

Tabagismo, Modernidade e Direito Regulatório: Brasil e Estados Unidos em perspectiva
Smoking, Modernity and Regulatory Law: Brazil and the United States

Submitted: 22/03/2016

Revised: 26/04/2016

Accepted: 22/09/2016

Claudino Carneiro Sales *

Resumo

Propósito – Avaliar a regulação do mercado do tabaco, levando em consideração teorias em combinação com o ordenamento jurídico brasileiro e com dados relativos ao Brasil e aos Estados Unidos.

Metodologia/abordagem/design – Análise abstrata acerca das teorias da regulação aplicáveis ao mercado do tabaco no Brasil e nos Estados Unidos da América, com a apresentação de um caso concreto. Pesquisa doutrinária e documental.

Resultados – Apresenta as principais características de duas grandes teorias da regulação, enfocando o mercado do tabaco no Brasil e nos Estados Unidos da América, sem olvidar o ordenamento jurídico nacional e dados referentes ao Brasil.

Implicações práticas – As teorias e o caso concreto descritos podem ser aproveitados como subsídios à reflexão de como se dá a regulação da indústria do tabaco no Brasil, buscando melhorias nas técnicas de regulação setorial.

Originalidade/relevância do texto – Analisa o mercado do tabaco no Brasil sob a perspectiva de teorias regulatórias já amplamente sedimentadas no exterior e pouco aplicadas no Brasil.

Palavras-chave: direito regulatório, tabagismo, regulação, mercado, saúde.

Abstract

Purpose – This article evaluates the regulation of the tobacco market, taking into account theories of regulation and the Brazilian legal system and data in a comparative perspective with the US.

Methodology/approach/design – Abstract analysis about theories of regulation applicable to the tobacco market in Brazil and the US, with the presentation of a case based on doctrine and legal research.

Findings – It presents the main features of two major theories of regulation, focusing on the tobacco market in Brazil and the US, and the national legal system and data relating to Brazil.

*Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza, tendo exercido atividade empresarial nos segmentos de indústria, comércio e prestação de serviços. Advogado. Especialista em Direito Tributário e Mestre em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza). Professor efetivo do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Foco acadêmico em Direito Civil e Direito Empresarial, tendo ministrado também disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Ambiental. Email: claudinosales@ufersa.edu.br.

Practical implications – *The theories of regulation and the case described may add subsidies for consideration of how the regulation of the tobacco industry in Brazil should be organized towards a better sectorial design.*

Originality/value – *It analyzes the tobacco market in Brazil from the perspective of theories of regulation widely researched abroad and with still not much implementation in Brazil.*

Keywords: Regulatory law, smoking, regulation, market, health.

1. Introdução

No mundo capitalista, o consumo dos mais variados tipos de bens e serviços foi posto em patamar de importância bastante elevado, podendo-se dizer que, para muitos, representa a própria felicidade e o motivo principal para a existência em sociedade.

Não se questiona, pois, a legitimidade e necessidade da existência das relações de consumo, pois se sabe que o consumo é essencial para o funcionamento do sistema capitalista, para o desenvolvimento econômico e para a satisfação das necessidades das pessoas. O consumo pode ser considerado, então, como um dos fatores de concretização da cidadania, tendo em vista a quase impossibilidade de sobrevivência em sociedade sem efetivação dessas atividades indispensáveis para o indivíduo, para a sociedade e para o Estado.

A existência da intrincada teia de relações econômicas e jurídicas que representa a existência do sistema de produção de bens e serviços, em especial pelos agentes produtivos organizados sob forma de empresas, deságua na necessidade da constante realização das atividades de trocas comerciais entre fornecedores e compradores, caracterizando, muitas vezes, as típicas relações de consumo, quando o comprador é o destinatário final.

Nesse diapasão, ressurge a importância da atividade empresarial como mola propulsora da economia nacional e mundial, cuja importância é inquestionável para a realidade nacional, sendo constitucionalmente protegida, embora o legislador constitucional não tenha dedicado uma seção ou parte específica para normatização da atividade de empresa (TAVARES, 2013, p. 24), havendo diversos dispositivos acerca do assunto espalhados pelo texto constitucional. Dentre esses dispositivos, destaca-se o núcleo normativo constitucional da atividade econômica, representado pelo art. 170 da Lei Maior, que institui verdadeiros princípios a serem seguidos pelos agentes econômicos e pelo Estado.

As normas principiológicas elencadas pelo art. 170 da Constituição Federal ligam-se diretamente à atividade empresarial, destacando-se, nesse ambiente, o inciso V, que impõe aos agentes econômicos o respeito e a defesa

do consumidor, bem como o artigo 5º, XXXII, da Lei Maior, que diz que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Dentro da perspectiva da sua vulnerabilidade, o consumidor é alvo constante de pressão sociológica, mercadológica e psicológica que, constantemente, o impele a padrões de consumo que nem sempre são salutares à sua própria existência enquanto cidadão, levando-o a adquirir bens e serviços que, muitas vezes, são inúteis e até deletérios à sua saúde e à saúde de seus conviventes, baseando-se em padrões de comportamento que associam o consumo ao prazer individual e à felicidade hedonista. Nesse ponto, faz-se a conexão inexorável entre a condição de vulnerabilidade do consumidor, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde, que, por sua vez, se conectam aos direitos de personalidade, cuja importância se espalha por todo o ordenamento pátrio, por todos os poderes constituídos e pela sociedade como um todo.

O princípio da dignidade da pessoa humana é basilar no arcabouço jurídico-social brasileiro, estando previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal. Posicionado como fundamento da República e erigido à condição de cláusula pétrea implícita, portanto inafastável, impõe ao Estado e aos particulares o devido respeito.

Levando-se em conta os princípios da ordem econômica, da proteção do consumidor, da dignidade da pessoa humana - perpassando direitos sociais, a exemplo do direito à saúde - sem olvidar os direitos de personalidade, exsurtem alguns pensamentos dignos de enfrentamento, embora *en passant*.

Neste diapasão, importante seria a análise do atual paradigma reinante no estado da arte naquilo que se refere às consequências à saúde do fumante ativo e passivo, perpassando o conceito de paradigma, com vistas à construção de uma nova expectativa paradigmática concernente ao substrato em análise, cujas irradiações vão muito além da questão da saúde individual, espalhando-se pelos domínios das políticas públicas, da economia e do meio ambiente, por exemplo.

No que concerne à cadeia produtiva do tabaco, importante faceta a ser estudada é aquela referente à regulação do setor, adentrando obrigatoriamente o Direito Regulatório, cujo objeto de estudo é a regulação em si, que por sua vez deve atuar sobre atividades relevantes, indicando assim o seu caráter eminentemente público. Como não poderia deixar de ser, a análise do tabagismo e da regulamentação do setor é complexa e envolve até a correlação entre política e direito, levando em conta o necessário respeito às minorias frente às forças majoritárias, bem como o direito à igualdade e à liberdade.

Este simplório ensaio de ideias e pensamentos busca adentrar e analisar, o tanto quanto possível, o campo das interpolações acima elencadas com o objetivo de trazer à luz algumas facetas sociais e individuais do ser humano enquanto membro de uma sociedade multicultural e complexa, extremamente

normatizada pelo Direito, perpassando o Direito Regulatório e algumas de suas teorias principais, mas sempre com foco no regramento setorial específico da indústria do tabaco, tomando como base o caso da regulação do tabagismo nos Estados Unidos da América do Norte, mas abordando também aspectos sociais, econômicos e jurídicos da realidade brasileira.

2. O tabagismo através dos tempos

A globalização da economia representa ambiente perfeito para a atuação dos agentes econômicos, organizados sob forma de empresa, bem como para o aumento do consumo e o avanço da tecnologia da produção, que lideram a sociedade para o consumismo, propiciando amplas condições para expansão e fortalecimento das grandes empresas transnacionais, dentre elas aquelas filiadas à indústria do tabaco, como a Philip Morris e a British American Tobacco (BAT).

O berço do tabaco foi a América, já que a população indígena mascava e fumava o produto antes da chegada dos europeus. A folha era cultivada por todo o continente americano e espalhou-se pela Europa por meio dos colonizadores que à América aportaram. O tabaco chegou à Europa no Século XVI, popularizando-se ao ponto de se tornar grande fonte de renda para cofres públicos de países como a Espanha, Portugal, Inglaterra e Holanda. Na Itália, o tabaco chegou em 1561, por meio do Cardeal Prospero Santa Croce, sendo cultivado, inclusive, no Vaticano, onde recebeu o apelido de “erva santa”. Entretanto, seu consumo foi proibido, posteriormente, pelo Papa Urbano VIII (Papa de 1623 a 1644), tendo em vista o excesso no interior dos templos, inclusive por parte dos sacerdotes, que deixavam as igrejas enfumaçadas (ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO, 2014).

A indústria de cigarros se consolidou mesmo a partir da invenção da máquina de confeccionar cigarros, em 1861, nos Estados Unidos da América, o que permitiu a produção em larga escala desse formato de fumo, bem mais fácil e cômodo de transportar e consumir do que o charuto, o cachimbo ou o fumo mascável. No Brasil, o fumo se solidificou através da criação de um sistema integrado de produção envolvendo produtores de fumo e indústria, a fim de que fosse regularizado e garantido o abastecimento de matéria-prima para a indústria em troca de vantagens para os agricultores. Esse sistema foi introduzido no país pela British American Tobacco (BAT), em 1918, controladora acionária da Souza Cruz, uma gigante brasileira desse ramo industrial, detentora de 77% do mercado nacional. Nesse cenário, o Brasil assumiu a liderança mundial na exportação de tabaco desde 1983, embora o maior produtor, atualmente, seja a China (ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO, 2014).

3. Tabagismo, consumismo e modernidade

É sabido que o tabagismo mata cerca de seis milhões de pessoas no mundo anualmente, sendo reconhecidamente um grande fator de elevação do risco de desenvolvimento de doenças crônicas como o câncer, a diabetes e as doenças cardiorrespiratórias. Assim posto, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), órgão da Organização Mundial da Saúde (OMS) voltado ao acompanhamento das Américas, lançou, em 2013, o Relatório do Tabaco na Região das Américas, o qual resume o progresso da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco da OMS, sendo o primeiro tratado internacional de saúde a versar sobre o assunto. Esse tratado internacional tem como signatários vinte e nove dos trinta e cinco países americanos, incluindo o Brasil. O documento entrou em vigência em fevereiro de 2005, estabelecendo medidas que buscam a redução do consumo de tabaco nas Américas e a proteção da população contra os males advindos (UOL, 2014).

Segundo cálculos do Banco Mundial, o tabagismo implica na perda anual global de 500 bilhões de dólares, resultante do somatório dos custos referentes a diversos fatores, como o tratamento de doenças correlacionadas, a morte de cidadãos em idade produtiva, o aumento do índice de aposentadorias precoces, bem como do percentual de faltas ao trabalho e da queda da produtividade das pessoas economicamente ativas, além dos custos com políticas públicas de prevenção (TOBACCO ATLAS, 2009).

Diante de todas as advertências amplamente divulgadas acerca dos malefícios trazidos pelo consumo de fumo nos seus mais diversos formatos, indaga-se o porquê dessa indústria ainda permanecer tão fortemente em grande parte do mundo. Destarte, para buscar essa resposta faz-se necessária a incursão por diversos ramos da pesquisa e do conhecimento científico, incluindo o mundo da psicologia do consumo.

De acordo com o filósofo francês e estudioso do “hipermodernidade”, Gilles Lipovetsky (2007, p. 44):

Diferentemente do consumo à moda antiga, que tornava visível a identidade econômica e social das pessoas, os atos de compra em nossas sociedades traduzem, antes de tudo, diferenças de idade, gostos particulares, a identidade cultural e singular dos atores, ainda que através dos produtos mais banalizados. Revelo, ao menos parcialmente, quem eu sou, como indivíduo singular, pelo que compro, pelos objetos que povoam meu universo pessoal e familiar, pelos signos que combino “à minha maneira”. Numa época em que as tradições, a religião, a política são menos produtoras de identidade central, o consumo encarrega-se cada vez melhor de uma nova função identitária.

Segundo Lipovetsky (2005, p. 84), o processo do consumismo funciona à base da sedução, de forma que as pessoas, na busca por coisas e lazeres,

esforçam-se mais ou menos conscientemente em busca de uma resposta tangível, ainda que superficial, para a pergunta eterna e comum: quem sou eu? Segundo o filósofo, o consumidor, ao combinar livremente os objetos, as modas e as fórmulas elaboradas por organizações especializadas, estaria, de acordo com as suas conveniências, construindo a sua personalidade própria, vivenciando uma espécie de emancipação frente à sociedade em que vive. E complementa afirmando que:

Não é preciso dizer que, em semelhante “capitalismo cultural”, as expectativas e os comportamentos hedonistas ligados ao consumo são primordiais. A idéia de que a motivação principal dos comportamentos de lazer seja a expectativa de uma experiência de satisfação. A maioria associando o lazer ao prazer-relaxamento. Qualquer que seja a experiência vivida das práticas de lazer, não se pode negar que é com vista a uma satisfação de tipo hedônico que os indivíduos a elas se entregam, o que não é geralmente o caso do trabalho. [SIC]. (LIPOVETSKY, 2007, p. 65).

Partindo-se das explicações de Gilles Lipovetsky quanto ao consumismo moderno, pode-se questionar o seguinte: até que ponto o consumidor sabe, exatamente, os riscos que corre ao consumir cigarros? Até que ponto ele tem a condição de se autodeterminar quanto ao consumo destas substâncias? Já é conhecido o fato de que a nicotina contida nos derivados do fumo é uma substância que causa dependência, portanto poderia anular os esforços do fumante que posteriormente se autodeterminasse a abandonar o seu consumo.

Independentemente de qualquer estudo ou coleta de dados mais organizada, basta olhar em volta para que se verifique a grande quantidade de pessoas que, em momentos de raciocínio lógico, gostariam de concretamente largar o consumo de cigarros, porém não se julgam inclinadas a tal intento diante do monumental esforço requerido para essa finalidade, ou seja, efetivamente a dependência elimina ou anula os pensamentos lúcidos que eventualmente perpassem a mente do fumante, que no fundo sabe que está causando grande mal a si mesmo e aos que se colocam ao seu redor nos seus momentos de prazer tabagístico.

4. Tabagismo e paradigmas sociojurídicos

A indústria do tabaco frequentemente adentra a questão dos direitos individuais, utilizando-os como argumento no sentido de defender que todos têm direito à liberdade e à autodeterminação; que a cada um cabe a decisão de dispor de seu próprio corpo e saúde da forma que lhe aprouver; que o consumo de tabaco estaria dentro da liberdade de expressão e de pensamento; que todos têm direito de experimentar e expressar seus próprios sentimentos; que as pessoas têm o direito de mudar de opinião, de ser independentes; que têm o direito de

obter aquilo pelo que pagam; enfim, o direito de fazer tudo aquilo que não viole os direitos das outras pessoas o que, aliás, se encaixa perfeitamente aos interesses da indústria do tabaco, uma vez que a produção, a comercialização e o consumo destas substâncias são lícitos no Brasil.

Os argumentos acima elencados trazem à baila o direito à liberdade, que é direito fundamental previsto na Constituição Federal (Art. 5º, *caput*), entretanto a indústria deturpa o sentido desse princípio bem como dos direitos a ele correlacionados, pois o direito de autodeterminação individual, que é intrínseco ao princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento da República previsto na Constituição Federal (Art. 1º, III), não contempla o direito à destruição da sua própria integridade física, nem a de terceiros - por meio do fumo passivo, por exemplo – uma vez que o direito à vida e à integridade física são elencados pela doutrina como direitos de personalidade (DINIZ, 2010, p. 124). Nesse sentido, merece destaque a afirmação de Carvalho Netto e Scotti (2012, p. 129), ao explicarem que “independentemente de menção expressa na Constituição, todo direito individual dever cumprir uma *função social*, e isso integra *internamente* seu próprio sentido para que possa ser plausível”.

Os direitos de personalidade são direitos que resguardam a dignidade humana (VENOSA, 2014, p. 177), portanto, são direitos “absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis” (DINIZ, 2010, p. 121), até mesmo sob o ponto de vista do seu próprio titular, que tem sua atuação restrita pelos limites impostos por tais características que lhe são atribuídas, de tal sorte que poder-se-ia argumentar que o fumante não teria o direito de se autodestruir, pois, além de sua vida e integridade física serem indisponíveis, há ainda consequências que ultrapassam a esfera unicamente individual, atingindo terceiros e a própria sociedade.

Em contraponto, os adeptos do tabagismo e seus defensores imediatamente discordam do posicionamento doutrinário que defende a indisponibilidade do direito à própria vida e à própria integridade física, pois evidentemente defendem o direito à liberdade e, por consequência, o direito de dispor de seu próprio corpo da forma que bem desejarem, entretanto, por mais que se defenda o direito à autodestruição, sabe-se claramente que o tabagismo ligado ao consumo de cigarros extrapola amplamente a esfera individual, irradiando-se para o meio ambiente por meio do fumo passivo, da poluição do ar, da poluição das ruas, dos solos e das águas, além da elevação dos custos do Sistema Único de Saúde e dos planos de saúde privados, com reflexos por toda a economia.

Aparentemente o problema envolve mais do que o direito posto na Constituição ou na legislação infraconstitucional, pois se apresenta como uma questão que envolve também posicionamentos de ordem moral, individual e

coletiva. A atual sociedade brasileira, a exemplo de muitas outras que já conhecem a democracia, é uma sociedade moralmente pluralista, como não poderia deixar de ser, já que tal pluralidade é fenômeno pressuposto da democracia e do constitucionalismo (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, p. 129). A possibilidade de coexistência de diversas visões do mundo depende diretamente do reconhecimento da igualdade e da liberdade dos indivíduos a partir da aceitação de que todos nascem livres e iguais, ao menos do ponto de vista formal (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, p. 160).

A moral moderna é uma moral extremamente abstrata e, portanto, etérea demais para impor, por si só, comportamentos vinculantes e obrigatórios, entretanto, a moral e o Direito se relacionam, de tal sorte que os princípios morais abstratos ganham densidade quando erigidos à condição de direitos fundamentais, tornando-se obrigatórios e vinculantes, impondo comportamentos externos (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, p. 161).

Direito e moral relacionam-se complementarmente, sem sujeição de um pelo outro, de tal forma que quando o Direito recebe o conteúdo moral abstrato, transforma-a, dá-lhe maior concretude e densidade, que se traduz em legitimidade (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, p. 161). O conteúdo moral incorporado pelo Direito como direito fundamental, a exemplo do direito à liberdade e à igualdade adquire o status de princípio constitucional, digno de respeito e reconhecimento de todos e para todos, impondo o respeito às diferenças sociais e materiais que recaem sobre cada indivíduo, de tal forma que todos devem se respeitar reciprocamente como se efetivamente fossem iguais, ignorando as diferenças (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, p. 162), com o fito de equalizar as condições formais e minimizar as distorções materiais quando revelarem-se opostas ao objetivo maior da realização da justiça.

O equilíbrio entre liberdade, igualdade e respeito às diferenças de opiniões é algo extremamente plural e fluídico, tornando árdua a tarefa legislativa de elaboração da norma jurídica geral e abstrata que venha a regular as condutas sociais, como no caso da normatização do tabagismo, pois implica fatalmente em cercear a liberdade de alguns em função da liberdade da maioria de não fumantes, que apesar da condição majoritária não pode se colocar na posição de desprezo às vontades minoritárias, justamente por força da atuação dos próprios princípios em tela, que exigem o respeito às diferenças, sejam elas de interesse majoritário ou minoritário.

A tensão que se verifica numa situação limite, como nessa que envolve a questão do tabagismo, é algo ínsito à democracia e ao constitucionalismo. Tal tensão deve ser vista como algo positivo e rico, mas que sempre exigirá grande dose de reflexão democrática para que não se chegue ao absurdo de institucionalizar preventivamente qualquer tipo de pretensão abusiva no seio da própria norma reguladora e abstrata, seja no sentido de contemplar totalmente os

interesses majoritários ou minoritários, o que levaria ao indesejável desrespeito às diferenças.

Se o Direito e a política pré-modernos (antiguidade e idade média) fundavam-se numa miscelânea de religião, moral, tradição, costumes e direito, cuja justificação era transcendental e conduzia à cristalização de privilégios de castas, já na idade moderna, a crença na evidência dos direitos naturais como algo que exsurtiu espontaneamente na sociedade, atuando como princípios morais universais a exigir o reconhecimento institucional de que todos os seres humanos nascem iguais e são, no mínimo, proprietários de si próprios, teve importância fundamental para eclosão dos Estados constitucionais, no final do século XVIII e início do XIX, representando verdadeira mudança de paradigma jurídico e político. O Estado moderno inaugurou uma nova forma de organização política, baseada em regras racionais, que deveriam atuar em um ambiente laico com o fito de organizar impositivamente a estrutura social através da normatividade propriamente jurídica, ou seja, sem fundamentos transcendentais (CARVALHO NETTO, 1998, p. 4-6).

O Direito moderno, dotado de capacidade normativa específica e diferenciada das ideias de origem metafísica, passou a ser compreendido como um ordenamento de leis racionalmente elaboradas, ou um seja, um ordenamento constitucional, capaz de constituir uma nova organização jurídico-política fundada em ideias abstratas reconhecidas como Direito Natural, a exemplo da liberdade individual de fazer tudo aquilo que não seja proibido por lei e da igualdade perante a lei. Essa mudança paradigmática permitiu o surgimento de uma ética reflexiva em substituição à anterior ética imóvel e sólida, que acolhia e justificava os abusos e discriminações existentes. Nessa nova realidade, a ética plural e fluídica levou à superação de costumes e tradições insustentáveis, permitindo a reflexão e a decisão acerca daquilo que ainda deve ser aceito na sociedade frente àquilo que já não mais pode ser mantido (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, p. 22).

O movimento constitucionalista carregou consigo o Estado de Direito, que institucionalizou as ideias do Direito Natural de cunho racional, de tal forma que o Direito passou a ser entendido como um sistema impositivo de normas gerais e abstratas, que buscava inicialmente limitar a atuação do próprio Estado sobre os indivíduos, mas também dos indivíduos reciprocamente, configurando o que se convencionou chamar de direitos individuais de 1ª geração, sob a égide da primeira fase do constitucionalismo.

O funcionamento da organização sociojurídica sob a égide do primeiro paradigma constitucionalista levou a vivências históricas que demonstraram que a liberdade e a igualdade abstratas, somadas ao amplo direito de propriedade privada, com a atuação mínima do Estado, poderiam levar a práticas sociais abusivas, baseadas na exploração ilimitada do homem sobre o homem, de tal

forma que ideias socialistas, comunistas e anarquistas surgiram naturalmente para combater a ordem liberal exploratória. Tais mudanças abriram espaço a um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Social, que tinha como fito a concretização dos direitos que estavam apenas no campo da abstração formal, apresentando ao mundo os direitos de segunda geração - direitos sociais e coletivos (CARVALHO NETTO, 2008, p. 8).

Nesse segundo paradigma do Direito moderno, a liberdade individual não mais pode ser levada às bordas da atuação ilimitada, contida somente por um mínimo de regramentos, pois se passou a considerar a necessidade de inserção de normas sociais e coletivas, garantidoras de condições mínimas de existência digna para a parcela social economicamente inferiorizada. A propriedade privada deixa de ser quase absoluta para ser remetida à condição de utilização sob o crivo da função social desejável e legitimadora de seu uso. O Estado passa a ser o Leviatã, colocado acima da sociedade e responsabilizado por prover a materialização dos direitos de segunda geração, a exemplo da saúde, educação e previdência (CARVALHO NETTO, 2008, p. 8).

Com o fim da 2ª guerra mundial iniciou-se mais uma mudança paradigmática, pois o Estado Social passou a ser criticado em virtude dos abusos a que deu cabimento, a exemplo do Nazismo e suas conhecidas atrocidades, tudo isso agravado pela crise econômica da década de 1970, que revelou a incapacidade do Estado Social de concretizar suas promessas, dando ensejo ao surgimento dos direitos constitucionais de 3ª geração, a exemplo do direito ambiental, direito do consumidor, direito da criança e do adolescente, direito dos idosos, dentre outros. Por meio desta nova onda evolutiva, os direitos de 1ª e 2ª geração foram adicionados aos de 3ª geração e reinterpretados, de tal forma que se chegou ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, em conformidade com os interesses da nova sociedade hipercomplexa (CARVALHO NETTO, 2008, p. 9).

Diante da clarividência da forma progressiva que a organização sociojurídica tem historicamente evoluído, não poderia ser diferente em todas as searas da existência humana, portanto, verificou-se também a mudança dos paradigmas quanto à saúde e à liberdade do indivíduo em relação ao seu comportamento individual frente às consequências e extensões para além da esfera puramente pessoal, irradiando-se para o campo coletivo e social.

Se anteriormente não havia a preocupação quanto às consequências do tabagismo para a saúde humana, se na esfera individual o sujeito deveria ter direito a fazer consigo mesmo e com seu corpo tudo aquilo que desejasse, atualmente a realidade é outra, o paradigma é outro, como não poderia deixar de ser. O culto à liberdade, a visão do cigarro como algo charmoso e cheio de significância cultural reveladora de independência e de glamour não subsistiram e foram lentamente substituídos por conceitos ligados às coletividades, a

exemplo da proteção dos fumantes passivos, a proteção dos trabalhadores em ambientes poluídos, a proteção da infância e da adolescência contra o vício e a dependência do fumo, a proteção ambiental contra a poluição tabagística, a proteção do idoso, a proteção das empresas quanto aos prejuízos decorrentes dos afastamentos para tratamento de doenças relacionadas ao tabagismo e até mesmo a proteção do Estado contra as consequências negativas oriundas das condutas individuais dos adeptos do tabaco, que findam, muitas vezes, ocupando leitos de hospitais, demandando tratamentos complexos e custosos e se aposentando precocemente.

5. Tabagismo e economia

A indústria do tabaco apela à questão econômica, utilizando-a em seu favor, afirmando ser responsável pelo recolhimento de imensas somas aos cofres públicos por meio de tributos pagos, além de dar emprego e ocupação para muitas pessoas. Segundo a Associação dos Fumicultores do Brasil (Afubra), em 2010 a indústria recolheu R\$ 9,3 bilhões de tributos e gerou receita de R\$ 4,1 bilhões, mas Paula Johns, diretora da Aliança de Controle do Tabagismo, rebate esses números baseando-se em estudo divulgado em 2012, intitulado “Carga das doenças tabaco-relacionadas para o Brasil”.

De acordo com o referido estudo, o país gastou, somente em 2011, R\$ 21 bilhões no tratamento de pacientes com doenças relacionadas ao cigarro. O valor equivale a 30% do orçamento do Ministério da Saúde, em 2011, e é 3,5 vezes maior do que a Receita Federal arrecadou com produtos derivados do tabaco no mesmo período. A análise de dados referiu-se a 15 enfermidades relacionadas ao fumo, como doenças cardíacas e câncer de pulmão, e os custos são referentes às despesas tanto no Sistema Único de Saúde (SUS) quanto na saúde suplementar (PINTO; PICHON-RIVIERE, 2011, p. 19).

Conforme expresso no art. 6º e no art. 196 da Constituição Federal, no Brasil, o direito à saúde é um direito social e fundamental, é um direito de todos e uma obrigação do Estado, devendo ser garantido mediante políticas públicas, sociais e econômicas, com o fito de reduzir o risco de doenças e outros agravos.

No que pese a determinação clara da Lei Maior, a efetivação da saúde depende de um processo sistêmico, havendo, portanto, interdependência com diversos outros sistemas, como o sistema político e o sistema judiciário que, frequentemente, é acionado para dar efetividade ao direito previsto em abstrato, conforme explica Schwartz (2001, p. 39), referindo-se à saúde como “uma meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade”.

Direito e Política guardam profunda correlação recíproca, pois “não há técnica, não há ciência que não envolva opções políticas, como não há política que não envolva conhecimento científico” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 22). O Direito moderno não exige dos cidadãos a crença íntima no valor contido nas normas jurídicas, pois busca tão somente o respeito concreto aos valores albergados pela norma jurídica, definida por meio de leis gerais e abstratas elaboradas pelos poderes constituídos, com fundamento nos valores básicos da sociedade, de tal forma que o Direito não mais se preocupa com as crenças interiores de cada um, pois tais crenças foram alçadas ao campo do direito à privacidade, à liberdade de crença, pensamento e opinião (CARVALHO NETTO, 2003, p. 25).

Considerando-se a saúde como um direito fundamental a ser alcançado e concretizado paulatinamente mediante conjunção de esforços que envolvem política, direito e moral, dentre outros ramos do conhecimento, fatalmente abre-se uma janela para a interface com a questão do tabagismo, uma vez que sua complexidade irradia-se por diversos setores do Estado e da sociedade. Se a ciência já comprovou os malefícios individuais e coletivos do tabagismo, inevitavelmente há que se considerar a necessidade de redução progressiva e irreversível do índice de adeptos do fumo no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 traz a seguinte determinação, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Atendendo ao dispositivo acima, há que se dar proteção extraordinária à maior parte da população nacional, que é constituída por não fumantes, de tal forma que o combate ao tabagismo deve ser levado a sério com vistas a reduzir ao mínimo possível sua persistência no meio socioeconômico.

Se por um lado impõe-se a necessidade do combate ao tabagismo, em respeito aos mandamentos constitucionais e aos interesses da maioria não fumante, por outro lado não se pode sacrificar por completo os interesses da minoria adepta do tabagismo. Supondo-se que as políticas públicas de combate ao tabagismo lograssem êxito esmagador e que o percentual populacional de fumantes fosse lançado a números insignificantes diante da maioria de não fumantes, então naturalmente poder-se-ia classificar essa minoria fumante como uma minoria excluída, dentro desse hipotético contexto social. À primeira vista, poder-se-ia considerar a extinção do tabagismo como algo a ser buscado incessantemente, entretanto exsurge uma questão que não pode ser olvidada, que é o direito das minorias.

Faz-se necessário lembrar que as minorias também têm direito à igualdade, conforme explica Carvalho Netto (2007, p. 2):

(...) não é fácil tematizar o direito à igualdade do excluído – ou seja, o direito de o excluído ter a sua diferença específica reconhecida como liberdade, como diferença que não somente não impede, mas que requer mesmo a afirmação de sua igualdade como cidadão; impondo aos demais o respeito a essa diferença enquanto igualdade na diversidade e complexidade sociais juridicamente protegidas (...).

Em paralelo às discussões teóricas, destaca-se o fato de que os esforços dos Poderes Públicos relativos ao combate ao tabagismo não têm sido em vão, segundo indicativo do Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (LENAD), feito por pesquisadores da Unidade de Pesquisas em Álcool e Drogas (UNIAD) da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). O estudo, feito em 2012, entrevistou 4.607 pessoas com mais de 14 anos, de 149 municípios brasileiros, e demonstrou que a prevalência de fumantes no Brasil diminuiu 20% nos últimos seis anos anteriores à pesquisa, passando de 19,3%, em 2006, para 15,6%, em 2012. A maior queda, no geral, se verificou entre os adolescentes, já entre adultos, foi verificada na população masculina, em comparação com a feminina. Apesar disso, o padrão de consumo do tabaco no país piorou, uma vez que os que permanecem como fumantes estão consumindo mais cigarros por dia e considerando cada vez mais difícil passar um dia sem fumar (ELIAS, 2013).

Segundo o levantamento, o fumo diminuiu entre pessoas de todas as classes sociais, com exceção da classe A, que dobrou a prevalência de tabagismo (de 5,2%, em 2006, para 10,9%, em 2012). Uma das possíveis explicações para esse dado pode estar no fato de alguns fumantes deixarem o cigarro por ele pesar no bolso, já que 6,4% das pessoas alegaram parar de fumar para economizar dinheiro, enquanto outras 79,8% justificaram preocupação com a saúde (ELIAS, 2013).

Em contrapartida à redução do tabagismo no Brasil, ocorre o fenômeno econômico da elevadíssima rentabilidade da maior empresa produtora de cigarros do Brasil – a Souza Cruz -, o que se apresenta como um aparente paradoxo. Dados indicam que:

A Souza Cruz, controlada pela britânica British American Tobacco (BAT), é uma das empresas mais lucrativas do País. Nos últimos dez anos, seu faturamento mais do que dobrou, chegando a R\$ 6,1 bilhões em 2012. Além da fumaça, a Souza Cruz é uma máquina de lucros. No ano passado (2012), a última linha do balanço acusou um resultado líquido de R\$ 1,64 bilhão, o maior de seus 110 anos de história. Em dez anos, os acionistas embolsaram R\$ 12 bilhões em dividendos (grifo nosso).

(...) Qual é, então, o segredo da Souza Cruz? Publicidade, com certeza, não é. Desde 2001, os fabricantes de cigarros foram banidos da mídia. “Nossa fórmula é simples: satisfazer o fumante adulto e ganhar participação de mercado”, diz o italiano Andrea Martini, que preside a companhia desde 2012.

De acordo com o Inca, 77% dos fumantes são viciados. No caso da bebida alcoólica, apenas 6% dos consumidores podem ser considerados dependentes (grifo nosso). Isso pode ajudar a entender como a Souza Cruz mantém as vendas em alta (ISTO É, 2013).

Se forem cruzados os dados oriundos do Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (LENAD), acima citados, com os dados que indicam a grande solidez econômica dessa indústria, poder-se-á ter o indicativo de que esse mercado segue inabalável, em virtude da forte dependência que o fumo impõe à grande parte de seus usuários. Ou seja, embora os jovens estejam fumando menos, os adultos que já foram atingidos pela dependência estariam fumando cada vez mais, em especial as pessoas da chamada classe A.

Nesse ponto, cumpre adentrar ao Direito do Consumidor com vistas a analisar a sua condição de vulnerabilidade. A proteção do consumidor é mandamento constitucional, conforme determina o art. 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), elaborado em função desse mandamento constitucional, representa a especificidade normativa da proteção que deve recair sobre os consumidores.

A condição de fragilidade ou vulnerabilidade do consumidor pode decorrer de vários fatores, dentre eles a vulnerabilidade por desconhecimento técnico, por desconhecimento jurídico, por insuficiência econômica e até mesmo por questões psicológicas pessoais (STJ, Informativo nº 50).

A vulnerabilidade, que é traço universal de todos os consumidores, não deve ser confundida com a hipossuficiência, já que esta última refere-se basicamente à carência de recursos econômicos com reflexos na cultura geral do indivíduo (BONATTO, 2001, p. 46).

Em muitos casos, quando se verifica o somatório de mais de uma modalidade de vulnerabilidade incidindo sobre o mesmo consumidor ou classe de consumidores aliada à sua hipossuficiência, ter-se-á a chamada hipervulnerabilidade. Trazendo-se esse conceito à realidade socioeconômica de muitos fumantes, verifica-se que os mesmos são multiplamente atingidos pelos efeitos nefastos do fumo, pois, além de serem atingidos na sua integridade física, são atingidos em suas finanças, conforme indicativo do Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (LENAD), anteriormente citado.

Cumprido, então, inquirir-se a respeito da função social da empresa. Estaria a indústria do fumo cumprindo com a sua função social? Com vistas a responder tal questionamento, faz-se necessário entender o conceito do termo “função social da empresa”.

A função social da empresa, portanto, está intimamente ligada à função social da propriedade que, por sua vez, está inserida no artigo 5º, XXII, da

Constituição Federal de 1988 e, ainda, no artigo 182, § 2º e 186 da mesma norma. Segundo Celso Ribeiro Bastos (1994, p. 74):

(...) a propriedade como direito fundamental não poderia deixar de compatibilizar-se com a sua destinação social: por conseguinte, tem necessidade de harmonizar-se com os fins legítimos da sociedade.

Eros Grau (1988, p. 238) explica que a função social da empresa está ligada à propriedade dos bens de produção e a sua utilização responsável e sustentável. Já Modesto Carvalhosa (1977, p. 237), ao analisar a função social da empresa, indica a necessidade de cuidar dos interesses dos seus empregados, dos consumidores, do meio ambiente urbano e natural e até mesmo dos interesses dos concorrentes.

Percebe-se, pois, que os pensamentos acerca do conceito e alcance da função social da empresa andam longe da convergência unívoca. Entretanto, considerando-se as respeitáveis opiniões acima elencadas, apresenta-se, no horizonte, um interessante assunto a ser pesquisado no que concerne à adequação da atuação das empresas que exploram o tabaco atrelado à função social da atividade empresarial, pois o que se vislumbra é a incompatibilidade da atuação dessa indústria com os interesses da maior parte da sociedade brasileira.

Destarte, o exercício da atividade empresária de forma responsável e ética representa, em última análise, a sua própria sobrevivência em médio e longo prazo, de tal sorte que se considera inaceitável a maximização dos lucros a qualquer custo e a socialização das perdas e dos efeitos deletérios das atividades empresariais voltadas ao mercado do fumo.

Analisando-se ainda a complexa atuação das empresas que exploram a cadeia produtiva e comercial do fumo, faz-se indispensável adentrar as questões ambientais, tendo-se em consideração o fato de que o meio ambiente não envolve somente o ambiente natural e seus componentes - a exemplo do solo, águas, ar, fauna e flora - mas também o ambiente artificial, incluindo os espaços urbanos, bem como o patrimônio cultural e o meio ambiente do trabalho. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e oponível *erga omnes*, cumprindo a todos o dever de protegê-lo e conservá-lo para as presentes e futuras gerações (Art. 225, CF/88).

No que concerne à indústria do fumo e o meio ambiente, exsurge de imediato a questão da fumaça ambiental de tabaco (FAT), que é uma mistura de gases e partículas provenientes da queima do fumo processada no ato de fumar. É, portanto, a fumaça que sai da ponta do produto (cigarro, charuto, cachimbo, etc.), quando ele não está sendo tragado, e pela fumaça exalada pelo fumante depois do trago (ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO, 2014).

Decerto, a poluição tabagística ambiental é sério problema de saúde pública, uma vez que é classificada como agente carcinógeno do grupo 1,

conforme classificação da IARC – International Agency for Research on Cancer, agência especializada em pesquisa sobre o câncer da Organização Mundial da Saúde. Os agentes poluidores classificados no grupo 1 são considerados os mais perigosos, por haver provas suficientes quanto a serem agentes cancerígenos para os seres humanos (IARC, 2006).

Sendo assim, a Lei Federal nº 12.546/11 proibiu o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público, incluindo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema. A referida Lei constitui importante avanço no combate ao tabagismo, mas representa apenas uma medida contra a cadeia gigantesca de efeitos nefastos que o seu consumo representa.

A cadeia produtiva do tabaco argumenta em causa própria, inclusive com a contratação de bancas de advogados de renome, afirmando que o ordenamento pátrio lhes outorga a liberdade empresarial e a livre iniciativa. Aponta que as pessoas têm o direito e a capacidade de decidir por consumir ou não os seus produtos, que o direito de fumar é intrínseco à liberdade individual que, por sua vez, é um direito humano e integra a liberdade de pensamento e de expressão da individualidade. Alega também que arrecada elevadíssimo montante de impostos e que já é sobretaxada e que, simultaneamente, contribui com a economia do País através da geração de emprego, ocupação e renda.

Muitos dos argumentos acima elencados podem ser considerados justos e plausíveis, se ponderados de forma isolada. Contudo, uma análise teleológica e sistemática pode, rapidamente, afastar tais argumentos quando se leva em conta o fato de que a Constituição Federal de 1988 eleva o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República e cláusula pétreia implícita. Desse modo, impõe-se a efetiva proteção do consumidor dos produtos fumígenos e de toda a sociedade, tendo em vista a comprovação de que tais produtos, muitas vezes, causam dependência e anulam a capacidade de autodeterminação do consumidor, que passa a utilizá-los de forma mecânica e automática, levando-o às consequências já amplamente conhecidas.

6. Direito Regulatório, regulação e Estado regulador

O Direito Regulatório é considerado como ramo do Direito Público, que, por sua vez, está intimamente ligado ao poder político, portanto ligado ao Estado, podendo-se dizer que o Direito Público contém em si o regramento jurídico do poder político do Estado. Ao Direito Público cabe a função de disciplinar a estrutura do poder do Estado bem como a forma como este poder estatal poderá atuar sobre as demais esferas jurídicas alcançadas pelo

ordenamento jurídico nacional. O Direito Regulatório tem como objeto de estudo a regulação, que por sua vez deve atuar sobre atividades relevantes, indicando assim o seu caráter eminentemente público (ARANHA, 2015, p. 4).

Assim como ocorreu com o Direito do Trabalho, Direito do Consumidor e o Direito Financeiro, o Direito Regulatório vem buscando elementos comuns que possibilitem sua afirmação enquanto ramo específico do Direito. Nesse sentido, busca-se a formulação dos princípios intersetoriais comuns e úteis à compreensão e tratamento das questões ligadas à regulação (ARANHA, 2015, p. 67).

O objeto de estudo do Direito Regulatório – a regulação em si mesma – pode ser entendida como:

“um processo de realimentação contínua da decisão pelos efeitos dessa decisão, reconformando a atitude do regulador em uma cadeia infinita caracterizada pelo planejamento e gerenciamento conjuntural da realidade” (ARANHA, 2015, p. 28).

A regulação é um processo contínuo e interminável, que deve atuar de forma sistêmica, mantendo a coesão dos componentes envolvidos na seara em que atua, com vistas a resgatar a ordem sempre que falhas e distorções internas, ou seja, disfuncionalidades, forem detectadas em determinado sistema social em foco.

Dentre os diversos elementos conceituais da regulação, pode-se destacar a sua finalidade, que deve ser a obtenção de equilíbrio dinâmico dos processos interativos que envolvem os diversos atores operantes no sistema ou setor a ser regulado, buscando sempre o interesse geral ou público, em vez de simplesmente buscar a potencialização de determinado mercado em detrimento dos direitos políticos e sociais atuantes em determinado contexto.

A regulação, enquanto atividade de acompanhamento, ajuste e equalização funcional de determinado setor, se espalha atualmente por diversos setores do âmbito nacional, a exemplo da regulação da fabricação, distribuição e utilização de pesticidas, o mercado financeiro, o ordenamento territorial urbano e rural, o comércio eletrônico e muito mais. Ela atua não somente através do poder normativo das diversas instâncias do Estado, mas deve atuar efetivamente sobre a administração concreta e contínua dessas mesmas normas, fazendo o acompanhamento diuturno acerca da sua concretização para então realizar os ajustes necessários (ARANHA, 2015, p. 29-30).

A regulação utiliza o planejamento da atividade estatal como método ou “tecnologia social de sanção aflitiva ou premial orientadora de setores relevantes via atividade contratual, ordenador, gerencial ou fomentadora” (ARANHA, 2015, p. 31). Dentro dessa perspectiva, tal atividade assumiria importância relevante ao ponto de ser ela própria considerada “uma forma de produção da

existência social dependente de um projeto humano de acompanhamento conjuntural dos sistemas”, funcionando mediante retroalimentação constante, marcada por um caráter pragmático.

A regulação, enquanto sistema contínuo de normatização, acompanhamento, retroalimentação e reajuste automático de governança, pode ter como sede os órgãos estatais – a regulação estatal por excelência - mas pode estar representada em mecanismos em que o Estado audita os controles internos das empresas – a meta-regulação - ou ainda em mecanismos internos das próprias empresas – a auto-regulação - pode estar presente também no livre mercado, supondo-se que este tenha a capacidade de se auto-regular por meio de suas regras basicamente econômicas e, finalmente, a regulação pode representar a miscelânea de todas as anteriores (ARANHA, 2015. p. 32).

O conceito de regulação é um pressuposto do Estado regulador (ARANHA, 2015. p. 33), sendo ínsito à atuação estatal. Por seu turno, a concepção de Estado varia no tempo e no espaço, de tal forma que também varia a sua forma de atuação e de regulação adotada. Tomando-se por base dois modelos ideais de Estado, o Estado liberal e o Estado social, chega-se, obviamente a duas formas distintas de atuação do referido ente enquanto agente regulador.

O Estado social ou Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*) traz consigo a idéia de um ente empreendedor, prestador de serviços, provedor de bem-estar, interventor e executor, que atua de forma complementar e até substitutivo do mercado, tendo sua atuação concentrada nos fins sociais e até na atividade empresarial, que nem por isso afasta o fenômeno da regulação (ARANHA, 2015. p. 32).

Diametralmente oposto ao Estado social está o Estado Liberal ou Estado mínimo, cuja concepção admite a presença do mercado como ente capaz de coordenar a economia, inclusive se autorregulando, de forma que ao Estado caberia somente a mínima atuação garantidora da propriedade e do livre mercado, deixando de fora a sua atuação interventora no plano social e econômico, uma vez que o mercado seria capaz de coordenar eficazmente os atores econômicos. Neste contexto, a regulação se ocuparia tão somente da preservação da liberdade de atuação econômica do mercado e da limitação do Estado ao mínimo possível de intervenções (ARANHA, 2015. p. 71).

Aranha (2015. p. 71) traz à luz o Estado regulador, que teria diferenciais em relação aos modelos acima relacionados, uma vez que o mesmo não estaria focado na interferência direta no domínio econômico com vistas ao desenvolvimento social, nem tampouco estaria calcado na não-intervenção a fim de deixar o mercado atuar livremente. O Estado regulador poderia ser definido como aquele que pretende coordenar, gerenciar, controlar e intervir indiretamente, noutras palavras, regular a relação do próprio Estado e do

mercado, não mais os entendendo como potências antagônicas, mas sim como fenômenos interdependentes e indispensáveis à consolidação dos direitos fundamentais por meio de relações equilibradas (ARANHA, 2015. p. 72).

O Estado regulador não se coloca na condição de Estado intervencionista nem abstencionista, pois não teria como método de atuação a intervenção direta na promoção do desenvolvimento econômico (*Welfare state*), mas também não atuaria de forma avessa à intervenção econômica e social (Estado mínimo) quando necessária. O Estado regulador atuaria como sistema sempre retroalimentado e em busca de facilitar e promover o desenvolvimento geral, por meio de atuação dirigente e gerencial das atividades essenciais, mas sempre objetivando a promoção dos direitos fundamentais (ARANHA, 2015. p. 72-73).

Conforme explica Márcio Iorio Aranha (2015, p. 73):

Enquanto o Estado de Bem-Estar Social se legitima mediante a distribuição de bens, o Estado regulador também se legitima pela prestação de utilidades, mas estas, ao invés de serem produzidas pelo Estado paternalista, são fornecidas principalmente por parcerias entre o Estado e particulares, por particulares contratados pelo Estado, pelo planejamento estatal do conjunto de atividades econômicas via estímulos e contra-estímulos, pela produção, comercialização e prestação de serviços em regimes público ou privado que exijam, por imperativo constitucional de defesa de direitos fundamentais, o acompanhamento *pari passu* de atividades de interesse público, ou seja, sua regulação.

No contexto do Estado regulador, deve-se ter em mente a concepção de uma administração pública gerencial em vez de uma administração pública burocrática. A diferença entre uma e outra reside no fato de que a burocracia administrativa busca garantir direitos sociais por meio da contratação direta de servidores públicos que deverão atuar nas inúmeras atividades econômicas sobre as quais o Estado de agir, enquanto a administração pública gerencial concebe o mercado como meio para a promoção dos direitos fundamentais por meio de acompanhamento dinâmico sobre custos, serviços, tarifas e infraestrutura dentre outros elementos componentes do setor regulado.

Na concepção de Estado regulador, o mercado e o Estado não são antagônicos, assim como também não o são o Estado e a sociedade, pelo contrário o mercado é visto como meio dirigido à consecução do interesse público por meio da concretização dos direitos fundamentais, de tal forma que não mais se considera o mercado como ente autônomo e afeito tão somente às questões econômicas ligadas isoladamente ao lucro, mas sim como um produto da regulação estatal, parte integrante da equação regulatória, de tal forma que Estado regulador e mercado precisam existir simultaneamente e necessitam agir com o dinamismo característico da atividade reguladora (ARANHA, 2015. p. 73).

O Estado regulador age por meio de atividade administrativa gerencial e adaptativa à realidade dinâmica e mutante do setor regulado, tendo como variáveis essenciais o mercado e a própria intervenção estatal, que, em conformidade com os ditames conjunturais do momento, deve ter sempre como foco a realização dos direitos fundamentais. Neste sentido, pode-se dizer que o Estado regulador está no meio termo entre o Estado Social e o Estado Liberal, já que substitui parcialmente a tarefa de desenvolver a economia e a sociedade por meio de sua estrutura burocrática – Estado Social – por um controle regulatório indireto sobre o mercado, ou seja, não permite que o mercado atue como ente intocável e autossuficiente – Estado Liberal (ARANHA, 2015. p. 74).

7. Teoria jurídica da regulação

Tomando-se como esclarecido o significado de regulação e de Direito Regulatório, cumpre esclarecer que, sob o ponto de vista jurídico, regulação implica em regulamentar determinado setor/atividade humana por meio de preceitos normativos afeitos às ciências jurídicas sob os mais diversos aspectos e conteúdos em que podem ser agrupados ou compartimentalizados, de tal sorte que, epistemologicamente, o Direito Regulatório ou Setorial pode ser considerado uma especificidade do Direito Administrativo ou um “Direito Administrativo especial” (ARANHA, 2015. p. 35-36).

A regulação, com suas implicações teóricas e práticas, revela-se como um fenômeno multifacetado, que pode ser analisado sob diversas perspectivas, a exemplo da análise econômica, jurídica, política, teórica, empírica, social etc.

No meio acadêmico, existe a tradição longeva de se buscar localizar e exaltar os erros e falhas das instituições políticas e sociais em vez de celebrar os sucessos alcançados. Isso se dá pelo fato de que a aceitação das coisas como estão levaria fatalmente ao tédio acadêmico, além do que, a exaltação dos erros serve, no meio político, como forma de autopromoção pessoal, de tal forma que regulações falhas parecem ser o resultado esperado na maioria dos casos (CROLEY, 2008, p. 1). No que pesem tais considerações, acima das dúvidas paira uma realidade: a regulação está em tudo e em todos os momentos da vida moderna, sendo fenômeno inafastável.

Dentre as diversas abordagens analíticas acerca da regulação, uma das mais conhecidas e influentes é a teoria econômica da *public choice*, que traz em seu bojo uma concepção pessimista acerca da regulação, entrevedo, preponderantemente, resultados contrários aos interesses públicos e majoritários da sociedade em favor de resultados favoráveis a grupos de interesse econômico que, por meio de sua capacidade de influência, capturariam ou cooptariam os agentes responsáveis pelos processos regulatórios e por seus resultados finais consubstanciados em normatização benéfica a tais grupos de interesses privados.

Seguindo o caminho inverso ao pessimismo acima citado, deve-se considerar o fenômeno regulatório como uma realidade que pode promover o interesse público e o bem estar social (CROLEY, 2008, p. 6). Sob uma perspectiva bem mais otimista do que a abordagem econômica da *public choice*, a abordagem jurídica do fenômeno regulatório batizada pelo nome de teoria processual administrativa da regulação afasta os pressupostos da *public choice* afirmando que a dimensão jurídico-institucional ou jurídico-processual existente por trás do processo administrativo regulatório tende a promover o interesse público (*public interest*) preservando a funcionalidade do Direito Regulatório (ARANHA, 2015. p. 36).

Sob a dicção da teoria processual administrativa da regulação, considera-se como regulação de interesse público aquela cujos benefícios para a sociedade excedem ou empatam com os benefícios concedidos a parcelas minoritárias da sociedade sob o ponto de vista econômico. Tal conceito econômico pode ser transfigurado para conceitos jurídicos representados pelos princípios constitucionais administrativos da eficiência e da supremacia do interesse público aliados ao princípio da proporcionalidade das medidas restritivas de direitos (ARANHA, 2015. p. 36).

A dificuldade de definir o que é exatamente o interesse público é uma realidade que frequentemente restringe a normatização regulatória a assuntos concretos e específicos, como os sistemas de segurança pública, os sistemas de saúde e de educação (FEINTUCK, 2010. p. 41). No contexto político, que deve se basear na legitimidade de valores econômicos e não-econômicos, a opção por um sentido em detrimento total do outro pode levar à marginalização de valores importantes e ao desequilíbrio de forças (FEINTUCK, 2010. p. 54). Nesse sentido, para aqueles que buscam o lucro ilimitado, a democracia e as liberdades inerentes a ela são inconvenientes, por isso os institutos regulatórios têm a tarefa de proteger os elementos da democracia e alargar os valores constitucionais inerentes ao ordenamento jurídico com fins de promover um discurso cívico racional (FEINTUCK, 2010. p. 55). Para isso faz-se indispensável a identificação da base de legitimação do Direito Regulatório dentro do sistema político (FEINTUCK, 2010. p. 55).

O desenvolvimento do conceito de interesse público ligado à cidadania e à igualdade pode ser o caminho a ser tomado. Numa era em que a política influenciada pelo mercado pode rapidamente erodir os valores e instituições democráticos, faz-se necessária a atividade regulatória que venha a preservar o futuro da democracia. Valorizar a cidadania e os princípios constitucionais e democráticos pode ajudar a determinar as bases de legitimidade da atuação regulatória de proteção do interesse público (FEINTUCK, 2010. p. 56)

Como se pode observar, há enfoques positivos e negativos quanto ao fenômeno regulatório e suas conseqüências concretas para a sociedade e para os

setores a que se dedicam, de forma que pode-se considerar a teoria econômica da *public choice* como uma teoria que compreende a regulação como algo eminentemente prejudicial à maior parte da sociedade enquanto a teoria administrativa da regulação avança em sentido contrário ressaltando as potencialidades da regulação trazer benefícios à maior parte da sociedade.

7.1. *Public Choice* e Teoria Administrativa Processual da Regulação

De acordo com a teoria da *public choice*, agências reguladoras seriam presas fáceis para organizações poderosas e assentadas na riqueza e na eficácia organizacional de que são dotadas. A dinâmica da política moderna - na qual os políticos eleitos necessitam de recursos financeiros para obter seus desideratos políticos e, por outro lado, as agências reguladoras dependem, pelo menos parcialmente, dos políticos para manter suas agendas os recursos orçamentários para tanto - representa o cenário ideal para o surgimento de inter-relações desaconselháveis do ponto de vista republicano, uma vez que o citado contexto abriria caminho para a cooptação das agências reguladoras em favor dos grupos privados de interesses específicos e contraditórios ao que seria interessante à maior parte da sociedade (CROLEY, 2008, p. 9).

Para manterem-se em seus cargos, os políticos precisam do apoio de seus eleitores e, para isso, necessitam de recursos financeiros e políticos, que precisam ser amealhados durante suas campanhas políticas, abrindo espaço para os agentes consubstanciados em grupos politicamente organizados, que atuam em favor de interesses específicos e que possuem os recursos cobiçados por uma parcela dos políticos interessados em manter seus cargos eletivos, configurando a tal situação em que os agentes reguladores podem ser capturados e utilizados em favor de grupos específicos em detrimento da maior parte da sociedade, produzindo normativas favoráveis aos citados grupos (CROLEY, 2008, p. 15).

As relações ilícitas entre alguns políticos e determinados grupos de interesses constituem a principal crítica tecida contra a atividade regulatória do Estado, entretanto, para que se aperfeiçoe por completo essa relação espúria existe ainda um terceiro elemento entre o Congresso - que produz normas gerais - e os grupos de interesse, que buscam favores regulatórios. Esse terceiro elemento são as agências reguladoras, considerando-se que o processo de captura, previsto pela teoria econômica da *public choice*, delas necessita para se concretizar, assim, seria necessária a orquestração entre grupos organizados de interesses específicos, membros do Poder Legislativo e servidores das agências reguladoras, indicando um processo de captura bastante intrincado (CROLEY, 2008, p. 15).

Em favor dessa dinâmica negativa atuariam o poder econômico de certos grupos de interesse, o desejo dos políticos em se manter nos cargos eletivos e o

receio das agências reguladoras em receber retaliações por meio de normativas reduzindo orçamento e liberdade de atuação técnica (CROLEY, 2008, p. 16). Cumpre ressaltar que a dinâmica de atuação de grupos de pressão ou interesse sobre membros dos parlamentos não é ilícita em si, uma vez que representa característica intrínseca do sistema representativo democrático, entretanto esta atuação, comumente chamada de *lobby* torna-se ilícita a partir do momento em que o resultado concreto seja a regulação contra o interesse público oriunda de trocas de favores baseadas em moedas inconfessáveis.

A atuação organizada por meio de grupos defensores de interesses específicos, que representam vantagens excessivas para si em detrimento do bem-estar da maior parte da sociedade é, na verdade, o ponto nevrálgico denunciado pela teoria da *public choice*, que faz uma analogia entre os métodos decisórios adotados na regulação e os métodos decisórios tipicamente utilizados pelo mercado, afirmando que as agências reguladoras, os grupamentos de eleitores e os membros dos parlamentos tratam a atividade regulatória do Estado como se fosse um mercado, no qual os cidadãos, os legisladores, as agências reguladoras e os grupos de interesse fazem trocas semelhantes àquelas que ocorrem no mercado livre, no qual vige a ordinária regra econômica da oferta e da demanda de produtos e serviços (CROLEY, 2008, p. 19).

De acordo com a teoria da *public choice*, os cidadãos têm pouco interesse e participação individual por que lhes falta organização e recursos, enquanto os grupos de pressão são organizados e têm tempo e recursos para agir em defesa de seus próprios interesses, de forma que, quando efetivamente as previsões pessimistas da citada teoria se concretizam, os grupos organizados obtêm grandes benefícios às custas de prejuízos para o bem comum (CROLEY, 2008, p. 21).

Com base nos argumentos acima postos, os teóricos da *public choice* levantam a hipótese de que a melhor solução para contornar a captura das agências reguladoras e as consequentes falhas regulatórias seria simplesmente abandonar a atividade regulatória estatal e deixar que o livre mercado se autorregule por meio de seus próprios mecanismos de equalização, embora também reconhecidamente imperfeitos (CROLEY, 2008, p. 22).

No que pese a verossimilhança da lógica contida no pensamento da teoria da *public choice*, Croley (2008, p. 9) invoca justamente a possibilidade contrária, ou seja, a hipótese de que, em certos casos, os agentes reguladores atuam em sentido contrário ao que foi posto acima, entregando resultados normativos favoráveis ao interesse público em detrimento dos interesses específicos dos poderosos grupos organizados que agem em favor próprio (CROLEY, 2008, p. 9).

Sob os argumentos da teoria da *public choice*, o resultado da ação regulatória por parte das autoridades legitimadas para tanto seria uma regulação

prejudicial à maior parte dos afetados pela normatividade produzida. As decisões regulatórias sobre determinado setor ou atividade trariam benefícios injustos aos grupos de interesses específicos, cujas vantagens oriundas de tais regimentos seriam superiores às vantagens que tais grupos poderiam obter licitamente por meio da atuação no mercado livre e sem vantagens ilícitas, resultando em prejuízos para a sociedade e para os demais competidores de mercado (CROLEY, 2008, p. 9-10).

Na contramão da regulação prevista pela teoria da *public choice* estaria a regulação focada na teoria processual administrativa da regulação, que não prevê a produção inevitável de normas tendenciosas a determinados grupos de interesse ou, caso isso ainda venha a acontecer, ao menos os resultados favoráveis para grupos específicos e minoritários não seriam suficientemente graves ao ponto de afetar o interesse público (CROLEY, 2008, p. 10). Por esta visão, a teoria processual administrativa da regulação apresentaria resultados interessantes à maior parte da sociedade, sendo verdadeira “garantia institucional da preservação do interesse público em setores regulados” (ARANHA, 2015, p. 36).

Contraopondo-se aos argumentos da teoria da *public choice* a teoria processual administrativa da regulação, que trata a regulação sob a ótica jurídica em vez da ótica econômica, apresenta pressupostos bem diferentes, que defendem a atividade regulatória do Estado admitindo resultados positivos para o bem comum, à medida que “nega o fundamento básico da teoria da *public choice*, qual seja, a dependência da tríade *congressistas – grupos de interesse – regulador*” (ARANHA, 2015, p. 37). A teoria administrativa processual da regulação tem como foco o processo decisório dos órgãos reguladores, estudando a maneira como o poder administrativo do Estado se manifesta enquanto fenômeno regulatório.

Sob a ótica da teoria administrativa da regulação é possível identificar certo número de elementos que constituem o conjunto de pressupostos afetos à teoria geral do Direito Público, capazes de dirigir, constringer ou afastar os incentivos que poderiam afetar a atuação legítima dos agentes reguladores diante dos jogos políticos envolvidos. Esses elementos ou categorias conceituais são: a) o procedimento administrativo; b) o ambiente jurídico-institucional; c) a neutralidade do processo administrativo, todos eles favoráveis à obtenção de resultados interessantes ao bem comum (ARANHA, 2015, p. 37).

A neutralidade do processo administrativo se apoia na própria natureza jurídico-funcional da tomada de decisão administrativa de caráter público, que, por sua vez, se exterioriza através de procedimentos fundados na transparência, na publicidade, no apoio da sociedade, na busca pela excelência dos atos regulatórios por meio da constante adaptação das propostas às realidades concretas, admitindo-se que tudo isso possa transcorrer em ambiente

institucional regulatório capaz de garantir a proteção e a estabilidade dos servidores responsáveis pela regulação a ser produzida (ARANHA, 2015, p. 38).

Claramente a teoria administrativa processual da regulação está ligada ao Direito Administrativo, sendo regida por princípios amplamente conhecidos, a exemplo dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o que explica por que o Direito Administrativo se debruça sobre o desenvolvimento conceitual da autonomia dos órgãos reguladores e sobre a maneira pela qual se efetuam os processos decisórios administrativos no âmbito da regulação.

Além de representar um contraponto otimista frente à visão pessimista trazida pela teoria da *public choice*, a teoria administrativa processual da regulação apresenta uma característica que a torna única, que é o fato de que o processo administrativo inevitavelmente faz parte de toda e qualquer teoria regulatória, uma vez que o Congresso, embora tenha o poder de editar as normas gerais pertinentes, na verdade não se encarrega de efetivar as políticas de regulação previstas nas próprias normas que produz, dependendo fortemente das agências reguladoras, que efetivam as determinações abstratas, de tal forma que verdadeiramente a centralidade da atividade regulatória do Estado se apoia mais no processo administrativo decisório dos órgãos regulatórios do que propriamente no Poder Legislativo, ou seja, a centralidade de qualquer estudo acerca da regulação deveria recair mais sobre o processo decisório dos órgãos regulatórios do que sobre o processo legislativo voltado à regulação (CROLEY, 2008, p. 68).

O processo administrativo regulatório é o canal legal e institucional através do qual são tomadas as decisões regulatórias operacionais e concretas (*ground-level*), representando o mecanismo da regulação que efetivamente se realiza nos casos concretos, portanto o seu estudo é essencial para compreender o “produto final” da regulação e qualquer teoria que venha a negligenciar essa realidade poderá incorrer em erro e fragilidade teórica e empírica (CROLEY, 2008, p. 69-71).

A teoria processual administrativa da regulação desloca o foco central da atividade regulatória do Estado, transferindo-o do Poder Legislativo para os órgãos que efetivamente executam a atividade de regulação setorial, elegendo como crucial o procedimento decisório desses órgãos, supondo que o procedimento administrativo decisório oferece maior resistência às interferências de grupos de interesse privado sendo, portanto, capaz de oferecer normas de regulação tendentes à proteção do interesse público em detrimento dos interesses privados e específicos desses grupos (CROLEY, 2008, p. 72).

Enquanto a teoria da *public choice* lamenta o crescimento do Estado regulador por entender que isso amplia o espaço para a ingerência de grupos de interesses específicos, a teoria processual administrativa da regulação

compreende a atuação dos órgãos regulatórios por meio de sua autoridade normativa específica como algo a ser comemorado por supor que os administradores públicos, responsáveis por tal encargo, são menos vulneráveis do que os legisladores políticos, que precisam sempre atender aos anseios de seus constituintes ou eleitores. Nesse sentido, os servidores lotados em agências reguladoras teriam certo grau de independência garantida pelos estatutos que regem suas atividades e lhes garantem estabilidade e proteção contra intervenções externas (CROLEY, 2008, p. 72).

A teoria processual administrativa da regulação sustenta que os grupos que frequentemente dominam a arena política não têm a mesma liberdade na arena administrativa em que atuam as agências reguladoras, pois os recursos valiosos para a política não teriam tanta importância no campo administrativo das agências em virtude das garantias que lhes permitem ter certa autonomia em relação aos legisladores congressistas. Na trilha desse pensamento, os administradores públicos, responsáveis por produzir normas reguladoras, atuariam com maior preocupação acerca das consequências práticas de suas atividades sobre o bem comum e social do que sobre interesses próprios ou de grupos específicos de pressão (CROLEY, 2008, p. 73).

Segundo Croley (2008, p. 73) o mecanismo decisório das agências reguladoras - baseado em informações técnicas disponíveis ao público e avaliadas segundo seus custos e benefícios para a sociedade - promove a autonomia das agências reguladoras frente às pressões dos legisladores e dos grupos de interesse específicos. Em complemento, há a atuação do Poder Executivo, na figura do presidente eleito, por exemplo, que pode favorecer ou combater a regulação pretendida ou realizada por agências reguladoras. Quanto ao Poder Judiciário, este seria mais favorável à elevação da autonomia das agências regulatórias do que ao controle legislativo sobre elas, permitindo que atuem de forma mais neutra e técnica.

A participação do Poder Judiciário na arena regulatória é eventual, uma vez que depende da sua provocação por parte de sujeitos insatisfeitos com decisões oriundas dos órgãos de regulação. Embora eventual, a atuação judiciária é importante para o controle da constitucionalidade e da legalidade das normas e decisões concretas tomadas no âmbito da regulação, impondo atenção aos órgãos de regulação quanto aos requisitos legais de sua própria atividade, sob pena de verem suas ações invalidadas. O Poder Judiciário pode atuar ratificando atos administrativos e normativos editados por agências reguladoras, mas também pode impedir o desrespeito ao princípio da supremacia do interesse público, evitando resultados indesejáveis para os setores regulados e para a sociedade, ou seja, pode funcionar como prevenção ou repressão à captura dos órgãos regulatórios por parte de grupos de interesses específicos e sub-reptícios.

Não se pode esquecer que dentre os diversos atores do cenário regulatório, há também os grupos organizados que trabalham em favor dos interesses públicos, funcionando como verdadeiros antídotos contra a atuação de grupos de interesses privatistas e contrários ao bem comum, pois agem como contrapeso, fiscalizando e complicando qualquer tipo de captura das agências reguladoras, tanto no campo administrativo quanto no parlamento (CROLEY, 2008, p. 134). A informação, a publicização e a argumentação técnica são as grandes armas dessas organizações defensoras de interesses coletivos e difusos, a exemplo das organizações protetoras de animais, dos idosos, das crianças, dos consumidores dentre muitas outras.

No que pesem todas as considerações otimistas da teoria processual administrativa da regulação, é importante ressaltar que tal teoria não pressupõe a inevitabilidade da regulação tendenciosa nem que haverá sempre equilíbrio entre interesses político-econômicos específicos e regulação favorável ao bem comum. A teoria, realisticamente, admite a ocorrência de favoritismos espúrios e falhas regulatórias, especialmente quando as condições conjunturais forem desfavoráveis à proteção dos interesses públicos, de sorte que o resultado final da atividade regulatória estatal tanto pode servir a interesses particulares e contrários ao bem comum – contemplando a teoria da *public choice* – como pode atuar em favor do interesse público – contemplando a teoria processual administrativa da regulação (CROLEY, 2008, p. 76).

7.2. A Regulação do tabaco nos Estados Unidos da América

A forma como os órgãos regulatórios produzem suas normas representa sua ferramenta primordial de atuação setorial (CROLEY, 2008, p. 102). A presunção de que o processo administrativo regulatório, previsto na teoria processual administrativa da regulação, pode resultar em regulação setorial voltada ao interesse público em detrimento de possíveis interesses de grupos econômicos precisa apresentar casos concretos que fundamentem tal presunção abstrata. Nesse cenário, ressalta-se o caso da regulação do tabaco nos Estados Unidos da América. A regulação do mercado tabagístico naquele País foi capitaneada por sua agência reguladora responsável, denominada “Food and Drug Administration – FDA”, cuja tradução literal resultaria em “Administração de Drogas e Alimentos”.

O caso em tela constitui exemplo em que o órgão regulatório buscou a defesa do bem comum e lutou contra grandes potências econômicas detentoras do controle do mercado milionário do tabaco, contrariando as expectativas da teoria da *Public Choice* e fortalecendo os pressupostos da teoria processual administrativa da regulação, embora não implique na inviabilidade de uma teoria em favor da aclamação absoluta da outra.

A saga relativa à regulação da indústria do tabaco nos Estados Unidos da América teve início em 1996, quando a *Food and Drug Administration* tomou a iniciativa de regular a distribuição, a propaganda, a venda e a publicidade dos cigarros e demais produtos do tabaco, sendo essa a mais ousada iniciativa daquele órgão regulatório até hoje, levando em conta o gigantesco alcance social e econômico de tal iniciativa (CROLEY, 2008, p. 180).

Embora já bem conhecidas as consequências negativas do tabagismo, convém trazer dados específicos relativos aos Estados Unidos da América, os quais indicam que cerca de 20% do total de mortes anuais naquele País decorrem dos uso do tabaco, resultando em número aproximado de 400.000 mortes por ano, o que coloca o tabagismo como *causa mortis* superior ao resultante do consumo de álcool, drogas ilícitas, acidentes de trânsito, mortes violentas e AIDS somados (CROLEY, 2008, p. 180).

A primeira tentativa relevante de regulamentar o tabaco nos Estados Unidos da América ocorreu em 1965 – emendada em 1969, quando a legislação tornou obrigatória a inclusão de avisos nos maços de cigarros informando a periculosidade do produto para a saúde humana. Depois dessa inovação legal, somente na década de 1980 houve nova tentativa de regulamentar o mercado do fumo, especialmente em virtude dos novos conhecimentos científicos que comprovaram os malefícios do fumo e resultaram em pesada litigância dos fumantes contra a indústria do tabaco. Em meados da década de 1990, baseando-se nas evidências científicas acerca dos malefícios do tabagismo e reagindo à grande incidência desse mal sobre a população mais jovem, a FDA propôs sua mais ambiciosa regulação acerca da matéria (CROLEY, 2008, p. 181-182).

A FDA assumiu para si a competência para regulamentar o mercado de tabaco nos Estados Unidos por ser o órgão cujo objeto de interesse mais se aproximava do mercado a ser regulado, entretanto, para que tal competência se justificasse, foi preciso conceber a nicotina contida no tabaco e seus derivados como uma espécie de droga, sendo o cigarro em si o meio hábil para introduzir a nicotina no corpo humano, ou seja, o cigarro seria o mecanismo de entrega da substância a ser absorvida pelo corpo humano para que pudesse atuar sistemicamente (CROLEY, 2008, p. 181).

A Agência justificou a proposição regulatória explicando que desejava diminuir o apelo publicitário sobre os jovens em especial, mas também sobre toda a população norte-americana. A norma proposta desejava reduzir o acesso ao produto por parte da juventude, proibiria a venda em retalhos, ou seja, só permitiria a venda do maço de cigarros fechado, além de proibir a indústria de produzir maços pequenos, com menos de vinte unidades de cigarros. No que se refere à publicidade e marketing do produto, proibiria a venda em máquinas e *displays* de autoatendimento, proibiria a entrega de amostras grátis, impondo diversas restrições à propaganda, inclusive com a vedação à produção e

distribuição de roupas, acessórios, canetas e brinquedos - dentre outros - com marcas de cigarros estampadas. A regulação proposta também proibiria o patrocínio de esportes e eventos esportivos que promovessem o tabaco, inclusive com a exigência de que fosse criado um fundo para financiar programa educacional nacional com vistas a reduzir o tabagismo dentre os jovens, fundo este que seria composto por recursos oriundos da indústria em tela (CROLEY, 2008, p. 182).

O processo administrativo percorrido pela FDA na elaboração da proposição normativa setorial se iniciou por meio da provocação feita por organizações não-governamentais de pesquisa e promoção da saúde humana, que combatiam o fumo, como a American Cancer Society e a American Heart Association (CROLEY, 2008, p. 182-183). A partir das provocações citadas, a FDA utilizou os dados científicos obtidos em pesquisas realizadas na época (1995) acerca dos padrões de consumo tabagístico dos adultos, dos jovens e das crianças, bem como dados relativos ao índice de dependência provocada pela nicotina do fumo, passando ainda pela análise da conduta da indústria do fumo junto ao mercado, observando suas práticas de produção, distribuição, marketing e vendas (CROLEY, 2008, p. 183).

Com vistas a fornecer números palpáveis indicativos dos custos-benefícios envolvidos na regulamentação do tabagismo nos Estados Unidos da América, a FDA elaborou estudos econômicos preliminares, que forneceram dados muito relevantes. O estudo, elaborado à época da proposição inicial da normatização do tabaco, indicou que a regulamentação do setor importaria à indústria do tabaco custos iniciais da ordem de 174 a 187 milhões de dólares e posteriores custos anuais da ordem de 149 a 185 milhões de dólares. A agência previu também o benefício econômico da ordem de 28 a 43 bilhões de dólares anualmente, relacionados à redução dos gastos com saúde ligados ao tabagismo¹ (CROLEY, 2008, p. 183).

Depois da publicação da proposta de normatização do setor, a FDA aceitou comentários da sociedade por um período que se estendeu de novembro de 1995 a fevereiro de 1996, o que gerou mais de 700 mil comentários escritos acerca da norma proposta, sendo a maior participação social já registrada pela agência. Esse processo administrativo de elaboração da normatização do tabaco teve também outro diferencial, além da magnitude da participação dos diversos setores da sociedade, que foi o fato de que a agência, por iniciativa própria e não

¹Note-se que a ordem de grandeza dos custos impostos à indústria frente à redução de custos com saúde é bem diferente, uma vez que a primeira está expressa em milhões de dólares, enquanto a segunda está expressa em bilhões de dólares.

obrigatória, aproveitou o ensejo para consultar a sociedade acerca da sua própria legitimidade para regulamentar a indústria do tabaco. Tal medida foi tomada em virtude da previsão de que a normatização proposta sofreria ataques e questionamentos de todas as ordens, especialmente por parte da indústria do fumo, portanto a decisão foi tomada por cautela a fim de confirmar a legitimidade administrativa da agência para regulamentar o mercado em tela (CROLEY, 2008, p. 184).

A normatização proposta pela FDA precisava ter legitimidade jurídica e apoio político para avançar. Sem apoio político o caminho para a regulamentação do setor seria infinitamente mais difícil, mas o precioso apoio político veio da Casa Branca por meio de uma solicitação direta à agência para que desse início à regulamentação normativa da indústria do fumo. Tal apoio não era requisito legal para que a FDA iniciasse sua proposta normativa, entretanto teve grande importância política favorável à iniciativa. Além do apoio da Casa Branca, muitas organizações da sociedade civil e muitos cidadãos individualmente apoiaram a iniciativa (CROLEY, 2008, p. 185).

A FDA, ao propor a regulação setorial em análise, sabia que enfrentaria grandes resistências por parte dos segmentos econômicos interessados na manutenção do *status quo*, bem como dos consumidores apegados ao produto. Os objetores da regulamentação proposta apresentaram milhares de páginas de documentos contendo argumentos contra a regulamentação restritiva do tabaco e apresentaram a estimativa de que teriam novos custos anuais de aproximadamente um bilhão de dólares em decorrência direta da normatização proposta, sem contar com os prejuízos decorrentes da diminuição do volume de vendas (CROLEY, 2008, p. 186).

Dentre aqueles que se opuseram fortemente à regulação proposta estava a Aliança Nacional dos Fumantes – “National Smokers Alliance”, bem como empresários do ramo midiático, distribuidores (supermercadistas e lojistas de conveniência) e organizadores de eventos esportivos motorizados dentre outros (CROLEY, 2008, p. 186). Dentre oponentes e apoiadores da normatização proposta, verificou-se que o número daqueles que tinham interesse econômico na permanência do mercado como estava e formalmente se expressaram - os objetores - era muito maior do que o número de apoiadores formalmente explícitos. A indústria de cigarros, por exemplo, sozinha submeteu um documento de comentários contrários às normas composto por mais de 200 mil páginas, sem computar mais 47 mil páginas de documentos em anexo (CROLEY, 2008, p. 186).

Nesse processo, em meados da década de 1990, a opinião pública contrária ao tabagismo foi assumindo papel cada vez mais relevante na condição de apoiadora da normatização proposta pela FDA, especialmente em decorrência dos estudos que revelaram o grande potencial de drogadição da nicotina, bem

como a manipulação da nicotina dos cigarros visando especialmente a faixa etária mais jovem do mercado consumidor (CROLEY, 2008, p. 189).

Somando-se às revelações científicas acerca dos malefícios do uso do tabaco, houve também a decadência das doutrinas jurídicas que até então haviam protegido a indústria do tabaco perante os tribunais do País. Doutrinas jurídicas como a da “assunção do risco” por parte de quem optava por fumar não mais foram aceitas como argumentos em favor da indústria e em desfavor dos consumidores que as processavam judicialmente, em especial a partir da revelação de que a indústria manipulava o teor de nicotina dos cigarros para torná-los ainda mais viciantes, sem informar tal mudança ao mercado consumidor (CROLEY, 2008, p. 189).

Ao final, a versão normativa obtida foi bem semelhante à proposta inicial da FDA, havendo algumas concessões em favor da indústria do tabaco, mas implicou em pesadas restrições ao setor. Todo o processo elaborativo das normas se baseou em estudos científicos e referenciados, que alcançaram mais de 190 mil páginas de material comprobatório e anexado ao processo, abordando dados e literatura relativos à saúde, medicina, sociologia e psicologia dentre outros, o que dificultou qualquer tentativa de objeção técnica por parte daqueles que eram contra a normatização setorial (CROLEY, 2008, p. 191).

Apesar de todo o respaldo técnico-científico e de toda a publicidade que garantiu legitimidade à elaboração normativa proposta pela FDA, isto não foi suficiente para persuadir os responsáveis pela indústria do tabaco e de toda a rede a ela interligada, de tal sorte que a batalha contra a regulação setorial continuou e os ataques à regulação proposta partiram de várias frentes. Imediatamente após a publicação da normatização setorial elaborada pela FDA, houve, por exemplo, movimentação parlamentar no Congresso com vistas a propor leis que viessem a nulificar a regulação da FDA ou questionar e afastar sua legitimidade para regulamentar o setor (CROLEY, 2008, p. 191).

No que pesem os ataques oriundos do Congresso norte-americano e de outras fontes, o grande inimigo da normatização elaborada pela FDA foi a litigância contrária junto ao Poder Judiciário, que, na verdade, já existia desde de o início de todo o processo administrativo de elaboração das normas, mas se revelou inimigo poderoso após a publicação final das normas regulatórias (CROLEY, 2008, p. 192).

O principal argumento jurídico contrário à regulação proposta girava em torno do questionamento acerca da legitimidade da FDA para normatizar o mercado do tabaco. A indústria alegava que a agência reguladora havia extrapolado suas competências estatutárias ao regulamentar o setor (CROLEY, 2008, p. 192). Depois de inúmeras batalhas judiciais nos tribunais norte-americanos, finalmente - em março de 2000 - veio a decisão final dada pela Suprema Corte do País, que considerou a FDA incompetente para regulamentar

o setor em análise. A decisão apertada, que teve quatro votos a favor da competência da FDA e cinco contra, anunciou o entendimento de que a competência estatutária da Food and Drug Administration – FDA não permitia sua atuação sobre cigarros e nicotina, ou seja, sobre a indústria do tabaco (CROLEY, 2008, p. 193).

Não obstante a negativa de competência da FDA, a Suprema Corte do País reconheceu a importância da iniciativa da agência ao afirmar que a normatização proposta tinha como foco o combate ao maior inimigo da saúde pública do País. Com essa decisão da Suprema Corte essa iniciativa regulatória da FDA sobre o tabaco chegou ao fim (CROLEY, 2008, p. 194).

Embora a regulamentação da indústria do tabaco nos Estados Unidos da América proposta pela FDA, e aqui analisada, tenha sido barrada nos tribunais, o esforço técnico-normativo efetuado por aquele órgão regulatório não foi em vão, pois chamou a atenção da nação para a importância do assunto e abriu caminho para regulações futuras, empurrando a própria indústria à autorregulação, por força impositiva das pressões da opinião pública. O longo processo de formulação normativa também serviu de subsídio para ações judiciais individuais contra as empresas produtoras de cigarros, modificando a visão do Poder Judiciário acerca deste ramo industrial, uma vez que forneceu dados técnicos de vanguarda sobre os malefícios do fumo para o indivíduo e para a sociedade (CROLEY, 2008, p. 194).

A grandeza do esforço realizado pela FDA levou muitos estados norte-americanos, bem como o Governo Federal, a buscar acordos bilionários com as indústrias do tabaco no sentido compensá-los pelos custos e prejuízos sociais decorrentes dessa atividade industrial e comercial (CROLEY, 2008, p. 194). Pode-se dizer que a iniciativa da FDA efetivamente quebrou e renovou os paradigmas vigentes àquela época no que se refere ao mercado do tabaco nos Estados Unidos da América. A Food and Drug Administration, embora judicialmente barrada no caso ora analisado, não parou de atuar sobre o mercado do tabaco nos Estados Unidos e muitas outras normas foram produzidas por aquele órgão, que permanece atuando fortemente sobre o mercado do tabaco nos Estados Unidos da América.

8. Conclusões

O tabagismo é uma prática individual com efeitos coletivos, legitimada por lei e socialmente aceita. As consequências deletérias à saúde individual são amplamente conhecidas e comprovadas pela ciência. É comprovado que o tabagismo tem repercussões negativas que extravasam o limite do indivíduo que fuma e transforma todos aqueles que estão ao seu redor em fumantes passivos

involuntários e submetidos a riscos semelhantes àqueles enfrentados pelos fumantes ativos.

O meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, bem como a economia e a sociedade sofrem por conta dessa atividade nociva. Frente à importância da regulação do tabagismo, exsurge a imperiosa necessidade de analisar quais são os parâmetros utilizados para isso, com vistas a identificar que valores são preponderantes no que concerne à elaboração das normas regulatórias do mercado do tabaco. Importa, nesse contexto, apurar a predominância do interesse público ou do interesse econômico privatista como forma de compreensão do fenômeno regulatório atuante sobre esse segmento de mercado, identificando e elucidando as teorias regulatórias aplicáveis.

O Direito é um sistema aberto de princípios e regras, no qual os Princípios são normas amplas, abstratas e abertas, que atuam de forma dinâmica, investidos de conteúdo moral e destinados à realização da justiça social atuando como fundamentos que justificam as regras jurídicas, enquanto estas conduzem a análises jurídicas limitadas, unilaterais e insuficientes para a realização da justiça social (CAMILO DE OLIVERIA; SILVA NICÁCIO, p. 73).

O Poder Legislativo é a porta de entrada dos argumentos éticos e pragmáticos caracterizadores das políticas públicas e que serão incorporados aos discursos judiciais, sempre temperados pelo papel mediano exercido pelos direitos fundamentais vigentes no ordenamento jurídico (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, p. 58), mas a produção normativa regulatória setorial tem como grande agente indispensável as agências regulatórias e os demais órgãos de regulação.

De tudo que foi brevemente exposto até o momento, pode-se verificar que existe incongruência entre aquilo que a Constituição de 1988 e a legislação infraconstitucional estabelecem quanto à proteção do consumidor e da coletividade e aquilo que efetivamente se concretiza no mundo fático, no que tange à efetividade dessa proteção.

No que se refere à proteção do consumidor frente à indústria do tabaco, o ordenamento jurídico pátrio é rico do ponto de vista formal e pobre do ponto de vista real, efetivo e concreto, constituindo verdadeiro paradoxo. Isso se deve a diversos fatores relevantes, destacando-se, dentre eles, o poder econômico daquela indústria que se utiliza da sua potência para sobrepor-se aos designios do legislador em favor da real proteção do consumidor e da sociedade. Aliando o seu poder econômico à vulnerabilidade do consumidor diante do elevado potencial viciante dos seus produtos, pode-se chegar a essa conclusão.

A indústria do tabaco é um segmento econômico que consegue esquivar-se da efetiva atuação estatal, mantendo-se altamente lucrativo ao mesmo passo em que socializa os grandes prejuízos que impõe ao consumidor final, ao fumante passivo, ao meio ambiente, ao sistema de atenção à saúde, à economia e

ao Estado nacional. O mercado deve ser entendido como uma construção econômica e legal e não como algo destacado da sociedade como se fosse um ente intocável e dotado de vida própria, portanto deve ser analisado do ponto de vista da sua atuação, submetendo-se aos controles e correções necessários para o cumprimento da sua função social em respeito ao bem comum.

Apesar dos mecanismos e princípios de autorregulação serem importantes para regulamentar interesses privados, eles não incorporam nem representam o conjunto de valores democráticos, os quais precisam ser protegidos por normas de direito público. O Direito Regulatório emerge predominantemente de contextos regulados pelo Direito Administrativo, mas sob um olhar mais profundo identifica-se com assuntos que são verdadeiramente afetos ao Direito Constitucional e à estrutura democrática (FEINTUCK, 2010. p. 57).

A predominância dos valores de mercado e do liberalismo e individualismo no discurso político, juntamente com a busca crescente da satisfação individualista, representam ameaça de destruição de valores não-mercadoológicos da vida social, dos quais dependem a solidariedade e a democracia ativa.

O sistema legal é hábil em reconhecer e defender interesses individuais ligados ao direito de propriedade, mas falha no reconhecimento de valores não-econômicos, ou seja, protege a faceta econômica das pessoas enquanto consumidoras, mas não tem a mesma eficácia para proteger a faceta das pessoas enquanto cidadãos. Somente com a criação e incorporação de mecanismos e princípios que defendam não somente interesses individuais, mas também das coletividades, é que o sistema legal poderá realmente proteger valores nos quais se assenta a democracia.

Qualquer atuação governamental regulatória precisa ser legitimada por uma base teórica consistente e fundada em princípios claros, sob pena de que o conceito de “interesse público” continue vago e desacreditado. Se as visões democráticas acerca do “interesse público” forem exploradas com base na cidadania, sua legitimidade pode ser reafirmada e poderá ainda ter importância crucial na defesa de valores fundamentais que vão além daquilo que é puramente econômico (FEINTUCK, 2010. p. 59).

Levando-se em conta todo o discurso teórico jurídico-filosófico acima analisado, exsurge a sensação de que o melhor caminho para a mitigação dos prejuízos individuais e coletivos oriundos do tabagismo não seria a extinção da respectiva indústria nem a proibição total do uso de tais produtos, mas sim a análise contínua de todo o contexto envolvido com o fito de demonstrar, por meio da apresentação de dados concretos – em constante atualização – e da análise jurídica e multidisciplinar da questão, que se afigura como algo

insustentável a continuidade da atuação ainda pungente dessa indústria, apesar de toda a comprovação dos prejuízos sociais dela advindos.

Ao invés de se propor a extinção da atividade em questão, o que se vislumbra no horizonte é a necessidade da sua exaustiva regulamentação, ao ponto de diminuir a sua atuação a algo semelhante a um nicho empresarial reduzido à produção artesanal para a satisfação de uma pequena parcela da população que deseje consumir os produtos fumígenos em detrimento de sua própria saúde, mas sem as consequências coletivas atualmente verificadas. Neste caminho a ser trilhado, faz-se necessário o estudo, o aprofundamento das teorias da regulação já existentes, bem como o desenvolvimento de novos fundamentos regulatórios que venham a afastar as fragilidades de ordem teórica e prática que pairam sobre o atual estado da técnica jurídica regulatória.

8. Referências Bibliográficas

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO – ACT. **A História do Tabaco**. Disponível em: <<http://www.actbr.org.br/tabagismo/historico>> Acesso em: 10 abril 2014.

_____. **Fumo Passivo**. Disponível em: <<http://actbr.org.br/tabagismo/fumo-passivo.asp>> Acesso em: 10 abril 2014.

AMERICAN CANCER SOCIETY. **Tobacco Atlas**. 3. ed. Washington (DC): American Cancer Society; 2009.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 3. ed. London: Laccademia Publishing, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n.10406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Informativo nº 50**. Não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 5 mar. 2014.

CAMILO DE OLIVEIRA, Renata; SILVA NICÁCIO, Camila. **Os paradigmas da interpretação do direito na modernidade**. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/view/119>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (In)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Virtú. Revista virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional. Núm. 1, Março 2007. Disponível em: <http://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/virtu-filosofia-juridica-teoria-constitucional-4587/issue_nbr/%231>. Acesso em: 11/10/2015.

_____. **Racionalização do ordenamento jurídico e democracia**. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 88, Dezembro de 2003.

_____. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: UnB, 1998.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1977.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- CROLEY, S. P. **Regulation and Public Interest**. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: parte geral**. 6. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ELIAS, Vivian Carrer. **Número de fumantes cai 20% em seis anos no Brasil**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/tabagismo-cai-20-em-seis-anos-no-brasil>> Acesso em: 05 abril 2014.
- FEINTUCK, Mike. **Regulation rationales beyond the economic: In Search of Public Interest**. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martins (org.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER- IARC. **Preamble**. Disponível em: <<http://monographs.iarc.fr/ENG/Preamble/CurrentPreamble.pdf>> Acessado em: 05 abril 2014.
- ISTO É – DINHEIRO. **O segredo da Souza Cruz**. Disponível em: <<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20130413/segredo-souza-cruz/1253.shtml>> Acesso em: 5 abril 2014.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- PINTO; PICHON-RIVIERE. **Carga das doenças tabaco-relacionadas para o Brasil**. Disponível em: http://actbr.org.br/uploads/conteudo/721_Relatorio_Carga_do_tabagismo_Brasil.pdf> Acesso em: 2 abril 2014.
- SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. São Paulo: Método, 2013.

UNIVERSO ON LINE – UOL. **O tabagismo mata um milhão de pessoas no continente americano por ano, alerta relatório da OMS.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/onu-unic-rio/2014/02/18/tabagismo-mata-um-milhao-de-pessoas-no-contidente-americano-por-ano-alerta-relatorio-da-oms.htm>> Acesso em: 12 abril 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.