

A DECISÃO N° C-830/10 DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA E A ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PUBLICIDADE DE TABACO E SEUS DERIVADOS

THE CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA N° C-830/10 DECISION AND THE EXAMINATION OF THE CONSTITUTIONALITY OF TOBACCO AND DERIVATIVES ADVERTISING

Mariana Menna Barreto Azambuja¹

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

RESUMO: Este trabalho busca analisar a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Colômbia sobre a constitucionalidade da publicidade de tabaco e seus derivados à perspectiva de direitos constitucionais como o direito à saúde, à liberdade de expressão e à livre iniciativa privada. A decisão examina e pondera os direitos em questão, sem deixar de observar os limites entre o direito público e o direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade; constitucionalidade; tabaco; direito à saúde.

ABSTRACT: *This paper intends to analyze the Constitutional Court of Colombia*

decision of the constitutionality of tobacco and derivatives advertising forward to the prospects of constitutional rights such as the right to health, freedom of speech and expression and freedom of private initiative. The decision considers the rights in question, while observing the boundaries between public law and private law.

KEYWORDS: *Advertising; constitutionality; tobacco; right to health.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Resumo da decisão; 2 Análise crítica; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Summary of the decision; 2 Critical analysis; Conclusion; References.*

¹ Advogada, Especialista em Direito Civil Aplicado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito do Consumidor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) coordenado pelo Professor Dr. Adalberto Pasqualotto.

INTRODUÇÃO

Uma extensa decisão proferida pela Sala Plena da Corte Constitucional da Colômbia, em 20 de outubro de 2010, chamou atenção do universo jurídico pelo posicionamento adotado pelo julgador. O Magistrado confirmou o disposto na Lei nº 1.335, de 2009, arts. de 14 a 17, proibindo a veiculação de publicidade no que tange a produtos que prejudiquem a saúde dos cidadãos.

A demanda possui o seguinte cabeçalho:

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley nº 1.335, de 2009, “disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependência del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”.

O cidadão Pablo J. Cáceres Corrales ajuizou ação pública, com base no art. 241, ponto 4, da Constituição colombiana², requerendo que a Corte declare inconstitucional o disposto nos arts. 14 a 17 da Lei nº 1.335, de 2009, que versa sobre a proibição de publicidade de tabaco.

Inicialmente, a decisão menciona os dispositivos objetos do processo, merecendo também aqui sua devida transcrição:

ARTÍCULO 14. Contenido en los medios de comunicacion dirigidos al público en general. Ninguna persona natural o jurídica, de hecho o de derecho podrá promocionar productos de tabaco en radio, televisión, cine, médios escritos como boletines, periódicos, revistas o cualquier documento de difusión masiva, producciones teatrales u otras funciones en vivo, funciones musicales en vivo o grabadas, video o filmes comerciales, discos compactos, discos de video digital o medios similares.

² “ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”

Parágrafo: Los operadores de cable, los operadores satelitales y los operadores de televisión comunitaria que estén debidamente autorizados por la Comisión Nacional de Televisión, a través de licencia, no permitirán la emisión en Colombia de comerciales o publicidad de tabaco producida en el exterior. Las sanciones serán las mismas previstas en la presente ley.

ARTÍCULO 15. Publicidad en vallas y similares. Se prohíbe a toda persona natural o jurídica la fijación de vallas, pancartas, murales, afiches, carteles o similares móviles o fijos relacionados con la promoción del tabaco y sus derivados.

ARTÍCULO 16. Promoción. Prohíbese toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.

ARTÍCULO 17. Prohibición del patrocinio: Prohíbese el patrocinio de eventos deportivos y culturales por parte de las empresas productoras, importadoras o comercializadoras de productos de tabaco a nombre de sus corporaciones, fundaciones o cualquiera de sus marcas, cuando este patrocinio implique la promoción, directa o indirecta del consumo de productos de tabaco y sus derivados.

O argumento do demandante é no sentido de que tais proibições violam os arts. 333³ e 334⁴ da Constituição colombiana, que garantem o direito à livre iniciativa econômica e privada e à liberdade de empresa.

³ “ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

⁴ “ARTÍCULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

1 RESUMO DA DECISÃO

O objetivo da Lei nº 1.335, de 2009, é a garantia dos direitos a saúde dos cidadãos colombianos, especialmente os menores de 18 (dezoito) anos e a população que não fuma, por meio da regulação do consumo, da venda e da promoção de produtos como o cigarro e seus derivados. Também cria programas de saúde e educação que busquem a diminuição do consumo e o abandono da dependência do cigarro. Por fim, a lei traz sanções para os casos de descumprimento de seus dispositivos.

Uma das motivações para criação desta lei foram as previsões da OMS (Organização Mundial da Saúde), que considera o consumo do tabaco e seus derivados um sério problema de saúde pública.

O demandante argumenta ainda que as normas internas sobre a regulação da publicidade de tabaco deveriam respeitar os princípios da livre iniciativa privada e da liberdade de empresa, até porque a venda do cigarro é lícita na Colômbia, e a proibição de divulgação do produto acabaria por violar os referidos princípios.

Refere que, por se tratar a Colômbia de um Estado Social e Democrático de Direito, não pode uma lei violar um preceito constitucional. Além disso, que a jurisprudência colombiana autoriza os empresários a fazerem uso da publicidade como instrumento para promoção de produtos, com fundamento na livre iniciativa econômica.

Por fim, o autor da ação argumenta que a publicidade é ainda mais importante quando se trata de produtos como o tabaco e o álcool, tendo em vista que existem previsões expressas às empresas que informem aos consumidores sobre os possíveis efeitos colaterais pelo uso desses produtos.

Antes do julgamento propriamente dito, foram feitas intervenções pelo Ministério das Tecnologias da Informação e das Comunicações, pelo Ministério da Proteção Social, pelo Ministério da Educação Nacional, pela Comissão Nacional de Televisão, pela Academia Colombiana de Jurisprudência, pela Universidade de Ibagué, pela Universidade Nacional da Colômbia, pela Universidade do Rosário, pela Universidade Externado de Colômbia, pela Associação de Operadores de Televisão por Assinatura e Satélite da Colômbia,

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."

pela Liga Colombiana contra o Câncer, pelo Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade - DeJusticia, pela Federação Nacional de Comerciantes - Fenalco, pela Companhia Colombiana de Tabaco - Coltabaco S.A. e, por fim, pelo cidadão Juan Pablo Cardona González. Em sua maioria, os intervenientes quiseram a manutenção dos dispositivos que proíbem a publicidade de tabaco.

O Procurador-Geral da Nação opinou no sentido de que os arts. da Lei n° 1.335 sobre a proibição da publicidade de tabaco não são incompatíveis com o exercício dos direitos a livre iniciativa privada nem ao direito de liberdade de empresa, já que o bem que se está protegendo é o direito fundamental à vida e à saúde das pessoas.

Passando a decisão propriamente dita, o julgador dá início ao julgamento fazendo referência aos argumentos elencados pelo autor da ação, bem como realizando uma análise dos possíveis limites aos princípios da livre iniciativa e da liberdade de empresa. Por fim, analisa o papel da publicidade em detrimento dos consumidores, tendo por base o princípio da proporcionalidade.

O primeiro fundamento utilizado pelo Magistrado Relator foi que as previsões constitucionais nos levam a concluir que as liberdades econômicas devem possuir um equilíbrio entre o reconhecimento de garantias para a manutenção da economia e a obrigação estatal de intervir no mercado com a finalidade de garantir o bem comum.

Ainda, que tais princípios são de fato garantias constitucionais, porém, por não se tratarem de direitos absolutos, permitem eventuais restrições e intervenções pelo Poder Público.

Quanto à possibilidade de intervenção do Estado no exercício das liberdades econômicas, o julgador esclarece que a jurisprudência já reconheceu que o Estado pode interferir na economia, desde que tais ingerências sejam precedidas de lei pública, que regule a forma e o grau de intervenção.

Há uma necessidade de efetuar um juízo de razoabilidade e proporcionalidade entre o exercício das liberdades econômicas e, por outro lado, a garantia do bem jurídico a ser tutelado, por meio dos princípios e valores constitucionais.

Os juízes reconhecem que, sem nenhuma dúvida, a liberdade de empresa e a livre iniciativa econômica são garantias constitucionais necessárias para a manutenção do mercado econômico, porém também deve ser reconhecido que o Estado encontra-se na direção geral da economia do país. Tal reconhecimento

implica, entre outras coisas, a admissibilidade de medidas legislativas e administrativas que busquem a regulação e a restrição das liberdades econômicas, desde que, conforme assinalado anteriormente, sejam resguardados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Após, foi feita a análise do papel da publicidade comercial no exercício das liberdades econômicas. Com a finalidade de incentivar o consumo, uma das formas de expressar a liberdade econômica se dá por meio da publicidade.

O julgador entendeu que, para fins da referida decisão, se fazia pertinente a compreensão de três planos de vinculação entre a publicidade e o direito constitucional, sendo eles: a publicidade como atividade protegida pelas liberdades econômicas; a relação entre a publicidade e os direitos dos consumidores; e, por fim, a publicidade como discurso constitucional reconhecido.

Sobre o primeiro plano, foi dito que a publicidade é, evidentemente, uma etapa de grande importância no comércio, para que assim os consumidores tenham conhecimento da existência do produto no mercado. Ainda, que a publicidade possui uma dupla função, sendo uma delas a de informar o consumidor e a segunda de obter uma mudança das tendências de consumo, de modo que um produto se sobreponha aos concorrentes.

A consequência disso é o caráter persuasivo que a publicidade passa a possuir, já que não só informa, mas busca induzir o consumidor a realizar determinada compra. Também com o fim de proteção a publicidade, o Estado deve ter o direito de impor limitações, restrições e, inclusive, proibições.

Em relação ao segundo plano, sobre publicidade e direitos dos consumidores, o Relator faz menção ao art. 78 da Constituição colombiana⁵, que protege os consumidores no que tange à qualidade dos bens e serviços e as informações prestadas. O referido dispositivo constitucional vincula a intervenção estatal da publicidade comercial aos direitos dos consumidores.

⁵ “ARTÍCULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”

A jurisprudência é pacífica ao entender que compete ao Estado a obrigação de garantir que as decisões tomadas pelos consumidores sejam baseadas em informações corretas e seguras.

No último plano, sobre a publicidade comercial como discurso excepcionalmente protegido pelas liberdades de expressão e informação, o juiz refere que a mensagem publicitária é expressada economicamente por meio de informação ao consumidor e também de um discurso limitadamente protegido pela liberdade de expressão.

Após tal análise, o Relator da decisão faz menção a uma jurisprudência da Corte – Decisão n° C-524/95 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) –, em que foi analisada a constitucionalidade do art. 19 da Lei n° 30, de 1986, que referia que as rádios e os programas de televisão só poderiam transmitir propagandas de bebidas alcoólicas e de cigarros em horários determinados pelo Conselho Nacional de Medicamentos. Foi referido que a argumentação do processo era similar à apresentada no feito ora discutido, no sentido de que estaria sendo violada a liberdade de empresa, bem como no que tange as intervenções estatais na autonomia privada.

Neste caso, a Corte concluiu que, devido aos malefícios causados à saúde pelo cigarro, era cabível uma limitação à publicidade referente a este tipo de produto. Concluiu ainda que não cabe ao Estado realizar o incentivo a produtos considerados prejudiciais à saúde, mesmo considerando que o comércio do tabaco e de bebidas alcoólicas seja perfeitamente lícito.

O julgador faz importante menção ao tratado internacional realizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no ano de 2003 sobre o controle do tabaco. Tal convenção gerou, no Brasil, o Decreto n° 5.658, de 2 de janeiro de 2006⁶. Entre as premissas referidas pelo juiz colombiano estão: a necessidade da comunidade internacional em proteger as gerações futuras dos efeitos devastadores do tabaco para saúde humana e para o meio ambiente e a obrigação dos Estados em programarem medidas oportunas para frear o consumo e a exposição do tabaco.

A convenção fez inclusive uma definição de termos, incluindo em sua alínea c a seguinte conceituação: “(c) ‘publicidade e promoção do tabaco’ é qualquer forma de comunicação, recomendação ou ação comercial com o

⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013, às 22h05min.

objetivo, efeito ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto do tabaco ou o seu consumo”.

O julgador faz outra importante referência à Convenção, isto é, o disposto no art. 13. Tal artigo dispõe sobre os deveres do Estado e reconhece que uma proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio reduzirá o consumo de produtos de tabaco.

No Brasil, a Convenção da OMS foi promulgada em junho de 2003, na Colômbia, por sua vez, a promulgação só se deu no ano de 2006, por meio da Lei nº 1.109. O conteúdo da convenção foi declarado constitucional pela Corte colombiana por meio da Decisão nº C-665/07 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Ainda no corpo da decisão, o Relator dá exemplos do direito comparado sobre o controle judicial de medidas legislativas que proíbam ou restrinjam a publicidade de cigarro.

Primeiramente, fez a análise de um caso do Tribunal de Justiça da União Europeia. A decisão foi proferida em 12 de dezembro de 2006 sob o número C-380/03 e versava sobre a restrição e proibição da publicidade de tabaco. O processo era oriundo da Alemanha e pedia a anulação dos arts. 3 e 4⁷ da Diretiva nº 2003/33/CE.

O Tribunal acabou não aceitando o pedido de anulação da legislação por considerar que vários dos Estados-Membros, de forma independente ou em cumprimento das obrigações assumidas ao assinar a Convenção-Quadro, tinham limitado ou proibido a publicidade de tabaco.

⁷ (3) O nº 3 do art. 95 do Tratado exige que a Comissão, nas suas propostas para o estabelecimento e funcionamento do mercado interno em matéria de saúde, tome por base um elevado nível de proteção. Nas respectivas esferas de competência, o Parlamento Europeu e o Conselho também procuram alcançar este objetivo. A legislação dos Estados-membros cuja aproximação se visa tem por objetivo proteger a saúde pública por meio da regulação da promoção do tabaco, um produto que provoca dependência e é responsável, anualmente, por mais de 500.000 mortes na Comunidade, por forma a evitar que, em resultado da promoção, os jovens comecem a fumar em uma idade precoce e se tornem dependentes. (4) A circulação de publicações, tais como periódicos, jornais e revistas, no mercado interno corre um risco apreciável de entraves à livre circulação, dadas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que proíbem ou regulam a publicidade ao tabaco nesses meios de comunicação. Para garantir a livre circulação desses meios de comunicação no mercado interno, é necessário limitar a publicidade ao tabaco às revistas e jornais que não se destinam ao grande público, como sejam as publicações destinadas exclusivamente aos profissionais do comércio do tabaco, e às publicações impressas e editadas em países terceiros que não se destinem principalmente ao mercado comunitário.

Outra decisão mencionada foi da Corte francesa. A Decisão nº 90-283-DC, de janeiro de 1991, declarou correto o art. 2º da Lei referente à luta contra o tabagismo e alcoolismo que proíbe a propaganda ou publicidade, direta ou indireta, de produtos ligados ao álcool ou tabaco. Os argumentos que embasaram tal decisão foram o da proteção à saúde pública e a possibilidade de limitações à liberdade de empresa quando predomina o direito público.

Ultrapassados os argumentos gerais, o Relator passou a analisar individualmente o disposto nos arts. 14 a 17, objetos do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Conclui-se que o controle de constitucionalidade deve verificar se as normas cumprem as condições exigidas pelas políticas de intervenção do Estado na economia e, ainda, que a política deve responder a critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

A medida de proibição total corresponde a um motivo apropriado que justifica a referida limitação. Isso porque fica notório o consenso global acerca das gravíssimas consequências do consumo de tabaco na saúde das pessoas, tanto os fumantes ativos como os passivos. Inclusive, quanto a estes últimos, o Magistrado Relator ainda fez menção ao princípio da solidariedade, que deve ser respeitado.

Refere também que a inegável restrição da liberdade econômica busca cumprir com uma finalidade social de primeira ordem, qual seja, a conservação da saúde pública e do meio ambiente.

Na conclusão da decisão, o Relator diz que os arts. 14, 15, 16 e 17 da Lei nº 1.335/2009 permitem concluir que o legislador previu a proibição total da publicidade de tabaco, bem como a restringiu a promoção de eventos culturais e desportivos, quando tal propaganda está ligada a produtos como o cigarro e seus derivados. Refere ainda que não há violação dos princípios da livre iniciativa privada e da liberdade de empresa, tendo em vista que fazendo o uso dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade a medida restou devidamente justificada.

O dispositivo final da decisão assim ficou declarado:

Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados, los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley nº 1.335, de 2009, “disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se

estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”.

O Magistrado Relator foi Luis Ernesto Vargas Silva.

2 ANÁLISE CRÍTICA

A Colômbia, por meio da referida decisão, uniu-se a países como o Brasil, a Albânia, o Gana, o Irão e o Panamá, que são alguns dos Estados que têm feito grandes progressos quando se fala no combate ao tabaco.

É fato que, quando o assunto é a publicidade de tabaco, dois direitos fundamentais entram em imediata colisão, sendo eles o da liberdade de expressão (econômica) e o da proteção à saúde pública. Pode-se falar também em uma hierarquização axiológica, já que, no caso em tela, o juiz deveria priorizar um direito em detrimento de outro, tomando por base o valor de cada um naquele momento.

Sobre a hierarquização axiológica, ensina Juarez Freitas⁸:

Uma adequada hierarquização axiológica deve ser capaz de vencer antinomias entre princípios e regras de prioridade, sempre pressuposto, como integrante do sistema democrático, um conceito razoável de justiça.

Ingo Sarlet⁹ leciona que o direito à saúde integra, por força dos arts. 6º e 5º, § 2º, da Constituição Federal, o catálogo constitucional de direitos fundamentais. Destacando, ainda, que o art. 196 da CF, que vem para densificar o art. 6º, impõe ao Estado, além do reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental, deveres de proteção, promoção e prevenção:

Assim, também na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser destacados alguns possíveis exemplos de direitos fundamentais fora do catálogo, dispersos no texto constitucional, de modo particular no título relativo à ordem social, tais como [...] os direitos à saúde (art. 196) [...].

⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 145.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 118.

O art. 220, § 4º, da Constituição Federal restringe autorizadamente o princípio da liberdade de expressão, referindo que, nos casos de propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, estas ficarão sujeitas a restrições legais e conterão, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

No Brasil, existe a Lei nº 9.294/1996, que veda – por meio do seu art. 3º – a propaganda comercial de cigarros ou derivados:

Art. 3º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo.

O art. 3º foi alterado no ano 2000 e novamente no ano 2011, permitindo que somente os estabelecimentos comerciais divulguem o produto no próprio local de venda. Os malefícios decorrentes do uso do cigarro vêm estampados de um lado da embalagem.

A esta altura, parece desnecessário arrolar todos os prejuízos causados pelo cigarro, tendo em vista a popularidade do produto composto pela viciante nicotina, mesmo para aqueles que nunca chegaram perto de um cigarro, mas de qualquer forma, vale citar o câncer de pulmão e câncer de boca.

No Brasil, a intenção em erradicar os fumantes remanescentes ainda é grande. O País inclusive faz parte dos debates marcados pelo Dia Mundial sem Tabaco, criado pelo OMS (Organização Mundial da Saúde) e comemorado no dia 31 de maio.

Em pesquisa divulgada pelo Observatório da Política Internacional do Controle do Tabaco, ficou demonstrado que as medidas que vêm sendo tomadas no Brasil, de certa forma, estão colaborando para diminuição do número de fumantes. Foi realizada uma comparação, demonstrando a redução entre décadas, que indicou que o consumo *per capita* caiu em média 32%, levando

em conta os anos de 1980-1989/1990-1999 e 33% entre os anos de 1990-1999 e 2000-2009¹⁰.

Mas falando na decisão da Corte colombiana propriamente dita, percebe-se que existe uma preocupação mundial na valorização da saúde em detrimento de uma liberdade de expressão que o julgador colombiano entendeu ser de cunho comercial.

Foi bem referido pelo Magistrado que, diante das graves consequências geradas pelo uso do tabaco, o estímulo da população por meio de publicidades não faria sentido quando se está buscando a diminuição dos usuários do cigarro, e não o contrário.

É fato que faz parte do conceito mercadológico da publicidade o incentivo à compra do produto, isto é, o intuito dos comerciantes em influenciar o consumidor a realizar determinada conduta positiva.

Nesse sentido aduz Lucia Ancona Lopez de Guimarães Dias:

Com efeito do ponto de vista mercadológico, a publicidade deve ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo. Trata-se do duto *par excellence* através do qual se leva ao conhecimento dos consumidores em geral a existência de bens e serviços a serem examinados e eventualmente adquiridos.¹¹

Ainda mais considerando um mundo que, com a modernidade, tende a alicerçar mais e mais seus princípios ao fundamento da dignidade da pessoa humana, manter vivo o estímulo ao cigarro parece-nos algo extremamente retrógrado.

Dignidade esta que, assim como na Constituição brasileira¹², também é tratada como fundamento primordial na Colômbia por meio do art. 1º da sua Carta Maior, que assim determina:

¹⁰ Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/consumo_per_capita>. Acesso em: 14 jun. 2013, às 15h32min.

¹¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

¹² “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 e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

*ARTÍCULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*¹³

A propaganda nasceu como uma forma de trazer ao público informações sobre os produtos¹⁴. Com o tempo, criou uma função de persuadir os consumidores, fazendo uso de pesquisas científicas que estudam o que chama a atenção de determinado público.

Sobre a função persuasiva da publicidade, Adalberto Pasqualotto¹⁵ assim afirma:

A originária função informativa foi subordinada pela nova função persuasiva, que não deixa de ser consequência de uma propensão natural de qualquer empresário de falar bem do seu produto e do poder de sugestão próprio aos meios de comunicação de massa.

O caráter persuasivo da publicidade revela-se na lógica da sua atuação.

Corroborando este conceito, o Relator da decisão colombiana deixa claro que o efeito persuasivo da publicidade demonstra seu caráter econômico, assim dispondo:

Desde la perspectiva económica, por ende, la publicidad tendría la doble función de prodigar información al consumidor y obtener un cambio en su tendencia de consumo, de modo que elija el producto publicitado por sobre otros que concurren al mercado. Esto trae como consecuencia que los

¹³ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>>. Acesso em: 16 jun. 2013, às 18h02min.

¹⁴ Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias diz que: “A palavra ‘publicidade’ está ligada ao termo latino *publicus*, mas, distante da conhecida dicotomia entre *publicus*/*privatus*, tão própria ao direito público para diferenciar as coisas do Estado daqueles do particular, ela deve ser entendida muito mais no sentido de propagação geral de algo; como ‘levar a todos’; ‘tornar de conhecimento geral’” (DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21).

¹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997. p. 29.

*datos que ofrece la publicidad sean, ante todo, um modalidad de persuasión al consumidor, que a partir de la relevancia de las virtudes y ventajas de producto, induzcan a su adquisición. Incluso, la publicidad puede buscar incidir en una práctica social determinada, a fin de configurar opciones estables de consumo en una comunidad dada, al punto de influenciar al aparato estatal para que prodigue políticas públicas que permitan o faciliten el ejercicio de esa opción de consumo.*¹⁶

O julgador também faz importante referência à função da publicidade de incidir uma prática social determinada, com a finalidade de influenciar consumidores e Poder Público para o crescimento de determinada opção de consumo.

Conforme já descrito, outro país que proibiu totalmente a publicidade de tabaco foi o Panamá, por meio do art. 14 da Lei nº 13, de 2008¹⁷, que assim determina:

Artículo 14: Se prohíbe totalmente cualquier forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y de sus productos, así sea a través de medios indirectos o subliminales, dirigida a menores e mayores de edad. Igualmente se prohíbe toda forma de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizo del tabaco y sus productos, que penetren em el territorio nacional.

Pode-se depreender que, em verdade, a lista de países que proíbem expressamente a publicidade é ainda muito reduzida, sendo que a maior parte dos países ainda permite a publicidade de tabaco ou as autorizam parcialmente.

Na Alemanha, por exemplo, conforme mencionado por Robert Alexy¹⁸, a Corte estabelece obrigação aos produtores de tabaco em informar aos consumidores os riscos do consumo de tabaco, mas não entende ser caso de proibição total da publicidade:

¹⁶ Decisão nº C-830/10 da Corte Constitucional da Colômbia, p. 29.

¹⁷ Disponível em: <http://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2000/2008/2008_557_1078.PDF>. Acesso em: 14 jun. 2013, às 16h13min.

¹⁸ ALEXY, Robert. Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45467>>. Acesso em: 17 jun. 2013, às 10h33min.

A Corte caracteriza o dever dos produtores de tabaco de colocarem em seus produtos advertências à saúde com respeito aos perigos de fumar, como uma interferência relativamente menor ou leve na liberdade de exercer sua profissão (*Berufsausbungsfreiheit*). Em contraste, uma proibição total de todos os produtos de tabaco contaria como uma interferência séria. Entre esses casos menores e sérios podem ser encontrados outros de intensidade moderada de interferência. Deste modo, pode ser desenvolvida uma escala com os estágios “leve”, “moderado” e “sério”. Nosso exemplo mostra que são possíveis designações válidas seguindo-se esta escala.

Por certo que o julgador colombiano bem decidiu quando aplicou os juízos de razoabilidade e proporcionalidade entre os princípios atacados para determinar a constitucionalidade dos arts. 14, 15, 16 e 17 da Lei n° 1.335, de 2009.

A liberdade de expressão, neste caso, de cunho econômico e comercial, não se sobrepõe ao evidente prejuízo à saúde pública dos fumantes ativos e, ainda, dos chamados fumantes passivos, aqueles que fumam indiretamente, ficando à mercê dos efeitos nocivos do cigarro.

Importante ainda referir que a proibição da publicidade, com a consequente restrição da liberdade de expressão econômica encontra amparo da Convenção Internacional dos Direitos Humanos¹⁹, que, em seu art. 13, revela que tal liberdade fica sujeita a determinada censura quando se está em risco a proteção da saúde pública.

Conclui-se que o julgador colombiano deu um importante passo na luta contra o tabaco não só na Colômbia, mas também no mundo inteiro, estimulando os cidadãos e os operadores do direito em especial a repensarem a questão da ponderação de valores, principalmente quando um deles é a proteção à saúde pública.

No Brasil, por sua vez, tramita uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de n° 3.311, que busca a declaração de inconstitucionalidade – pelo Supremo Tribunal – de todos os dispositivos da Lei n° 9.294, de 1996, referindo que estes violam princípios constitucionais como o a liberdade de comunicação e expressão,

¹⁹ Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2013, às 16h52min.

acesso à informação e à livre iniciativa econômica. O último movimento do processo foi em 8 de fevereiro de 2013, com juntada de documentação.

O que se espera é que o mais alto Tribunal da nossa Federação possa, assim como o julgador colombiano, sopesar os princípios constitucionais em questão, dando sempre prioridade ao fundamento primordial da nossa Constituição – a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Assim como a Colômbia, hoje o Brasil se encontra na lista dos países que proíbem a publicidade e promoção de produtos relacionados ao tabaco, demonstrando a intenção em erradicar com as doenças decorrentes do uso deste mal e diminuir o número de usuários dependentes.

A extensa decisão colombiana soube analisar, com brilhantismo, a ponderação dos valores postos em colisão – sendo eles a liberdade de expressão e a proteção à saúde pública – por meio dos juízos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, a Corte colombiana deixou claro que a liberdade econômica, que envolve o comércio e a venda dos produtos de tabaco e derivados, não será violada com a proibição da publicidade, apenas deixando esta de ser veiculada aos consumidores de modo que estes sejam estimulados ao consumo.

Sem dúvida a população mundial está cada vez mais ciente dos efeitos deletérios que o consumo do tabaco gera, porém será com o aumento da preocupação e da cautela do Poder Público – por meio de restrições e limitações – que o número de fumantes, um dia, se reduzirá a zero.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45467>>. Acesso em: 17 jun. 2013, às 10h33min.

CABRERA, Oscar; GUILLÉN, Paula Avila; CARBALLO, Juan. Restrições à publicidade e promoção do tabaco e a liberdade de expressão. Conflito de Direitos? Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56245>>. Acesso em: 16 jun. 2013, às 16h00.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.