



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* DIREITO
CONSTITUCIONAL**

ANA LUIZA FLECK SAIBRO

**INTERESSES EM JOGO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA:
O JUÍZO DE PONDERAÇÃO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE
PUBLICIDADE COMERCIAL E PROTEÇÃO À SAÚDE**

Brasília – DF

2010

ANA LUIZA FLECK SAIBRO

**INTERESSES EM JOGO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA:
O JUÍZO DA PONDERAÇÃO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO
ENTRE PUBLICIDADE COMERCIAL E PROTEÇÃO À SAÚDE**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial para obtenção do título no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Brasília – DF

2010

ANA LUIZA FLECK SAIBRO

**INTERESSES EM JOGO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA:
O JUÍZO DA PONDERAÇÃO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO
ENTRE PUBLICIDADE COMERCIAL E PROTEÇÃO À SAÚDE**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial para obtenção do título no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção_____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Brasília – DF

2010

DEDICO ESTE TRABALHO À RAQUEL, POR TUDO.

AGRADECIMENTOS

Minha homenagem a dois amigos especiais, colegas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, pela contribuição fundamental à elaboração deste trabalho. Ao Arlindo Fernandes de Oliveira, por me iniciar nos meandros do Direito. Ao Luiz Carlos Pelizari Romero, por sua dedicação incansável à concretização do direito fundamental à saúde.

Nas pessoas dos Professores Paulo Gustavo Gonet Branco e Júlia Ximenes, agradeço ao corpo docente e aos funcionários do Instituto Brasiliense de Direito Público –IDP.

Ao Senado Federal/Interlegis, meu reconhecimento pela oportunidade de frequentar o Curso de Especialização em Direito Constitucional.

A idéia de justiça está indelevelmente ligada à busca de equilíbrio. O balanço de interesses conflitantes a que o Direito é chamado a compor captura o esforço último do jurista. Como conciliar pretensões entrechocantes? A quem privilegiar em situações de atritos inconciliáveis? Como impor solução que amenize os riscos de disputas perenes?

.....
A deusa da justiça, para ser imparcial, está de olhos vendados, mas, para julgar, não pode dispensar o recurso aos sentidos e às impressões subjetivas. A balança da justiça haverá de pender para o prato em que se somarem as considerações de maior peso, mas é o julgador quem as seleciona, ao distinguir o que lhe parece relevante para a configuração do caso.

Paulo Gustavo Gonet Branc

RESUMO

O presente trabalho trata do conflito entre dois valores constitucionais: o direito à saúde e o livre exercício da atividade publicitária. A instituição de limites para a publicidade de produtos como o tabaco, o álcool, os medicamentos, os agrotóxicos e as terapias tem sido objeto de polêmica. Alega-se que a “liberdade de expressão comercial” equipara-se à “liberdade de expressão” consagrada pela Constituição Federal e, portanto, tem *status* de direito fundamental. Assim considerada, a publicidade não admitiria intervenções do Poder Público em nome da proteção do direito à saúde. Nesse espaço questiona-se tal posicionamento, buscando demonstrar que a publicidade é sub-princípio da livre iniciativa econômica e, nessa condição, está sujeita a restrições determinadas pela própria Carta Magna. Com base nessas premissas, aplica-se ao conflito constitucional em tela a técnica da ponderação de interesses e verifica-se sua adequação no caso concreto examinado. Ao final, propõe-se nova leitura do § 4º do art. 220 da Lei Fundamental, de modo a evidenciar que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à saúde.

ABSTRACT

The present work deals with the conflict between two constitutional values: the right to health and the right to free practice of advertising activities. The imposition of limits on the advertising of products such as tobacco, alcohol, medicine, pesticides, and therapeutics is polemic. It is alleged that the right to commercial speech is equivalent to the right of free expression, and has to be recognized as a fundamental right. In this way, advertising could not be regulated by the Public Power, even in the name of public health protection. In this work, this position is discussed, trying to demonstrate that advertising is, in fact, a sub-principle of free economic enterprise and, as such, is subjected to limits established by the Constitution itself. Based on these assumptions, the balancing of interests technique is applied to this conflict aiming to verify its adequacy to the concrete case. At the end, a new reading of § 4º of article 220 of the Constitution is proposed, so as to demonstrate that Estate intervention is permitted whenever public health values are at stake.

SUMÁRIO

Introdução	09
1. O âmbito de proteção dos bens em conflito na ordem jurídico-constitucional vigente	13
1.1 O direito à saúde	13
1.2 O direito à expressão publicitária	17
2. Eficácia e efetividade dos direitos contrapostos	23
2.1 A realização do direito à saúde	23
2.2 Publicidade: restrições constitucionais	26
3. O princípio da ponderação na solução do conflito entre a proteção à saúde publicidade comercial	31
3.1 A identificação do conflito principio lógico	31
3.2 Interesses em jogo na constituição federal: parâmetros para a aplicação de um juízo de ponderação	35
3.3 O conflito entre o direito à saúde e a atividade publicitária	39
4. Conclusão	52
5. Bibliografia	55
5.1 Referências bibliográficas	55
5.2 Referências documentais	59

INTRODUÇÃO

A instituição de limites para a publicidade de produtos como o tabaco, o álcool, os medicamentos, os agrotóxicos e as terapias tem sido objeto de polêmica em razão do entendimento de que a Constituição consagra ilimitada liberdade aos meios de comunicação, quando determina, no art. 220, que “*a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*”.

Esse elevado grau de liberdade parece confirmar-se quando cotejado com o § 1º do referido artigo, segundo o qual “*nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XII e XIV*”. A mesma linha de interpretação se complementa com o mandamento do § 2º, que veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Conforme entendemos, é preciso, todavia, fazer uma leitura mais abrangente do texto constitucional.

No campo da atividade publicitária, parece evidente que a intenção do legislador, ao redigir o art. 220 da Constituição, não foi a de assegurar ampla “liberdade de expressão comercial”.

Essa interpretação menos restrita do texto constitucional encontra respaldo exatamente no § 4º do art. 220 da Constituição, onde se determina a imposição de restrições à publicidade do tabaco, das bebidas alcoólicas, dos agrotóxicos, dos medicamentos e das terapias.

Nesse particular, a alusão da Carta Magna a “restrições”, leva-nos ao entendimento de que não é permitido ao legislador instituir proibição total ou vedação da publicidade dos produtos mencionados. No entanto, de maneira análoga ao que ocorreu no caso da ampliação, ao longo do tempo, das limitações à publicidade de produtos fumíferos, como decorrência da tomada de consciência crescente quanto aos malefícios do tabaco, defendemos o posicionamento de que, se compete ao Estado garantir a liberdade de expressão, compete-lhe, igualmente, estabelecer restrições à publicidade de produtos sempre que considerar necessário proteger o cidadão acerca de seus possíveis malefícios para a saúde.

Não se trata de posicionamento pacífico, é verdade. A questão nos remete ao conflito entre valores constitucionais: de um lado, o direito à saúde, de outro, o livre exercício da atividade publicitária. A pluralidade que caracteriza a sociedade brasileira reflete-se na sua Lei Fundamental. Esta contém princípios e valores muito distintos que, não raro, entram em conflito. Por isso mesmo, torna-se necessário o desenvolvimento de critérios adequados para a solução dessas antinomias.

Impõe-se ao intérprete do Direito, nesse contexto, mover-se entre esses dois interesses. O presente trabalho pretende examinar em que medida a chamada técnica da ponderação mostra-se adequada para a solução desse conflito.

Os métodos tradicionais para equacionamento de antinomias entre princípios ou entre direitos constitucionalmente positivados têm se mostrado ineficazes. Conquanto não se possa cogitar de desfiguramento de seu significado ou subversão de sua essência, é certo que a interpretação da abrangência e dimensão desses direitos não pode ser feita de maneira distante da realidade mutável. De fato, a nova hermenêutica constitucional fornece novos elementos nesse caminho.

De fato, segundo BRANCO (2008, p. 140),

[...] o recurso à ponderação seria benigno para o próprio Estado de Direito, na medida em que a ação dos poderes públicos se vê conclamada a refinar-se em grau de racionalidade – e isso como requisito para a sua validade, que não mais se confunde com a mera origem da lei no Parlamento. O consenso informado e discutido institui um novo grau de aferição de legitimidade de ações públicas.

No desenvolvimento do trabalho, adentraremos os campos dos direitos à livre iniciativa e de defesa do consumidor, constitucionalmente consagrados nos arts. 196 e 170, inciso V, respectivamente, embora não constituam o objeto precípua de nosso trabalho. O exame desses novos conceitos surgidos com a Constituição de 1988 será empreendida de maneira tangencial, já que constituem normas incidentes na análise da questão.

Fundamentalmente, procuraremos deixar demonstrado que o legislador está autorizado a exigir, no exercício de sua função de garantidor do direito à saúde, que as peças publicitárias informem o cidadão sobre produtos potencialmente nocivos a sua saúde ou, no limite, sofram restrições na sua veiculação. Também buscaremos afastar as alegações de que tal prática constituiria censura a uma suposta “liberdade de expressão comercial”, mas, antes, um legítimo dever do Estado para com a saúde do cidadão.

Nesse mister, teremos a preocupação de contribuir com uma reflexão teórica à resolução do problema. Com efeito, propomos nova leitura dos dispositivos constitucionais que tratam da publicidade de produtos nocivos à saúde.

Em uma linha dogmática-instrumental, procederemos:

- (i) ao *levantamento* sobre a existência de precedentes judiciais (jurisprudência), legislação (ou projetos de lei) e de doutrina;
- (ii) à *revisão bibliográfica*, ou seja, a utilização da doutrina levantada como fonte de idéias para o trabalho de investigação; e
- (iii) à *análise documental*, por meio do exame de jurisprudência e de legislação acerca da temática.

Por fim, impõe-se, nessa quadra, destacar que adotaremos no presente trabalho a distinção proposta por CARVALHO (1999, p. 68) para as expressões *propaganda comercial e publicidade* :

A publicidade tem por fim o negócio, a compra e venda de bens e produtos e a prestação de serviços, etc., enquanto a propaganda é simplesmente a propagação de idéias não comerciais, ou seja, idéias religiosas, políticas, filosóficas, etc. A distinção, portanto, é que a publicidade visa ao lucro, ao interesse comercial, enquanto a propaganda não.

Embora utilizadas indistintamente nos arts. 220 e 37 da Constituição Federal, para referir-se à mensagem publicitária, não nos parece ter havido, por parte do Constituinte de 1988, a intenção ou a preocupação deliberada de referir-se a mensagens distintas, mas apenas falta de preocupação técnica ou de sistematização.

1. O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS BENS EM CONFLITO NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL VIGENTE

1.1 O Direito à Saúde

A saúde ocupa condição de direito e de dever fundamental positivado na ordem jurídico-constitucional brasileira. A Carta Magna de 1988, em sintonia com a evolução constitucional contemporânea e com o direito internacional, não só consagrou a saúde como bem jurídico digno de tutela, mas outorgou-lhe proteção jurídica diferenciada no âmbito de nossa Lei Fundamental.

Desse entendimento decorre a dupla fundamentalidade formal e material de que se reveste a saúde em nossa ordem constitucional, característica, aliás, que se estende aos demais direitos e garantias fundamentais. Na lição de SARLET (2002, p. 3),

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos fundamentais) e materiais (as assim denominadas “cláusulas pétreas”) da revisão constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

A fundamentalidade em sentido material, segundo o jurista, define-se pela relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, ou seja, pela inquestionável importância da saúde para uma vida digna.

É importante notar que, para além de sua condição de direito fundamental, a saúde é também dever do Estado, nos termos do que reza o art. 196 da Carta Magna, e gera, por isso mesmo, um correspondente dever de respeito, de proteção e de promoção.

Cabe salientar, também, que o direito à saúde pode ser entendido como direito social ou direito de segunda geração, ou seja, integrante de um segundo momento histórico do tratamento dos direitos fundamentais, que se seguiu ao primado das liberdades (direitos de primeira geração). Conforme BONAVIDES (2006, p. 563), os direitos de segunda geração configuram-se “direitos abraçados ao princípio da igualdade [em sentido material], do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara.” Por isso mesmo, exigem uma atuação do Estado com o objetivo de promover uma igualdade fática.

Com efeito, a Carta de 1988, em seu art. 6º, declara expressamente a saúde como um direito social, ao lado de outros direitos de mesma envergadura, como a educação, o trabalho, a moradia, a segurança, entre outros.

Para os direitos sociais à saúde e à educação, a Constituição chega inclusive a disciplinar uma dotação orçamentária específica, adicionando a possibilidade de intervenção federal nos Estados em que não houver a observância da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, e).

Da dicção dos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, portanto, é possível inferir a vinculação dos órgãos estatais na promoção, proteção e

efetivação do direito à saúde. Deve, assim, o Estado intervir na dinâmica social para sua plena realização. Tal atuação, convém ressaltar, pode ser resultante de uma ação legislativa (elaboração de leis que visem à proteção da saúde), executiva (formulação de políticas públicas) ou judicial (no caso de exercício de jurisdição por parte de um cidadão).

Observe-se, ademais, que, por suas características, o direito à saúde adquire contornos de direito subjetivo público, na medida em que permite a interposição de demandas judiciais para exigir do Estado ou de terceiros, a adoção ou a abstenção de medidas em favor da saúde (AITH, 2006).

Cite-se, a esse respeito, a manifestação do Ministro Celso de Mello em julgamento do RE-AgR n. 271.286 /RS, v. u., j. 12.9.2000, DJ 24.11.2000,

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) (...) O direito à saúde — além de qualificar-se como um direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

O Constituinte de 1988, ademais, reconheceu as ações e os serviços de saúde como de relevância pública, conforme estabelece o art. 197 da Carta Magna, conferindo-lhes preponderância no sistema jurídico brasileiro. O Estado, no desempenho de seu dever como garantidor do direito à saúde, procedeu, então, à elaboração de estruturas e mecanismos necessários a sua promoção e proteção. Assentou-se, por consequência, o arcabouço jurídico e organizacional do setor, com a finalidade de dar cumprimento aos mandamentos constitucionais, mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário a esses serviços.

Ressalte-se, por fim, que o Estado utiliza-se da iniciativa privada para ampliar e complementar sua atuação em benefício da saúde da população (art. 199, § 1º). A Constituição Federal reconhece ter a iniciativa privada a liberdade de desenvolver ações e serviços privados de saúde, nos termos em que especifica. A atuação da iniciativa privada na área da saúde pode ser *suplementar*, quando desenvolvida exclusivamente na esfera privada, sem que suas ações guardem relação com o Sistema Único de Saúde (SUS), ou *complementar*, quando desenvolvida nos termos do art. 199 da Constituição Federal, que prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS.

Convém registrar, ainda que de maneira incidental, que a elevação do direito à saúde ao patamar constitucional, bem como a profusão normativa focada na proteção desse direito fundamental, fez surgir, no Brasil, um novo ramo jurídico, o Direito Sanitário. Conquanto ainda incipiente entre nós, a necessidade de dar maior unidade e coerência ao conjunto normativo que regula o setor, e que, portanto, dá concretude à fundamentalidade do direito à saúde no contexto brasileiro, vem consolidando um ramo específico no âmbito do Direito.

1.2 O Direito à Expressão Publicitária

O plexo normativo constitucional confere especial amparo ao conceito da liberdade de expressão. Como resultado do espírito democratizador da época de sua elaboração e reação à prática da censura dos anos da ditadura, nossa Lei Fundamental mostrou-se pródiga nas declarações de proteção a esse valor essencialmente democrático, especialmente em seu art. 5º. Nele se inserem:

- a livre manifestação do pensamento (inciso IV);
- a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX);
- a segurança, a todos, do acesso à informação (inciso XIV);
- o direito de todos a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (inciso XXXIII).

Mais adiante, ao regular especificamente a comunicação social, a Constituição reafirma essas liberdades, e no art. 220, estabelece que:

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

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Observe-se que o Texto Constitucional adota, para afirmação de tais direitos, os termos “liberdade de expressão”, “manifestação do pensamento”, “expressão da atividade intelectual”, “direito à informação”. Para os fins do presente trabalho, será utilizada a noção de “liberdade de expressão” como gênero, vale dizer, aquela que engloba a liberdade de expressão dos pensamentos, idéias, opiniões, sensações e sentimentos, bem como suas mais variadas formas de exteriorização, mediante a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do correspondente direito a receber tais “expressões”. Empréstase tal definição de MEYER-PFLUG (2009, p. 35).

De qualquer sorte, é importante mencionar que a proteção à liberdade de expressão envolve, ao mesmo tempo, uma dimensão negativa e outra positiva. Em sua acepção negativa, o Estado não impõe restrições ao exercício de atividades que signifiquem meios de expressão do indivíduo. O Estado não censura obras literárias, peças teatrais ou quaisquer manifestações culturais e populares, assegurando o direito de cada indivíduo pensar e expressar-se de forma autônoma (MEYER-PFLUG, 2009, p. 74).

Note-se, nesse contexto, que a Carta Magna protege a liberdade de expressão tanto de violações por parte do Estado, quanto de abusos cometidos por particulares, especialmente daqueles que detém os meios de comunicação ou de divulgação de idéias, pensamentos e informações. Com efeito, no pensamento jurídico contemporâneo poucos são os publicistas que restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre indivíduos e o Estado, em uma “relação vertical”. O problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do “se” os direitos produzem efeitos nessas relações, mas de “como” esses efeitos são produzidos.

Lida-se, aqui, com o conceito da “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, deixando para outro espaço, por razões de limitação temática, a discussão doutrinária germânica, em torno da vinculação mediata e imediata dos particulares aos direitos fundamentais. Convém esclarecer, igualmente,

que não se irá explorar, nesse espaço, a eficácia *inter privatos* dos direitos fundamentais, por não se inserir no âmbito deste trabalho.

Derivada da aceitação da incidência dos direitos fundamentais entre particulares, surge a teoria do dever de proteção, vale dizer, o Estado não tem apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas tem o dever de fazer com que outros cidadãos os respeitem (PEREIRA, 2008).

Dessa maneira, em seu aspecto positivo, a proteção à liberdade de expressão exige uma atuação do ente estatal, isto é, não basta que o Estado se exima de interpor limites ao exercício de tais atividades. É necessário, igualmente, que sejam propiciadas as condições para o seu pleno desenvolvimento, de modo a possibilitar a participação do homem na construção política, social, econômica e cultural da sociedade (FERRAZ Jr, 2000).

Portanto, em que pese seu indiscutível valor como pedra angular do Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão está sujeita a restrições, a bem da preservação de outros valores constitucionalmente garantidos. O próprio texto constitucional traz restrições explícitas a seu exercício, como a vedação do anonimato (art. 5º, XV), a proteção à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), além de assegurar o direito de resposta em caso do abuso no direito de expressão (art. 5º, V).

Nos casos citados, ao proteger a liberdade de expressão, a Constituição Federal não retira daqueles porventura lesados o direito de buscarem sua reparação perante o Poder Judiciário. Tais condicionamentos específicos não importam, portanto, em vedação ou suspensão do direito de pensar e comunicar o pensamento e, ao mesmo tempo, não ferem a essência de cada princípio.

Examinado o âmbito de proteção conferido ao direito de expressão no ordenamento brasileiro, impõe-se chamar a atenção para o fato de que a Constituição Federal não tutela explicitamente um direito à “livre expressão comercial”. A defesa dessa “liberdade” se fundamenta em sua pretensa equiparação com os direitos da livre manifestação do pensamento, da liberdade de expressão e de informação, nos termos tutelados pela Carta Magna.

A sustentação ou não dessa tese demanda, em primeiro lugar, o exame da natureza da atividade publicitária e a proteção a ela conferida pela Constituição de 1988.

As muitas definições existentes para “publicidade”, por exemplo, BENJAMIN (2007), AMARAL (1993), MARQUES (1998), convergem em um ponto: a mensagem publicitária tem como objeto a promoção de um produto como estímulo a seu consumo. E, se visa ao lucro, insere-se nas atividades de cunho econômico previstas no nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Nesse contexto, a atividade publicitária, ou, o direito de “fazer publicidade”, constitui sub-princípio da iniciativa econômica, ou, em outras palavras, um direito dele derivado. Alguns autores, como CASADO (1999, p. 69), chegam, por isso mesmo, a considerar que a obra publicitária devesse estar referida no art. 170 da Constituição Federal.

[...] este princípio da liberdade da publicidade nos parece mais enraizado no disposto do art. 170, parágrafo único, visto que a publicidade nada mais é que um meio altamente eficiente da comercialização de um produto, fruto de uma iniciativa econômica. A liberdade da publicidade decorre da liberdade da iniciativa econômica, diretamente. A liberdade de criação e informação, descritas no art. 220 da Constituição Federal, são um meio de realização do objetivo maior da livre iniciativa: o lucro.

Também BENJAMIN (2007, p. 25) confere à atividade publicitária *status* empresarial:

Goza de ampla aceitação a tese de que, exceto em certos setores bem delimitados, a questão deixa de ser a de supressão pura e simples da publicidade e passa a ser a da sua contenção ou controle de seus abusos, fazendo-a cumprir a sua função social. Controla-se, então, a publicidade, porque se controla a empresa.

Entendida, portanto, como expressão da atividade econômica, a publicidade não se confunde com a expressão do pensamento ou com a transmissão de informações. ALPA (1996, p. 69-70), por exemplo, adverte que a mensagem publicitária “sozinha, não pode considerar-se manifestação de uma opinião ou de pensamento, pois não possui conteúdo informativo, e sim, um ‘momento dell’attività economica produttiva dell’impresa. CASADO (1999, p. 69) afirma que “o fornecedor, ao encomendar uma campanha publicitária, pensa nela como o meio de vender o seu produto e não como um simples veículo de informação”.

Divergem desse entendimento autores que classificam a publicidade como concreção do princípio da liberdade de expressão, entre outros, FERRAZ Jr (2000), BARROSO (2001), ÁVILA (2008). O presente trabalho não se alinha a esse posicionamento, no entanto.

As razões expostas acima nos parecem suficientes para concluir que a questão da liberdade de expressão é elemento acidental no processo mensagem publicitária-consumidor (CASADO, 2000), podendo estar ligada, tão-somente, à liberdade artística do publicitário, condicionada aos ditames previstos no Código de Defesa do Consumidor. Assim entendem NUNES Jr e TRETTEL (2008, p. 278):

Qualquer elemento de liberdade de expressão que se pretenda destacar nas publicidades comerciais é suprimido pela finalidade máxima desse mecanismo de difusão de produtos e serviços: estimular o consumidor ao ato de compra.

Por consequência, pode-se afastar a noção de que a mensagem publicitária constitui veículo garantidor de cumprimento do direito fundamental à liberdade de expressão, consagrado na Constituição Federal. A atividade publicitária configura sub-princípio da livre iniciativa, protegida pelos dispositivos constitucionais pertinentes e sujeita a limites exarados pelo Poder Público em sua função de regulador das atividades econômicas.

2. EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS CONTRAPOSTOS

2.1 A Realização do Direito à Saúde

Caracterizada a fundamentalidade do direito à saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira, impõe-se examinar as dimensões e, em decorrência, as possibilidades de sua concretização ou de sua realização.

Segundo MENDES (2002), na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa (Abwehrrechte)*, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público. Nessa dimensão, há uma *competência negativa do Poder Público (negative Kompetenzbestimmung)*, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Essa concepção tem como objetivo, sobretudo, a limitação do poder estatal, de modo a assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade.

Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*), quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*).

Ainda de acordo com MENDES (2002, p. 3),

Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma:

- (1) pretensão de abstenção (*Unterlassungsanspruch*);
- (2) pretensão de revogação (*Aufhebungsanspruch*), ou, ainda, em uma
- (3) pretensão de anulação (*Beseitigungsanspruch*).

Os direitos de defesa ou de liberdade legitimam ainda duas outras pretensões adicionais:

- (4) pretensão de consideração (*Berücksichtigungsanspruch*), que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações; e
- (5) pretensão de defesa ou de proteção (*Schutzanspruch*), que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros.

De outra parte, é lícito afirmar que a dimensão *negativa* dos direitos fundamentais, ou seja, a sua garantia enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas desses direitos, não se afigura suficiente para assegurar o seu pleno exercício ou eficácia. Tal como observa KREBS, citado por MENDES (2002, p. 19), não se trata apenas de *ter liberdade em relação ao Estado (Freiheit vom...)*, mas de *desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (Freiheit durch...)*.

Pode-se extrair dessa afirmativa o dever do Estado de criar os pressupostos, fáticos e normativos, que possibilitem o exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados. E, por consequência, a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a essas prestações.

Considera-se importante, ainda, trazer à discussão, posicionamento assentado na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, que parece resumir os limites impostos ao Estado nessa função. Nesse mister, a atuação do Estado transitaria entre a proibição do excesso (*Überrmassverbot*) e a proibição de omissão (*Unterrmassverbot*), conforme expressões de CANARIS (1989 apud MENDES, 2002). O dever de proteção obedeceria à seguinte classificação proposta por MENDES (2002, p. 11):

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

a) Dever de proibição (Verbotspflicht), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;

(b) Dever de segurança (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;

(c) Dever de evitar riscos (Risikopflicht), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Antes de examinar de que modo as normas constitucionais que versam sobre saúde podem alcançar eficácia, convém salientar que a Constituição Federal previu, expressamente, em seu art. 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que se constitui em uma espécie de mandato de otimização aos órgãos estatais (SARLET, 2002).

Vejamos, nesse passo, as possibilidades de realização do direito à saúde. Em sua dimensão *negativa*, a saúde encontra-se protegida contra agressões de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas. Assim, qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, em princípio, inconstitucional (SARLET, 2002, p.10).

Em sua dimensão *positiva*, ao demandar uma atuação do Poder Público, a efetivação do direito à saúde passa a depender da alocação de recursos materiais ou humanos públicos nem sempre disponíveis. Sua realização fica, portanto, condicionada à chamada “reserva do possível”, do ponto de vista

fático, e da reserva parlamentar em matéria orçamentária, do ponto de vista jurídico.

Embora a análise mais aprofundada do direito à saúde em sua dimensão prestacional não constitua o objeto desse trabalho, é importante salientar que a solução desses casos conflitantes, também passa pela aplicação de um juízo de ponderação de modo a harmonizar os bens em jogo.

Interessa-nos, no entanto, deixar assentada a noção de que também os particulares não podem ofender a saúde alheia, ainda que se possa admitir que a assim denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em suma, “a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público” (SARLET, 2002, p. 6). O autor afirma, ainda, que sem um correspondente dever dos particulares, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação.

2.2 Publicidade: Restrições Constitucionais

Conforme discutido anteriormente, a publicidade tem como finalidade máxima a difusão de produtos e serviços para estimular o consumidor ao ato de compra. Trata-se de atividade com fins econômicos e, portanto, não configura mero exercício de manifestação do pensamento ou veículo de transmissão de informações. A publicidade visa ao lucro e tem como pressuposto buscar a aceitação do grande público para os produtos que promove.

Recorde-se, a esse respeito, como reforço a essas ponderações, o entendimento de autores como CASADO (1999) e BENJAMIN (2007) que se

posicionam pela classificação da atividade publicitária, em vista de suas finalidades precípuas, como integrante das atividades de cunho econômico.

É verdade que, assim considerada, a atividade publicitária goza de proteção constitucional equivalente à tutela conferida às demais atividades de natureza econômica. De fato, a Ordem Econômica constitucional foi estruturada essencialmente tendo por base a livre iniciativa, que mereceu destaque no caput do art. 170, e foi incluída entre os fundamentos da República (art. 1º, inciso IV).

No modelo escolhido pelo constituinte de 1988, a atividade econômica passou a ser exercida primariamente pelos particulares e apenas em alguns casos pelo Estado, a este restando apenas a função de fiscalização e regulação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003) destaca que o Estado pode intervir no domínio econômico, atuando de três maneiras diversas: 1ª) como sujeito ativo, assumindo participação direta nas atividades econômicas, enquanto prestador de serviços públicos; 2ª) através de ação fomentadora, propiciando benefícios e estímulos à propriedade privada; e 3ª) na qualidade de agente regulador, disciplinando os comportamentos dos particulares, influenciando suas esferas de liberdade por intermédio do poder de polícia.

Assim, o direito à liberdade, no contexto da ordem econômica brasileira, traduz-se nas liberdades de iniciativa e na liberdade de concorrência, que serão exercidas segundo condicionamentos avaliados necessários pelo Estado, com vistas à proteção do interesse coletivo.

Observe-se que o próprio art. 170 da Constituição estabelece ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, *tendo por escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.*

Dessa maneira, conquanto a Carta Magna tenha consagrado uma economia de livre mercado, de natureza capitalista, ela instituiu princípios para limitar e condicionar o processo econômico, no intuito de direcioná-lo a proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida (CUNHA Jr, 2008, p. 1047).

Ressalte-se que o art. 193 da Carta Magna, ao estabelecer que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais, revela perfeita harmonia com a ordem econômica, consagrada no art. 170.

Pode-se concluir, portanto, que a realização do direito à liberdade econômica está condicionada a uma deliberação prévia, por parte do Estado, no desempenho de sua função reguladora, sobre o que é melhor para a coletividade, ou em outras palavras, para garantir o interesse público ou o bem comum.

Nessa tarefa, tem relevância o exame da autonomia privada do particular em contraposição ao direito fundamental em jogo, bem como o grau de desigualdade da relação jurídica.

SARMENTO (2008, p. 272) afirma que um dos fatores primordiais a serem considerados nessa questão é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos. Vale dizer, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao contrário, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.

Ainda segundo SARMENTO (2008, p. 273-4)

O reforço à proteção dos direitos fundamentais ... mais vulneráveis em face dos poderes privados justifica-se também diante da constatação de que estes últimos dispõem muitas vezes de uma força quase incontrastável para conformar aspectos da vida humana – pense-se no poderio dos veículos de comunicação de massa, sobretudo num contexto de oligopolização de fato, tal como o que se verifica em nosso país.

Para o jurista, no caso brasileiro, a gritante desigualdade social e a enorme vulnerabilidade de amplos setores da população justifica, “com sobras de razão”, um reforço à proteção de seus direitos fundamentais na sua relação com agentes privados mais poderosos, como os empregadores e os fornecedores de bens e serviços, por exemplo.

É possível afirmar, assim, que o Constituinte de 1988 previu uma ordem constitucional econômica mais consentânea e mais comprometida com a reafirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos. E o tratamento conferido à atividade publicitária não se afastou desse desiderato. Na visão de NUNES Jr e TRETTEL (2008, p.279)

O exercício da atividade econômica – da qual a publicidade comercial é parte integrante – pode, assim, ser entendido como uma “liberdade –função”, pois subordinado à finalidade de propiciar a todos a existência digna e justiça social, e ao respeito aos princípios listados no art. 170.

Com efeito, a Carta de 1988, com vistas à proteção do interesse coletivo, impôs restrições à publicidade em dois momentos. No art. 37 e parágrafos, proibiu a publicidade enganosa ou abusiva, satisfazendo, ao mesmo tempo, o disposto no art. 5º, inciso XXXII do Texto Constitucional, segundo o qual, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do

consumidor”, e o no art. 170, inciso V, que também versa sobre a a defesa do consumidor. Já no § 4º do art. 220, a publicidade de determinados produtos sofre restrições em vista de sua natureza potencialmente danosas.

Ninguém deixará de concordar que tais disposições se configuram pertinentes, justificáveis, proporcionais e adequadas dado os fins que as inspiram. Originam-se, portanto, de uma identificação prévia por parte do Estado, acerca da necessidade de proteção aos direitos do consumidor e à saúde da população.

A análise dos dispositivos constitucionais diretamente aplicáveis expõe, assim, o conflito entre a tutela conferida pela Lei Fundamental brasileira a dois comandos: o direito fundamental à saúde e o direito ao livre exercício da atividade publicitária, em sua condição de sub-princípio da livre iniciativa. O exame acerca da natureza dessa colisão constituirá o objeto do capítulo seguinte.

3. O JUÍZO DE PONDERAÇÃO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE PROTEÇÃO À SAÚDE E PUBLICIDADE COMERCIAL

3.1 A Identificação do Conflito Princípio Lógico

As Constituições contemporâneas, assim consideradas aquelas editadas após os anos 50, introduziram em seus textos elementos normativos vinculados a valores. Mencione-se, especialmente, aqueles que dizem respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação pelo Estado, de serviços de saúde) (BARCELLOS, 2006).

O desenvolvimento da justiça constitucional na Europa, após a Primeira Guerra Mundial, com desdobramentos após a Segunda Guerra, e na sequência da reorganização política dos países do leste europeu, resultaria na *positivação dos direitos fundamentais*, que alcançaram lugar de destaque nas Cartas Magnas de diversos países.

Como reflexo desses movimentos, desenvolveu-se uma nova concepção do Direito, o *neoconstitucionalismo*, apoiada filosoficamente no pós-positivismo e, historicamente, na formação dos Estados Democráticos Constitucionais. Segundo BARROSO (2006), no caso brasileiro, o neoconstitucionalismo surge com a redemocratização do País e tem como marco teórico o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

BARCELLOS (2006, p. 31-32), explica que, do ponto de vista *metodológico-formal*, o constitucionalismo atual opera calcado em três premissas fundamentais que explicam os sistemas jurídicos ocidentais

contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica; e (iii) a centralidade da Lei Fundamental nos sistemas jurídicos, quer dizer, os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.

Daí deriva a necessidade de se conferir à norma constitucional uma interpretação capaz de assegurar a prevalência dos princípios e valores constitucionalmente positivados. Ou, em outras palavras, a partir da transformação de valores e opções políticas em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica de modo a conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. Desse modo, segundo a autora, a particularidade do *neoconstitucionalismo*, em oposição ao *constitucionalismo positivista*, consiste na passagem do teórico para o prático, na transformação dessas premissas em técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito.

Do ponto de vista *material*, assinala a jurista, o neoconstitucionalismo pode ser caracterizado (i) pela incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) pela expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Com efeito, no direito constitucional contemporâneo, é possível falar de conflitos *específicos* e de conflitos *gerais* entre normas fundamentais. Ainda segundo BARCELLOS (2006, p. 36), a configuração dos conflitos constitucionais:

envolve, frequentemente, colisões, reais ou aparentes, entre diferentes comandos constitucionais, dotados de igual

hierarquia, cada qual incidindo sobre determinada situação de fato e postulando uma solução jurídica diversa. Assim, direitos fundamentais – elementos centrais dos sistemas constitucionais contemporâneos – parecem entrar em choque em muitas circunstâncias. Outros elementos constitucionais também podem apresentar uma convivência difícil em determinados ambientes, como acontece, e.g, com a livre iniciativa e o direito do consumidor ... [ou] o exemplo clássico da tensão entre liberdade de informação e de expressão e intimidade, honra e vida privada.

Em classificação semelhante, MENDES, COELHO e BRANCO (2008, p.342-43) especificam que as colisões de direitos em sentido *estrito* referem-se àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido *amplo* envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade.

Segundo os juristas, as colisões de direitos fundamentais em sentido *estrito* podem referir-se a (a) direitos fundamentais idênticos ou a (b) direitos fundamentais diversos.

Com relação às colisões entre direitos fundamentais diversos, destacam os autores a clássica colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro.

Finalmente, mencionam as antinomias em sentido *amplo*, que envolvem direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes, vale dizer, aqueles que resultam de diferentes concepções e pretensões, em uma sociedade plural como a contemporânea.

Faz-se necessário, ademais, atentar para a distinção, feita pela doutrina, entre princípios e regras constitucionais. Em seu clássico Teoria dos Direitos Fundamentais, ALEXY (2008, p. 68) define os princípios como normas que

permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica, quanto à possibilidade fática. Seriam, portanto, mandatos de otimização. Explica o jurista que:

[..] los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

Nessa condição, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus e podem ser objeto de ponderação em caso de colisão. Aliás, para ALEXY (1998 apud MENDES 2008, p. 301), “princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico”

As regras, por seu turno, são normas que são aplicáveis ou não-aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no contexto fático e jurídico possível. São postulados definitivos, ou mandatos de definição. Conforme Alexy (2008, p. 68),

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más, ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen una determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

Nesse sentido, diante de um conflito insuperável entre regras e princípios, em que pese a inegável ascendência axiológica dos princípios frente às regras, a doutrina reconhece que as regras devem prevalecer. De fato, as regras são normas que estabelecem efeitos determinados e específicos, ao

passo que os princípios referem-se a estados ideais, sem que explicitem, necessariamente, as ações que devem ser tomadas para atingimento de dado fim.

A imagem proposta por BARCELLOS (2008, p. 82) parece elucidar a questão:

Imaginando os princípios como círculos concêntricos, que ocupam grandes áreas, porém de maneira difusa e com pouca densidade (com exceção de seu próprio núcleo), temos as regras como pontos de certeza espalhados por toda essa superfície. Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a opções políticas específicas, de efeitos determinados, já tomadas no interior de tais fronteiras.

Dessa constatação da existência de conflitos entre comandos constitucionais, quer se configure entre dois princípios, ou entre um princípio e uma regra, decorre a necessidade do estabelecimento de metodologias ou técnicas de interpretação e de decisão que conciliem interesses em contraponto.

3.2 Interesses em Jogo na Constituição Federal: Parâmetros para a Aplicação de um Juízo de Ponderação

Defrontado com um conflito entre direitos consagrados na ordem constitucional, incumbe ao intérprete-julgador a harmonização dos bens envolvidos, mediante o sopesamento dos valores que devem prevalecer.

Como parâmetros gerais em uma situação de ponderação, BARCELLOS (2008, p. 66) propõe que:

- (i) os enunciados que atribuem direitos fundamentais aos indivíduos devem ter preferência sobre as demais disposições que com eles se choquem; e
- (ii) as regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre os princípios constitucionais.

Firmadas essas premissas, a doutrina recomenda atentar para outros condicionamentos. Note-se, em primeiro lugar, ser da essência da ponderação a noção de *problema*, ou seja, a consideração individual de cada caso concreto, para incidência maior ou menor de cada princípio, com conseqüente predominância do raciocínio tópico sobre o raciocínio sistemático. Diante da existência de antinomia entre bens, SARMENTO (2003, p. 99) sublinha a necessidade de observar atentamente o caso concreto para definir se a hipótese é realmente de um conflito entre princípios constitucionais:

A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.

Vale assinalar que a doutrina estabelece não haver hierarquia absoluta entre as normas constitucionais. Na visão de SARMENTO (2003, p. 195-6):

O escalonamento rígido entre os princípios constitucionais é incompatível com o princípio da unidade da constituição, na medida em que destrói a possibilidade de coexistência entre as diferentes normas constitucionais.

O autor (2003, p.196) também ressalta que a existência de uma hierarquização dinâmica entre os princípios constitucionais implica a aceitação de que o princípio de mais elevada estatura deva sempre prevalecer sobre o do escalão mais baixo, independentemente do caso concreto. Tal entendimento,

não possui bases científicas sólidas e o escalonamento assenta-se, normalmente, apenas sobre as preferências pessoais do intérprete. Ademais, ele tem se revelado historicamente como instrumento da ideologia conservadora, servindo frequentemente como pretexto para a redução da eficácia dos direitos sociais.

Verifica-se, como decorrência, que a interpretação e a solução dada em um caso concreto não pode, *a priori*, ser transposta a outro. Assim, o estabelecimento de uma regra rígida de hierarquia entre os princípios constitucionais seria a própria negação da ponderação que deu origem a uma determinada solução.

Vale assinalar, entretanto, que em situações nas quais as circunstâncias fáticas se reproduzirem em mais de um caso real, elas poderão servir de parâmetro ou mesmo de modelo para o aplicador do Direito no momento da ponderação. Nesses casos, se está diante de uma ponderação *em abstrato*, em contraposição à ponderação *em concreto* (BARCELLOS, 2008).

A realização da ponderação entre direitos requer, igualmente, o atendimento a outro condicionamento. Cuida-se da existência de um conteúdo mínimo desses direitos, um núcleo essencial, que não pode ser invadido pelo legislador ou pelo aplicador do Direito. Conforme CANOTILHO (1999, p. 430):

A idéia fundamental do princípio da salvaguarda do núcleo essencial é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está

constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.

Submetida a esses pressupostos, a ponderação tem como objetivo fazer com que nenhuma restrição a direitos proporcionais tome dimensões desproporcionais (SILVA, 2002). Para lograr tal intento, o ato estatal deve passar pelos exames da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.

Segundo MENDES (2001, p.4-5) o subprincípio da *adequação* ou *Geeignetheit*, na doutrina alemã, exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.

Ressalta ainda o jurista que, na prática, os conceitos de *adequação* e da *necessidade* não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*.

PIEROTH e SCHLINK (1998), citados por MENDES (2001), confirmam que a prova da *necessidade* tem maior relevância do que o teste da *adequação*. Argumentam que se o teste da *necessidade* se configurar positivo, o teste da *adequação* não há de ser negativo. Por outro lado, se o teste quanto à *necessidade* revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de *adequação* não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Observam os autores, ainda, que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade de uma medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos

perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*). Consideram, ademais, ser possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados.

Advertem, porém, que, nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz. Tendo em vista esses riscos, é conveniente resolver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da *necessidade*. A *proporcionalidade em sentido estrito* assumiria, assim, o papel de um “controle de sintonia fina” (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

No tópico seguinte, buscaremos aplicar esses pressupostos teóricos ao equacionamento do conflito entre o direito ao exercício da atividade publicitária e o direito à saúde.

3.3 O Conflito entre o Direito à Saúde e o Direito à Atividade Publicitária

A constitucionalidade da imposição de limites à publicidade comercial não é assunto pacífico no direito pátrio. Os opositores a tais medidas defendem o enquadramento da atividade publicitária entre aquelas protegidas pelo direito à liberdade de expressão e, como decorrência, consideram que a edição de qualquer ato restritivo a essa condição constituiria afronta a um dos mais caros princípios da democracia.

Por limitarem direitos individuais e coletivos constitucionalmente assegurados, a restrição à liberdade de expressão e ao direito de informação por via publicitária apenas poderia ser admitida como exceção, nas hipóteses constantes do § 4º do art. 220 da Carta Magna. Qualquer ato que exorbite da regulamentação de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, segundo esse posicionamento, incorre em inconstitucionalidade.

Essa tese sustenta que até mesmo as limitações à publicidade desses produtos são vistas como atentatórias à liberdade publicitária e deveriam ser disciplinadas tão-somente por via da autoregulamentação, a saber, pelo Código editado pelo Conselho Nacional de Autoregulamentação Publicitária (CONAR).

De fato, a Constituição assegura o direito ao exercício da atividade publicitária, ao mesmo tempo em que admite sua restrição legal, relativamente a alguns produtos. É verdade, também, que as restrições legais a serem impostas à publicidade, nesse contexto, devem ser feitas com extrema cautela, de modo a preservar princípios constitucionais importantes, como, no caso concreto, a livre-iniciativa (art. 1º, IV) e a liberdade de empresa (art. 170, parágrafo único).

Nesse passo, julgamos importante reafirmar a posição defendida neste trabalho pela inconstitucionalidade, por afronta à Lei Maior, de qualquer medida ou ato do Poder Público que aponte na direção do liminar banimento da atividade publicitária, mesmo que por alegadas razões de proteção ao direito fundamental à saúde.

Constatada a existência do conflito e de interesses em jogo, cumpre, portanto, proceder à ponderação dos valores constitucionais que se encontram em linha de colisão. Para tanto, aplicaremos ao objeto de nossa análise os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, conforme propostos por SILVA (2002) e MENDES (2001).

Impõe-se verificar a proporcionalidade dos bens constitucionais contrapostos, ou seja, se uma restrição ou limitação à publicidade (ou mesmo uma obrigação, no caso de advertências sobre os malefícios de algum produto), em nome de proteger a saúde da população, afigura-se apta a produzir o resultado desejado (ou seja, se é *adequada* ao fins a que se destina), insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz, (isto é, se é *necessária*), e se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto, (ou seja, se existe uma relação *proporcional em sentido estrito* entre os princípios) (MENDES, 2001).

Recordem-se, por sua pertinência, as lições de PIEROTH e SCHLINK (1998 apud MENDES, 2001), anteriormente discutidas. A prova da *necessidade* tem maior relevância do que o teste da *adequação*. Assim, se o teste da *necessidade* se configurar positivo, o teste da *adequação* não há de ser negativo. Por outro lado, se o teste quanto à *necessidade* revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de *adequação* não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Alertaram ainda, os autores, ser possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Com efeito, esse exatamente o que parece suceder no caso em tela, e que será objeto de nossa argumentação a seguir.

Conforme vimos anteriormente, a Constituição Federal não tutela explicitamente um direito à livre expressão comercial. A defesa dessa “liberdade” se fundamenta em sua pretensa equiparação com os direitos da livre manifestação do pensamento, da liberdade de expressão e de informação, esses, sim, direitos tutelados pela Carta Magna.

Também restou demonstrado que se trata de tese de difícil sustentação já que, por constituir atividade com perfil nitidamente econômico, a publicidade não estaria em condições de reivindicar tutela de mesmo nível conferida aos direitos de livre expressão do pensamento e de informação. Por consequência, não poderia ser guindada ao *status* de direito fundamental.

Na visão de NUNES Jr e TRETTEL (2008, p. 278) :

A atividade econômica e suas partes integrantes, embora tuteladas pela Constituição Federal, não o são como direitos fundamentais. Ao contrário, considerando-se o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração, calcados na igualdade material, a atividade econômica pode sofrer restrições para que se garanta o respeito e a efetivação de outros direitos fundamentais.

E vão mais além os autores, entendendo que, ainda que existisse um direito fundamental à liberdade de expressão comercial, seria errôneo considerá-lo como absoluto, sobrepondo-se a outros direitos fundamentais, como os relativos à saúde e à proteção da infância.

Portanto, pela própria natureza dos bens contrapostos, a análise procedida no âmbito da presente monografia permite afirmar que os atos emanados do Poder Público que visem a proteger o direito à saúde podem incidir sobre as mensagens publicitárias, desde que proporcionais aos fins a que se destinam e que não lhes desfigurem o núcleo essencial.

Com efeito, pode-se identificar a presença, no âmbito do conflito examinado, dos pressupostos da *necessidade* e, por conseguinte, da *adequação*, de medidas emanadas do Poder Público que imponham restrições à publicidade comercial, sempre que a proteção da saúde estiver em jogo.

A edição de medidas de defesa à saúde, quer signifiquem restrições ou obrigações à atividade publicidade, preenche, cumulativamente, os três requisitos aos quais deve satisfazer, consoante a formulação conceitual do princípio da razoabilidade. Respeita os pressupostos da necessidade e da adequação, por constituir ato exigível (o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz) e adequado (com seu auxílio, se pode promover o resultado desejado). Também atende ao elemento da proporcionalidade em sentido estrito, vez que atribui valoração mais elevada à direito fundamental social (o direito à saúde). Konrad Hesse (2009, p. 46) já ponderava que os direitos sociais possuem estrutura distinta dos demais, pois não se tornam

efetivos pelo fato de que se respeitem e amparem, antes requerem, de antemão e em qualquer caso mais do que em direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles.

Convém, nesse momento, delimitar o grau de proteção que se considera facultado, nesse contexto. Esse limite parece poder ser estabelecido, nos casos relacionados com medidas que visam à proteção da saúde, à luz do desenvolvimento científico e tecnológico e da alteração do perfil epidemiológico da população, que impõem constante revisão de conceitos, procedimentos e práticas no âmbito do setor. Assim, o conhecimento evolutivo acerca de malefícios, da nocividade ou dos impactos que podem vir a ser causados por determinados produtos, convalidam a atuação do Poder Público como garantidor de sua proteção.

Não há como negar que o direito à saúde tem um viés programático incontestável, pela própria evolução de seu objeto. Sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, prognóstico ou medicamento, uma nova doença ou a reincidência de uma doença antiga, que demandará a atuação das autoridades do setor de saúde pública.

Exemplo emblemático dessa realidade, conquanto esse não seja o espaço para uma análise detalhada da questão, é o caminho percorrido pelas restrições à publicidade de produtos fumíferos. A consciência nacional e internacional sobre os malefícios do tabaco resultou na interposição de medidas com graus crescentes de restritividade, de modo a minorar os efeitos deletérios de seu consumo por parte da população.

Registre-se, ademais, que a questão tem também repercussões sobre os campos da proteção aos direitos da criança e do adolescente, bem como sobre os direitos do consumidor.

Com efeito, a Constituição brasileira confere, em seu art. 227, prioridade absoluta aos direitos à saúde da criança e do adolescente, convalidando, por consequência, o dever do Estado na formulação de políticas públicas que materializem essa primazia. Isso significa, na interpretação de MORAES (2006, p. 2.227), que:

Em se tratando de normas de proteção à infância e à juventude, na ponderação de interesses, prevalecerão as normas constitucionais de proteção das crianças e adolescentes, pois existe prioridade destas estabelecida pelo constituinte originário.

E, enfatize-se, o dever constitucional de assegurar à criança e ao adolescente o direito à saúde de forma prioritária não é meramente programática, é obrigatória (MORAES, 2006). Assim, revela-se inegável que o próprio constituinte realizou uma 'pré-ponderação' dos interesses da criança à saúde, conferindo-lhe prioridade absoluta.

De outra parte, ao erigir o direito de defesa do consumidor a princípio fundamental e incluí-lo no rol dos direitos constantes do art. 5º, o constituinte conferiu ao Estado o dever de editar normas que regulamentem as relações de

consumo, e também os mecanismos de proteção e materialização do direito do consumidor (MORAES, 2006).

Para tanto, as medidas estatais devem se constituir em “instrumentos eficazes de proteção do consumidor para fazer valer seus direitos mais básicos, como, por exemplo, a saúde” (MORAES, 2006, p. 191) Ou, de outra maneira, conforme OLIVEIRA (2009, p. 47):

o constituinte originário ... reconhece[u] que é dever estatal amparar a parte mais fraca na relação de consumo, ... bem como a limitação da liberdade de mercado, que cede em prol do resguardo dos direitos fundamentais do hipossuficiente da relação de consumo.

Ante todo o exposto, é lícito concluir que, no caso concreto, o Poder Público tem o dever-poder de delimitar a atuação de particulares, com justificativa na priorização dos valores da vida e da saúde, desde que respeitados os parâmetros constitucionais vigentes.

Não se trata de afirmação meramente declaratória ou com viés “ideológico”, no dizer de BARROSO (2001), nem tampouco “maniqueísta” segundo (ARAGÃO, 2006), que assim caracterizam o contraponto entre os defensores da inconstitucionalidade de normas que protejam o direito à saúde mediante restrições às mensagens publicitárias e os que as consideram necessárias e adequadas.

Funda-se, esse posicionamento, na doutrina vigente e em jurisprudência exarada pelo Supremo Tribunal e outros tribunais inferiores, que aponta nessa direção. Como se sabe, é crescente a importância do direito constitucional jurisprudencial. Canotilho (2007, p.22), citando a frase do juiz Hughes ao se referir a Suprema Corte Norte-Americana, sintetiza a linha de pensamento ao dizer: “We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say

it is”, ou seja, *todos estão submetidos à Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem.*

Veja-se, de início, decisão do Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luiz Fux, acerca do AgRg no REsp n. 88875/RS, que reafirma a fundamentalidade do direito à saúde, com vinculação expressa aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana.

(...) O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis (...) Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental — valores básicos — de todo o ordenamento jurídico (...). Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais (...).

Cite-se, igualmente, pela pertinência, excerto de sentença do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da RE 271.286-AgR:

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não

pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade." (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-00, DJ de 24-11-00)

Do ponto de vista do dever do Estado para com a proteção à saúde, mencione-se, especialmente, a recente decisão do Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre (RS), na ação que suspendeu a permissão de utilização das câmaras de bronzeamento artificial em todo o País (Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela Nº 0001782-44.2010.404.0000/RS). Tratava-se de medida interposta pela Associação Brasileira de Bronzeamento Artificial (ABBA), com o objetivo de ver garantida a continuidade das atividades econômicas de suas empresas associadas, contra a Resolução RDC n 56, de 2009, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que proíbe *a importação, recebimento em doação, aluguel, comercialização e uso de equipamentos de bronzeamento artificial para finalidade estética, com emissão de radiação ultravioleta.*

Assim decidiu o Magistrado em sua sentença,

Fixados os parâmetros norteadores do pedido de suspensão, em cotejo às razões elencadas na inicial, observa-se a existência de elementos suficientes evidenciando a possibilidade de grave lesão ou risco de ofensa à saúde pública, caso mantida a decisão impugnada.

Com efeito, a questão em debate contrapõe dois preceitos jurídicos distintos, quais sejam, o direito à proteção da saúde e ao livre exercício da atividade econômica, ambos garantidos constitucionalmente. Ponderando a relevância de tais fatores, o primeiro deve prevalecer, em detrimento do interesse meramente financeiro das empresas que se dedicam ao bronzeamento artificial.

(....) não há falar em ausência de amparo legal para a atuação da ANVISA, na medida em que lhe foi conferido pelo Legislador amplo poder de fiscalização e controle no que pertine às questões relativas à saúde pública (Lei nº 9.782/99 e Decreto 3.029/99).

(...)Assim, não se verificando, a priori, ilegalidade na Resolução nº 56, de 9 de novembro de 2009, da Diretoria Colegiada da Anvisa (fl. 028) o simples argumento de que estaria restringindo atividade econômica não autoriza o afastamento da norma, até porque precedida de estudos e audiência pública.

A liberdade de trabalho assegurada na Constituição não alcança o oferecimento de bens ou serviços de segurança duvidosa, que, em tese, podem causar prejuízos físicos, devendo, portanto, restar privilegiada a incolumidade dos usuários e consumidores.

Desse modo, considerando que a manutenção dos efeitos da decisão ora combatida implica em risco de dano à saúde pública, cabe ser preservada a vigência da proibição determinada pela Resolução 56/09 da ANVISA.

Por fim, especificamente com relação à publicidade, convém mencionar a argumentação do Juiz Roger Raupp Rios no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.046270-5/RS interposto pelo Sindicato da Indústria do Fumo dos Estado do Rio Grande do Sul contra a determinação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) de que fossem inseridas nos maços de cigarro imagens e frases de advertência acerca dos malefícios do tabagismo.

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PUBLICIDADE. ADVERTÊNCIAS ESCRITAS E POR IMAGENS EM MAÇOS, EMBALAGENS E MATERIAL PUBLICITÁRIO DE DERIVADOS DE TABACO. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, art. 220, §§ 3º e 4º. LEI Nº 9.294/1996. RESOLUÇÃO RDC ANVISA Nº 54/2008. ADVERTÊNCIA E CARÁTER INFORMATIVO DAS IMAGENS E FRASES. DEVER DE INFORMAÇÃO E DE PROTEÇÃO À SAÚDE. LIBERDADE DE DECIDIR PELO CIDADÃO E ADVERTÊNCIA PROVOCADORA DE REPULSA. AUTONOMIA PRIVADA. AUSÊNCIA DE PRECONCEITO, FALSIDADE E MENTIRA NAS IMAGENS. METÁFORAS CONTUDENTES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A SENTIMENTO RELIGIOSO, DE PRECONCEITO E DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA IDOSOS. DIGNIDADE HUMANA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPROPAGANDA E DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. CONVENÇÃO-QUADRO PARA O COMBATE DO TABACO.

Rejeito a argumentação recursal quanto à violação da proporcionalidade.

Assentado o caráter informativo e de advertência das imagens e frases escolhidas, fica vencida a alegação de inadequação. Isto porque, como demonstrado, a utilização de metáforas e imagens fortes e impactantes diz respeito à consideração da dinâmica do processo decisório humano, cuidando-se de fator constituinte da tomada de decisões.

Além disso, como demonstra o relatório do grupo de trabalho instituído para a elaboração das advertências, a experiência nacional e internacional demonstra à sociedade a eficácia de tais advertências na redução do tabagismo.

Com relação à necessidade, não há nos autos qualquer indicação de que outros meios alternativos, menos gravosos à liberdade da propaganda do tabaco que os escolhidos, sejam igualmente eficazes quanto à advertência dos malefícios do tabaco. Não basta simplesmente alegar que há meios menos onerosos que as imagens discutidas, sem nada demonstrar neste sentido, especialmente quando estas são fruto de sério trabalho interdisciplinar, inseridos numa série histórica de medidas imagéticas. Ao contrário: há estudos nos autos que

demonstram a necessidade da intensificação das advertências em face da nocividade do tabaco.

Ainda quanto a este tópico, há que se ressaltar que a concretização da política pública pela obrigatoriedade da aposição das imagens, do ponto de vista da proporcionalidade, é medida que visa ao cumprimento de um dever fundamental de proteção por parte do Estado em favor da sociedade. Cuidando-se de prestação positiva de proteção, a dinâmica da proporcionalidade se apresenta como proibição da não-suficiência, pois, como diz Borowski, "a melhor realização possível do objeto da otimização dos princípios jusfundamentais-prestacionais é um objeto prescrito pela Constituição" (citado por Paulo Gilberto Cogo Leivas, Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, P. Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77).

Assentada a adequação e a necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito também está, no caso, satisfeita. A defesa do indivíduo e da família em face da propaganda do tabaco, por meio de advertências quanto ao malefício decorrente do consumo, é um objetivo constitucional que se relaciona diretamente aos direitos à vida, à saúde e ao ambiente, apresentando forte carga valorativa em seu favor. O exercício da liberdade de expressão do discurso publicitário, por sua vez, também é um princípio constitucional valioso. A Constituição, diante disso, admitiu a liberdade de expressão publicitária com restrições, visando a advertir o indivíduo e a família dos malefícios do tabaco. Esta tomada de posição revela, portanto, já no texto original da Constituição, a preocupação e a valorização da vida, da saúde e do ambiente em face do discurso publicitário tabagista, pois é este que a Constituição restringe.

Esta ponderação, já realizada pela Constituição, faz concluir pela existência de fundamento constitucional para a adoção de medidas fortes pelo Poder Público, objetivando cumprir o dever de proteção constitucionalmente definido como responsabilidade do Poder Público. Quanto ao cumprimento deste dever, portanto, não se pode admitir que qualquer medida o atenda, especialmente diante da constatação de que o tabagismo é fator de doença e morte em alta escala na sociedade contemporânea. Daí a invocação, no campo dos deveres fundamentais de proteção, do critério da "maximização da intensidade de assistência", segundo o qual "dentre os meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, elege-se aquele que oferece a mais alta satisfação do

princípio que impõe uma obrigação de ação positiva ao Estado"
(Paulo Gilberto Leivas, obra citada, p. 80).

À vista dessas decisões, constata-se evidente tendência do Judiciário em corroborar a análise empreendida ao longo da presente monografia.

4. CONCLUSÃO

Em todos os casos que envolvem restrições aos produtos a que alude o § 4º do art. 220, da Constituição Federal, está-se diante de um claro caso de conflito entre valores constitucionais: de um lado, a saúde, corolário dos direitos fundamentais, de outro a liberdade de atividade publicitária, protegida no âmbito da ordem econômica.

Do que se expôs no âmbito do presente trabalho, é lícito concluir que a própria moldura axiológica delineada pela Carta de 1988 já indica o caminho para a solução desse embate entre interesses. Em primeiro lugar, a Constituição conferiu ao direito à saúde *status* de direito fundamental, ao passo que submeteu a livre iniciativa econômica aos *ditames da justiça social*. Portanto, a proteção constitucional à livre iniciativa econômica, da qual a atividade publicitária é sub-princípio, não foi moldada sem fronteiras.

Nesse sentido, utilizando-se o primeiro parâmetro proposto por BARCELLOS (2008) a ser seguido em uma situação de ponderação, temos que o direito fundamental à saúde deve prevalecer sobre o direito ao livre exercício da atividade publicitária. De fato, conforme a jurista, “os enunciados que atribuem direitos fundamentais aos indivíduos devem ter preferência sobre as demais disposições que com eles se choquem”.

De outra parte, o conflito em tela parece poder ser solucionado por meio da aplicação do segundo parâmetro proposto por BARCELLOS (2008). Recorde-se que, segundo a autora, “as regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre os princípios constitucionais”.

ÁVILA (2008, p. 208-209) afirma que, com relação à publicidade dos produtos contidos no § 4º do art. 220, a Constituição Federal instituiu regra específica admitindo restrições a sua veiculação.

Com efeito, a linguagem do parágrafo 4º do artigo 220 é clara: a “propaganda comercial de tabaco (...) estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

Mas, adverte, em sintonia com a linha defendida pela maioria dos juristas que já se manifestaram sobre a questão, que:

[...] as restrições indicadas no referido parágrafo dizem respeito, apenas, ao estabelecimento de meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas e programações de rádio e televisão que contrariem ao disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente... Mais do que isso sobre a propaganda de tabaco só a advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Em que pese essa interpretação quase hegemônica acerca deste dispositivo constitucional, a exegese de sua redação permite leitura distinta, em nosso entendimento.

Duas expressões escolhidas pelo Constituinte de 1988 para a redação do § 4º parecem gerar consequência inegável. Referimo-nos aos termos *restrições legais* e *sempre que necessário*. Em ambos os casos o Texto Constitucional delega ao Poder Público a tarefa de identificação acerca da necessidade de proposição de medidas contra a publicidade de produtos nocivos à saúde.

Se correta essa leitura, tem-se que admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à saúde. Ora, parece inequívoco que o § 4º do art. 220, contém expressa

autorização de intervenção legislativa, com o propósito de proteger os valores garantidos no art. 6º da Constituição Federal.

Nesse contexto, as regras constitucionalmente previstas devem prevalecer sobre o princípio do livre exercício da atividade publicitária, nos termos do parâmetro proposto por BARCELLOS (2008).

A presente monografia teve a intenção de contribuir, ainda que de maneira inicial, para a compreensão desse polêmico conflito. Ao final deste trabalho, em decorrência dos pressupostos discutidos e ciente de que outros aspectos da matéria desafiam maior desenvolvimento, é possível compendiar de forma sumária as idéias expostas nas proposições seguintes:

- a publicidade é atividade lícita;
- embora assim considerada, a promoção publicitária dos produtos de que trata o § 4º do art. 220 da CF pode sofrer limitações, em respeito a outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos;
- está afastada a possibilidade de proibição ou banimento liminar da publicidade desses produtos;
- a doutrina convalida a atuação do Poder Público, por meio da imposição de restrições proporcionais, para produzir a melhor eficácia dos direitos positivados;
- a atuação do Estado legislador, nesse caso concreto, está definida, especificada, e deve ser balizada pela *necessidade* do bom exercício de suas responsabilidades.
- a tutela do direito à saúde, direito fundamental constitucionalmente consagrado, deve sobrepor-se à liberdade da atividade publicitária;
- não se deve afastar a possibilidade de interpretações evolutivas da Constituição, sempre, evidentemente, consentâneas com sua letra.

5. REFERÊNCIAS

5.1 Referências Bibliográficas

AITH, F. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2. ed. espanhol. 2008.

_____. (1998) apud Mendes, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALPA, Guido (1996) apud CASADO, Márcio Mello. Princípios gerais da publicidade na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*. v. 265, Nov. 1999.

AMARAL Jr, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Liberdade de expressão comercial. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, maio/jun/jul de 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 15 out 2009.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 fev. 2009.

_____. Conflito entre o dever de proteção à saúde e o dever de proteção à liberdade de comunicação e informação no caso da propaganda comercial de tabaco. Exame de constitucionalidade da Lei nº 9.294/96. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n.20, p. 183-224, jan/mar. 2008. Parecer.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60.

_____, Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação*

constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3 ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 fev. 2009.

_____. Liberdade de expressão, direito a informação e banimento do cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.1, p. 32, abr. /jun. 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman. *O controle jurídico da publicidade*. Disponível em: <http://bdjur.stf.gov.br/dspace/handle/2011/8981>. Acesso em: 20 fev. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009. (Série IDP).

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANARIS (1989) apud MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2009.

CARVALHO, Luís Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

CASADO, Márcio Mello. Princípios gerais da publicidade na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*, v. 265, p. 71, nov 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 205-266.

CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária*. São Paulo, CONAR, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador, Juspodivm, 2008.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial*. [obra coletiva]. São Paulo, CONAR, 2000.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paul. Saraiva, 2009

KREBS apud MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2009.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> . Acesso em: 12 fev. 2009.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2009.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES Jr. Vidal e TRETTEL, Daniela. Limites à publicidade comercial e proteção de direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 16, vol. 63, p.270-284, abril-junho 2008.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque Sant'Anna de. A regulamentação da propaganda de alimentos e bebidas nocivos à saúde à luz dos compromissos internacionais do estado brasileiro e do ordenamento jurídico pátrio. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 33-54, abr/jun. 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIEROTH e SCHLINK (1998) apud MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 fev. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 mar. 2009.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais* n°798, p. 23-50. 2002.

5.2 Referências Documentais

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. *Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 26 mar. 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 26 mar. 2009.

BRASIL. *Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 26 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR n. 271.286 /RS, Relator Ministro Celso de Mello, v. u., j. 12.9.2000, DJ 24.11.2000,p. 00101; RE n. 557548/MG, Recurso Extraordinário, Relator Ministro Celso de Mello, j. 8.11.2007, DJ 5.12.2007, p. 00094; AI n. 647296/SC, Agravo de Instrumento, Relator Ministro Celso de Mello, j. 3.10.2007, DJ 23/10/2007, AI n. 647296/SC, Agravo de Instrumento, Relator Ministro Celso de Mello, j. 3.10.2007. DJ 23.10.2007. Disponível em: Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 9, n. 2 p. 92-131 Jul./Out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452, de 01 de junho de 1999. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Financeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 16 de setembro de 1999. *Diário de Justiça*, 12 maio 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=MS&numero=23452>. Acesso em: 02 mar 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.046270-5/RS. RELATOR: Juiz Federal ROGER RAUPP RIOS. AGRAVANTE: SINDICATO DA IND. DO FUMO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. AGRAVADO: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Liberdade de expressão. Mensagem publicitária. Necessidade. Observância. Restrição. Não ocorrência. Ofensa. Sentimento coletivo. Religião. Não. Preconceito. Discriminação. Contra. Idoso. Inexistência. Violação. Dignidade humana. Observância. Convenção internacional. Direitos humanos. Fabricante. Utilização. Imagem. Embalagem. Cigarro. Advertência. Consumidor. Possibilidade. Prejuízo. Saúde. Adequação. Proporcionalidade. Estado. Dever. Proteção. Saúde pública. Competência. Anvisa. Edição. Resolução. Cláusula. Reserva legal. Não. Violação. Efeito suspensivo ativo. Descabimento. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_Bol-90.pdf. Acesso em 15 dez. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 0001782-44.2010.404.0000/RS. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Procuradoria Regional Federal da 4ª Região. Juiz Substituto da 4ª Vara de Porto Alegre. Interessado: Associação Brasileira de Bronzeamento Artificial – ABBA. AGRAVO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. GRAVE LESÃO AOS BENS TUTELADOS PELO ART. 4º DA LEI 8.437/92. BRONZEAMENTO ARTIFICIAL. PROIBIÇÃO. RESOLUÇÃO RDC Nº 56/09 DA ANVISA. RAZÕES DE MÉRITO DA DEMANDA. MERO COMPLEMENTO NA ANÁLISE DA MEDIDA EXTREMA DE SUSPENSÃO DE LIMINAR OU SENTENÇA. Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/suspensao_liminar22_01_10_1264698925.pdf. Acesso em: 12 set. 2009

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 88875/RS. Relator Ministro Luiz Fux, Relator para o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 16.8.2007. DJ 22.10.2007, p. 205, por maioria. Invoca como precedente Resp. 873196/RS, por maioria. Relator Ministro José Delgado, Relator para o acórdão Teori Albino Zavascki, j. 3.5.2007; DJ 24.5.2007.