

Pareceres

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ECONÔMICO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PROIBIÇÃO LEGISLATIVA DO REGISTRO DE NOVAS MARCAS DE CIGARRO

FÁBIO CESAR DOS SANTOS OLIVEIRA

**PARECER/INPI/PROC/
DICONS 052/2003**

Em 2.12.2003

Ementa: Direito Constitucional. Direito Econômico. Propriedade Industrial.

I — As restrições à publicidade de atividades lícitas devem atender a um interesse substancial e impor limitações proporcionais aos fins almejados.

II — A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa são valores constitucionais que devem ser realizados de modo não antagonístico.

III — É inconstitucional a proposta legislativa que proíba o registro de novas marcas de cigarro por ser medida impeditiva da livre iniciativa e da livre concorrência (arts. 1º, IV, 170, “caput” e IV, da Constituição da República de 1988), configurando restrição não razoável à atividade empresarial, tendo em vista o direito de propriedade assegurado ao titular de uma marca (art. 5º, XXIX e LIV da Constituição da República de 1988).

Senhor Chefe da Divisão de Consultoria:

Vem a esta Procuradoria Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, nos termos dos arts. 9º e 10, *caput*, da Lei 10.480, de 2.7.2002, Consulta encaminhada pela Coordenação de Assuntos Jurídicos, do Ministério do Desenvolvimento,

Indústria e Comércio Exterior, à Divisão de Consultoria do Instituto Nacional da Propriedade Industrial para que esta manifeste-se acerca da licitude da proibição de registro de novas marcas de cigarros.

Do mérito

I

2. O tabagismo, segundo pesquisa divulgada pela Organização Pan-Americana da Saúde,¹ é responsável pela morte de quatro milhões de pessoas anualmente, e estima-se que em 2030, este número passará a ser de dez milhões. A preponderância do número de mortes causadas por doenças não infecciosas em comparação com as transmissíveis teve, como um dos seus principais fatores, as doenças crônicas associadas ao consumo do tabaco, tais como cardiopatias, câncer e doenças pulmonares. Pesquisas científicas concluíram que:

“Os que fumam a longo tempo têm 50% de possibilidades de morrer de uma doença relacionada com o tabaco. Cerca de metade dessas mortes ocorrerá na meia-idade (entre 35 a 69 anos).

1. Informativo da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS/OMS) — Brasil. Net. Disponível em <<http://www.opas.org.br/sistema/fotos/tabaco.htm>>, consulta em 24.11.2003.

“Na América do Norte, o tabagismo é responsável por mais mortes que as causadas pelo consumo de álcool e de outras drogas, acidentes de carro, assassinatos, suicídios e AIDS combinadas.

“Dados de países desenvolvidos indicam que o tabagismo é responsável por cerca de uma terça parte de todas as mortes por cardiopatias e por um terço de todas as mortes por câncer. A maioria das mortes causadas pelo fumo devem-se a doenças do coração.

“Em muitos países em desenvolvimento, o câncer de pulmão tem aumentado entre as mulheres. Hoje em dia, em muitos países desenvolvidos, incluindo o Canadá e os Estados Unidos, o câncer de pulmão ultrapassa o câncer de mama como o câncer que mais mata as mulheres.

“Além de causar mais cardiopatias e várias formas de câncer, o tabagismo causa enfisema, doenças de obstrução crônica dos pulmões, gangrena e pode contribuir para a impotência sexual.”

3. O Instituto Nacional do Câncer, em Nota Técnica, acostada às fls. 03/07, deixou assente que:

“O tabagismo é uma doença resultante da capacidade da nicotina causar dependência, estando classificado internacionalmente no grupo de transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substâncias psicoativas, na Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10).

“Em todos os produtos fumígenos derivados do tabaco (cigarros, charutos, cachimbos e outros) encontramos nicotina. Ela é uma substância psicoativa, que causa dependência física, reforçando e potencializando a vontade de fumar.

“A maior parte dos fumantes continua a fumar porque não consegue parar pela livre escolha. Através da nicotina, o cigarro causa forte dependência, reduzindo a possibilidade que o indivíduo tem de escolher não fumar. (...)

“No que se refere à sugestão da proibição do registro de novas marcas de cigarro, não temos conhecimento de nenhuma proposta legislativa nesse sentido. Recentemente, foi publicado um livro pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) sobre Legislação para o controle do tabagismo que aborda essa questão. A justificativa apresentada no livro é que a introdução de novas marcas variedades de produtos derivados do tabaco no mercado está associada com o incremento do consumo entre grupos específicos a população, como mulheres e jovens. A medida impediria a proliferação de novas marcas e variedades de produtos do tabaco. Especificamente para esta proposta, é necessário avaliar juridicamente se ela não prejudicaria direitos adquiridos e garantias relacionadas à propriedade industrial, previstos no ordenamento jurídico pátrio, motivo pelo qual, ainda não existe uma recomendação nesse sentido.”

4. Com o intuito de definir as linhas gerais que devem ser inseridas nas legislações antitabagistas, a Organização Pan-Americana da Saúde publicou o relatório *Developing Legislation for Tobacco Control: Template and Guidelines*,² que, quanto incentive a adoção de medidas de prevenção e combate ao tabagismo, envolvendo a produção, distribuição, comercialização e propaganda de cigarros, não propugnou a proibição de registro de novas marcas, preferindo regular as mensagens publicitárias relacionadas a estes produtos

2. Net. Disponível em <http://www.paho.org/English/HPP/HPM/TOH/tobacco_legislation.pdf>, consulta em 24.11.2003. As instruções contidas neste documento adotarão como princípios: “a) protecting children and other nonsmokers from inducements to use tobacco; b) protecting nonsmokers from exposure to tobacco smoke; c) ensuring that the population is adequately informed about the risks of tobacco use and exposure to secondhand tobacco smoke and about the benefits of quitting smoking; d) ensuring that tobacco products are modified to reduce harm to the extent technologically and practically possible; and e) promoting a climate where nonsmoking and the absence of tobacco promotion is the norm”.

a fim de que o consumidor tenha ciência dos riscos maléficis à sua saúde, vedando o uso de imagens e símbolos que desfigurem os efeitos prejudiciais decorrentes do tabagismo e condicionando a admissibilidade de novas marcas à submissão aos regulamentos elaborados pelas autoridades nacionais competentes.

II

5. A preocupação com os efeitos deletérios associados ao tabaco é comum a diversos ordenamentos jurídicos. Recorrendo-se às experiências do direito comparado, com a prudência de evitar-se mimetismo equivocado, mostra-se de relevante valia a análise da experiência francesa e da sua lei de "luta contra o tabagismo e o alcoolismo" que, em seu art. 3º, veda toda propaganda ou publicidade, direta ou indireta, em favor do tabaco e de produtos feitos de tabaco, bem como sua distribuição gratuita; restringindo sua publicidade ao interior de estabelecimentos comerciais especializados. O Conselho Constitucional ao julgar arguição de constitucionalidade deste dispositivo (Décision 90-283, du janvier 1991), por eventual violação ao direito de propriedade, da liberdade de iniciativa, e aos arts. 1º e 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, entendeu não haver contrariedade aos dispositivos constitucionais invocados, uma vez que:

"as finalidades e as condições de exercício do direito de propriedade sofreram desde 1789 uma evolução caracterizada por uma extensão de seu campo de aplicação a domínios novos; e dentre estes figura o direito do proprietário de uma marca de fábrica, de comércio ou de serviço, de utilizá-la e de a proteger dentro dos parâmetros definidos pela lei e compromissos internacionais da França;

"8. Considerando que a evolução que conheceu o direito de propriedade caracteriza-se igualmente pelas limitações ao seu exercício exigidas em nome do interesse geral, que são notadamente visadas pelo

conjunto de medidas destinadas a garantir a todos, em conformidade com a décima primeira alínea do Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, 'a proteção da saúde'; (...).

"10. Considerando que, sem dúvida, a proibição da publicidade e da propaganda em favor do tabaco é suscetível de afetar o exercício do direito de propriedade de uma marca concernente ao tabaco ou produtos de tabaco;

"11. Mas considerando que estas disposições encontram seu fundamento no princípio constitucional da proteção à saúde pública; e que, por enquanto, a lei reserva a possibilidade de fazer a publicidade no interior de estabelecimentos comerciais especializados, que a interdição editada pelo art. 3º da lei referida não produzirá todos os seus efeitos antes de 1º de janeiro de 1993; (...) a limitação positivada pelo art. 3º, a certas modalidades do exercício do direito de propriedade, não é contrária à Constituição; (...).

"13. Considerando que os autores da ação sustentam que o art. 3º viola o direito da livre iniciativa pela razão que seu exercício implica em submeter os produtos do tabaco às leis de mercado e da concorrência, e que esta supõe a informação do consumidor e uma possibilidade de difusão dos produtos;

"14. Considerando que a livre iniciativa não é geral nem absoluta, que é lícito ao legislador estabelecer limitações exigidas pelo interesse geral sob a condição de não desnaturá-la;

"15. Considerando que o art. 3º da lei interdita nem a produção, nem a distribuição, nem a venda de tabaco ou de produtos de tabaco; que está reservada a possibilidade de informar o consumidor no interior de estabelecimentos especializados; que a proibição de outras formas de publicidade ou de propaganda estão fundadas sobre as exigências de proteção da saúde pública, que têm valor constitucional; o art. 3º da lei, por conseguinte, não veicula uma limi-

tação à liberdade de iniciativa que seria contrária à Constituição;³

6. No entanto, julgando hipótese semelhante, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Lorillard Tobacco Co. et al vs. Reilly, Attorney General of Massachusetts, et al.*, adotou argumentação diversa ao ter por inconstitucional a legislação do Estado de Massachusetts que veiculava regras sobre a propaganda e venda de cigarros. Tendo em vista que o ordenamento norte-americano define a publicidade como um consectário da liberdade de expressão, a Corte aplicou o precedente firmado em *Central Hudson Gas & Electric Corp. vs. Public Service Commission of New York*, segundo o qual: "(1) Se a comunicação não é enganosa e tampouco relacionada a atividade ilegal, o poder do governo é mais circunscrito. (2) O Estado deve definir o interesse substancial a ser alcançado pelas restrições sobre a propaganda. (3) Ademais, a técnica regulatória deve ser proporcional a este interesse. (4) A limitação da liberdade de expressão deve ser cuidadosamente delimitada pelo alcance do objetivo do Estado. A concordância com este requisito é medido por dois critérios. Primeiro, a restrição deve diretamente atender ao interesse estatal envolvido; a regulação não pode ser sustentada se ela proporcionar somente um apoio ineficaz e remoto aos propósitos do governo. Segundo, se o interesse governamental puder ser atingido, de igual foram, por uma restrição mais limitada sobre a propaganda, as restrições excessivas não podem sobreviver".⁴

3. Conselho Constitucional Francês. Décision 90-283, de janeiro 1991. Net. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/wcconsti>>, consulta em 21.11.2003.

4. "If the communication is neither misleading nor related to unlawful activity, the government's power is more circumscribed. The State must assert a substantial interest to be achieved by restrictions on commercial speech. Moreover, the regulatory technique must be in proportion to that interest. The limitation on expression must be designed carefully to achieve the state's goal. Compliance with this requirement may be measured by two criteria. First,

7. Em *Lorillard Tobacco Co.*, a Suprema Corte norte-americana julgou que a legislação antitabagista do Estado de Massachusetts não cumpriu o quarto requisito estabelecido pelo teste de razoabilidade definido em *Central Hudson*. O legislador, destarte, ao estipular uma ampla interdição à publicidade de produtos derivados do tabaco, não teria "prudentemente calculado os custos e benefícios associados à restrição imposta". Ao proferir seu voto, a Juíza O'Connor evidenciou que: "O interesse governamental em prevenir o uso de tabaco por menores é substancial, e mesmo cogente, mas não é menos verdadeiro de que a venda e o uso de produtos derivados do tabaco por adultos são uma atividade legal. A regulação da propaganda não pode, indevidamente, impingir a capacidade do emissor de propor uma transação comercial e a oportunidade, do consumidor adulto, de obter informações sobre produtos".⁵

8. Os fundamentos adotados pelo Conselho Constitucional francês e pelo Tribunal norte-americano fornecem subsídios igualmente legítimos para proceder à análise da constitucionalidade de medidas restritivas à publicidade de cigarros. Seja pelos contornos dados ao direito de propriedade em razão da urgente proteção à saúde pública, seja pela rejeição de restrições ao

the restriction must directly advance the state interest involved; the regulation may not be sustained if it provides only ineffective or remote support for the government's purpose. Second, if the governmental interest could be served as well by a more limited restriction on commercial speech, the excessive restrictions cannot survive" (447 US 557. Net. Disponível em <<http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/historic/query>>, consulta em 21.11.2003).

5. "The governmental interest in preventing underage tobacco use is substantial, and even compelling, but is no less true that the sale and use of tobacco products by adults is a legal activity. A speech regulation cannot unduly impinge on the speaker's ability to propose a commercial transaction and the adult listener's opportunity to obtain information about products" (US 00-596. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=>>, consulta em 19.11.2003).

exercício da liberdade de expressão desprovidas de conteúdo razoável, verifica-se que a repressão à publicidade tabagista recebe guarida em diversos ordenamentos jurídicos, encontrando o núcleo de sua reprovação na dependência química causada pelo fumo que, porém, foi disfarçada pelo respaldo de sociabilidade consolidado através de persistentes campanhas de publicidade enganosas. A Constituição da República de 1988, de modo diverso dos ordenamentos antes referidos, concretizou a ponderação entre os valores associados à liberdade de comunicação empresarial e os relacionados à tutela dos consumidores, inclinando-se favoravelmente à vulnerabilidade destes ao incluir, em seu Título VII (Da Ordem Social), norma que preceitua que a propaganda comercial de tabaco estará sujeita a restrições legais “e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso” (art. 220, § 4º).

III

9. O direito, fenômeno social por excelência, não está inteiramente dissociado das relações econômicas. A conexão entre a economia e o direito não pode ser ignorada pelo legislador sob o risco de despir as normas jurídicas de efetividade ou de tornar o ordenamento jurídico um reflexo vazio da infra-estrutura vigente. As Cartas Políticas brasileiras, desde 1934, têm elevado o tratamento da ordem econômica à estatura constitucional, contudo não basta às leis fundamentais listar os direitos políticos e individuais, cujos conteúdos continuarão a ser percebidos como propósitos distantes, se as normas constitucionais estiverem voltadas a uma realidade iníqua alheia ao comando do poder constituinte. O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito perpassa, pois, pela existência de uma sociedade democrática que seja um espaço aberto ao desenvolvimento da personalidade humana, o que somente terá êxito se a exploração dos recursos econômicos não seja vista como um elemento de apoio à exclusão e à pobreza.

10. Os direitos econômicos e sociais, na feliz síntese de Pontes de Miranda, são “normas de grande importância, porque procuram dizer *para onde e como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico”.⁶ A Constituição da República de 1988, promulgada em uma época de divisão mais nítida entre os regimes econômicos capitalista e socialista e antecedida pelo intervencionismo direto na economia nacional, praticado nas duas décadas anteriores, consubstanciou o compromisso entre “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”⁷ (arts.

6. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. I, p. 127, apud José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 761.

7. Cf., ao propósito, esclarecedora lição de Luís Roberto Barroso: “Tais princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário, e por essa razão subordinam toda ação no âmbito do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. A ordem econômica, em particular, e cada um de seus agentes — os da iniciativa privada e o próprio Estado — estão vinculados a esses dois bens: a valorização do trabalho [e, *a fortiori*, de quem trabalha] e a livre iniciativa de todos — que, afinal, também abriga a idéia de trabalho —, espécie do gênero liberdade humana.

“A Constituição de 1988 cuidou de concretizar o princípio da valorização do trabalho em regras concentradas em seu art. 7º, onde se pode encontrar um rol de direitos assegurados aos trabalhadores. O elenco que ali figura não exclui outros direitos que visem à melhoria de sua condição social, nos termos expressos do *caput* do mesmo artigo. O constituinte prestigiou, nessa mesma linha, o trabalho dos autores e inventores, através das garantias do direito autoral (art. 5º, XXVII) e da proteção patentária (art. 5º, XXIX), e daqueles profissionais que participam de espetáculos públicos ou de obras coletivas (art. 5º, XXVIII). O fundamento da proteção ao trabalhador e da valorização do trabalho encontra-se na própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

“O princípio da livre iniciativa, por sua vez, pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no texto constitucional. Pressupõe ele, em primeiro lugar, a existência de propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII, e 170, II). De parte isto, integra, igualmente, o núcleo da idéia de livre iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo

1º, IV e 170, *caput*) que não devem ser tidos como diretrizes antagônicas voltadas à concretização de objetivos distintos. Os valores sociais do trabalho devem conformar a livre iniciativa, a qual somente alcançará legitimidade se não for instrumento de práticas capitalistas concentracionistas e predatórias.⁸

II. Sob o pálio do regime constitucional anterior, Modesto Carvalhosa afirmou: "Ainda que o art. 160 da Carta brasileira revista a livre iniciativa de um direito impostergável, o conjunto de normas constitucionais e ordinárias, que formam o seu instituto, pode trazer limitações e restrições que, sem desnaturar aquele caráter, impõe-lhe um comportamento, visando preponderantemente a sua utilidade social. Dessa forma, semelhantemente à propriedade, deve-se distinguir o direito, do seu instituto. A livre iniciativa é um direito consagra-

único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que não de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV). Por fim, é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II)" (Luís Roberto Barroso, "A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços", RT 795/57, jan. 2002).

8. Neste sentido, leciona Eros Roberto Grau: "A livre iniciativa, ademais, é tomada no quanto expressão de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, como expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo. Assim, livre iniciativa é expressão de liberdade tutelada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho. (...).

"Embora seja assim, força é reconhecermos, de uma parte, que a livre concorrência é elevada à condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social" (Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 237).

do pela Constituição e, ainda constitucionalmente, é um instrumento do bem-estar coletivo, enquanto instituto. Elemento fundamental da Ordem Econômica impede-lhe o instituto jurídico que se desenvolva contrariamente aos fins sócio-econômicos, para cuja consecução essa Ordem Econômica foi constitucionalmente estruturada".⁹

12. A harmonização destes valores compreenderá, diuturnamente, um juízo de concordância que não poderá, todavia, atingir a essência dos princípios que estejam com eles relacionados. Não poderá a valorização do trabalho humano dar-se em outro cenário senão aquele que seja regrado pelos ditames da livre iniciativa e tampouco a livre iniciativa poderá ser tida como pressuposto idôneo à perpetração de segregações díspares à dignidade da pessoa humana. A conjugação destas normas reflete, decerto, a difícil compatibilização dos fins sócio-econômicos assumidos pelo Estado Social com o enquadramento jurídico dado, pelo Estado de Direito, ao fenômeno político. Neste sentido, trago, à colação, a lição de inteligência preclara de Tércio Sampaio Ferraz.¹⁰

"As garantias proporcionadas pelo contorno constitucional do Estado de Direito são, assim, acima de tudo, *delimitações* com sentido eminentemente técnico-normativo. Pressupõem, portanto, um conceito de Estado que, em relação à liberdade dos cidadãos deixa valer o *status quo*. Já os objetivos exigidos do Estado social pressupõem um Estado ativo, que desempenha funções distributivas, que, em última análise, desconhece o dualismo entre Estado e Sociedade. Em consequência, enquanto para o Estado de direito o fenômeno do poder é, por definição, circunscrito e delimitado no seu contorno constitucional, o Estado social extravasa aquelas delimi-

9. Modesto Souza Barros Carvalhosa, *Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1973, p. 297.

10. Tércio Sampaio Ferraz, "Congelamento de preços — Tabelamentos oficiais", RT 91/80, São Paulo, Ed. RT, Ano 22, jul.-set. 1989.

tações, pois nele as possibilidades de extensão das formas de domínio são imensas, podendo atingir intensidades sutis e fora de qualquer controle. (...).

“Ora, o grande drama do reconhecimento constitucional do Estado Democrático de Direito está no modo como as exigências do Estado social se jurisfaçam nos contornos do Estado de Direito. E o princípio, ainda que abstrato e genérico, desta compatibilização, só pode ser único: impedir a todo custo que as chamadas ‘funções sociais do Estado’ se transformem em funções de dominação (Forsthoff, 1976, p. 55). É preciso, pois, ver no reconhecimento do Estado Democrático de Direito um claro repúdio à utilização desvirtuada de necessárias funções sociais — como é o caso, obviamente, do combate à inflação e suas conseqüências perversoras do bem-estar coletivo — como instrumento de poder. Isto de um lado, destrói o Estado de Direito e, de outro, perverte o Estado social, desnaturando, em conseqüência, o Estado Democrático de Direito constitucionalmente reconhecido” (grifos do autor).

13. Conquanto a consecução dos fins sociais assumidos, constitucionalmente, pelo Estado esteja em um âmbito de realização delineado pela ação legislativa e pela concretização destes ditames pelo Executivo, a aplicação destes princípios não poderá afastar-se das normas jurídicas conformadoras do poder político. De fato, a análise desta adequação deverá ser pautada por um juízo de razoabilidade apto a apontar a “proibição de excesso” eventualmente existente na efetivação destes princípios.

IV

14. A idéia de razoabilidade das leis é o ponto de partida do ordenamento jurídico.¹¹ A valoração inerente a este juízo não

deixa de ser uma análise da adequação do ato do Poder Público ao sentimento de justiça. Em arguta conclusão, Luís Roberto Barroso¹² leciona que: “É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponde ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.

Este postulado consubstancia a noção intrínseca de repúdio a subjetivismos infun-

assevera Humberto Ávila, em igual sentido: “sendo o Direito o meio mediante o qual são estabelecidas proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis, deve ser estabelecida uma medida limitada e orientada pela sua máxima realização. Daí dizer-se — como o faz Alexy — que a proporcionalidade não consiste em uma norma-princípio, mas consubstancia uma condição mesma da realização do direito, já que não entra em conflito com outras norma-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência. A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de normas de competência implica (logicamente) o dever de ponderação, cuja exata medida só é obtida mediante a obediência à ‘proporcionalidade’” (Humberto Ávila, “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”, *Revista Diálogo Jurídico* 7, v. I, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, 2001; disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 18.11.2003. Registro que embora a razoabilidade e a proporcionalidade tenham origens jurisprudenciais distintas, dentro dos lindes do presente Parecer, elas não serão empregadas de modo distinto, adotando-se a sinonímia entre os conceitos.

12. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 215. Carlos Roberto Siqueira Castro escreve que: “Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo ou a menor restrição possível, a fim de que a lesão de um bem da vida não vá além do que seja necessário ou, pelo menos, defensável em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico revestido de idoneidade ou reconhecido como de grau superior. Trata-se, pois, de postulado nuclear que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma, à qual, segundo Pierre Muller, ‘devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder’” (Carlos Roberto Siqueira Castro, *Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 82).

11. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, “Parte General”, 7ª ed., Belo Horizonte, Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, pp. VI-28. Em interessante conclusão,

dados e a excessos que, conquanto sejam perpetrados almejando finalidades sociais não reprováveis, revelam-se desmesurados por violar os limites definidos, ainda que implicitamente, à atividade do Poder Público. Esta noção, originária da experiência constitucional britânica erigida com base na cláusula *law of the land*, da *Magna Charta* de 1215, e amplamente desenvolvida nos Estados Unidos a partir das Emendas 5^a e 14^a à Constituição norte-americana que ensejaram a construção jurisprudencial do *substantive due process of law* pela Suprema Corte,¹³ permeou-se pelo direito positivo — p. ex., o art. 18, 2, da Carta política portuguesa que consagrou que: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”¹⁴ — e pela ju-

risdição constitucional de diversos países, tais como a Alemanha, onde “outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito”.¹⁵

15. Com o advento da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que o princípio da razoabilidade estava integrado ao ordenamento jurídico pátrio a partir da interpretação extensiva, fundada nos precedentes da jurisdição constitucional norte-americana, dada à cláusula do devido processo legal (art. 5^o, LIV), que poderia mesmo servir de parâmetro para aferição de constitucionalidade de atos normativos. O Ministro Moreira Alves deixou clara esta ilação ao asseverar, em voto proferido no julgamento da ADIn 855 (RTJ 152/455), que:

A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal.

A Constituição no seu art. 5^o, inciso LIV — e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas — estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

13. Cf. *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965); *United States vs. Carolene Products*, 304 US 144 (1938); *Brown vs. Board of Education*, 347 US 873 (1954); *Reynolds vs. Sims*, 347 US 533 (1964); *Miranda vs. Arizona*, 384 US 436 (1966). Sobre a evolução do princípio da razoabilidade e o devido processo legal, cf. Carlos Roberto Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

14. O Tribunal Constitucional espanhol, amparado pelo princípio constitucional de proibição de arbitrariedade (art. 9.3), entende que: “las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad con el fin así perseguido” (Sentencia 96/2002, recurso de inconstitucionalidad 1.135/1995, BOE 20020522). Na doutrina brasileira, o estudo precursor de San Tiago Dantas assentava sobre o princípio da igualdade a rejeição à lei arbitrária: “Se analisarmos os casos em que as leis diferenciadoras ou classificadoras ferem o nosso sentimento jurídico, e merecem o nome de arbitrárias, e os casos em que nos parecem corresponder a um agrupamento razoável de casos ou pessoas, logo perceberemos que o nosso juízo se forma exclusivamente sobre a base de um exame subjetivo do valor igualitário da lei. Sempre que a diferenciação feita corresponde, no nosso sentir, a um reajustamento desproporcional de situações

desiguais, a lei satisfaz os requisitos da lei justa. Sempre que a diferenciação não corresponde a um reajustamento desses, patenteia-se o caráter de lei arbitrária, contrária ao Direito, e um tribunal americano se recusaria a ver nela *the law of the land*” (F. C. de San Tiago Dantas, *Igualdade perante a Lei e “Due Process of Law”*. Contribuição ao Estudo da Limitação Constitucional do Poder Legislativo, disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver-32/panteão_32.htm>, consulta em 26.6.2003).

15. Gilmar Ferreira Mendes, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, *Revista Diálogo Jurídico* 5, v. 1, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, ago. 2001, disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 21.11.2003.

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio constitucional que tem a sua origem nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte Americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.

16. O Ministro Celso de Mello, em julgamento da suspensão de segurança 1.320 (DJ 14.4.1999), confirmou este posicionamento, ao escrever que:

No entanto, não posso deixar de considerar, na análise do caso presente, tanto a existência de um acórdão concessivo de mandado de segurança (remédio constitucional cuja eficácia não deve ser neutralizada por disposição constante de simples diploma legislativo) quanto a plausibilidade jurídica da tese exposta pela parte impetrante, especialmente se considerar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal que já assentou o entendimento de que transgredir o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) — analisado este na perspectiva de sua projeção material (*substantive due process of law*) — a regra estatal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade. (...).

Essa é razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado — inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa — adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diver-

sas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law*. (...).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do poder público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo e regulamentar. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

17. O traço de subjetivismo que paira sobre o juízo de razoabilidade é mitigado pelo manuseio de testes que, diante dos dados fáticos oriundos da questão sob exame e dos parâmetros constitucionais anteriormente fixados, informam a compatibilidade da norma com o ideal de proporcionalidade entre a restrição adotada e a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Para Gordillo,¹⁶ a razoabilidade de um ato deve contar, no mínimo, com:

“a) Sustento fático suficiente (o ‘causa’, ‘motivo’, etc., según distintas variantes y versiones en otros enfoques); lo cual supone, desde luego, que los hechos invocados sean ciertos, no sean nimios o insignificantes, estén suficientemente probados o acreditados, estén razonablemente apreciados; que no haya ‘error de hecho’; que no haya falsa invocación de hechos; que no ignoren o desconozcan hechos ciertos que hacen a la cuestión, etc.

“b) El fin perseguido debe ser proporcionado a los hechos que lo sustentan, debe ser una conclusión razonada de tales hechos, que no incurran en falacias formales, ni caiga en soluciones exageradas, desmedidas o despropósitos de cualquier naturaleza.

“c) Del mismo modo, los medios empleados deben ser congruentes y propor-

16. Agustín Gordillo, ob. cit., pp. VI-34.

cionales tanto con el fin razonablemente perseguido como con los hechos ciertos y de entidad suficiente que los fundamentan.”

18. Partindo das diretrizes traçadas pela jurisprudência alemã, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sede doutrinária, subsumiu a aplicação do princípio da proporcionalidade à apreciação de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, leciona que:

“O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

“Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida menos onerosa que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. (...).

“Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. (...).

“A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um ‘controle de sintonia fina’ (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.”¹⁷

17. Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., p. 4. Tais considerações foram reiteradas ao ser apreciada a

19. A conjugação destes subprincípios conduz à análise da razoabilidade sob o prisma interno e externo da norma, ou seja, sob o primeiro aspecto, os seus motivos, meios e fins devem guardar uma relação de compatibilidade a fim de que, dados certos fatos, os instrumentos escolhidos para a persecução do propósito almejado sejam idôneos à sua concretização. Ultrapassado este juízo, pode-se, então, ingressar em uma posterior discussão acerca da adequação da norma aos parâmetros de validade que lhe são superiores, assim, a decisão legislativa deverá ter elegido os meios e os fins que coadunem-se com os preceitos constitucionais, eis que, conquanto a norma seja apta a consecução dos propósitos para qual foi promulgada, ela deverá, igualmente, conformar-se aos ditames veiculados pela Lei Maior.¹⁸

V

20. Na questão sob exame, a proibição de registro de novas marcas revela-se adequada ao intuito de impedir que a indústria tabagista lance produtos com maior poder apelativo para eventuais novos consumidores, mormente, as crianças e os adolescentes. No entanto, a medida não ultrapassa o teste da necessidade, em face da restrição desproporcional que será imposta à livre iniciativa e à livre concorrência.¹⁹

RCL 2.126 (Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, DJU 19.8.2002). Em igual direção, posiciona-se a lição de Luís Roberto Barroso: “Assim é que dele (princípio da proporcionalidade) se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos” (Luís Roberto Barroso, ob. cit., pp. 219-220).

18. Luís Roberto Barroso, ob. cit., p. 217.

19. A distinção entre estes dois princípios foi habilmente feita por Miguel Reale ao escrever que: “Ora, livre iniciativa e livre concorrência são con-

21. A razoabilidade externa da proposta legislativa não encontra respaldo na Lei Maior, vez que a proteção da saúde pública não poderá ser perpetrada se os meios que forem empregados para cumprir este comando constitucional implicarem em anulação da efetividade dos princípios que consolidam a estrutura da ordem econômica inaugurada em 1988. Decerto, o seu intuito proibitivo encontra fundamento legítimo nos efeitos deletérios associados ao tabagismo, os quais merecem ser repugnados pelo ente estatal através da adoção de proibições que estejam amparadas pelos limites constitucionais impostos à liberdade de conformação dos dispositivos constitucionais atribuída ao legislador. O alcance dos fins sociais eleitos pelo Estado Democrático de Direito deverá, necessariamente, perpassar pelo espaço constitucional. O Estado não pode, ainda que envolto sob o halo do apoio popular, intervir na economia para infirmar o papel que lhe foi constitucionalmente confiado. Voltando-se à sempre pertinente lição de Tércio Sampaio Ferraz, verifica-se que “o sentido do papel do Estado como agente normativo e

ceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.

Já o conceito econômico de ‘livre concorrência’ tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado” (Miguel Reale, “Medidas provisórias — Choque na economia — Controle de preço — Liberdade empresarial — Penalidades e discricionariedade”, Parecer publicado na *Revista de Direito Público* 91/70, Ano 22, São Paulo, Ed. RT, jul.-set. 1989. Cf. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)*, v. 7º, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 25-26).

regulador está delimitado, negativamente, pela livre iniciativa, que não pode ser suprimida. O Estado, ao agir, tem o dever de omitir a sua supressão”.

22. À luz da experiência francesa, Gérard Farjat²⁰ afirmou que: “A maioria das intervenções protetoras do Estado tem uma incidência concentracionista, e esta incidência é freqüentemente desejada. O objetivo concentracionista pode não ser suspeito, por exemplo, em matéria de proteção dos consumidores, dos poupadores ou de regulamentação profissional, porém não é ele menos real”.

23. O repúdio a políticas públicas de vezo econômico restritivo já mereceu acolhida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento do RE 203.908-SC (1ª T., j. 14.10.1997, *DJ* 6.2.1998), do qual transcrevo o voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão:

O acórdão recorrido, para confirmar a sentença que deferiu o mandado de segurança, baseou-se em jurisprudência consolidada da corte catarinense, alicerçada no argumento de não se incluir na competência conferida aos Municípios pelo art. 30, I, da Constituição, a de impor restrições à livre concorrência (art. 170, IV) e à garantia do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), nem a de regular matéria estranha ao poder de polícia municipal, porque de interesse de outros entes públicos, como o comércio de farmácia (Lei federal 5.991/1973).

Trata-se de orientação que não pode ser vista como ofensiva à competência do Município, competência essa que decorre do Texto Constitucional e que o habilita a ordenar física e socialmente a ocupação

20. “La plupart des interventions protectrices de l’État ont une incidence concentracionniste, et cette incidence est très souvent voulue. L’objectif concentratinniste peut ne pas être soupçonné, par exemple en matière de protection des consommateurs, des épargnants ou de réglementation professionnelle, mais il n’est pas moins très réel” (Gérard Farjat, *Droit Économique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, p. 272).

do solo, estabelecendo as utilizações convenientes às diversas partes da cidade e a definir as zonas residenciais, comerciais, industriais, de recreio etc.

É que essa competência para o zoneamento, capaz de levar à interdição do exercício de certas atividades na zona urbana, não pode chegar ao ponto de impedir a duplicidade, ou até a multiplicidade de estabelecimentos do mesmo ramo, numa mesma área, o que redundaria em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrada pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF).

24. A exploração dos produtos derivados do tabaco é uma atividade lícita, ainda que sua propaganda esteja sujeita a restrições legais (art. 220, § 4º, da Constituição da República de 1988), sendo objeto, portanto, da proteção conferida à livre iniciativa e à livre concorrência (arts. 1º, IV, 170, *caput* e IV, da Constituição da República de 1988). A instituição de regras que interditem o registro de novas marcas de cigarro, além de configurar restrição econômica indevida, desconsideram que a marca é um desdobramento da atividade empresarial, que resguarda os direitos do produtor, e, simultaneamente, protege “os interesses do consumidor, tornando-se instituído ao mesmo tempo de interesse público e privado”.²¹

25. Transcrevo, ao propósito, os judiciosos argumentos de Miguel Reale:²²

“A bem ver, quem afronta os riscos do mercado, empenhando-se na árdua tarefa da livre concorrência, tem por escopo conquistar uma *clientela* que fique fiel a seus produtos: essa conquista das preferências do mercado é o estímulo criador e propul-

sor da ‘livre iniciativa’, sendo, desse modo, os *sinais identificadores* (nomes, marcas, insígnias, emblemas) os instrumentos naturais da coleta de clientela, para empregarmos à expressão lembrada por Tito Ravà, Catedrático da Universidade de Roma, no seu *Tratato di Diritto Industriale* (Turim, 1973, t. 1, p. 75). O mesmo professor salienta, aliás, o nexo de implicação lógica entre ‘sinais’ e ‘livre concorrência’, escrevendo: ‘os sinais têm primordial importância no plano da concorrência (*concorrenziale*), pois permitem sejam reconhecidos, lembrados e indicados (os produtos), tornando fácil ao público a manifestação de sua preferência (...). É essa a função jurídica dos nomes, os quais, com o uso adquirem, além disso, um particular *valor de sugestão*, pelo fato de evocarem atributos e qualidades — reais ou imaginários, não importa, pois se trata de valorações individuais — dos sujeitos e dos objetos’ (*Tratato*, cit., p. 75).

“Como se vê, não há como desvincular a idéia de ‘liberdade de iniciativa’ da de tutela daquilo que a capacidade criadora ou imaginativa pôs *in esse*, como expressão de qualidades transferidas pelos sujeitos nos objetos por eles concebidos.

“Apaguem-se os objetivos tutelares do ordenamento legal dos registros públicos de nomes, de patentes e de marcas, e todo o aparato edifício normativo, que repousa sobre a Constituição e o Código da Propriedade Industrial, se esboroa como por encanto, esvaziado de sua substância medular!”

26. A marca é um desdobramento natural do exercício da empresa. Impedir o seu registro é tolher o pleno desenvolvimento das atividades econômicas inerentes ao princípio da livre iniciativa. A indústria, que desempenha um objeto lícito, coarctada por limites traçados, sem respaldo constitucional, à conquista de clientela é, invariavelmente, uma indústria fadada ao fracasso. A proibição de registro de novas marcas de cigarro acarreta a restrição de mercado, impede o pleno desenvolvimento da livre iniciativa e traz desproporcional restrição

21. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 1º v., 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 215.

22. Miguel Reale, *Temas de Direito Positivo*, São Paulo, Ed. RT, 1992, pp. 110-111.

à liberdade de empresa; conseqüências que não podem receber o endosso do Estado Democrático de Direito fundado sob os alicerces lançados pela Constituição da República de 1988.

Conclusão

27. Isto posto, opino pela inconstitucionalidade de proposta legislativa que profi-

ba o registro de novas marcas de cigarro por ser medida impeditiva da livre iniciativa e da livre concorrência (arts. 1º, IV, 170, *caput* e IV, da Constituição da República de 1988), configurando restrição não razoável à atividade empresarial, tendo em vista o direito de propriedade assegurado ao titular de uma marca (arts. 5º, XXIX e LIV, da Constituição da República de 1988).

À superior consideração.