

Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais: Limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos

Gustavo Binenbojm*

Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais
Limites aos poderes normativo e sancionatório da Anvisa na regulação de produtos fumígenos

Nota Prévia

I. Contextualizando as Agências Reguladoras nos Estados Unidos e no Brasil: mão e contramão.

A circunstância de o modelo regulatório brasileiro, implantado na década de 1990, haver sido inspirado, em larga medida, no desenho institucional norte-americano pós-New Deal – estruturado em agências com acentuado grau de autonomia em relação à Chefia do Poder Executivo e fundado na idéia do insulamento político de administradores pretensamente neutros, dotados de elevada qualificação técnica[1] – torna especialmente interessante o exercício comparativo entre os dois contextos nacionais. A verificação de significativas distinções – senão que verdadeiras oposições – entre os cenários político, ideológico e econômico em que se deu a implantação de cada um dos referidos modelos, em cada um dos referidos países, talvez possa contribuir para a compreensão das preocupações e propósitos que movem o atual clamor pela reforma da estrutura regulatória no Brasil. A importação de institutos com sinais trocados e objetivos diametralmente opostos reclama agora um acerto de contas.

Embora as agências administrativas tenham constituído parte importante do Executivo norte-americano desde os albores da nação, fato é que o surgimento e a proliferação da moderna agência reguladora coincidem com os movimentos políticos, econômicos e sociais de questionamento e superação do arcabouço jurídico-institucional do capitalismo liberal dito puro.[2] Com efeito, apenas onze agências foram criadas entre a elaboração da Constituição e o fim da Guerra Civil; seis surgiram entre 1865 e a virada do século; nove foram constituídas entre 1900 e a Primeira Guerra; outras nove apareceram entre 1918 e a Grande Depressão de 1929; enquanto nada menos que dezessete foram erigidas entre 1930 e 1940, período de implementação do New Deal.[3]

Na verdade, embora a Interstate Commerce Commission (ICC)[4] – normalmente apresentada como a primeira agência reguladora independente norte-americana –, a Federal Trade Commission (FTC)[5] e a Federal Radio Commission (FRC)[6] hajam sido criadas, respectivamente, em 1887, 1914 e 1926, foi somente com o New Deal que a moderna agência reguladora se tornou um elemento característico da Administração Pública norte-americana.[7] É neste período que toma corpo, quantitativa e qualitativamente, a idéia de uma Administração policêntrica e insulada de influências políticas, caracterizada por sua expertise e pela sua capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa. Este é o principal legado institucional do New Deal. [8]

Inobstante, desde as últimas décadas do século XIX e as primeiras décadas do século XX, têm início as pioneiras medidas intervencionistas do governo em determinados setores da economia. Movidos pelas pressões de fazendeiros, pequenos comerciantes, passageiros e consumidores em geral, os líderes da época, como Theodore Roosevelt (1901-1909), William Howard Taft (1909-1913) e Woodrow Wilson (1913-1921), deram vazão aos anseios populares de controle do poder capitalista e promoveram novos instrumentos regulatórios. São dessa fase, v.g., o The Pure Food and Drug Act, de 1906, e a Sherley Amendment, de 1912, que buscavam proteger os consumidores de drogas e alimentos fraudulentos ou inseguros. Também surgiram no período o The Clayton Act e o Federal Trade Commission Act, ambos de 1914, que fortaleceram leis que proibiam monopólios e restrições ao comércio.

A grande indústria da época – a de transporte ferroviário – foi alvo de regulações pelo The Elkins Act (1903), o the Hepburn Act (1906) e o the Mann-Elkins Act (1910), que reduziram o poder das companhias ferroviárias para controlar preços e rotas. O The Transportation Act, de 1920, deu à ICC poderes sobre tarifas mínimas e para regular a entrada e saída dos mercados regionais e nacional. Embora a atividade regulatória das agências de então fosse mínima, sua atuação serviu para lançar as sementes da relativização das duas categorias básicas do capitalismo liberal: o direito de propriedade e a liberdade contratual, tidos ainda como direitos individuais quase absolutos. A despeito das tentativas de regulação, a chamada Era Lochner, que dominava os julgados da Suprema Corte, impedia o avanço progressista sobre as liberdades econômicas.

É com a Grande Depressão e o New Deal que chega a seu ponto culminante o longo percurso de revisão do capitalismo liberal e dos standards jurídicos erigidos pela common law. Veja-se, neste sentido, o comentário esclarecedor de Cass Sunstein:

“Para os reformistas do New Deal, o common law não era nem natural nem pré-político. Pelo contrário, ele incorporava uma teoria social determinada, que atendia a certos interesses às custas de outros. Particularmente, os New Dealers viam o common law como um mecanismo de insulamento da distribuição existente de riqueza e de benefícios legais em relação ao controle coletivo. O catálogo de direitos do common law incluía, ao mesmo tempo, muito e muito pouco – uma excessiva proteção do interesse estabelecido dos proprietários e uma proteção insuficiente dos interesses dos pobres, idosos e desempregados.”[9]

A proliferação das agências reguladoras independentes deu-se, assim, durante os anos 1930, não apenas como fruto da crença na capacitação técnica e no melhor posicionamento da Administração Pública para reagir de forma rápida e flexível no sentido de estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados, mas também da necessidade de driblar os entraves à regulação opostos por um Judiciário predominantemente conservador. Além disso, os reformadores acreditavam que o sistema de tripartição de poderes e de freios e contrapesos gerava disputas políticas entre facções que impediam os servidores públicos de servir ao interesse público de médio e longo prazo. A denominada Segunda Carta de Direitos – assim batizada por F.D. Roosevelt – pressupunha, destarte, um novo arranjo institucional para a sua implementação. As agências reguladoras se afirmam, portanto, no cenário político norte-americano, como entidades propulsoras da publicização de determinados setores da atividade econômica, mitigando as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade.

Com o passar dos anos, entretanto, diante (i) do crescente grau de intrusividade das agências nas atividades privadas, (ii) da sua questionável eficiência na gestão dos mercados regulados e (iii) da sua não sujeição aos mecanismos tradicionais de accountability eleitoral[10], as agências independentes foram submetidas a intensas críticas e pressões dos agentes políticos e econômicos. Assim, o grande tema de discussão sobre as agências nos Estados Unidos há muito deixou de ser o da sua autonomia, como condição para o exercício técnico e politicamente neutro de suas funções, para se tornar rapidamente o do seu controle político, responsividade social e legitimidade democrática.

Não à toa assistiu-se nas últimas décadas a um crescimento dos mecanismos de controle político do Presidente, do Congresso e do Judiciário sobre as agências, bem como um incremento dos instrumentos de participação dos agentes econômicos e de entidades de defesa dos consumidores e do meio ambiente nos processos regulatórios.

Em relação à supervisão presidencial do trabalho das agências, os Decretos executivos n°s 12291 e 12498, editados pelo Presidente Reagan, significaram, para muitos, o retorno à era do Executivo unitário, centralizado na figura do Presidente.[11] O Decreto n° 12291 previu a submissão dos regulamentos propostos pelas agências à revisão do Office of Management and Budget – OMB – órgão integrante da estrutura do Gabinete do Presidente da República (Executive Office of the President – EOP) – que ficou encarregado da realização das análises de custo-benefício e de custo-efetividade. Já o Decreto n° 12498 foi ainda além, exigindo que as agências submetessem um “plano regulatório anual” à aprovação do OMB. Na Administração Clinton, tais decretos foram substituídos pelo Decreto n° 12866, que amenizou, porém manteve, a revisão do OMB sobre as propostas regulatórias das agências. Todavia, enquanto as agências independentes haviam sido excluídas dos decretos baixados por Reagan, Clinton as incluiu no “processo de planejamento regulatório”, gerido pelo OMB e supervisionado pelo Vice-Presidente.

No que diz respeito ao papel do Congresso na supervisão da atuação das agências, além das audiências em comissões especializadas, merece destaque o ressurgimento, reformado, do chamado “veto legislativo”, previsto no Congressional Review Act – CRA, de 1996. De acordo com tal lei, uma resolução conjunta das duas Casas Legislativas, aprovada por maioria simples e seguida da sanção presidencial, poderia sustar uma norma regulatória

editada por agência. A primeira vez em que o CRA foi usado ocorreu em 2001, quando uma resolução da Occupational Safety and Health Administration – OSHA sobre ergonomia foi sustada.[12]

Por fim, o Judiciário norte-americano tem tido um papel crescente no controle das agências reguladoras. A chamada hard-look doctrine foi desenvolvida para permitir ao Judiciário se desincumbir das duas tarefas que lhe foram conferidas pelo Administrative Procedure Act – APA – garantir a fidelidade do processo regulatório ao direito[13] e invalidar decisões “arbitrárias” ou “caprichosas.”[14] A doutrina hard-look tem servido ora para exigir das agências a demonstração de que as vantagens da regulação justificam as suas desvantagens, ora para invalidar ou devolver para a agência medidas regulatórias que não atendam aos objetivos da lei, ora para exigir melhores explicações da agência acerca de críticas ou comentários feitos por partícipes do processo de consulta pública. Assim sendo, o Judiciário tem se comportado como um verdadeiro curador da racionalidade dos processos regulatórios.

É possível, assim, concluir que, nos Estados Unidos da América:

(i) as agências reguladoras surgiram e se proliferaram como instrumentos de intervencionismo e relativização das garantias liberais clássicas, como o direito de propriedade e a liberdade contratual, havidas como quase absolutas durante a fase do capitalismo liberal puro;

(ii) a implementação de uma plataforma social-democrata, proposta pelo New Deal, só se tornou possível com a criação de agências reguladoras insuladas de pressões políticas conservadoras e dotadas de competências amplamente discricionárias para transformar a regulação erigida pela tradição da common law;

(iii) a experiência regulatória norte-americana da segunda metade do século XX mostra que o contraponto da autonomia reforçada[15] das agências reguladoras foi o incremento dos mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados. Tais mecanismos são fundamentais, de um lado, para diminuir o risco de captura[16] dos entes reguladores por agentes ou grupos econômicos bem organizados e, por outro lado, para aumentar o grau de responsividade social e legitimidade democrática da função regulatória.

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo de processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público.

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório (regulatory commitment) era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que subtraísse o marco regulatório do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira tour de force da reforma do Estado. Daí a idéia da blindagem institucional de um modelo, que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura.

Se, de uma parte, a criação de agências reguladoras dotadas de acentuado grau de autonomia servia ao bom propósito de desestruturar os chamados “anéis burocráticos” existentes nos Ministérios, de outra parte, o mandato fixo de seus dirigentes e seu compromisso técnico sinalizavam ao mercado o compromisso do próprio país de proteger o direito de propriedade dos investidores e garantir o cumprimento fiel dos contratos celebrados ao cabo dos processos de privatização e desestatização.

Em última análise, embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do status quo; enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.

Em semelhante contexto, foi até natural que a preocupação básica do legislador (leia-se, do governo FHC) e da doutrina nacional tenha sido a defesa da autonomia das agências. Nessa primeira onda de criação de agências reguladoras setoriais, o grande móvel da estrutura regulatória introduzida no país foi a criação de mecanismos institucionais e jurídicos assecuratórios da independência das agências em relação aos agentes políticos e ao Poder Judiciário. Por isso as agências são criadas no Brasil como autarquias de regime especial.

A pedra-de-toque desse regime especial é a independência (ou autonomia reforçada) da agência em relação aos Poderes do Estado. Tal independência assume os seguintes aspectos:[17]

1º) independência política dos dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos de mandatos a termo fixo, com estabilidade nos cargos durante o mandato;

2º) independência técnica decisional, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio;

3º) independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização[18];

4º) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada por intermédio de contratos de gestão celebrados com o respectivo órgão supervisor da administração direta.

Pois bem. Passado o processo de privatizações e desestatizações, o país adentra agora uma segunda onda regulatória, inaugurada pela submissão das agências ao teste da sucessão democrática no governo federal. Esta segunda onda é caracterizada não mais pela preocupação quase que exclusiva com a preservação da autonomia das agências – disfunção provocada pelos objetivos imediatos que orientaram a sua criação –, mas com as questões que têm preocupado os norte-americanos há várias décadas e até aqui negligenciadas entre nós, como controle político, responsividade social e legitimidade democrática. Cumprido o papel de geração de confiabilidade para atração de investimentos, apercebem-se agora os agentes econômicos, os agentes políticos e doutrinadores pátrios da necessidade de matizar a autonomia técnica das agências com mecanismos de controle político e jurídico.

Os focos principais de tensão gerados pela estrutura regulatória brasileira, e que reclamam maior aprofundamento em busca de soluções, são os seguintes:

(I) a tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese da deslegalização e da banalização da edição de resoluções;

(II) a tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos, decorrente da fragilidade dos mecanismos políticos de controle do Presidente e do Congresso, e da timidez do próprio Judiciários no controle jurídico;

(III) a tensão com o regime democrático, especialmente em decorrência da não sujeição dos administradores aos procedimentos de accountability eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos.

O adequado equacionamento de cada um dos problemas acima detectados certamente ultrapassa os limites deste trabalho. O estudo de caso a seguir apresentado versa apenas o primeiro dos focos de tensão, referente à relação da atividade das agências - seu poder normativo e seu poder sancionatório – com o princípio da legalidade.

Como adiante se verá, a solução aqui preconizada rejeita a chamada deslegalização e apresenta a vinculação à legalidade e ao sistema de direitos fundamentais previsto na Constituição como fatores de controle e legitimação da atividade das agências reguladoras.

ii. Limites aos poderes normativo e sancionatório da Anvisa na regulação de produtos fumígenos – um estudo de caso

Cuida-se de examinar a juridicidade da inserção de pequenos impressos informativos no interior das embalagens de cigarros – os chamados inserts e onserts. Mais especificamente, indaga-se sobre a compatibilidade da utilização dos aludidos impressos informativos com o disposto no art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96 (com a redação introduzida pela Lei nº 10.167/2000), no art. 7º, caput, da Resolução RDC nº 104/2001 e no art. 4º, caput, da

Resolução RDC nº 335/2003, ambas editadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Os inserts são pequenos cupons, de conteúdo meramente informativo, colocados no interior das caixas de cigarros (boxes), enquanto os onserts são cupons, de igual conteúdo, colados na parte frontal dos maços de cigarros (soft packs). A face externa do cupom é idêntica à parte frontal do maço, sendo o conteúdo informativo impresso na face interna, à qual o consumidor só tem acesso após retirar o plástico que reveste a embalagem, abrir a caixa (no caso do insert) ou destacar o cupom do maço (no caso do onsert).

Sabe-se que as informações constantes de inserts e onserts dizem respeito a relevantes aspectos físicos, biológicos ou econômicos do produto, servindo como instrumentos decisivos para a proteção do consumidor e combate à falsificação. Com efeito, ao ângulo da defesa do consumidor, as informações servem para a identificação dos produtos verdadeiros, sujeitos, como tais, aos rígidos padrões de composição e qualidade impostos pela legislação brasileira, bem como para propiciar maior conhecimento das características específicas do produto a ser consumido. Sob o prisma do fabricante, a identificação dos produtos verdadeiros, proporcionada pelos cupons informativos, contribui decisivamente para o combate à disseminação de produtos falsificados.

Ao ver da ANVISA, todavia, a veiculação dos inserts e onserts nas embalagens de cigarros não é permitida pela legislação em vigor. Dois são os argumentos em que, em síntese, se funda a posição da agência:

I) o insert/onsert constituiria um instrumento de propaganda comercial de cigarro, destinada a “tornar o produto mais atrativo e incentivar futuras aquisições”, não contemplado – e, portanto, vedado – pelo art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96, na redação introduzida pela Lei nº 10.167/2000;

II) o insert/onsert constituiria um tipo de invólucro ou dispositivo impeditivo da visualização das advertências, imagens, logomarca e do número do serviço Disque Pare de Fumar, proibido, assim, pelo art. 7º, caput, da Resolução RDC nº 104/2001 (hoje substituído pelo art. 4º, caput, da Resolução RDC nº 335/2003).

A seguir, as questões acima são analisadas à luz das premissas fixadas no intróito do presente estudo.

III. Os cupons informativos não constituem propaganda comercial, não estando, assim, sujeitos ao art. 3º, caput, da lei nº 9.294/96 (na redação da lei nº 10.167/2000).

II.1. O insert/onsert é um impresso informativo fornecido pelo fabricante do produto, cuja veiculação é admitida pelo Código de Defesa do Consumidor.

O primeiro argumento apresentado pela ANVISA contra a veiculação do cupom informativo pelo fabricante de cigarros é o de violação do art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96, com a redação dada pela Lei nº 10.167/2000. Confira-se, logo de plano, o teor literal de tal dispositivo:

“Art. 3º - A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior (produtos fumígenos) 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).

Como decorre singelamente da leitura do preceptivo legal, sua aplicabilidade é restrita à propaganda comercial de produtos fumígenos. Dito de outra forma, as atividades comunicativas da indústria de fumígenos regidas pelo art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96, atualmente em vigor, são somente aquelas caracterizadas como “propaganda comercial”. Assim, condição sine qua non para o enfrentamento da questão posta pela ANVISA é a definição da natureza jurídica dos cupons informativos veiculados no interior das embalagens de cigarros – isto é, se constituem ou não propaganda comercial.

Segundo a doutrina especializada, o gênero informação pode ser dividido em duas espécies: a publicidade (propaganda comercial) e a informação em sentido estrito. Em poucas palavras, a publicidade tem por fito atrair e estimular o consumo de determinado produto ou de determinada marca, “enquanto a informação visa a dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer os produtos e serviços e exercer suas escolhas.”[19]

De fato, a informação em sentido estrito tem por objetivo precípuo racionalizar as opções do consumidor, ao passo que a informação publicitária atua primordialmente pela incitação dos sentidos.[20] Verifica-se que uma e outra são espécies do gênero informação; o que varia é o desiderato existente na veiculação da informação. É saber: qual o objetivo da informação que se transmite.

A distinção aqui desenvolvida fica nítida nas palavras de NELSON NERY JUNIOR, segundo o qual, “a informação é um dever dos fornecedores que não é satisfeito com a publicidade, cuja finalidade é atrair os consumidores para fins comerciais, o que a fará necessariamente tendenciosa, razão pela qual os fornecedores devem ser objetivos em suas informações”[21]

A expressão propaganda comercial, segundo lição de DOROTHY COHEN, envolve uma atividade “que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização dos seus objetivos (...)”.[22] De acordo com ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, a difusão da informação, de modo a alcançar-se a aceitação do grande público, é pressuposto para a existência de qualquer publicidade.[23]

A veiculação dos cupons informativos, assim, não se qualifica como propaganda comercial de cigarro, não se sujeitando, portanto, à disciplina restritiva do art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96. Confira-se por quê.

Em primeiro lugar, porque o acesso ao conteúdo dos cupons só se dá em momento necessariamente posterior à aquisição do produto, enquanto a propaganda tem por objetivo, precisamente, a promoção da aquisição daquele produto ou marca específicos. Com efeito,

à leitura do insert/onsert só chega quem já é consumidor do produto, quem já o adquiriu e abriu a sua embalagem, ao passo que a propaganda comercial é voltada exatamente à conquista de novos consumidores.

Em segundo lugar, a propaganda comercial tem por objeto a publicidade de produtos e serviços em veículos e processos de comunicação, enquanto os cupons integram a parte interna das embalagens de cigarros, não alcançando qualquer exteriorização. Como afirma TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, “propaganda comercial sem exteriorização não é propaganda enquanto atividade econômica.”[24]

Em terceiro lugar, o conteúdo da informação veiculado nos cupons não exhibe as características próprias da mensagem publicitária. Com efeito, além de só se dirigir a quem já é consumidor, as informações constantes do insert/onsert têm natureza objetiva e se destinam não à conquista de novos consumidores, mas a dotar o consumidor de meios para melhor identificar e conhecer as características do seu produto.

O insert/onsert se caracteriza, assim, como um impresso informativo que acompanha o produto, contemplado pela legislação consumerista brasileira. O Código de Defesa do Consumidor cuida, sistematicamente, de apartar os deveres de informação do fornecedor/fabricante (artigos 8º, 9º, 30 e 31) da disciplina da publicidade (artigos 36 e segs.). Vale conferir a dicção dos artigos 8º e 9º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90):

“Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único – Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.”

“Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

Note-se bem: o art. 8º, caput, do Código de Defesa do Consumidor institui o dever geral de informação dos fornecedores, o qual, no caso dos fabricantes de cigarros, é amplamente regulamentado pelo Poder Público. Tal regulamentação, regamente observada pela indústria, consubstancia o conjunto de informações obrigatórias que, em toda e qualquer circunstância, devem ser prestadas aos consumidores de cigarros.

Já o parágrafo único do art. 8º faz alusão à hipótese específica dos produtos industriais, permitindo a veiculação de informações por meio de impressos informativos que os acompanhem. Em relação aos cigarros, como a regulamentação específica editada pelo Poder Público não exige os impressos informativos de modo expreso, não se pode dizer

que a sua inserção nas embalagens do produto seja obrigatória. Todavia, daí não se pode inferir que seja ela vedada.

Com efeito, há situações, esporádicas e específicas, em que o recurso ao insert/onsert é o único meio legal para a indústria transmitir informações necessárias e relevantes ao consumidor. Em tais hipóteses, a veiculação do impresso informativo se apresenta como um plus de informação oferecido pelo fabricante ao seu consumidor, complementar aos deveres decorrentes da regulamentação específica. Esse plus tem se mostrado fundamental, em relação a determinadas marcas e sob certas condições de mercado, para incrementar o conhecimento e a capacidade do consumidor para distinguir o produto verdadeiro (fabricado de acordo com a rígida regulamentação oficial) daquele falsificado, que oferece riscos elevados a sua saúde e segurança.

Por outro lado, vale destacar que o art. 9º corrobora tal entendimento, dispondo que o dever geral de informação do fabricante não prejudica a adoção de outras medidas de caráter informativo cabíveis em cada caso concreto. Por evidente, na situação do cigarro, em que a parte externa das embalagens se encontra quase que totalmente ocupada, a “medida cabível” para a entrega das informações ao consumidor é a inserção dos impressos.

A doutrina especializada, por seu turno, afirma que, naquilo que se refere a produtos industriais, como é o caso do cigarro, ao fabricante cabe prestar as informações necessárias, “não apenas quanto aos riscos, mas ainda quanto a outras características relevantes.”[25] Ora, é absolutamente relevante para o consumidor do cigarro conhecer, v.g., detalhes sobre a mudança de embalagens do produto imposta pela lei, uma vez que isso se mostra imprescindível para protegê-lo contra produtos falsificados e que podem colocar em risco a sua saúde e segurança.

Veja-se, ainda, que o art. 31 do CDC, que estabelece que “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

A embalagem corresponde ao conceito de apresentação.[26] Destarte, “todos os atributos da apresentação, elencados em número aberto pelo art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, têm de estar presentes na embalagem, ou se isso não for possível – e.g., quando o produto ofertado é de pouco tamanho – em mensagem de advertência e esclarecimento claramente visíveis e compreensíveis pelo consumidor.”[27] É justamente tal o caso dos inserts/onserts: não sendo possível a apresentação das informações no próprio maço ou caixa de cigarros, a indústria utiliza-se de impressos, de conteúdo eminentemente informativo, de forma objetiva e imparcial.

Portanto, o insert/onsert não está sujeito à disciplina do art. 3º da Lei nº 9.294/96, pois veicula informação não publicitária do produto. Assim sendo, como decorrência da regra geral de liberdade de comunicação e informação, prevista no art. 220, caput, da Constituição da República, bem como das exigências legais contidas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, artigos 8º, 9º e 31), a veiculação do insert/onsert no

interior das embalagens de cigarros constitui conduta não vedada, como antes admitida pelo direito brasileiro.

O dever de informar prescrito nos mencionados dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aplica-se à oferta não publicitária de todo e qualquer produto ou serviço, sendo insuscetível de qualquer limitação administrativa.[28] Portanto, a ANVISA não poderia, por mero ato administrativo, afastar a incidência de normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor (lei federal), que impõem a prestação de informações relevantes sobre o produto pelo seu fabricante. Tal peculiaridade dos Estados Democráticos de Direito é conhecida como princípio da legalidade. Na hipótese em questão, serve ele não apenas para proteger a liberdade da empresa (CF, art. 5º, II) como para limitar a atuação da autoridade administrativa (CF, art. 37, caput).

A dupla alusão ao princípio da legalidade na Carta de 1988 – no art. 5º, II e no art. 37, caput – não é, portanto, ociosa. É que, enquanto para os particulares legalidade significa poder fazer tudo que a lei não proíbe (art. 5º, II), para a Administração Pública legalidade significa só poder fazer o que a lei prescreve. A lei serve, assim, de limite e condição para o legítimo exercício da atividade administrativa. Por isso se costuma dizer que, em direito administrativo, a legalidade se apresenta como uma vinculação positiva à lei: a norma legal cumpre o duplo papel de servir de fundamento de validade para a ação do administrador e, ao mesmo tempo, o de traçar os limites da sua atuação.

A circunstância de o ato administrativo, no caso vertente, haver emanado de uma agência reguladora (ANVISA) não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, caput, da Constituição da República. Veja-se, neste sentido, v. acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS.

1. A parcela de poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.

2. Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.”[29]

MARÇAL JUSTEN FILHO anota, com razão, que, no julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.668, na qual era discutida a constitucionalidade de disposições da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), o Colendo Supremo Tribunal Federal afirmou, utilizando-se da interpretação conforme à Constituição, que a competência

normativa da ANATEL apresenta natureza regulamentar, devendo observar, assim, os limites legais.[30]

Ora, se mesmo os atos administrativos normativos estão rigidamente sujeitos à disciplina da lei, por igual ou mesmo maior razão os atos administrativos concretos também estão. Destarte, seja por meio de Resolução (ato normativo), seja por meio de autuação (ato administrativo concreto de natureza sancionatória), não poderia a ANVISA derogar normas constantes de lei federal (Código de Defesa do Consumidor), que impõem ao fabricante o dever geral de prestar informações relevantes sobre o produto ao consumidor e lhe asseguram o direito ao uso de impressos informativos em circunstâncias esporádicas e específicas.

Como se verá a seguir, as normas do Código de Defesa do Consumidor relativas ao dever de informar do fornecedor constituem concretização dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, à informação e à proteção do consumidor.

II.2. A veiculação do insert/onsert constitui complemento do dever geral de informar do fabricante de cigarros e representa uma forma de concretização dos direitos fundamentais de informação (CF, art. 5º, XIV) e à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII).

O legislador constituinte originário brasileiro inscreveu o direito à informação e à defesa do consumidor no elenco de direitos fundamentais previsto no art. 5º da Carta de 1988. Assim, o regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais se aplica à espécie vertente na medida em que o dever geral de informar do fabricante de cigarros – cumprido pela indústria e complementado, em hipóteses esporádicas e específicas, através dos cupons informativos inseridos nas embalagens do produto – é o contraponto do direito fundamental à informação e à proteção do consumidor.

Na verdade, a veiculação do insert/onsert no interior das embalagens de cigarro atende ao direito constitucional do consumidor de ser informado e protegido contra a contrafação e a exposição a riscos à sua saúde. Como visto acima, tais direitos do consumidor encontram-se contemplados pela lei ordinária (Código de Defesa do Consumidor), não sendo suscetíveis de restrição por ato ou interpretação legal da ANVISA.

Hodiernamente, o direito à informação, mais do que um mero apêndice das ideologias protetivas do consumidor, é visto como verdadeira espinha dorsal da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de princípio fundante do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III). Com efeito, a idéia de dignidade tem sido associada cada vez mais à noção de autonomia pública e privada da pessoa humana, enquanto agente moral independente capacitado a exercer livremente as suas escolhas tanto na esfera pública (como membro da comunidade), como na esfera privada (como senhor do próprio destino e do sentido da sua vida). Uma das mais importantes dimensões da vida privada de qualquer pessoa é a sua inserção no mercado de consumo, palco diário de inúmeras escolhas, das mais singelas até as mais significativas.

Diante da circunstância inexorável de que todos somos consumidores, a “dignidade humana não estará assegurada se a realidade existencial de submissão no mercado de consumo cada

vez mais despersonalizado, não for levada em conta pelo direito” (...) Assim, “o acesso à informação é indeclinável, para que o consumidor possa exercer dignamente o direito de escolha, máxime quando as necessidades não são apenas reais mas induzidas pela publicidade massificada.”[31] É com este desiderato que a Resolução 30/248 da ONU, de 16.04.1985, prevê, como direito fundamental, o acesso dos consumidores à informação adequada que lhes capacite a fazer escolhas conscientes de acordo com seus desejos e necessidades individuais (capítulo II, Princípios gerais, nº 3, letra c).

É relevante destacar, assim, que o direito à informação se relaciona visceralmente com o direito fundamental de liberdade, que também pode ser vista sob o ângulo da liberdade de escolha. Com efeito, só há liberdade quando “aquele que vai tomar a decisão sobre como agir possa orientar sua ação de forma consciente”, o que só ocorre quando realmente é garantida a informação[32]. É dizer: só existe opção entre consumir ou não um produto, escolher uma marca Y ao invés de uma marca X, quando há informação adequada, suficiente e verdadeira[33], o que só se alcança através do esclarecimento objetivo e racional dos consumidores.

De fato, “o instrumento fundamental para a realização da cidadania consumerista é o acesso à informação”[34]. É que “a determinação legal de que o consumidor esteja sempre e da melhor forma informado tem amparo no valor fundamental da liberdade, valor este consagrado constitucionalmente.”[35] Em síntese:

“A obrigatoriedade do fornecimento de informações adequadas e completas aos consumidores objetiva garantir a efetividade do exercício dos direitos básicos do consumidor, além de ser instrumental em relação ao exercício do direito à liberdade de escolha”[36]

Como já dito, a Constituição brasileira incluiu explicitamente no rol de direitos fundamentais a defesa do consumidor, bem como o acesso à informação (art. 5º XXXII e XIV). Do mesmo modo, a Constituição portuguesa estabelece que os consumidores têm direito à informação (art. 60º). Pois bem: como direito fundamental, o direito à informação, no âmbito das relações consumeristas, é oponível tanto ao Estado quanto aos particulares.[37] Portanto, além de uma eficácia vertical, que exige a tutela protetiva do Estado, o direito à informação exhibe também uma eficácia horizontal, por força da qual tal direito impõe imediatamente aos particulares o dever de informar.[38]

A ANVISA, ao impedir o fabricante de transmitir ao seu consumidor informações básicas sobre o seu produto, através dos cupons informativos inseridos nas embalagens de cigarros, impõe cerceamento inconstitucional aos direitos fundamentais à informação, à proteção do consumidor e à liberdade de escolha.

III. Ainda que os cupons informativos constituíssem propaganda, sua veiculação estaria assegurada pela constituição da república e pela própria lei nº 9.294/96 (na redação da lei nº 10.167/2000).

III.1. Como manifestação da liberdade de expressão e informação da indústria de cigarros (CF, art. 5º, IX e XIV), a veiculação do insert/onsert, também por essa razão, desfruta do

regime jurídico-constitucional aplicável aos direitos fundamentais. As restrições à atividade de comunicação da Souza Cruz, impostas com base no art. 220, § 3º, II e § 4º, CF, devem atender, rigidamente, às finalidades constitucionais (art. 220, § 3º, II) e às exigências do princípio da proporcionalidade (CF, art. 1º c/c art. 5º, LIV).

Encontra-se de há muito superada a noção de que os direitos fundamentais são aplicáveis apenas às pessoas naturais.[39] Com efeito, é circunstância inexorável das sociedades contemporâneas que inúmeras liberdades fundamentais têm como titulares pessoas jurídicas, como expressão dos âmbitos materiais de proteção dos correlatos direitos. Assim, presente o substrato axiológico que enseja a tutela do direito fundamental, nada obsta a que o mesmo seja titularizado por uma pessoa jurídica.

Deste modo, é fora de qualquer dúvida que os direitos à liberdade de expressão e informação, previstos no art. 5º, incisos IX e XIV, da Carta da República, se aplicam tanto a pessoas naturais, como a pessoas jurídicas.

A liberdade de comunicação de pessoas físicas e jurídicas é ainda reafirmada no art. 220, caput, em capítulo da Constituição especificamente destinado à “Comunicação Social”. A indústria de cigarros, portanto, na qualidade de sociedade comercial, é titular de todos os direitos fundamentais acima invocados.

As restrições à atividade de comunicação das empresas de cigarro só podem ser instituídas por lei, nos termos e para os fins previstos no art. 220, § 3º, II e § 4º, da Carta da República. Confira-se a dicção literal dos dispositivos constitucionais em questão:

“§ 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.”

Trata-se, assim, de hipótese constitucional de reserva absoluta e qualificada de lei proporcional. A veiculação do insert/onsert, como atividade de comunicação das empresas de cigarros, se sujeita apenas às duas limitações estabelecidas pelo § 3º, II e § 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, quando necessário, acerca dos malefícios que o uso do produto pode causar à saúde.

Consoante magistério de GILMAR FERREIRA MENDES, a hipótese é de restrição a direito fundamental das empresas (liberdade de expressão e comunicação, liberdade de informação, livre iniciativa econômica) sujeita, de acordo com a Constituição brasileira, a uma reserva legal qualificada.[40] Em tal hipótese, versada como qualifizierter Gesetzesvorbehalt pelo direito constitucional alemão, a norma constitucional não apenas reclama que a restrição se perfaça por meio de lei, mas também estabelece os fins a serem necessariamente perseguidos ou os meios a serem compulsoriamente adotados pelo legislador. Tal é o caso da liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII) e do sigilo de correspondência (art. 5º, XII). No primeiro caso, a lei só pode estabelecer restrições atinentes a qualificações profissionais. No segundo caso, as restrições legais ao sigilo devem se ater aos fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Cuida-se aqui, portanto, de uma vinculação constitucional do legislador, tanto de forma (reserva de lei), como de conteúdo (definição prévia dos meios e fins).

As restrições à atividade de comunicação das empresas de cigarro, impostas com base no art. 220, § 4º, da CF, devem cumprir, rigidamente, as finalidades constitucionais estabelecidas no art. 220, § 3º, II, também da CF, além de atender às exigências do princípio da proporcionalidade (art. 1º c/c art. 5º, LIV, CF). Com efeito, toda e qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser justificada à luz do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é o emprego de tal princípio que auxilia o intérprete e aplicador do direito a alcançar a justa proporção na ponderação entre os valores constitucionais envolvidos na limitação a qualquer direito fundamental.

Como ensina DANIEL SARMENTO, o princípio da proporcionalidade é essencial para a realização da ponderação constitucional, pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subsequentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação. Deveras, diz o autor, “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.”[41]

Convém registrar que a doutrina impõe como limite à ponderação a chamada proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entende-se haver um conteúdo mínimo de tais direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Este é o limite dos limites, porquanto limita ele a própria possibilidade de limitar.[42]

Sendo assim, o direito fundamental à livre realização da atividade de comunicação e informação dos fabricantes de cigarros (CF, art. 5º, IX e XIV)[43] se sujeita, no Brasil, apenas a restrições decorrentes de uma reserva legal absoluta e qualificada, consoante dispõe o art. 220, § 4º c/c art. 220, § 3º, II, da Constituição. Sendo assim, a regulamentação de tal direito, operada pela Lei nº 9.294/96 (especialmente o seu art. 3º, que nos interessa aqui mais diretamente), está sujeita a uma filtragem constitucional[44] de três ordens:

(I) formal: exigência de lei formal para a regulamentação, sendo vedado qualquer tratamento da matéria por ato administrativo;

(II) de conteúdo expresso: exigência de que as restrições impostas pela lei regulamentadora se destinem, tão-somente, aos casos e circunstâncias que “possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”, nos termos do art. 220, § 3º, inciso II;

(III) de conteúdo implícito: exigência de que a lei regulamentadora realize, ponderadamente, uma acomodação entre os valores constitucionais envolvidos no direito à livre realização da atividade de comunicação e informação do fabricante e o direito à proteção da saúde e segurança dos consumidores, buscando um ponto ótimo de máxima realização de todos eles; ademais, deve a lei respeitar, em tal ponderação, o núcleo essencial dos direitos fundamentais do fabricante, sem o que não se há cogitar de limitação, mas de verdadeira supressão do direito fundamental.

Assim, sob a ótica do regime jurídico-constitucional em vigor, só as atividades expressivas dos fabricantes de cigarros que possam ser nocivas à saúde e ao meio ambiente (finalidades constitucionais explícitas) é que podem estar sujeitas às restrições legais. Tal circunstância deve balizar toda a inteligência do art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96, em sua redação atual, e da Resolução RDC nº 104/2001.

III.2. Violação à reserva legal qualificada.

Pois bem. Como somente as atividades expressivas das empresas de cigarros que ponham em risco a saúde do consumidor e o meio ambiente e que se qualifiquem como propaganda comercial podem ser legitimamente restringidas pela lei, o insert/onsert, constituindo-se em mero impresso informativo, sem qualquer conteúdo publicitário, já estaria, per se, excluído das restrições legais. Nada obstante, ainda que fosse o insert/onsert sujeito a elas, sua colocação nos maços e carteiras de cigarros não seria vedada.

Com efeito, aplicando-se ao art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96 uma interpretação conforme à Constituição, emerge claro que a limitação da publicidade a pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda, não exclui a possibilidade de o fabricante veicular um impresso escrito que, além de menor em tamanho que os tipos permitidos, fica acondicionado dentro do maço ou carteira de cigarro. Ademais, vê-se que o conteúdo do insert/onsert em nada contraria as finalidades da lei, expressas nos incisos do art. 3º, que nada mais são – ou pretendem ser – do que desdobramentos das finalidades constitucionalmente previstas no art. 220, § 3º, inciso II.

É bem de ver, todavia, que a legitimidade constitucional do próprio art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96 (na redação da Lei nº 10.167/2000), que limitou a publicidade de cigarros a pôsteres, painéis e cartazes situados na parte interna dos pontos de venda, está sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3311, proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI. O que se afirma aqui, entretanto, é que mesmo em se considerando válida, para fins de argumentação, a redação dada ao art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96 pela Lei nº 10.167/2000

– por força do princípio da presunção de constitucionalidade das leis – ainda assim a postura da ANVISA, no sentido da proibição do insert/onsert, seria de todo ilícita. Isto porque, numa interpretação do referido dispositivo legal em conformidade com a Constituição Federal, o insert/onsert estaria permitido, por constituir um minus em relação à publicidade permitida e, ademais, por não contrariar qualquer um dos fins constitucionais (direito à informação, livre escolha do consumidor) previstos no art. 220, § 3º, II, da Lei Maior.

Assim, como a liberdade de comunicação dos fabricantes de cigarros está sujeita a uma reserva legal qualificada, a interpretação emprestada pela ANVISA ao art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96 (na redação da Lei nº 10.167/2000) contraria, a um só tempo, a Constituição (art. 220, § 3º, II) e a ratio interna da própria Lei.

Vale lembrar que a interpretação conforme tem lugar, precisamente, nas hipóteses em que a inteligência mais óbvia do texto normativo se revela incompatível com o texto constitucional e que, por meio de uma interpretação conforme, se promove o salvamento ou validação da norma pela adoção da interpretação que, embora menos óbvia, é a única que a torna consentânea com a Constituição. Confira-se, neste sentido, o ensinamento de JORGE MIRANDA:

“A interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição, quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental.” [45]

No caso sob exame, a única interpretação do art. 3º, caput, da Lei nº 9.294/96, em sua redação atual, que a torna compatível com a reserva legal qualificada estabelecida no art. 220, § 3º, II e § 4º, da Constituição da República é aquela que conduz à licitude da veiculação dos cupons informativos no interior das embalagens de cigarros. Anote-se, ainda, que tal inteligência da Lei nº 9.294/96 não é sequer a menos óbvia, mas uma que decorre da sua própria lógica interna.

III.3. Violação à reserva legal absoluta.

Por outro lado, convém lembrar que a reserva legal se apresenta como uma garantia dos particulares contra limitações abusivas que a Administração Pública pretenda instituir sobre seus direitos fundamentais. Na espécie em questão, a ANVISA, ao interpretar o art. 3º da Lei nº 9.294/96 como vedatória à colocação dos inserts/onserts, promoveu uma inovação em relação àquilo que a lei estabelecia, fazendo-o em violação à reserva legal absoluta prevista na Constituição.

A hipótese em tela está submetida à reserva absoluta de lei, porquanto toda a matéria relativa à restrição da atividade de comunicação das empresas de cigarro deve estar contida na lei, não existindo a possibilidade de transpasse, ainda que parcial, desta competência normativa reservada ao Legislativo a órgão da Administração. Na lição de ALBERTO

XAVIER, “numa reserva absoluta, a lei deve conter o fundamento e a totalidade dos critérios de decisão, no caso concreto, não conferindo ao agente qualquer margem de liberdade na sua aplicação”.^[46]

A reserva absoluta de lei ocorre nas hipóteses em que o constituinte opta por afastar determinadas matérias relevantes das restrições administrativas, que não se sujeitam, como tais, aos procedimentos democráticos e participativos, próprios da discussão, negociação e votação ocorridos no Parlamento. É particularmente o que ocorre com o art. 220, § 4º, da Carta da República, quando prescreve, de modo eloqüente e cristalino, que a propaganda comercial dos produtos que especifica “estará sujeita a restrições legais”. O mesmo de diga em relação ao art. 220, § 3º, II, que remete à lei federal – e só a ela – a instituição de meios de defesa contra programas de rádio e televisão e propaganda de produtos potencialmente nocivos.

Nas lúcidas palavras de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “para o tratamento de certas matérias expressamente indicadas pelo Constituinte, em decorrência de sua singular importância, exige-se o esgotamento, pelo legislador (...), de toda a esfera de regulação. (...) Aqui, o papel normativo acessório do Chefe do Executivo ou da Administração é ainda mais insignificante”.^[47] Com efeito, no caso em questão, “não há autorização constitucional (...) para a delegação legislativa, para o repasse a órgão distinto da tarefa vinculando o Legislador ou, eventualmente, para o compartilhamento, ainda que em virtude de decisão do legislativo, entre o Congresso Nacional e o Executivo, da competência (...) com exclusividade conferida a apenas um dos órgãos constitucionais”.^[48]

De fato, o intuito protetivo da Constituição, presente no caso em tela, afasta a possibilidade de que seja deferido espaço de deliberação administrativa acerca da abrangência e do conteúdo das restrições à propaganda comercial de cigarro. Deste modo, a ANVISA incorreu em violação da reserva legal absoluta, constitucionalmente prevista, ao pretender inovar em matéria de restrições à atividade comunicativa das empresas de cigarros.

III.4. Violação ao princípio da proporcionalidade.

De parte a violação à reserva legal qualificada e absoluta, a interpretação da ANVISA configura, ainda, afronta ao princípio constitucional da proporcionalidade (CF, art. 1º c/c art. 5º, LIV). Com efeito, é o emprego de tal princípio que auxilia o intérprete e aplicador do direito a alcançar a justa proporção na ponderação entre os valores constitucionais envolvidos na limitação a qualquer direito fundamental. Nesse sentido, confira-se importante e elucidativa lição extraída da jurisprudência desta Corte Suprema. Trata-se do voto do Min. GILMAR MENDES, aqui transcrito em parte, que guiou o Plenário da Corte Suprema no julgamento da Intervenção Federal 2.257-6/São Paulo:

“O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou a ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo

relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).”

Dito em outras palavras, “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.”[49] De fato, no caso vertente, a restrição imposta pela ANVISA aos direitos fundamentais das companhias de cigarros, consubstanciada na proibição do insert/onsert, se releva inadequada, desnecessária e desproporcional em sentido estrito.

É inadequada na medida em que a proibição tout court da veiculação dos inserts/onserts não serve utilmente ao fim almejado pela norma constitucional. A finalidade da restrição legal, nos termos do art. 220, § 3º, II, da Constituição não pode ser outra senão o oferecimento dos meios para a defesa do consumidor (potencial ou efetivo) contra os efeitos da publicidade de produtos nocivos à saúde.

A inadequação é cabal: a uma, porque o conteúdo informativo do insert/onsert não induz ninguém a fumar mais ou menos, nem capta novos consumidores, já que o impresso se encontra acondicionado no interior do invólucro plástico do produto, a ele só tendo acesso

quem já é consumidor; a duas, porque o banimento de um impresso informativo não pode ser considerada medida que amplie os “meios de defesa” do consumidor do produto, já que com menor grau de informação ele se tornará mais vulnerável ao consumo de produtos falsificados e de maior potencial nocivo; e a três, porque o próprio banimento da publicidade de cigarro tem se revelado meio inapto para desestimular o consumo do produto e promover maior proteção do consumidor. Ora, se a própria proibição da propaganda comercial do cigarro em veículos de comunicação de massa não tem se revelado apta a alcançar os fins almejados pela Constituição, com ainda maior razão a proibição de cupons informativos colocados no interior das embalagens do produto também não o será.

Em relação ao terceiro argumento – que se aplica ao caso apenas se se adotar a premissa da ANVISA de que o insert/onsert constitui instrumento de propaganda – cumpre tecer algumas considerações. Com efeito, há estudos que demonstram a inexistência de relação comprovada entre o banimento da propaganda de tabaco dos meios de comunicação de massa e a diminuição do número de fumantes.

Segundo pesquisa da ACNielsen, cujo resultado foi publicado no jornal “O Globo”, de 17.10.2004, apesar de o consumo de cigarro ter diminuído 20% nos últimos 20 anos, o mercado formal de cigarro aumentou significativamente após a imposição das “restrições” instituídas no ano de 2000. Conforme tais informações, as vendas desse segmento passaram de 4,3 bilhões de maços em 2000, para 4,7 bilhões em 2001, 4,9 bilhões em 2002 e 5,2 bilhões em 2003. No mesmo sentido, o jornal “O Estado do Paraná” noticiou, em matéria recente, que o fim da propaganda de cigarro não diminuiu a venda do produto no país.

Sendo certo que, no exame da adequação, a relação meio-fim tem caráter empírico, importa verificar se do ponto de vista fático o meio utilizado é idôneo para alcançar o fim pretendido. Os números acima demonstram desenganadamente que não. Estudos empíricos levados a efeito no Brasil e no exterior provam que, em relação aos chamados produtos maduros, a propaganda comercial não guarda uma relação diretamente proporcional ao seu consumo, sendo, antes, um importante instrumento para (i) a fidelização de consumidores a uma determinada marca e (ii) a atração de consumidores de outras marcas para aquela marca específica.

Em relação à experiência de outros países, pode-se citar como exemplo a Noruega, onde a propaganda de cigarro há muito foi proibida, e a proporção de fumantes per capita é a maior quando comparada a outros sete países da Europa (KRAFT, Pal; SVENDSEN, Terje; Tobacco use among young adults in Norway, 1975-95: has the decrease leveled out? Tobacco Control, 1997, Norwegian National Council on Smoking and Health). Entre 1964 e 1990, mesmo com as proibições sobre propaganda de cigarro em países da União Européia, não houve redução de consumo (STEWART, J.M. The effect on tobacco consumption of advertising bans in OECD Countries. International Journal of Advertising 12/155-180, 1993). Nos antigos países do bloco comunista (União Soviética, Polônia, Cuba), por seu turno, nos quais todo e qualquer tipo de propaganda comercial era proibida, o consumo de cigarro sempre foi extremamente elevado. Nos Estados Unidos, amplo estudo conclusivo sobre a questão (John Luik, Advertising and markets, Ed. J. Luik e M. Waterson, NTC Publications Ltd., 1996) registrou o seguinte:

“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 aumento no consumo (...).”

Assim sendo, se nem mesmo a proibição da propaganda comercial do cigarro em veículos de comunicação de massa tem se revelado como medida apta a desestimular o consumo do produto e promover a defesa da saúde do consumidor, muito menos a proibição dos cupons informativos colocado no interior das embalagens exibirá aptidão para alcançar tais fins. Bem ao revés, tal proibição produzirá efeito duplamente contraproducente, consistente (i) no aumento do número de consumidores desinformados; (ii) no aumento do consumo de cigarros falsificados, que apresentam ainda maiores riscos potenciais à saúde do consumidor. A inadequação da medida é patente.

Ademais, a medida é desnecessária na medida em que, mesmo que o conteúdo de inserts/onserts pudesse ser qualificado como incitatório do consumo do produto ou da marca, não seria necessário proibir a sua veiculação nas embalagens. Havia – como ainda há – meios menos gravosos aos direitos fundamentais do fabricante que seriam igualmente aptos (ou mesmo mais eficazes) a alcançar o mesmo fim – a proteção da saúde do consumidor.

Com efeito, há, indubitavelmente, métodos alternativos, igualmente eficazes (ou mais eficazes) e menos gravosos, que poderiam, perfeitamente, ser aproveitados pelo legislador para a satisfação do objetivo reclamado pela Constituição. Tais métodos vão das (i) limitações de horário e (ii) de conteúdo da publicidade, particularmente em determinados veículos, passando pelas (iii) cláusulas de advertência, pelas (iv) campanhas de esclarecimento e de (v) desestímulo ao consumo, até o (vi) aumento exponencial dos tributos incidentes sobre o produto, em especial, o tabaco. Definitivamente, a proibição do insert/onsert não se apresenta como medida necessária para o alcance dos mesmos fins.

Além disso, se algum conteúdo dos cupons informativos veiculados pela indústria porventura contrariou, de algum modo, os fins de informação e proteção do consumidor, a medida administrativa cabível seria a determinação da alteração e adequação do mesmo – por ser esta a medida menos gravosa à empresa – e não o seu simples banimento. Em matéria de restrição a direitos fundamentais, todo excesso desnecessário é vedado.

Por fim, a medida é desproporcional em sentido estrito porquanto o alcance comunicativo do insert/onsert é relativamente pequeno – dadas as suas reduzidas dimensões, o seu acondicionamento no interior do invólucro do produto e seu acesso restrito a quem já o adquiriu, bem como a sua veiculação esporádica e em circunstâncias específicas – se comparado com a importância do seu conteúdo informativo tanto para os consumidores (proteção contra a pirataria e produtos de má qualidade) e para a própria empresa fabricante (direito de não ser lesada no mercado por falsificadores). A proibição da veiculação do insert/onsert traz malefícios maiores e mais relevantes que os eventuais e pouquíssimo prováveis benefícios por ela gerados.

IV. Os cupons informativos não impedem ou dificultam a visualização de qualquer advertência, imagem, logomarca ou telefone constante do rótulo do produto, sendo-lhes inaplicável o art. 7º da resolução rdc nº 104/2001.

O segundo argumento da ANVISA contrário à veiculação do insert/onsert é o de que este constituiria um tipo de invólucro ou dispositivo impeditivo da visualização das advertências, imagens, logomarca e do número do serviço Disque Pare de Fumar, proibido, assim, pelo art. 7º, caput, da Resolução RDC nº 104/2001 (hoje substituído pelo art. 4º, caput, da Resolução RDC nº 335/2003).

Confira-se o teor literal da norma inscrita no art. 7º, caput, da referida Resolução RDC nº 104/2001, editada pela ANVISA:

“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.”

O insert/onsert não se subsume, de qualquer forma, em nenhuma das situações descritas no art. 7º, caput, da Resolução RDC nº 104/2001, porquanto não exhibe ele qualquer uma das características do dispositivo ali mencionado. Sua colocação no maço atende a exigências estritamente técnico-jurídicas e não obnubila a visão de qualquer parte do rótulo do produto.

Como já explicado linhas atrás, os inserts são pequenos cupons, de conteúdo meramente informativo, colocados no interior das caixas de cigarros (boxes), enquanto os onserts são cupons, de igual conteúdo, colados na parte frontal dos maços de cigarros (soft packs). A face externa do cupom é idêntica à parte frontal do maço, sendo o conteúdo informativo impresso na face interna, à qual o consumidor só tem acesso após retirar o plástico que reveste a embalagem, abrir a caixa (no caso do insert) ou destacar o cupom do maço (no caso do onsert).

Com relação ao insert, por evidente, estando ele localizado no interior da caixa de cigarros, não tem ele o condão de obstruir ou de qualquer modo dificultar a visualização do rótulo. Quanto ao onsert, sendo a sua face externa idêntica à parte frontal do maço, não há que se cogitar de qualquer tipo de obstrução da visualização do rótulo. Deveras, o onsert, externamente, é o próprio rótulo, idêntico ao original.

Por outro lado, a mera possibilidade de o insert/onsert ser utilizado pelo consumidor com o fim de encobrir a advertência ou a imagem impressas na embalagem do produto não justifica, sob qualquer argumento, a proibição da sua veiculação.

Em primeiro lugar, porque tal vedação não consta da lei. E, como a livre iniciativa é princípio constitucional, consagrado no art. 170, caput, da Constituição da República, qualquer inovação na situação jurídica do fabricante deve decorrer primariamente da lei. Tal, aliás, é a garantia que decorre em termos expressos do parágrafo único do mencionado art. 170 da Carta Magna.

Em segundo lugar, porque, ainda que assim não fosse, a vedação seria caprichosa e violadora do princípio da proporcionalidade, no seu tríplice aspecto. Seria inadequada, porquanto inapta a atingir o fim colimado. O consumidor, com efeito, poderia encobrir a advertência, a imagem – como de resto todo o rótulo – com o próprio papel com que confeccionado o maço ou com outro pedaço de papel de que disponha. Vale lembrar, correndo-se até o risco de ser acaciano, que a conduta do consumidor que, deliberadamente, resolve encobrir a cláusula de advertência pressupõe, logicamente, a sua visualização e leitura. Daí que, também por isso, a veiculação do impresso informativo em nada interfere com o cumprimento das finalidades das cláusulas de advertência constantes do rótulo, tornando a proibição da ANVISA ainda mais estapafúrdia.

Por outro lado, o Estado não pode pretender, em um rompante de totalitarismo, impedir o consumidor de fazer com a embalagem do produto por ele adquirido o que bem entender. Essa é uma dimensão da autonomia privada dos consumidores que o Poder Público não tem como invadir. O papel do Estado regulador é o de criar as condições (v.g., instituindo a obrigatoriedade de fornecimento de informações sobre o produto) para que as opções do consumidor se perfaçam em um ambiente de plena e real liberdade de escolha. Não pode, todavia, o Estado pretender controlar as escolhas do consumidor, tanto no que toca ao produto, como ao que fazer com as informações que lhe são apresentadas.

Em suma: o consumidor tem o direito de destruir, desfazer-se ou encobrir o rótulo de seu produto. Além disso, e também por isso, o banimento do insert/onsert constitui medida absolutamente inadequada para garantia da leitura e visualização das informações constantes do rótulo do produto.

Seguindo-se na análise da proporcionalidade, tem-se que a proibição dos cupons informativos constitui medida desnecessária, porquanto se poderia alcançar o mesmo fim com meios menos gravosos, como, v.g., a adoção de outro tipo ou formato de impresso, que não se prestasse ao uso que a ANVISA pretende evitar. A simples proibição dos cupons é medida excessiva, diante do universo de alternativas que preservam o direito à livre expressão e comunicação das empresas de cigarro com os seus consumidores.

Por derradeiro, a proibição se revela desproporcional em sentido estrito, pois uma tal vedação traria benefício reduzido para o alcance do fim colimado pela ANVISA – pois o consumidor, afinal, poderia se desfazer do maço ou encobrir a advertência ou a imagem de outras formas – enquanto o fabricante ficaria definitivamente privado de transmitir informações relevantes ao consumidor. Deste modo, as remotas vantagens trazidas pela proibição do insert/onsert não compensariam as sensíveis desvantagens trazidas pela medida.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais: Limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos. Disponível na Internet: . Acesso em xx de xxxxx de 200x.

(substituir x por dados da data de acesso ao site)

Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 28.06.2005

[1] Para uma ampla visão histórica do processo regulatório norte-americano, v. o clássico artigo de Peter L. Strauss, *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*, 31 *Wake Forest Law Review* (1996).

[2] V. Cass R. Sunstein, *O Constitucionalismo após o The New Deal*, in *Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*, Editora 34, 2003, p. 131/133.

[3] V. Attorney General's Committee on Administrative Procedure, *Final Report 7-11* (1941).

[4] Criada em 1887 com o propósito de regular as atividades relacionadas ao setor de transporte ferroviário, a ICC foi substituída, em 1995, pelo Surface Transportation Board (STB).

[5] A Federal Trade Commission (FTC) é a agência que cuida da defesa da concorrência e da defesa do consumidor nos Estados Unidos.

[6] A Federal Radio Commission (FRC), incumbida da regulação das atividades de radiodifusão, foi criada em 1926 e substituída, em 1934, pela Federal Communications Commission (FCC).

[7] V. Cass R. Sunstein, *op. cit.*, p. 204, nota 9. Surgiram durante o New Deal, dentre outras: o Federal Home Loan Bank Board, a Federal Deposit Insurance Corporation, a Securities and Exchange Commission, o Social Security Board, o National Labor Relations Board, a Commodity Exchange Commission, o Railroad Retirement Board, a Wage and Hour Division of the Department of Labor e o Selective Service Administration.

[8] É conhecida a frase pronunciada por Roosevelt de que o dia da “administração esclarecida” havia chegado. F. D. Roosevelt, 1 *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt, The Genesis of the New Deal*, 1928-32, p. 752 (1938).

[9] Cass Sunstein, *op. cit.*, p. 132.

[10] Diz-se accountable um governo se os cidadãos são capazes de julgar e sancionar os agentes políticos de acordo com o resultado das políticas públicas por eles implementadas. V. Bernard Manin, Adam Przeworski & Susan Stokes, *Democracy, Accountability and Representation* (1999).

[11] Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 *Harvard Law Review* 2245 (2001): “A história do Estado administrativo Americano é a história da competição entre diferentes entidades pelo controle de suas políticas. Todos os três poderes do governo – o Presidente,

o Congresso e o Judiciário – participaram dessa competição, bem como os constituintes externos e o staff interno das agências. Por conta dos interesses envolvidos no certame, da força dos argumentos e das armas de cada competidor, nenhuma única entidade emergiu finalmente como triunfante. Mas, de tempos em tempos, uma delas assume ao menos uma primazia comparativa na definição da direção e na influência sobre os resultados do processo regulatório. No tempo atual, essa instituição é a Presidência. Vivemos hoje na era da Administração presidencial.”

[12] ADLAW BULLETIN, Supplement to Pike & Fisher Administrative Law, vol. 15, n° 13, março de 2001.

[13] No caso *Chevron USA, Inc v. National Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), a Suprema Corte norte-americana firmou as bases da chamada doutrina Chevron, segundo a qual o Judiciário deve impor a sua interpretação às agências somente quando o Congresso houver tratado da matéria de forma direta; havendo ambigüidade de qualquer natureza, “os juízes devem dar deferência à construção que o Executivo fez da legislação que ele é incumbido de aplicar”. Posteriormente, a doutrina foi aperfeiçoada para permitir a intervenção do Judiciário nos casos de interpretações ambíguas, quando a interpretação dada pela agência à lei for arbitrária ou caprichosa.

[14] APA, 5 U.S.C. § 706 (1966).

[15] A expressão é devida a Alexandre Santos de Aragão, in *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 275.

[16] Sobre o risco de captura, v. Floriano Azevedo marques Neto, *A Nova Regulação estatal e as Agências Independentes*, in *Direito Administrativo Econômico*, org. Carlos Ari Sundfeld, 2002, p. 89/90. V. também, Fábio Nusdeo, *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*, 1997, p. 251.

[17] V. Alexandre Santos de Aragão, op. cit., p. 331; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Agência Nacional de Vigilância Sanitária: Natureza Jurídica, Competência Normativa, Limites de Atuação*, in *Revista de Direito Administrativo* n° 215, p. 73. Ver também Eurico de Andrade Azevedo, *Agências Reguladoras*, in *Revista de Direito Administrativo* n° 213, p. 147.

[18] V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, 2003, p. 122: “A terceira técnica geral de delegação vem a ser a deslegalização, oriunda do conceito desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matières*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907 (...) a qual, modificando postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele disposição, mas, tão-somente, o exercício, passou a aceitar, como fundamento da delegação, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*).” V. também, acolhendo a idéia da deslegalização, mas com conteúdo um pouco diverso, Alexandre Santos de Aragão, op. cit., p. 418.

[19] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor, in, Revista de Direito do Consumidor (RDC) nº 37, 2001, p. 71.

[20] TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo, in RDC nº 4, 1992, p. 53.

[21] NERY JUNIOR, Nelson. Alimentos transgênicos e o dever de informar o consumidor, in Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 558.

[22] COHEN, Dorothy. Publicidad Comercial, México: Editorial Diana, 1984, p. 50.

[23] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 252.

[24] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Parecer”, in Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão Comercial, São Paulo: CONAR, 2000, p. 17.

[25] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 1997, p. 231.

[26] TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo, in RDC nº 4, 1992, p. 65.

[27] TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo, in RDC nº 4, 1992, p. 66.

[28] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 1997, p. 229.

[29] Agravo de Instrumento nº 129.949, 6ª Turma, TRF 3ª Região, Relator Juiz Mairan Maia, j. 24.04.2002, DJU 14.06.2002.

[30] JUSTEN FILHO, MARÇAL. O Direito das Agências Reguladoras Independentes, Ed. Dialética, 2002, p. 538/539.

[31] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor, in, Revista de Direito do Consumidor (RDC) nº 37, 2001, pp. 60-61.

[32] FREITAS FILHO, Roberto. Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação. Uma questão de cidadania, in Revista de Informação Legislativa (RIL), nº 158, 2003, p. 147.

[33] Adequação, suficiência e veracidade são os requisitos do dever de informar, segundo PAULO LUIZ NETTO LÔBO, cit. p. 68.

[34] FREITAS FILHO, Roberto. Cit. p. 158.

[35] Idem. Ibidem.

[36] Idem. P. 159.

[37] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor, in, Revista de Direito do Consumidor (RDC) nº 37, 2001, p. 62-64.

[38] Sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, v. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, Ed. Lumen Juris, 2003.

[39] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, in Hermenêutica Constitucionais e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 165.

[40] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Celso Bastos Editor, 1998, p. 34.

[41] SARMENTO, Daniel, A Ponderação de Interesses na Constituição Federal, Editora Lumen Juris, 2000, p. 96.

[42] MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo & OTTO Y PARDO, Ignacio de, Derechos Fundamentales y Constitución, Ed. Civitas, 1992, p. 126.

[43] A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos considera o direito à livre realização de atividade de comunicação publicitária comercial (commercial speech) como uma das emanções do direito à liberdade de expressão (free speech) consagrada na Primeira Emenda da Constituição. No recente julgamento do caso LORILLARD TOBACCO CO. v. REILLY (533 U.S. 525), a Suprema Corte invalidou regulamentos editados pelo Attorney General do Estado de Massachusetts que restringia excessivamente a publicidade e venda de produtos derivados de tabaco, em violação do princípio da proporcionalidade.

[44] Sobre o tema, v. SCHIER, Paulo Ricardo, Filtragem Constitucional – Construindo uma Nova Dogmática Jurídica, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Segundo o autor, “diante da força normativa da Constituição, todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e juridicidade constitucional.” Ob. cit, p. 25.

[45] JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, 1998, p. 233.

[46] Alberto Xavier. “Legalidade e tributação”, in RDP 47-48, p. 332.

[47] Clèmerson Merlin Clève, parecer, mimeo., p. 68.

[48] CLÈVE, Clèmerson Merlin, parecer, mimeo., p. 68.

[49] SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 96.

*Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJProfessor do Curso de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGVProfessor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJMaster of Laws, Yale Law SchoolMestre e Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da UERJProcurador do Estado, advogado e parecerista no Rio de Janeiro

Disponível em:

<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=48>. Acesso em: 21 mai. 2007.