicos, já que para tanto não lhes bastaria a simples **disposição legislativa ordinária**.

4.3. LIMITES À DESLEGALIZAÇÃO REGULADORA – A LEGISLAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA

Além da existência de **limites à deslegalização**, em razão de uma **reserva legislativa específica**, acima tratada, há que se cogitar dos limites à deslegalização que são direta e constitucionalmente impostos ao emprego de **medidas provisórias** em lugar de leis.

Desde logo e por óbvio, descabe o emprego da **medida provisória** para **deslegalizar** matérias em todos os casos acima tratados: o da reserva legal estrita, o da reserva de lei complementar e o da reserva para editar normas legais de alcance federativo.

279

Fica, também, *in genere*, o Chefe do Poder Executivo, proibido de **deslegalizar** por **medida provisória** com força de lei quaisquer matérias, em todos os casos em que não ocorram hipóteses de **relevância** e **urgência** (art. 62, *caput*, CF), condições essas que, por se constituírem em **conceitos jurídicos indeterminados**, precisamente por serem jurídicos, não escapam ao controle judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Do mesmo modo, se impede o Presidente de **deslegalizar** por **medida provisória** com força de lei quaisquer das matérias para as quais esteja explícita ou implicitamente vedado o emprego desse específico processo legislativo expedito (art. 62, incisos I, com suas quatro alíneas, II, III e IV, CF), um elenco não taxativo que, coerente com o conceito de proteção dos direitos fundamentais, proíbe-o implicitamente de dispor sobre **direitos individuais**.

Por outro lado, em todas as hipóteses remanescentes em que, hipoteticamente, ainda pudesse caber a deslegalização por **medida provisória**, ainda assim **é imprescindível esgotar-se-lhe o seu próprio ciclo constitucional de legitimação**, o que só ocorre com a aposição de *sanção legislativa* que produz a sua necessária **conversão em lei** (art. 62, § 3º, CF).

Com efeito, apenas **com o esgotamento do devido processo legal estabelecido constitucionalmente para a participação decisiva do Poder Legislativo**, por ser este o Poder legitimador *par excellence* nas democracias, a norma editada pelo procedimento atípico da **medida provisória** alcançará **eficácia permanente** na ordem jurídica.

Com muito mais razão, quando se trata de **medida provisória** que disponha sobre **deslegalização de matérias**, justamente por constituir-se esta decisão numa **prerrogativa aberta ao Congresso Nacional**, contida na competência de sobre elas **dispor** (art. 48, *caput*, CF), torna-se, mais do que em qualquer outra hipótese, **imprescindível a sua concordância expressa com a demissão de legislar** que essa medida envolve.

Aceitar-se uma **validade indefinida** de medida provisória deslegalizadora **sem qualquer manifestação do Congresso Nacional**, equivaleria a uma "**deslegalização tácita**", como se fora um **silêncio constitutivo de norma legal**... por óbvio, um procedimento aberrativo e totalmente estranho ao sistema.

Logo, por mais essa superlativa razão, qualquer medida provisória que **disponha** sobre deslegalização de matérias cometidas ao Congresso Nacional, **não pode perdurar válida sem a observância do prazo limite de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período** (art. 62, § 3º, CF).

E não se argua, em contrário, que em certos casos a validade **subsistiria indefinidamente**, mesmo sem manifestação ulterior do Congresso Nacional, porque a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, acrescentou em seu artigo 2º uma norma constitucional transitória excepcional, que **manteria em vigor além daquele prazo** as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da Emenda, enquanto não fossem revogadas por outra medida ou apreciadas pelo Congresso.

A alegação de que a Emenda excepcionou apenas a **complexidade subjetiva do processo legislativo**, tendo deixado intacta a **repartição de competências entre os Poderes do Estado envolvidos** não parece subsistente – mas mesmo que **fosse apenas essa a questão**, ainda assim a Emenda é de duvidosa constitucionalidade.

Com efeito, muito mais grave do que inovar contrariamente ao **princípio da repartição de poderes** é a **ruptura da implícita garantia de rigorosa observância, pelo Poder Público, do devido processo legislativo vigente quando da edição da medida**, pois é isso o que está prescrito, e, à época, sem exceções, no art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna.

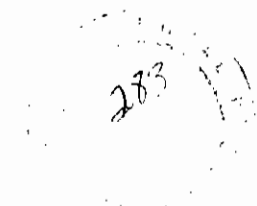
Acresce que, conforme se realçou, o mencionado dispositivo transitório do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, **ao romper a lógica do devido processo legislativo bipolar**, no qual a manifestação de vontade do Poder Legislativo é absolutamente necessária para legitimar o **ato dispositivo de prerrogativas políticas** praticado pelo Poder Executivo, não alterou somente uma regra do **processo legislativo vigente** à data em que foi editada a medida provisória com o objetivo de **perpetuá-la**, mas modificou também, com idêntica gravidade, **a própria distribuição originária de competências entre os Poderes**, que não pode ser objeto de emenda redutiva, que altere, por consequência, o **equilíbrio** que deve existir entre eles, o que vem a ser uma cláusula pétrea.



É o que ocorre quando se passa a admitir uma **nítida prevalência da vontade do Executivo**, pois que apenas ela passaria a ser bastante e suficiente **para manter indefinidamente válida uma norma legal defectiva em sua legitimidade**, além do prazo em que deveria perder a eficácia, vulnerando igualmente, por este motivo e sem margem de dúvidas, o art. 60, § 4º, III, da Constituição.

4.4. CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO DA NORMA REGULADORA — A LEGITIMAÇÃO APLICATIVA PELO DEVIDO PROCESSO DA LEI — O DIREITO A SER OUVIDO — A ESSENCIALIDADE DA PARTICIPAÇÃO NA REGULAÇÃO

Mas mesmo em se admitindo que a **deslegalização houvesse obedecido rigorosamente a todas as condicionantes constitucionais para a sua validade**, tal como nos itens acima se descreveu, ainda assim, a sua **aplicação** está sujeita a outros limites constitucionais, que passam a incidir, com diferentes ênfases, sobre o caso concreto, no curso do **processo legal** que tenha sido escolhido



para que uma decisão do Poder Público possa legitimamente incidir seja sobre o ***status libertatis***, seja sobre os **direitos de propriedade das pessoas**, o que vem a ser uma garantia principiológica fundamental, enfaticamente expressa no art. 5º, LIV da Constituição.

Ora, conforme já foi exposto, o núcleo juspolítico da **administração reguladora** está indisputadamente na **democratização do processo de tomada de decisão administrativa**, em certos setores em que a politização da decisão carece de sentido e em que, distintamente, a consensualidade produz resultados mais céleres, mais justos e menos onerosos.

Assim, esse instituto se integra no ciclo de **processualização aberta da ação do Estado** e, em consequência, da **legitimação pelo processo**, como princípio que deve informar **todas as funções extroversas do Estado**.

Com efeito, a **atividade legislativa**, que é **sempre extroversa**, se legitima pelo **processo legislativo constitucional**, conforme as normas do Título IV, Capítulo I, Seção VIII, artigos 59 a 69, complementadas pelas normas regimentais internas próprias de cada Casa legislativa federal, estadual ou municipal.

A **atividade jurisdicional**, que também é **sempre extroversa**, se legitima pelos diferentes **processos judiciários** a serem observados: os de instituição direta pela Constituição e os criados por leis ordinárias para as jurisdições civil, penal, trabalhista, penal militar e eleitoral,

complementados pelas normas regimentais internas próprias de cada Tribunal.

A **atividade administrativa normativa extroversa** de expedição de **regulamentos de execução** satisfará a legitimidade sempre que não extrapole das imposições prescritas na lei regulamentada, pois essa rigorosa continência, de uma na outra, é da essência da função regulamentar do Chefe do Poder Executivo.

A **atividade administrativa concreta extroversa**, que consiste em tomar **decisões**, que possam em tese comprometer a **liberdade** e a **propriedade** das pessoas, só se legitima com a observância do **devido processo legal**, uma garantia constitucional fundamental, do art. 5º, LIV.

Finalmente, e o que aqui interessa: a **atividade administrativa reguladora**, como a mais recente modalidade de função cometida ao Poder Público, uma vez que ela poderá alcançar tanto em abstrato como em concreto a **liberdade** e a **propriedade** das pessoas, pelo mesmo princípio do Estado Democrático de Direito, também só se legitimará com a observância do respectivo **devido processo legal**.

Efetivamente, se assim não fora, a **lei deslegalizadora, ao atribuir função reguladora a um determinado órgão**, para tanto criado ou credenciado, **estaria abrindo, como exceção constitucional, um espaço de atuação arbitrária**, se, ao deslegalizar, **o eximisse de atuar vinculadamente a um pertinente e devido processo legal** a que estão inescapavelmente obrigados todos

os órgãos do Estado no desempenho de quaisquer de suas funções extroversas.

Ora, como é da própria natureza do processo a **publicidade** e, particularmente, na questão aqui examinada, a **participação do interessado**, pressupondo o emprego de todos os meios para a defesa de seus **interesses**, sempre que estiver em consideração decisória qualquer espécie de **litígio** sobre eles, **indiferentemente em sede administrativa ou judicial** - o que também se insere como uma garantia constitucional no art. 5º, LV - é indubitável que **o legislador constitucional reformador, ao passar a admitir no direito administrativo brasileiro o modelo de função administrativa da regulação, certamente não o terá feito com o objetivo de eximir a prática dessas atividades administrativas do homogêneo dever, afeto a todos os agentes públicos, de legitimar seus atos.**

Mas enquanto a **legitimidade dos regulamentos se presume pela investidura política** dos Chefes de Poder Executivo, que os editam com autonomia política, o mesmo não ocorre com as **normas reguladoras**, cuja **legitimidade** não se funda na investidura dos agentes do órgão regulador, pois que estes são investidos administrativamente e gozam apenas de independência administrativa funcional, mas **decorre tão somente da satisfação do devido processo da lei.**

E uma vez que é o **devido processo legal** que **legitima o exercício da função reguladora, todos os interesses em jogo**, tanto o público como os dos agentes privados setorialmente envolvidos, devem nele estar **adequadamente equacionados e formalizados nos**

processos decisórios, para que nele estejam em condições de serem discutidos, ponderados, negociados e, finalmente, vazados na **norma reguladora**.

Assim, a **norma reguladora**, no sistema constitucional brasileiro, não compartilha da natureza da **norma legal** nem, tampouco, da **norma regulamentar**, pois se trata de um terceiro gênero de ação normativa, que, **distintamente dessas duas formas impositivas puras**, visa, antes de tudo e preferentemente, pela **harmonização consensual dos interesses**, ao **equilíbrio das relações intersetoriais**.

Só se justificaria a **eventual impositividade** de uma **decisão administrativa** a cargo do órgão regulador como *ultima ratio*, quando exauridas as instâncias de busca do consenso, e, ainda assim, desde que suportada pela devida **motivação, que é um requisito essencial de qualquer decisão processualizada**, conforme já se fez menção.

Portanto, ao optar pelos processos da **deslegalização** e da **regulação**, o legislador não está abrindo um campo de **ação arbitrária** para o órgão regulador, mas, ao contrário, de modo semelhante ao que ocorre com a abertura legal de um **espaço discricionário** de decisão, **o legislador delimita para a Administração reguladora um espaço decisório que esta poderá preencher com decisões normativas ou concretas, desde que o faça sob estritas regras de validação, destinadas a afastar o eventual arbítrio, irrazoabilidade e desproporcionalidade em sua atuação**.

Assim, ao **deslegalizar** uma decisão que lhe competia, que poderia, hipoteticamente, vir a alcançar as expressões da

liberdade e os **bens** das pessoas, **o legislador jamais estará dispensando o agente público da observância das condicionantes constitucionais de *legitimidade* do ato regulador, praticado no espaço deslegalizado.**

Em absoluto: o **princípio fundante da legitimidade** do Estado Democrático, bem como os demais princípios fundantes aplicáveis, tais como o da **proibição de arbítrio** e o da **segurança jurídica**, devem, com mais razão, continuar a ser respeitados.

Como a **legitimidade da imposição** não mais decorrerá da observância do **devido processo legislativo**, é imperioso que ela resulte da observância do **devido processo administrativo**, que passa assim a supri-lo com as **garantias materiais e formais**, necessária e reconhecidamente implícitas, pois contidas no rico conteúdo que se reconhece, no espírito da elaboração anglo-saxônica de onde proveio, no art. 5º, LIV, da Constituição.

E esses **requisitos básicos de legitimação**, sem a observância dos quais **não chega a validar-se a intervenção do Estado sobre as expressões da liberdade e sobre os bens das pessoas pela via reguladora**, estão claramente nela expressos para o **processo administrativo**.

Dito em outras palavras: é constitucionalmente inafastável a observância de um **processo aberto e participativo** para a tomada de **decisão administrativa**, sempre que, em razão dela, o administrado possa sofrer uma redução em seu ***status libertatis*** e em seus **bens**, dando-se dele **prévio conhecimento e garantia de livre acesso a**

todos os interessados, de modo a que ele se construa com **plena participação**, até mesmo, se necessário, com a abertura do contraditório e da ampla defesa.

Em suma: é através da **participação**, como requisito inarredável da democracia material, que se satisfaz essa **condição de legitimidade indispensável aos processos de produção e de aplicação de normas deslegalizadas**, eis que, ocorrida a deslegalização, tal condição já não mais poderia ser satisfeita pela **legitimação representativa**, própria da democracia indireta.

O **caráter participativo do processo** já é norma constitucional **explícita** em ordenamentos jurídicos de vanguarda,¹² na nossa ordem constitucional, é **uma garantia non scripta**, que está **implícita**, entre tantas que se incluem entre os naturalmente "*decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*" (art. 5º, § 1º),

A respeito dessa extraordinária evolução do Direito Público moderno no caminho do aperfeiçoamento das relações entre sociedade e Estado, assim preleciona Tomàs Font y Llovet:

*"El **procedimiento participativo** há sido, precisamente, el camino a través del cual se há ido abriendo paso la figura del acuerdo entre la Administración y los particulares en el ejercicio de*

¹² O melhor exemplo se encontra no **art. 105 da Constituição espanhola**, que consagra o direito à participação, tanto em processos administrativos normativos como em processos administrativos concretos, para o exercício das potestades da Administração Pública.

potestades administrativas. De la simples participación en el procedimiento se ha evolucionado hacia la administración convencional, a la substitución de la decisión administrativa unilateral, expresión de la sola voluntad de la Administración, por el acuerdo entre las partes."¹³

Esse direito constitucional ao processo, aqui tomado em seu sentido formal, que envolve desde o **conhecimento** da tramitação reguladora que irá atingir aspectos do exercício das liberdades e da propriedade, à **audiência**, à **participação** e à **negociação ponderada de interesses**, é o traço distintivo mais importante entre, de um lado, a tradicional, onímoda e desgastada solução de impor-se sempre uma restrição ou condicionante em abstrato pela via legislativa, para então se autorizar a sua **imediata** aplicação em concreto por via administrativa e, de outro lado, essa inovativa solução reguladora, que parte da **deslegalização** de um determinado setor, para que nele a Administração tenha oportunidade de atuar no campo mais dilargado do consenso, tanto para a **produção** quanto para a **aplicação** da norma reguladora.

E assim o é, exatamente, porque é no **processo participativo** que essas etapas são seqüencialmente desenvolvidas para que nelas se aninhe o **elemento validante**

¹³ Referência à exposição apresentada no **Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha – Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo** – sob o título **Desenvolvimento Recente dos Instrumentos da Administração Consensual na Espanha**. Rio de Janeiro, 24 a 26 de outubro de 2001, p. 4 (Anais a serem publicados pela Editora Forense) (nosso grifo).

nuclear da opção estatal pela regulação, ou seja: **a legitimação da imposição e de sua aplicação.**

Esta questão da **legitimidade** é, portanto, tema central em toda a moderna teoria que se teceu sobre o direito regulatório e em torno dela é que ainda remanescem alguns debates, até mesmo com crítica restritiva sobre o novel instituto; daí a conveniência de que se detenha este trabalho um pouco mais sobre esses aspectos polêmicos do tema.

Realmente, como é sabido, relativamente à questão, se tem criticado o **modo de criação dessas entidades *sui generis***, destinadas a exercerem uma **variação híbrida do poder normativo estatal**, como vem ínsita no conceito de **regulação**, embora **despidas da investidura política democrática** que a tanto as intitulasse.

Existe aí um erro de apreciação relativamente simples: as agências reguladoras são entes dotados de **funções administrativas** e não de **funções políticas**, o que as caracterizam como **órgãos administrativos** e não como **órgãos políticos**, de modo que as **atribuições normativas** que lhes são cometidas, contidas na **função reguladora**, embora sejam **materialmente normativas**, constituem, como já se expôs, uma **espécie** distinta da **função legislativa**, esta sim, uma **função política**, ainda porque **a função reguladora** não se destina a produzir **normas legais**, mas meras **normas administrativas**, com a distinta e peculiar natureza que já foi objeto de exame.

Acresce que esse saudável **distanciamento** e até um pouco de **compartimentação** entre a **Política**, como arte de tomar decisões gerais para a sociedade, e a **Administração**, como arte de executá-las, tem resultado em um desejável aperfeiçoamento da direção das sociedades, o que vem sendo auspiciosamente observado na organização dos Estados contemporâneos, e que deve ser, por isso, estimulado.

Com efeito, desde a década de trinta do século passado, com os debates que precederam à criação da agência norte-americana *Securities Exchange Commission*, que veio pôr ordem no mercado financeiro após o *crack* da Bolsa de 1929, já se estudava detidamente o ganho de **eficiência** e de **legitimidade** que era obtido com a separação entre a formulação da política pública e a administração, que nada mais é que sua implementação sem ingerências político-partidárias.¹⁴

A **unidade das duas funções no mesmo órgão** apresentou historicamente o risco de criar Executivos imperiais e hegemônicos, ao passo que a duplicidade de órgãos para desempenhar as duas funções em separado muito tem concorrido em benefício da sociedade e das liberdades públicas,

¹⁴ EDSON NUNES refere-se ao "ideal regulatório" descrito por JAMES LANDIS, apresentado como "um dos grandes visionários da história da regulamentação nos Estados Unidos" (leia-se *regulação*), em seu livro ***The Administrative Process***, publicado em 1938 (in ***O Quarto Poder***, *paper* submetido ao **II Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos**, Instituto Hélio Beltrão, Brasília, 25 de setembro de 2001, versão em elaboração, para comentários e discussão, divulgado em outubro de 2001, p. 28, e compulsado por cortesia do autor).

292

porque permite um corte definidor preciso de dois planos de legitimação, a saber:

a) – o plano da **legitimação política**, que se atinge pela **representação democrática** e pela **eficiência política**, o que é corrente no equacionamento legislativo e na aplicação de soluções normativas gerais.

Este é o plano que Giraudi e Righettini denominam de “**formalmente democrático**”¹⁵, ou seja, em que se dá a **legitimação formal**, pela origem do título de **investidura política**.

b) – o plano da **legitimação administrativa**, que se atinge pela **participação democrática** e pela **eficiência técnica** no equacionamento administrativo e na aplicação da solução reguladora específica ao setor.¹⁶

Este é o plano que Giraudi e Righettini denominam de “**substantivamente democrático**”, ou seja, em que se dá uma **legitimação substancial**, pelo desempenho da **investidura administrativa**, no âmbito de um **sistema articulado de formação do consenso**, o que vem a ser, em outras palavras, a **legitimidade funcional**.

¹⁵ V. G. GIRAUDI e M. S. RIGHETTINI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶ Neste caso, explica JACQUELINE MORAND-DEVILLER, “... *par ce contrôle confié a des 'sages' ne trouvent pas leur légitimité dans l'élection mais dans leur compétence et leur indépendance.*” (**Cours de Droit Administratif**, *op. cit.*, p. 108). Muito à semelhança, acrescente-se, da investidura dos membros do Poder Judiciário, que em geral não se deve a sufrágio popular, mas àquelas qualidades.

7



Existe, portanto, um **plano legitimatório** que não é o **político**, mas o **social**, que é o que se instrumentaliza pela **processualidade administrativa**, na linha clássica do *due process* anglo-saxônico, em seu prístino sentido, ao garantir a **participação** de todos os interessados através da publicidade, pela livre intervenção dos interessados, pelo contraditório e pela ampla defesa.¹⁷

Com efeito, a idéia do **processo como instrumento de legitimação** na Filosofia moderna, especialmente na ética política, já como fruto da **racionalidade argumentativa**, tem merecido a atenção dos mais conspícuos pensadores do Direito contemporâneo.

Brevitatis causae, para ilustrar esta asserção, que marca um dos mais brilhantes desbravamentos teóricos da Ciência do Direito no século vinte, segue-se a síntese do monografista João Carlos Simões Gonçalves Loureiro sobre esta relação **processo** ("procedimento", na nomenclatura lusitana) e **legitimidade**, com as indicações bibliográficas devidamente anotadas:

*"As teorias da Ética são cada vez mais teorias procedimentais: na relação entre justiça e procedimento - na Filosofia Política pense-se também na **articulação entre procedimento***

¹⁷ A respeito, EDSON NUNES comenta esta **legitimidade administrativa** ressaltando que "o poder administrativo das agências difere do poder típico da burocracia hierárquica do executivo" em razão de ser exercido "às claras, com notícia pública e prazos para a intervenção das partes."(*op. cit.* p.11).

2004
29/11/04

e legitimidade - procura averiguar-se da (in)suficiência do procedimento para a justiça do resultado. As modernas discussões em torno da **legitimidade**, com contributos originais sobretudo no horizonte anglo-saxónico, como comprovam os escritos de Rawls (17), Nozick (18) e Buchanan (19) e também Dworkin (20), abrem as portas para a articulação com os procedimentos jurídicos."(nossos grifos).¹⁸

E o texto segue com a direta referência à abordagem sociológica de Luhmann ou a "legitimação pelo procedimento",

¹⁸ Remissões feitas no texto transcrito:

(17) JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., 1971 (trad.: ***Uma Teoria da Justiça***, Brasília, 1981); para a "clarificação" (revisão?) de 1980, idem, ***Kantian constructivism in moral theory***, *JPh*, 77, 1980, p. 515-572, e ***Justice as Fairness: Political not Metaphysical***, *PhPA*, 1985, vol. 14, n.º 3, bem como os comentários de PARIJS, ***Fondements d'une theorie de la justice. A propos d'un seminaire interdisciplinaire consacré a la philosophie politique de John Rawls***, *RIEJ*, 1982, 9, p. 63-94, esp. p. 70 ss. Recentemente, destaque-se ainda a conferência proferida por RAWLS em Paris, no VI Colóquio da Associação Francesa de Filosofia do Direito: ***La priorité du Juste et les conceptions du Bien***, *AphD*, 1988, p. 39-57.

(18) NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, 1984; trad.: ***Anarchia, Stato e Utopia - I fondamenti filosofici dello «Stato mínimo»***, Firenze, 1981.

(19) BUCHANAN, *The Limits of Liberty*, Chicago, London, 1975.

(20) DWORKIN, R., entre outras obras, em seu clássico ***Taking Rights Seriously***, London, 1977; trad.: ***Los derechos en serio***, Barcelona, 1984.

desenvolvida no quadro da teoria dos sistemas¹⁹, percepção esta que também está claramente presente em autores brasileiros, de vanguarda, como exemplarmente nesta excelente passagem didática de Odete Medauar, que trata das **finalidades do processo administrativo**, arrolando, entre oito finalidades gerais, precisamente esta, da

"Legitimação do poder

*A processualidade está associada ao exercício do poder. O poder é, por si próprio, autoritário. No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade no processo preordenado. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como **legitimação do poder em concreto**, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído."*²⁰

Como se observa, parece residir na experiência da **regulação** um dos mais nítidos prenúncios da passagem juspolítica de uma **democracia de representação** para uma **democracia da eficiência**,²¹ observando-se o surgimento de

¹⁹ NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt-Neuwied, 1969; trad.: ***Legitimação pelo Procedimento***, Brasília, 1980.

²⁰ ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2001, p. 196.

²¹ G. GIRAUDI e M. S. RIGHETTINI, *op. cit.*, p. 201.

296

um debate sobre um novo tipo de relações em desenvolvimento entre o político e o administrativo, que situa a regulação e suas agências como um prenúncio de novos rumos para o governo e para a democracia, como se lê na arguta conclusão desta elucidativa página de G. Timsit:

"L'ancien modèle weberien de subordination/séparation céderait la place à un nouveau type de relations... où la subordination de l'administration au pouvoir politique étant assurée par une dose désormais accrue de contrôle du politique, ce serait désormais aux autorités administratives indépendantes de garantir – encore mal, encore trop timidement – la séparation du politique et de l'administratif dans les domaines les plus essentiels de la vie des citoyens: leurs libertés fondamentales, leur vie privée, leur droit à l'informatisation".²²

Adverta-se, portanto, que **sem esta participação e sem a negociação dos interesses**, formalidades imprescindíveis para legitimar um **processo de ponderação voltado a resultados**, as **decisões públicas** decretadas, embora possam ostentar a falseada nomenclatura de **reguladoras**, **continuarão com as mesmas características imperativas da Administração Pública centralizada e burocrática**, ainda por cima agravadas com o defeito invalidante de não contarem com o respaldo legitimatório da lei.

²² MARIE-JOSÉ GUÉDON, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Paris, LGDJ, 1991, p. 26.

297

Assim, para que o devido processo da lei convalide o exercício de uma **autêntica função reguladora**, com a **legitimação do poder em concreto**, torna-se imprescindível, sob pena de conspurcar-se, pelo hibridismo mal informado ou mal intencionado, a **legitimidade constitucional do instituto da regulação**, que nela coexistam **três elementos essenciais**: a **competência reguladora**, a **independência reguladora** e a **participação reguladora processualizada**.

Os temas da **competência** e da **participação** já foram tratados; quanto à **independência**, ela se supõe para que se garanta o exercício **politicamente neutro** exigido pela função reguladora, entendida com um conteúdo restrito a quatro aspectos: a **independência dos gestores**, a **técnica**, a **normativa** e a **gerencial, orçamentária e financeira**.²³

A **independência política dos gestores**, a ser garantida pela nomeação de agentes administrativos para o exercício de **mandatos a termo**, provendo-lhes estabilidade em seus cargos, necessária para que executem, **sem ingerência do Executivo**, a política regulatória estabelecida pelo Legislativo para o setor.

²³ SILVIA A. FREGO LUPI, arrola os seguintes **índices** de independência das agências reguladoras frente ao Governo:

1 – quanto ao **poder de nomeação** e

2 – quanto ao **poder de direção**, referente ao profissionalismo dos titulares, às incompatibilidades, aos limites, à renovação e à revogação e à autonomia organizativa, financeira e contábil. (*L'Amministrazione Regolatrice*, Turim, G. GIAPPICHELLI, 1999, p. 49).

298

A **independência técnica dos gestores**, a ser garantida para que possam desempenhar suas funções através de decisões politicamente neutras, com predomínio dos subsídios técnicos e da negociação.

A **independência normativa**, que assegura o emprego da **regulação** como o principal instrumento de ação setorial.

A **independência gerencial, financeira e orçamentária**, completando o quadro das garantias de atuação autônoma dessas entidades e afastando a ingerência da Administração Direta em suas gestão introversa.

Essas características de **independência** não devem conduzir, entretanto, à idéia de que se está diante de uma "*nova função política*", de uma "*fragmentação da soberania*" ou, até mesmo, de um "*novo Poder orgânico*" do Estado... como desavisadamente já se tem dito, mas muito pelo contrário: o que se procurou demonstrar, é que se está simplesmente diante de uma **nova função administrativa**: um modelo de administração **eficiente** que, de resto, já estava latente na Constituição de 1988, como até nas Constituições anteriores.²⁴

²⁴ Nada mais demonstrativo dessa asserção que a obra pioneira de BILAC PINTO, **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**, publicada em 1941 (Rio de Janeiro, Forense), cuidadosamente atualizada, guardando fidelidade ao original, por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (2ª edição, 2002).

[Handwritten signature]

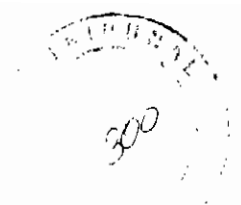
4.5. EXAME DA HIPÓTESE DE IMPOSIÇÃO DE IMAGEM DE ADVERTÊNCIA NA EMBALAGEM DOS PRODUTOS FUMAGEIROS ATRAVÉS DE UMA MEDIDA PROVISÓRIA, QUE SE COMPLEMENTA POR NORMAS REGULADORAS INVÁLIDAS E SE APLICA ATRAVÉS DE PROCESSO CARENTE DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como consectário do que foi acima exposto, resta examinar a hipótese submetida de imposição, agora sob o tríplice referencial:

1º) – Será constitucional a **deslegalização** da imposição de advertência prevista no art. 220, § 4º, *in fine*, da Constituição?

2º) – Mesmo em se admitindo a constitucionalidade dessa deslegalização em tese, será constitucional a **deslegalização na presente hipótese**, operada que foi por uma **medida provisória** editada anteriormente à Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, e que ultrapassou seus prazos constitucionais de vigência?

3º) – Ainda que, por hipótese, considerada a insubsistência das duas inconstitucionalidades acima apontadas, mesmo assim poder-se-ia dar como cabalmente satisfeita a



exigência de **legitimação constitucional** da imposição de restrições sobre bens das pessoas, que foi praticada de inopino, sem o cumprimento do devido processo legal e com desprezo da participação dos administrados interessados?

Quanto à primeira indagação retórica, uma vez que o **princípio** insculpido no art. 220 da Constituição é o da **livre propaganda**, como simultâneo corolário da liberdade de comunicação e do direito de propriedade, é lógico que todas as limitações previstas no seu parágrafo quarto relativamente ao tabaco, são **excepcionais** e, portanto, devem ser interpretadas restritivamente, subordinadas, que estão, como estudado, a uma **reserva legal estrita**, ou seja, a uma **reserva de disposição exclusiva do Poder Legislativo**.

Ora, a norma legal vigente que estabelece a **restrição de advertência** prevista, **se limita a impor as modalidades de advertência escrita e falada**, tal como se estatui na Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, em seu art. 3º, § 2º, transcrito na resenha apresentada.

Esta Lei, como se expôs, veio a ser alterada posteriormente pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, **mas a única alteração relativa à imposição da advertência se limitou a definir que ela deveria ser legível, ostensiva e usada seqüencialmente, de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses**, tal como foi por esta última acrescentada como um parágrafo 5º inserido no art. 2º.

Quanto ao **acréscimo da imposição de advertência por imagem**, esta modalidade veio com a alteração que veio a

301

ser depois introduzida pelo art. 7º da Medida Provisória nº 2.134, de 24 de maio de 2001, que adicionou o § 3º ao art. 3º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, ainda assim, apenas com prescrições gerais, sem referências específicas à dimensão das imagens a serem apostas nas embalagens e maços dos produtos fumígenos, nem ao número delas e, tampouco, aos critérios para utilizá-las.

Ora, como essa Medida Provisória foi editada **antes** da Emenda Constitucional nº 32, que é de 11 de setembro de 2001, a prevalecer, como deve, o **prazo de eficácia** de sessenta dias do art. 62, § 3º, prorrogável por outros sessenta dias, na hipótese do § 6º do mesmo dispositivo, esse prazo já estaria expirado, **de modo que hoje só está rigorosamente vigente a imposição legal de advertência escrita e falada**, que foi imposta regularmente pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, que alterou a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996.²⁵

Isso porquanto, conforme foi exposto, seria inadmissível uma **prorrogação indefinida da eficácia de medida provisória não apreciada pelo Congresso**, como pretende o art. 2º da referida Emenda Constitucional nº 32, por ferir duplamente as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, III e IV, CF, conforme já foi demonstrado.

Em consequência, *primo* - como não é juridicamente possível deslegalizar a matéria do art. 220, § 4º, da Constituição

²⁵ Mesmo que se recontasse o prazo a partir da data da edição da Medida Provisória nº 2.190-34, de 21 de agosto de 2001, que nada mais fez que manter o mesmo dispositivo de "regulamentação constitucional" do art. 220, § 4º, CF, ele já teria perdido eficácia.



162
202
e, *secundo* – mesmo que o fosse, o dispositivo da Medida Provisória que o fez já perdeu a vigência, forçoso é reconhecer-se **a inexistência de amparo na ordem jurídica do País para que a ANVISA imponha “normas reguladoras”, como o fez, prescrevendo a inserção de *imagens* de advertência nas embalagens e maços de cigarros comercializados.**

Mas mesmo admitindo, por derradeiro, em seqüência argumentativa retórica: primeiro, que a matéria de imposição das advertências pudesse ter sido **deslegalizada**; segundo, que a **Medida Provisória** pudesse tê-lo feito; e terceiro, que, por isso, pudessem ser **baixadas normas reguladoras pela ANVISA**, ainda assim, toda a **produção** e a **aplicação** das novas imposições haveria de conformar-se à mandatária formalidade da **processualidade mediata**, característica da **regulação**, por lhe estar vedada a **imperatividade imediata**, que, como se examinou, é característica do **regulamento**.

A ANVISA, ao atuar desconsiderando os **interesses** das demais partes envolvidas, **que deveriam ter sido criteriosamente ponderados para que ela pudesse, *motivadamente* formular a norma reguladora**, não fez mais do que o faria uma repartição pública burocrática de corte tradicional, ao agir apenas preocupada com a **eficácia**, deixando de atender à finalidade de **eficiência**, que é o resultado que se espera do emprego do instituto da regulação, hoje um **direito subjetivo público do cidadão**, cabalmente exigível para a sua atuação, por força do art. 37, *caput*, da Constituição.

Mas, sobretudo, **ao escamotear a necessária fase processual da instrução participativa**, precedida, é claro, do **chamamento dos interessados** e de **nota explicativa** da pretendida regulação, a ANVISA, desarrazoada e desnecessariamente, **não atuou como deveria um órgão regulador**, pois tripudiou sobre as garantias constitucionais das pessoas atingidas e acabou produzindo apenas um simulacro de **regulamento, inautêntico e sem validade**, em vez de uma **regulação, autêntica e valiosa**, dando, ademais, um péssimo exemplo de incompreensão dos parâmetros jurídicos que justificam e fundamentam a sua rica missão regulatória do setor.

5. A CONTRAPROPAGANDA NO DIREITO BRASILEIRO

5.1. NATUREZA JURÍDICA *SANCIONATÓRIA* DA CONTRAPROPAGANDA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A imposição de **contrapropaganda** tem sido admitida e empregada no direito brasileiro apenas como uma **sanção**, sujeita, portanto, aos princípios e regras que protegem o **núcleo fundamental dos direitos constitucionais**, quais sejam: o direito à informação, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o direito de produzir provas e quaisquer outros pertinentes, uma vez que o que realmente separa a **apenação criminal** da **apenação administrativa sancionadora**, quando se trate de aplicar o poder sancionador do Estado, são meros critérios dogmáticos, já que onticamente ambas têm a mesma natureza.²⁶

Está claro que a **unidade do poder punitivo estatal** se desdobrará dogmaticamente nas disciplinas penal e administrativa, mas nelas subsistem os traços comuns e as

²⁶ Neste sentido, a afirmação de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, cuidadoso monografista da matéria, em seu inovativo livro ***Direito Administrativo Sancionador***, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 134.

mínimas garantias a serem observadas, pois ambos os sistemas têm sua definição e seu tronco comuns na Constituição.²⁷

Ora, a **contrapropaganda** tem a natureza jurídica básica de **imposição sancionadora do Estado**, como se pode verificar do implicitamente conceituado na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – que a prevê em seu Capítulo VII, ao cuidar das **sanções administrativas**:

“Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, e sempre às expensas do infrator.

§ 1º. A contrapropaganda 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”.

A **contrapropaganda** resulta, portanto, de uma aplicação sancionatória do poder punitivo do Estado e tem como pressuposto **vinculado** uma **transgressão**.

Por esse motivo, sobre essas **imposições** em tese, bem como sobre as **aplicações** em hipótese, recaem, com os devidos temperamentos reconhecidos pela doutrina, **todos os princípios constitucionais que condicionam o poder**

²⁷ FÁBIO MEDINA OSÓRIO, *op. cit.* p. 135.

306

punitivo do Estado e resguardam as pessoas contra o arbítrio.

Nesse sentido, volta a merecer destaque, **como base dos princípios fundamentais do Direito Administrativo Sancionador**, a cláusula do **devido processo legal**, ao dispor que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*".

O conhecimento convencional na matéria reconhece que essa cláusula do *due process of law* ostenta dois importantes conteúdos, referidos como o devido processo legal **adjetivo** e o devido processo legal **substantivo**.

O **devido processo legal adjetivo** é a garantia formal de observância de um procedimento legal que assegura às partes em processos administrativos ou judiciais de natureza sancionatória o direito à **ampla defesa** e ao **contraditório**, o direito de **não se declarar culpado**, o direito de **não ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato** (*non bis in idem*), o direito de **ser julgado por um órgão de decisão imparcial** etc. Já o invocamos para demonstrar seus descumprimento.

Mas o **devido processo legal substantivo**, por sua vez, se reconhece como uma "*garantia material de procedimento razoável, substancialmente contrário às leis arbitrárias, uma espécie de interdição à arbitrariedade legislativa ou dos Poderes Públicos em geral*"²⁸. Daí decorre que intimamente conectado ao *substantive due process of law* está

²⁸ FABIO MEDINA OSÓRIO, *op. cit.*, p. 155.



o **princípio da razoabilidade**, que, por certo, também deve presidir toda a atividade estatal sancionadora.

Como consequência, o Direito Administrativo Sancionador deve, como um todo, estar atento ao **princípio da razoabilidade**, que se revela como fundamental critério de avaliação da arbitrariedade do Poder Público. Assim, um tipo sancionador que não atenda a determinadas exigências decorrentes da razoabilidade que se espera dos Poderes Públicos será tido por desarrazoado, arbitrário, abusivo e, por isso, inconstitucional.

Do mesmo modo a **proporcionalidade**, que é assim destacada na doutrina tedesca, também constitui outro princípio que **condiciona o poder punitivo do Estado**, limitando não apenas a atividade tipificante do Poder Público, mas igualmente a aplicação da pena *in concreto*.

Significa dizer, em primeiro lugar, que os tipos sancionadores, abstratamente considerados, **devem levar em conta a necessária proporcionalidade estatal na proteção de bens jurídicos**. Ou seja, o exame da proporcionalidade entre o bem jurídico protegido e a natureza da proteção deliberada pelo Estado assume relevância ímpar no Direito Sancionatório.

Por sua vez, quando se cogita da aplicação concreta da sanção administrativa, a proporcionalidade entra em cena para **adequar a resposta estatal *vis à vis* a infração cometida e o bem jurídico atingido**.



Por fim, importa firmar a **tipicidade enquanto princípio** a condicionar o poder punitivo do Estado como decorrência direta do princípio da legalidade administrativa, que pressupõe a "*necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancioná-los*"²⁹. De fato, a inobservância do princípio da tipicidade implica em vulneração à segurança jurídica que deve obrigatoriamente ser propiciada aos jurisdicionados e administrados em um Estado de Direito, pois é precisamente o tipo sancionador que assegura aos indivíduos previsibilidade mínima a respeito das possibilidades de exercício do poder punitivo estatal.

Uma vez exposta nessas breves linhas uma síntese dos **princípios que necessariamente condicionam qualquer pretensão punitiva estatal, seja de natureza administrativa ou penal**, conclui-se que, apresentando a contrapropaganda natureza fundamentalmente sancionatória, sua imposição deve inafastavelmente atender aos princípios anteriormente mencionados.

Diante disso, resta questionar se a imposição de contrapropaganda **que não ostente finalidade sancionatória** e que, portanto, seja considerada como contrapropaganda meramente **ordinatória** – exatamente o que ocorre com a modalidade objeto deste Parecer – também deve sujeitar-se aos mesmos limites e princípios aplicáveis no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

É o que se passa a examinar.

²⁹ FABIO MEDINA OSÓRIO, *op. cit.*, p. 208.

**5.4. A MODALIDADE DE CONTRAPROPAGANDA
ORDINATÓRIA NÃO AFASTA A
NECESSÁRIA APLICAÇÃO DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
PROTETIVOS EM QUALQUER HIPÓTESE DE
PRÁTICA DE ATOS PRIVADORES DE
DIREITOS SOBRE BENS NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

É indiscutível, em razão da previsão constitucional do art. 220, § 4º, a existência da **modalidade ordinatória da contrapropaganda** no ordenamento jurídico nacional.

Não obstante, impõe-se um *caveat*: mesmo que a **contrapropaganda** seja imposta sem propósitos **sancionatórios**, em razão de uma **infração**, mas apenas **ordinatórios** e, portando, sem supor a perpetração de infração alguma, **a sua aplicação, com muito maior razão, há de estar submetida aos mesmos limites e sujeita aos mesmos princípios que presidem à aplicação sancionatória**, já que em todos os casos estes princípios estão destinados a proteger **o núcleo fundamental dos direitos constitucionais**.

E assim o é, porque, em ambas as hipóteses, as **conseqüências** que recairão sobre os direitos (liberdades e bens) das pessoas atingidas serão indistintamente **as mesmas**.

Portanto, esta singularidade da **contrapropaganda ordinatória**, que, agora na hipótese sob exame, não se concebe e se aplica para **sancionar** comportamento transgressivo, **mas foi prevista tão somente para efeito de veicular advertências, nos próprios produtos, sobre o risco do uso do tabaco** (assim como no caso das bebidas alcoólicas, dos agrotóxicos e dos medicamentos), **nem por isso pode ser aplicada arbitrariamente, ficando também sujeita ao devido processo da lei**, porque sua imposição atinge liberdades e direitos patrimoniais das pessoas.

Em suma, pouco importa a modalidade instituída de **contrapropaganda - se sancionatória ou se ordinatória** — pois, de qualquer modo, ela deverá estar sempre submetida aos mesmos limites e condicionamentos substantivos e formais impostos pela **sistemática constitucional**, o que enfatiza e reforça a necessidade de serem rigorosamente observados pelo Poder Público quando pretenda impô-las.

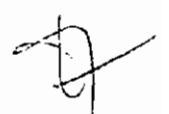
311

5.4 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA IMPOSIÇÃO DA CONTRAPROPAGANDA EM QUALQUER DE SUAS MODALIDADES: SANCIONATÓRIA OU ORDINATÓRIA

Mas, além da condicionante examinada, qualquer que seja a modalidade de aplicação de restrições, limitações e condicionamentos a direitos fundamentais, **seja sancionatória, seja ordinatória**, é imprescindível, no sistema constitucional brasileiro, **que sua aplicação seja também razoável e proporcional**.

Com efeito, afirmou-se no início desse Parecer que era inegável que o **preceito** constitucional que **faculta** (*sempre que necessário*) uma **imposição de advertência** (art. 220, § 4º, CF) – institui uma **intervenção social excepcionadora de um princípio geral de liberdade de comunicação para a propaganda de produtos e de serviços**, por isso mesmo enfaticamente submetida a uma **reserva legal estrita** para que a União a regule, e sempre o faça limitada à estrita **finalidade**, também constitucionalmente posta, que é meramente a de **informar sobre os malefícios decorrentes do uso daqueles produtos** (e do serviço especificamente referidos) entre os quais o **tabaco**.

Como não se trata de uma prescrição destinada a proibir, a inibir ou a proscrever a comercialização desses produtos no mercado, tem, portanto, pleno cabimento se inquirir se, mesmo admitindo a constitucionalidade da imposição



in casu da obrigação de inserir também **imagens de advertência**, se o **conteúdo exigido** serve **razoavelmente** ao fim de **informar**, bem como se o **espaço** desapropriado nas embalagens e maços para veiculá-las é **razoável** e guarda **proporção** com os ônus impostos à CONSULENTE.

Ora, se a **razoabilidade** e **proporcionalidade** são **requisitos da imposição da advertência informativa**, pois é esta que está prescrita na Constituição, como então se obrigar a CONSULENTE a **exacerbá-la** a tal ponto, **que o que seria uma advertência passe a se constituir em uma veemente contrapropaganda de seus próprios produtos!** Qual a **proporcionalidade** que poderia existir entre uma **finalidade pedagógica prescrita** e um **"suicídio" empresarial** que se impõe?

Com efeito, se a Constituição prescreveu, de modo **restrito**, e que restritamente também deve ser interpretada, a imposição de uma **propaganda voltada ao esclarecimento dos fumantes**, ou seja, a veiculação pedagógica de uma *advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso*³⁰, **para que os usuários fizessem livremente suas próprias opções** com relação ao tabaco, não se pode extrapolar para que se imponha, **em acréscimo**, a pretexto de cumprir aquela prescrição, **que se obrigue a empresa a fazer uma feroz contrapropaganda de seus produtos, destinada, não a esclarecê-los, mas a aterrorizá-los com imagens de miséria e de sofrimento humanos.**

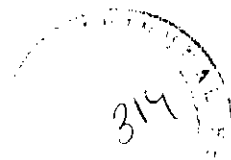
³⁰ Art. 220, § 4º, CF.

Como, portanto, no sistema constitucional brasileiro, se pode aceitar que as empresas sejam compelidas a fazer uma contrapropaganda aniquiladora de seus próprios legítimos interesses de continuar no mercado? **Conter-se-ia esta imposição, quase uma sanção sem transgressão, nos limites restritos do que seja uma "advertência"?**

Ora, se o espaço ocupado nos **maços de cigarro** por essas lúgubres imposições do Poder Público chega, como já se expôs, a **45,7% (quarenta e cinco e sete décimos por cento) de toda sua área externa**, restando apenas 54,3% (cinquenta e quatro e três décimos por cento) para o fabricante veicular o indispensável de informações para o adquirente sobre a marca, as características e todos os demais dados mercadológicos **que servem para vender o produto**, fica evidente, **pelo excesso e pelo arbítrio**, que o que com essas imposições se colima, não mais está sendo, como deveria sê-lo, até mesmo pela explícita inserção da prescrição constitucional no Título da Ordem Social, **uma atuação social pedagógica e informativa, mas o atingimento de resultados econômicos proscritivos da existência da indústria tabageira no País**, ainda que não tenha sido, confessadamente ao menos, este o propósito.

A ninguém, em sã consciência, pode passar pela cabeça que uma empresa, salvo como **sanção pela prática de uma ilegalidade**, possa ser compelida a fazer **contrapropaganda** de seus produtos, fulminando seus próprios interesses.

Mas se a indústria e o comércio do tabaco são **lícitos**, como então se explicar essa imposição da exibição, em caráter "ordinatório", de uma sinistra coleção de quadros bombásticos,



doentios e de gosto duvidoso, estampada nas embalagens, **se não para provocar repugnância e horror nos consumidores atuais e potenciais?**

Claro que o que move essa imposição **é um móbil muito distinto** da correta previsão constitucional, discreta e pedagógica, de veicular **advertências pertinentes**, usual em quaisquer outros produtos que possam oferecer algum tipo de **risco** aos usuários, como o são também os de limpeza, os medicamentos, os defensivos agrícolas e outros tantos mais, **pois é suficiente alertar sobre o risco**, sem que seja necessário que dele se faça uma propaganda negativa.

Mas, não obstante, é o que paradoxalmente está ocorrendo com a indústria de tabaco: assim constrangida a suicidar-se comercialmente **ao ser obrigada a comprometer pesados recursos para fazer sua própria contrapropaganda.**

Cabe, então, confrontar essa imposição concreta com o **sistema constitucional**, e já não apenas isoladamente com o dispositivo do art. 220, § 4º. Parece evidente que assim deva ser feito, uma vez que **a carga impositiva só pode ser entendida e considerada *legítima* se estiver em harmonia com todo o sistema.**

Ora, como o sistema constitucional brasileiro se centra, como todos os demais sistemas constitucionais contemporâneos sobre o **princípio da dignidade da pessoa humana**, que por sua vez se desdobra nos **princípios que traduzem os direitos fundamentais da pessoa humana** e só a partir desses hierarquiza axiologicamente os demais **princípios**,



explícitos ou implícitos, que exprimirão todos os demais valores jurídicos, fica evidente que existe, no sistema, critérios bem nítidos para aplicar a proporcionalidade, quando se trate de ponderar qual o grau de sacrifício que a lei pode razoavelmente impor a valores fundantes, como os que são especialmente garantidos na cláusula do devido processo da lei (art. 5º, LIV, CF).

Como seria, então, possível uma hipotética **harmonização** dessa imposição *à outrance*, **desproporcional e desbordativa do que a Constituição previu**, que não apenas **desapropria** espaços onde seria veiculada a legítima **propaganda** dos bens produzidos pela CONSULENTE como lhe impõe a divulgação de uma **contrapropaganda, que longe de ser esclarecedora, elabora fatos para aterrorizar as pessoas e dissuadir o consumo desses bens?** E não é, por fim, a **harmonização de interesses**, a razão de ser da **regulação** nos ordenamentos jurídicos em que este instituto é recepcionado?

Finalmente, mas não com menor importância, como se lograr a **harmonização** dessa imposição draconiana com os demais valores em jogo, sem que se houvesse considerado todas as **conseqüências** que deveriam ter sido ponderadas, **pois este é o comportamento público implícito no dever de não praticar arbítrio** e de respeitar as mínimas condições de **segurança jurídica**, tanto as da CONSULENTE, bem como a de milhares de pessoas que possam ser prejudicadas em sua liberdade de empresa, em suas opções econômicas e em sua propriedade, para não falar em empregos e outras seqüelas sociais?



6. A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

6.1. OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROIBIÇÃO DE ARBÍTRIO COMO FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Na linha do conhecimento convencional e, mais precisamente, do esquema proposto por Karl Larenz em sua obra, ***Direito Justo***³¹, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico revela-se como um entrelaçado de regras e princípios que, em diferentes níveis, visam a concretizar os dois valores fundamentais condensados na fórmula "idéia de Direito": **justiça e paz jurídica**.

³¹ KARL LARENZ, ***Derecho Justo***, Civitas, 1993, pp. 42-54.



O princípio do Estado Democrático de Direito, erigido pela Constituição de 1988 como o primeiro dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil³², encerra aquelas duas noções, que lhe são essenciais e que se podem considerar como os “fins últimos” do ordenamento jurídico: a consecução e a manutenção da **paz jurídica** e a realização da **justiça**.

Pois bem. A consecução e a manutenção da paz jurídica pressupõem, por óbvio, ambiente de respeito e valorização do princípio da **segurança jurídica**, compreendido como a certeza de que se pode contar com regras de direito, prévias e razoáveis, com sua aplicação isonômica e com a proteção ao direito adquirido. Como bem sintetiza Karl Larenz, um ordenamento jurídico que reverencia o princípio da segurança jurídica é a precisa contraposição do estado de natureza descrito por Hobbes e, portanto, caracteriza-se pela ausência de força, temor e desconfiança nas relações entre os homens³³.

Não raro, contudo, as idéias de justiça e paz jurídica parecem apresentar-se em **antinomia**, como ocorre, por exemplo, com o instituto da prescrição, em que fica evidente o sacrifício da justiça em prol da segurança jurídica. Igualmente, institutos como a coisa julgada e a preclusão processual, por impossibilitarem definitivamente o reexame dos atos do Estado, revelam muito claramente a possibilidade de um tal confronto.

³² CRFB, Título I. Dos Princípios Fundamentais. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).”

³³ KARL LARENZ, *op. cit.* p. 46.

318
TRIBUNAL

Na realidade, porém, essa antinomia entre justiça e segurança jurídica é aparente, pois só existe, caso se vislumbre a justiça unicamente como valor absoluto, a ponto de não se conceber que o justo eventualmente se transforme em injusto, ou vice-versa.

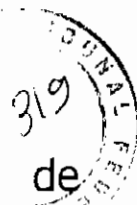
Ninguém melhor o exprimiu em vernáculo do que Almiro do Couto e Silva, como se pode conferir nesta precisa e elegante lição:

"Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça: é ela a própria justiça".³⁴

Como se percebe, o postulado da segurança jurídica é extremamente relevante³⁵, significando para o cidadão, em

³⁴ ALMIRO DO COUTO E SILVA, **Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**, in. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 84, out./dez. 1987, ano XX, p.47.

³⁵ Em conexão com o princípio da segurança jurídica, questiona-se a adoção, pela jurisprudência pátria, de uma retroatividade radical no que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. É sabido que os Tribunais brasileiros incorporaram a tradição

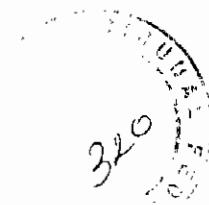


primeiro lugar, proteção à confiança e possibilidade de planejamento e cálculo em longo prazo, ou seja, **de produzir e construir sobre a estabilidade do direito.**

É uma importante lição se corrobora e se completa com a do respeitado constitucionalista Luís Roberto Barroso:

"A expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem: (1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; (2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; (3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; (4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como

norte-americana de atribuir efeitos *ex tunc* (retroativos à data da publicação) à declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, o que apresenta a desvantagem de não raro invalidar situações jurídicas já perfeitamente constituídas. Nesse contexto, as tendências contemporâneas de flexibilização do radicalismo da doutrina dos efeitos retro-operantes devem ser exaltadas. Merece destaque, portanto, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que, dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, prevê em seu art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos dessa declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".



os que devem ser suportados; (5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas".³⁶

Chama-se atenção, aqui, para três dos aspectos acima elencados: *primo*, a **confiança** nos atos do Poder Público, que devem reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; *secundo*, a **estabilidade** das relações jurídicas, manifestada, em especial, na durabilidade das normas; e, finalmente, *tertio*, a **previsibilidade** dos comportamentos a serem seguidos e suportados.

Pois bem. A essa altura da exposição, com os elementos de fato e de direito postos à disposição do intérprete, parece fora de dúvida que a regulação administrativa concernente à atividade das indústrias de tabaco **negligencia por completo os desdobramentos basilares do princípio da segurança jurídica**, fazendo prevalecer naquele setor um ambiente de insustentável temor e de incerteza quanto às próximas imposições a serem determinadas pelo Poder Público.

De fato, as constantes normas baixadas pela ANVISA, sempre em olímpico distanciamento dos setores produtivos da indústria do tabaco, **tendem a inviabilizar o regular desenvolvimento dessa atividade econômica**, pois que instilam um sentimento de extrema desconfiança e receio de que a prática de arbítrio se perpetue nas próximas imposições do Poder Público, já que se vem revelando, até o momento, inexplicavelmente despreocupado com os outros aspectos

³⁶ LUÍS ROBERTO BARROSO, ***A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*** in **Temas de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, pp. 50-51.

valiosos das relações econômicas e sociais em jogo, que deveriam ser equacionados, discutidos e negociados em **processualidade aberta**, e, por isso, carentes de qualquer razoabilidade e de proporcionalidade com relação aos objetivos que pretendem alcançar.

De outro lado, o **planejamento** das indústrias fumageiras passa a encontrar inegáveis óbices à sua concretização e até mesmo à sua formulação, em razão da mais absoluta ausência de **previsibilidade** quanto aos comportamentos a serem delas exigidos pelo Poder Público, ao ignorar, sobranceiramente, o dado essencial: que **a regulação foi instituída exatamente para afastar, pelo diálogo e pela negociação setorial, os inconvenientes da administração burocrática e imperial que marcaram o passado do Direito Administrativo.**

Ora, a partir do momento em que a regulação administrativa do setor sofre alterações substanciais em curtíssimos espaços de tempo, afigura-se infrutífero qualquer tipo de planejamento da atividade econômica, eis que as "regras do jogo" são, não raro, alteradas, sem, ao menos, dar-se algum aviso prévio, surpreendendo a todos os por elas atingidos.

Vê-se, portanto, que essa regulação arbitrária imposta ao longo dos dois últimos anos no ramo das indústrias de tabaco **se vem refletindo seriamente na evolução e na continuidade de sua atividade econômica lícita.** Porém, como se passa a demonstrar, **essa paulatina inviabilização de atividade econômica, em razão de insegurança jurídica** causada pelo arbítrio da ação administrativa pública,

922
em grande parte resultante da ignorância, voluntária ou não, do que realmente consiste na **atividade reguladora** nos sistemas constitucionais dos Estados Democráticos de Direito, **não resiste ao contraste com valores constitucionalmente protegidos**, como se procura evidenciar neste Parecer.

6.2. AS PRETENSÕES DA CONSULENTE QUE EMERGEM DA HIPÓTESE EM EXAME

Emergem do exposto, com nitidez, seis específicas **pretensões** para a CONSULENTE:

1º - Uma **pretensão básica** à declaração da **inconstitucionalidade** da **deslegalização** da matéria concernente à imposição do art. 220, § 4º, *in fine*, da Constituição, ainda que por lei ordinária, não podendo ser, portanto, objeto de regulação pela ANVISA.

2º - Mas, ainda que essa deslegalização fosse considerada juridicamente possível, sobreviveria uma **pretensão derivada** à declaração da **inconstitucionalidade** de se proceder a **deslegalização** pretendida através de uma **medida provisória**.

323

3º - Mas, ainda que essa deslegalização fosse considerada juridicamente possível, mesmo por uma medida provisória, nasceria uma outra **pretensão derivada** à declaração da **inconstitucionalidade** de se proceder a deslegalização pretendida **através de uma medida provisória com sua vigência expirada**; isso, pela impossibilidade de manter-se **indefinidamente**, no sistema constitucional brasileiro, um ato com força de lei, baixado unilateralmente pelo Poder Executivo.

4º - Superadas todas essas pretensões ou independentemente delas, há uma **pretensão autônoma** à desaplicação, por **inconstitucionalidade**, da suposta norma reguladora da ANVISA, por ter sido editada e aplicada sem observância do **devido processo da lei**, uma vez que alcançam a liberdade e a propriedade asseguradas pelo princípio, bem como, de modo **conexo**, a pretensão de desaplicação por arbitrariedade das imposições, despidas de **razoabilidade** e de **proporcionalidade**.

5º - Por fim, uma **pretensão ao acautelamento** da liberdade econômica e do direito de propriedade da CONSULENTE, em razão da situação de **insegurança jurídica** que vem caracterizando as relações administrativas com a ANVISA, tendo em vista a reiteração de atos inconstitucionais e ilegais que, em preocupante *crescendo*, **ameaçam-lhe o regular exercício de atividades econômicas lícitas**.

df



**6.3. AS MEDIDAS ACONSELHÁVEIS PARA
FAZER FACE ÀS
INCONSTITUCIONALIDADES E À
ILEGALIDADE APONTADAS E PROMOVER
O NECESSÁRIO ACAUTELAMENTO
CONTRA DANOS EMERGENTES E LUCROS
CESSANTES IMPOSTOS À CONSULENTE**

A dedução dessas pretensões pode ser veiculada por inúmeras vias no processo civil brasileiro.

Desde logo, o contencioso de constitucionalidade pode ser proposto em abstrato nas hipóteses constitucionais previstas no art. 102, I, *a*, ou provocado em concreto. Destaque-se que, relativamente à obrigação constitucional de aplicação do devido processo da lei no exercício da função reguladora, o pronunciamento do Judiciário haveria de se constituir numa notável contribuição não só para o aperfeiçoamento da aplicação do instituto da **regulação**, como, e principalmente, para uma afirmação prática do **primado constitucional do princípio fundamental da legitimidade no País**.

Quanto ao **contencioso de nulidade** das imposições, há que ser deduzido em concreto, do mesmo modo que o **contencioso cautelar**, que, neste caso, também poderá pré-constituir provas visando a projetar estatisticamente, por peritos, os prováveis **danos emergentes** e de **lucros cessantes que seriam infligidos À CONSULENTE** na hipótese de prosseguir a situação de insegurança.



Quanto ao **juízo** da **oportunidade** e da **conveniência** de acionar a Justiça, bem como o de escolha de quais **pretensões** deverão ser deduzidas e das **ações adequadas**, são opções que decorrem da **política de empresa** da CONSULENTE, que deverão resultar de específica reflexão sobre novos dados de fato supervenientes.

Aconselha-se, todavia, até mesmo pela peculiar natureza jurídica da ANVISA, enquanto **agência reguladora**, e, por isso, **com competência para promover parajudicialmente o equilíbrio dos interesses e dos respectivos valores envolvidos**, que se instaure junto àquela Agência, quiçá por provocação da **entidade representativa da indústria fumageira**, uma **instância administrativa de negociação coletiva, com o objetivo de compor o atual conflito e prevenir futuros**, possivelmente assim evitando o recurso à instância judicial, ao abrir-se um sadio crédito de confiança dos administrados na **justa compreensão**, que se espera por parte daquele órgão, de sua elevada **missão harmonizadora de interesses**, que é própria ao instituto e inseparável conceptualmente de suas funções reguladoras.

O recente Decreto nº 4.232, de 14 de maio de 2002, abre auspiciosamente, em todo o âmbito da Administração Pública Federal, incluindo, portanto, as autarquias especiais, **um procedimento disciplinador das audiências e das reuniões dos agentes públicos com competência decisória com representantes de interesses particulares**, é um avanço digno de registro, nele reafirmando-se o **direito participativo elementar das pessoas de serem ouvidas** e,



com essa providência, pavimentando o caminho do diálogo, do debate e da negociação, que estão nos fundamentos da regulação.

Assim, tal via formalizada, das **reuniões especificamente agendadas para este efeito**, em que fique devidamente registrado e arquivado o que nelas se versou, uma vez adequadamente trilhada e, sobretudo, se contar com a perfeita compreensão das partes, tanto dos agentes públicos quanto dos interessados, do que ela representa para a democratização, a agilização e a eficiência da Administração Pública em nosso País, poderá vir a ser de grande utilidade, como um primeiro passo da CONSULENTE, para o êxito na instância administrativa, para dirimir negociadamente os atuais conflitos, aplainar as incertezas e evitar o recurso extremo ao Judiciário.

Em assim fazendo, a CONSULENTE e a indústria fumageira se a acompanhar, estarão reafirmando sua saudável abertura ao diálogo construtivo e contribuindo para o aperfeiçoamento do **sistema da regulação**, não só para esse setor como, pelo exemplo construtivo, para qualquer de suas demais aplicações no direito brasileiro.



7. CONCLUSÕES DO PARECER

7.1. SÍNTESE

Em suma, foram ultrapassados três limites constitucionais:

Primo: foram ultrapassados os **limites da deslegalização**, porque os preceitos constritivos à comunicação social do art. 220 da Constituição, se capitulam como **reservas legais específicas**, não podendo ser regulamentados por nenhuma outra modalidade normativa em que se dispense a participação do Poder Legislativo, o único legitimado a especificar as imposições que podem ser excepcionadoras da liberdade fundamental de comunicação.

Secundo: foram ultrapassados os **limites da imposição abstrata de uma obrigação de advertência pedagógica**, porque foram feitas imposições que depassam dessa estrita **finalidade pedagógica** prevista pelo legislador constitucional no artigo 220, § 4º, *in fine*, para atingir **outras finalidades** claramente voltadas à **eliminação da atividade econômica** das empresas do ramo do tabaco. Mister que se o repita, justificando esta asserção, que as restrições a direitos e liberdades fundamentais precisam ser interpretadas restritivamente, por serem exceções.

328

Tertio: foram ultrapassados os **limites da aplicação concreta da imposição prescrita**, porque não houve por parte da ANVISA a mais elementar preocupação em **legitimar** sua atividade impositiva através do rigoroso cumprimento do **devido processo da lei**, limitando-se a baixar um simulacro "regulamento", **referido** a certas prescrições legais, e muitas delas incompletas, como se aquele órgão acaso dispusesse do poder regulamentar reservado aos Chefes de Poder Executivo.

À luz do que foi exposto torna-se possível formular as respostas e as recomendações que as complementam.

7.2. RESPOSTAS AOS QUESITOS

1º QUESITO

As imposições feitas pela ANVISA, através das resoluções nn. 104 e 105 atenderiam ao procedimento legal necessário à sua edição, observando, em especial, aos princípios da *legalidade e razoabilidade*?



**RESPOSTA**

Conforme demonstrado, a imposição de *contra-propaganda* sob a forma de imagens (da Resolução nº 104) através de pretendidas *normas reguladoras* baixadas pela ANVISA não encontra, desde logo, para sua edição, qualquer respaldo em *lei* prévia, definitiva da advertência constitucionalmente prevista e posta sob estrita *reserva legislativa*, ou seja: a matéria de que trata não poderia ser objeto de *deslegalização* para ser disciplinada pela via regulatória e, muito menos ainda, *a fortiori*, por uma *medida provisória*, que, por acréscimo, já não poderia produzir os pretendidos efeitos por ter excedido o prazo constitucional de vigência.

Por outro lado, as normas reguladoras baixadas tanto por uma, quanto pela outra Resolução, o foram sem a menor observância do devido processo legal, defectivas, portanto, de qualquer formalidade de *informação, negociação* ou outra forma de *participação* dos interessados do setor por ela alcançado, e, principalmente despida da elementar *motivação* dos atos constritivos praticados: todas essas providências seriam absolutamente necessárias para que dispusessem *validamente* sobre a matéria deslegalizada, com o objetivo de reduzir e condicionar *legitimamente* os direitos da CONSULENTE, assim como os de todos os interessados dos setores econômicos a que se dirigem.



Finalmente, o comando constitucional do art. 220, § 4º, *in fine*, não obstante exibir teor claramente *pedagógico*, foi completamente *desvirtuado* pela acrescida imposição, às advertências escritas e mesmo às pictográficas existentes, de reprodução compulsória de uma série de imagens, de conteúdo apavorante e em extensão desproporcional ao veículo, que, por isso, acabam por desapropriar toda a face maior e livre de cada involução dos maços comercializados no varejo, o que se constitui em uma verdadeira pena *inibitória* à sua atividade econômica.

Por esse motivo, como se expôs, já não se trata da imposição de uma advertência, mas de uma paradoxal obrigação, imposta à CONSULENTE, de *veicular uma pesada contrapropaganda de seus próprios produtos*, com graves conseqüências sobre sua atividade econômica.

Esta *contrapropaganda* vem a ser, por isso, excessiva, irrazoável e desproporcional em seu *conteúdo*, como foi demonstrado, e mais ainda o é, porque sua imposição sequer observou as garantias constitucionais pessoais a ela aplicáveis ínsitas no devido processo legal, por se tratar de modalidade de *contrapropaganda ordinatória*.



2º QUESITO

Seria obrigatória a participação de todas as entidades interessadas nas discussões públicas, ou somente a participação de uma já daria respaldo para a validade das resoluções?

RESPOSTA

Todos os que sejam *diretamente alcançados no exercício de suas liberdades e no gozo de seus bens* por uma norma reguladora são beneficiários teóricos das garantias implícitas no *devido processo legal*, de modo que *todos devem participar do processo aberto em que quaisquer aspectos do exercício dessas liberdades e do direito de propriedade estejam em questão*.

Com efeito, essas garantias não podem ser dispensadas nem minimizadas, uma vez que, ao *deslegalizar uma matéria*, o legislador não o faz para eximir o administrador, no caso, o agente do órgão regulador, de agir com *legitimidade*.



Se a imposição tivesse sido feita através de uma *lei*, ela gozaria, por certo, da *presunção de legitimidade* decorrente do próprio conceito de democracia representativa, mas, distintamente, a imposição administrativa assim feita por *norma reguladora* só se legitima pela *rigorosa observância do devido processo legal*, que é formalidade imprescindível quando se cogite de alcançar a *liberdade pessoal* e a *propriedade privada*, ambas em qualquer de suas multifárias expressões.

A imposição reguladora é o resultado do que hoje se denomina de *administração setorial autônoma*, exatamente porque nela se destacam relações econômicas ou sociais especialmente sensíveis para serem tratadas por um método de administração *distinto* da tradicional decisão desprocessualizada.

3º QUESITO

O que pode ser exigido da ANVISA para resguardar a necessária segurança jurídica aos seus regulamentos, evitando imposições arbitrárias e imposições freqüentes?



RESPOSTA

Pode ser exigido da ANVISA nada mais que o *cumprimento do devido processo administrativo* constitucionalmente exigido.

Para tanto, a *imposição* de uma norma reguladora deve iniciar-se com a devida *publicidade* da intenção da agência, manifestada com a divulgação de *memória explicativa* da oportunidade e da necessidade da norma, com a explicitação dos trâmites que se seguirão; deve prosseguir com *consultas* aos interessados que manifestarem seu interesse na participação convocada, inclusive com a *negociação* do conteúdo das pretendidas medidas, e deve terminar com a explicitação da *motivação*, em que sejam considerados, aceitando-os ou não, os aportes trazidos pelos interessados.

Enfim: apenas o emprego do *processo aberto* pode evitar que uma norma reguladora, como tal *destinada ocupar o espaço impositivo de uma lei no nicho setorial desregulado*, possa impor-se como caprichosa, parcial ou arbitrária.



7.3. RECOMENDAÇÕES COMPLEMENTARES

Ao considerar em conjunto os jurídicos fundamentos deste Parecer, as ações que estão em curso e, sobretudo, a necessidade de a CONSULENTE, como, de resto, a de qualquer empresa atingida, sentir-se **segura** em suas atividades produtivas, cabe, por derradeiro, reafirmar as recomendações centrais já apresentadas no corpo deste trabalho, ou seja: ponderar o momento e a forma de ajuizamento de suas legítimas pretensões jurídicas de **correção** e de **acautelamento**, com o cuidado de preceder o acionamento da instância administrativa do ente regulador a qualquer medida judicial que venha a se intentada, pois é desse modo que se aprimorará, pela prática, a compreensão e o funcionamento adequados dos institutos da regulação no País.

É o Parecer.

Salvo melhor juízo.

Teresópolis, 30 de maio de 2002.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Advogado, inscrito na OAB-RJ sob o nº 8.275