Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 6 – maio/junho/julho de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL[1]

Prof. Alexandre Santos de Aragão

Professor das Pós-graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor convidado do Instituto de Economia da UFRJ. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro

(alexaragao@zipmail.com.br)

1. Introdução. 2. As pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais. 3. Conteúdo e extensão do direito de livre iniciativa. 4. As Empresas são titulares do direito fundamental de se comunicar através da propaganda. 5. As restrições que venham a ser impostas à propaganda não podem descaracterizar o seu núcleo essencial. 6. O art. 220, §4º, da Constituição se apresenta como norma de eficácia contida. 7. Da necessidade de ponderação entre os valores da saúde e da liberdade de comunicação. 8. A Constituição admite como restrições apenas as que visem a dar aos indivíduos os meios de proteção. 9. Regras, princípios e interpretação institucional das normas restritivas do direito de propaganda. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é trazer algumas considerações acerca da interpretação constitucional e os conseqüentes limites que o ordenamento jurídico confere à elaboração de normas restritivas do direito de propaganda, especialmente no que se refere aos produtos potencialmente nocivos à saúde.

Para lograr o fim pretendido, procederemos a uma breve digressão acerca da possibilidade de as pessoas jurídicas serem sujeitos de direitos fundamentais.

Em seguida, analisaremos os contornos constitucionais do direito de propaganda, buscando delinear o seu núcleo essencial e a natureza da norma

[1] * O presente artigo foi elaborado a partir da inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI contra a atual redação do caput e dos §§ 2°, 3°, 4° e 5° do artigo 3º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, da qual tivemos a honra de ser um dos signatários.

expressa no art. 220, §4º, da Constituição Federal de 1988.

Adiante, seguirá uma abordagem quanto à ponderação entre a saúde e a liberdade de comunicação, ambos valores constitucionalmente consagrados, e a extensão das restrições admitidas à propaganda.

Ao final, pretendemos apresentar algumas breves considerações que auxiliem no debate da questão, por certo tormentosa e ainda sujeita a visões maniqueístas, sobre os limites da ingerência estatal sobre o direito de livre iniciativa das empresas, especificamente na sua vertente liberdade de propaganda, comparativamente ao dever estatal de proteção da saúde pública.

2. AS PESSOAS JURÍDICAS SÃO TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde a Idade Média, a ordem jurídica deixou de se calcar apenas na subjetivação de direitos e obrigações em pessoas físicas, tendo sido criada a abstração das pessoas jurídicas, como instrumento de congregação de interesses individuais para a consecução de objetivos comuns, sejam filantrópicos ou lucrativo-empresariais.[2]

No mundo contemporâneo, a importância das pessoas jurídicas revela-se ainda maior, não havendo como se imaginar a vida econômica e social sem as mesmas, sendo atualmente pouco significativa – em termos globais – a quantidade de atividade econômica desenvolvida diretamente por pessoas físicas não reunidas em sociedades comerciais, cooperativas ou outras formas associativas.

A doutrina, acompanhando a evolução dos atos, terminou por reconhecer que o direito também tutela aspectos morais imanentes à existência das pessoas jurídicas, às quais se passou a atribuir igualmente a titularidade de direitos fundamentais assegurados pela Constituição, salvo aqueles que, por sua natureza, só possam concernir às pessoas físicas (como o direito à integridade física, o direito de constituir família), tanto pelo imediato reflexo que possuem sobre os direitos das pessoas físicas que constituem o seu corpo social,[3] como diretamente pela tutela dada pelo ordenamento jurídico a estes entes intermédios da sociedade, essenciais para o desenvolvimento econômico e social do país.

De fato, constata-se na doutrina moderna tranqüilidade no que concerne ao

---

[2] "A personalidade jurídica é recurso técnico, 'forma jurídica que a lei adota para dar regulamento unitário a múltiplas relações entre uma pluralidade de indivíduos ou base estável para o funcionamento de obras de interesse geral', ensina Ferrara. Os fins a que a personalidade jurídica atende são os mais diversos. A rigor, como acentua Ferrara, toda necessidade do homem, qualquer exigência da civilização pode determinar o nascimento de uma pessoa jurídica. O fim deve ser determinado, possível e lícito" (LIMA, Hermes, Introdução à Ciência do Direito, Freitas Bastos Editora, 32ª edição, Rio de Janeiro, 2000, p. 201). Veja-se, também, CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito, Ed. Lejus, São Paulo, 2000, pp. 230 e 231.

[3] "As pessoas jurídicas são apenas uma forma de associação voluntária, uma conjunção de talentos e recursos nela conscientemente aportados por indivíduos" (REDISH, Martin H. Money Talks: Speech, Economic Power and the Values of Democracy, New York University Press, New York, 2002, p. 78).

reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Nas palavras de GILMAR FERREIRA MENDES *et alli*:

> *Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física.* ***Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas físicas****. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular.*[4]

No mesmo sentido, ALEXANDRE DE MORAES é incisivo quando afirma: "Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos".

Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros ou estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas. Assim, o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm seu direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais. Em sede de direito comparado, MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN e CALOGERO PIZZOLO observam que o artigo 25.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos habilita tanto as pessoas físicas como as jurídicas a reclamar a proteção de direitos humanos.

Igualmente, o Tribunal Constitucional da Espanha reconheceu expressamente a existência de direitos fundamentais relacionados à pessoa jurídica, respeitando-se, por óbvio, suas características próprias. Da mesma forma, a Lei Fundamental alemã consagra que os direitos fundamentais são válidos para pessoas jurídicas, à medida que, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.[5-6] A esse respeito, J.J. GOMES CANOTILHO, comentando o dispositivo pertinente da Carta Portuguesa de 1976, sustenta:

> *Nos termos do artigo 12º/2*[7] *as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza'.*
>
> *O enunciado semântico do artigo 12º/2 aponta claramente para o relevo jurídico de três conceitos: pessoas colectivas, direitos fundamentais, compatibilidade com a sua natureza.*
>
> *(...) Em fórmula sintética e aproximada: as pessoas colectivas gozam de direitos fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou*

---

[4] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 165 (grifamos).

[5] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 61.

[6] Expressamente neste sentido, verbi gratia, a Lei Fundamental de Bonn, artigo 19-3; Constituição Portuguesa, artigo 12º, n° 2; Constituição da Estônia, artigo 9º; Constituição da África do Sul, artigo 8º, n° 4.

[7] Artigo 12.º (Princípio da universalidade). 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

naturais do homem, como sejam o corpo ou bens espirituais.

As pessoas colectivas gozam de direitos fundamentais como, por exemplo, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de profissão, a liberdade de domicílio (...).[8]

As citações acima demonstram ser pacífico que pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais, tese esta que não se deixou contaminar por dogmas preconceituosos e maniqueístas segundo os quais os direitos fundamentais seriam concernentes apenas aos indivíduos, sendo "nobres demais" para tutelar interesses econômicos empresariais.

3. CONTEÚDO E EXTENSÃO DO DIREITO DE LIVRE INICIATIVA

Em sede do direito pátrio, a Constituição encara a liberdade de exercício da atividade econômica privada como um dos próprios fundamentos da República (artigo 1º, IV, da Constituição) e da Ordem Constitucional Econômica (Constituição Federal, artigo 170, *caput*), constituindo requisito do desenvolvimento sustentável da Nação. Conforme afirmam CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, "os Estados que mais têm avançado na melhoria da condição humana são justamente aqueles que adotam a liberdade de iniciativa, cabendo ao Estado o papel redistribuidor da renda nacional".[9]

A esse respeito, o rol dos direitos fundamentais sempre contemplou direitos de natureza econômica, a exemplo da vetusta "liberdade de indústria e comércio" (*verbi gratia*, a Constituição Imperial Brasileira[10] e os artigos 4º e 17 da Declaração dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789) e do direito de propriedade, base de todos os demais direitos de natureza econômica. Como afirma EROS ROBERTO GRAU, isso significa que "a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso. (...) É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa MIGUEL REALE JÚNIOR – em uma sociedade livre e pluralista".[11]

Identificando a liberdade de iniciativa econômica como direito fundamental, GASTÃO ALVES DE TOLEDO afirma "ser preciso assinalar que a livre iniciativa pressupõe a existência de algumas condições de ordem política para o seu

[8] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra:Livraria Almedina, 1999. p. 393/394.

[9] BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, p. 20.

[10] Constituição Imperial Brasileira, artigo 179, XXIV – Nenhum gênero de trabalho, cultura indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e à saúde dos cidadãos.

[11] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 4ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1988, pp. 222 e 227.

exercício, tais como o pluralismo, a democracia e a propriedade privada".[12]

Expressamente, LUÍS S. CABRAL DE MONCADA assevera que o direito de livre iniciativa econômica privada é considerado como um "autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental. Efetivamente, ele foi transferido para o domínio dos direitos fundamentais muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de o encarar como um mero princípio objetivo de organização econômica (...) Deve ter-se presente que o texto constitucional o consagra como um direito à não intromissão do Estado, um direito contra o Estado, pois que pode exercer-se livremente".[13]

Também para MANUEL AFONSO VAZ, "a liberdade de empresa é um direito subjetivo, e não meramente um princípio institucional do sistema econômico. (...) É que, antes de ser uma 'garantia institucional', o direito à livre empresa é um direito subjetivo constitucional diretamente aplicável. As restrições legais a esse 'direito-liberdade' em caso algum podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito".[14]

Conforme observa GASPAR ARIÑO ORTIZ[15], o direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma ("sem liberdade, ainda que exista propriedade, não pode existir empresa, mas apenas organização burocrática, estatal ou não"), também é expressão dos direitos de propriedade, de livre escolha da profissão ou ofício, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade contratual e da dignidade da pessoa humana, por propiciar o "livre desenvolvimento da personalidade".

4. AS EMPRESAS SÃO TITULARES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE SE COMUNICAR ATRAVÉS DA PROPAGANDA

Uma vez reconhecido que as empresas são titulares de direitos fundamentais, entre eles o de liberdade de iniciativa econômica, resta assente que têm direito à liberdade de comunicação com sua clientela potencial ou efetiva.

Isso significa que o direito de fazer propaganda constitui um sub-princípio da liberdade de iniciativa econômica, um direito fundamental dele necessariamente derivado, ainda mais reforçado por não possuir aspectos apenas econômicos, mas também – e talvez principalmente – relacionados diretamente à liberdade fundamental de manifestação e comunicação de idéias e pensamentos,[16] tanto em seu aspecto emissor (das empresas divulgarem os seus

[12] TOLEDO, Gastão Alves de. O Direito Constitucional Econômico e a sua Eficácia, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 176.

[13] MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito Económico, Coimbra Editora, 2ª ed., 1988, pp. 140/1.

[14] VAZ, Manuel Afonso. Direito Económico: a ordem económica portuguesa, 4ª edição, Comibra Editora, Coimbra, 1998, pp. 167/8. No mesmo sentido, BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, 7º Volume. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2000, pp. 17 e 18.

[15] ORTIZ, Gaspar Ariño. Princípios de Derecho Público Económico, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 212/3.

[16] "A regulação constitucional da liberdade de expressão não está só a determinar, delimitar e

produtos, as suas qualidade, preços, etc. – artigos 5º, IX, e 220 da Constituição Federal) quanto em seu aspecto receptivo (direito dos cidadãos à informação – artigos 5º, XIV, e 220).[17]

Das normas constitucionais acima citadas resta claro que não há legitimidade para que qualquer autoridade estatal proíba ou impeça a publicidade de produto lícito. Uma tal vedação violaria direitos fundamentais dos eventuais clientes, nomeadamente, a liberdade de conhecer e adquirir os produtos comercializados, além de direitos das próprias empresas, que devem ter a liberdade de vender e tornar públicos, com limitações, os seus produtos. Como é do conhecimento comum, a publicidade desempenha, em nossos dias, um papel essencial no domínio da economia, já que, ao estabelecer a ligação entre consumidores e produtos/serviços, propicia a sua aquisição e, desta forma, impulsiona a indústria e o comércio.

Nesse sentido, EROS ROBERTO GRAU afirma que uma das expressões do princípio da liberdade de iniciativa econômica é "a faculdade de conquistar a clientela"[18], faculdade essa que é exercida mediante a propaganda dos seus produtos. GASPAR ARIÑO ORTIZ também é expresso ao incluir a "*libertad de publicidad (non engañosa)"* no conteúdo da liberdade de empresa.[19]

A interpretação que compreende o direito de fazer propaganda no conteúdo dos direitos fundamentais de iniciativa econômica e de comunicação é a única que pode ser dada aos artigos 1º, IV; 5º, IV, IX e XIV; 170, *caput*, e 220 da Constituição Federal.

Note-se, inclusive, que os artigos 5º, IX, e 220, da Constituição Federal, garantem não apenas a liberdade de manifestação de idéias, o que poderia ensejar interpretações reducionistas dos direitos fundamentais, no sentido de que tal liberdade protegeria somente manifestações não econômicas (políticas, ideológicas, religiosas...), mas o Constituinte entendeu por bem deixar clara a amplitude desse direito, referindo-se expressamente à liberdade "de comunicação" *in genere.*

Em assim agindo, inseriu os principais dispositivos de proteção da liberdade de expressão no Capítulo referente à comunicação social (artigos 220 e seguintes), ou seja, das comunicações através dos meios de comunicação de

---

assegurar o estatuto jurídico do indivíduo. Por ela adquire realidade e toma forma a ordem da Democracia e do Estado de Direito". (HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16ª edição, Heidelberg, 1988, pág. 119).

[17] O Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Carlos Alberto Menezes Direito, associa este direito ainda "à proteção ao consumidor, que está ligada diretamente ao direito que cada pessoa humana, que cada cidadão, tem a escolher e a ser informado corretamente. É, igualmente, amparo constitucional claro, indiscutível, como consta do artigo 5º, XIV. A sociedade de massa, com agudas desarmonias sociais, precisa defender a relação de consumo pelo sentido maior do direito fundamental à informação, ao qual se vincula o direito à liberdade de escolher" (DIREITO, Calos Alberto Menezes, A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação, no sítio http://www.forense.com.br/Atualida/Artigos_DCOM/346dou03.htm, acessado em 02/1/2004).

[18] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 4ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1988, p. 226.

[19] ORTIZ, Gaspar Ariño. Princípios de Derecho Público Económico, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 225.

massa[20], como eficácia irradiante e expansiva dos direitos fundamentais[21].

A esse respeito, manifestando a amplitude do direito constitucional de comunicação, que abrange o direito de fazer propaganda, IVES GANDRA MARTINS afirma que "a liberdade de expressão do pensamento assume necessariamente múltiplas formas, por força da óbvia razão de que são muitos os planos em que o pensamento se exercita como também são múltiplas as formas e os meios de que se vale para comunicar-se. Assim surgem liberdades tais como: a de opinião, a de religião, a de informação, a de imprensa, a de telecomunicações etc. (...) Aparece também o direito de expressar-se para pessoas indeterminadas, o que pode ser feito através de livros, jornais, rádio e televisão". Assim, "não contente o Legislador supremo em dizer que tais manifestações não sofrerão qualquer restrição, reforçou a dicção, ao dizer que as limitações não poderiam ser de qualquer natureza, ou seja, 'sob qualquer forma, processo ou veículo'. À nitidez, o constituinte entendeu que, ao falar em veículo (meio de comunicação social), processo (qualquer tipo de divulgação) ou forma (latitude máxima), eliminaria qualquer atentado sobre a liberdade de imprensa ou a livre manifestação do pensamento. A repetição objetiva tornar a garantia desse direito a mais ampla possível".[22]

Em sede de direito comparado, o Tribunal Constitucional português já afirmou que "a relação entre publicidade (*Öffentlichkeit*), direitos do homem e legitimação do domínio político constitui mesmo a estrutura de fundamentação da idéia de Democracia".[23] Em outro acórdão, a mesma Corte Constitucional afirmou de forma expressa que a publicidade pode "englobar-se no direito de informar, que constitui uma das dimensões do direito de informação consagrado no referido artigo 37.º da CRP. (...) O 'direito de informar' que a recorrente invoca assume aqui uma especial e distinta natureza constitucional, pois corresponde à publicidade a que alude o n.º 2 do artigo 60.º da CRP e que está articulada, por um lado, com o direito fundamental dos consumidores 'à qualidade dos bens e serviços consumidos e à informação...', instituído no n.º 1 do mesmo artigo, e, por outro lado, com o exercício de um outro direito, igualmente de natureza

[20] VERA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO LOPES, aproximando os dois conceitos, leciona que "a comunicação de massa é a comunicação dirigida a um grande público (relativamente numeroso, indeterminado, heterogêneo e anônimo), por intermediários técnicos sustentados, no sistema capitalista, em grande parte pela economia de mercado, e a partir de uma fonte organizada, geralmente ampla e complexa" (LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O Direito à Informação, Ed. RT, São Paulo, 1997, pp. 30 e 31).

[21] "A eficácia irradiante impõe uma nova leitura de todo o Direito Positivo. Através dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento, e se convertem no norte do Direito Positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional" (SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 156).

[22] BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, São Paulo, 1998, 2º Volume, pp. 40 e 43, e 8º Volume, p. 801. A mesma acepção ampla ao direito de livre comunicação do pensamento é dada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), tratado internacional de direitos humanos, com natureza de norma constitucional , ratificado pelo Brasil em 25 de abril de 1992: Artigo 13 - Liberdade de Pensamento e de Expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

[23] Acórdão 636/95, Processo nº 404/88, Plenário, Conselheiro Rel. Assunção Esteves.

fundamental – o direito de iniciativa económica privada."[24]

Ainda no tocante ao tema, merecem menção os ensinamentos de REYNALDO ANDRADE DA SILVEIRA, segundo o qual "a livre concorrência é princípio geral da ordem econômica, o que evidencia a regularidade da publicidade como prática comercial válida. Assim, pode o empresariado, livremente, utilizar-se, ao seu nuto, da publicidade, não estando, entretanto, obrigado a fazer uso dela. As restrições legais impostas são próprias do sistema e nele mesmo estão os limites intransponíveis. Daí decorre a legalidade do uso ou prática comercial de manejar veículos de comunicação com finalidade mercantil".[25] Entende-se, assim, que o uso da publicidade é uma faculdade e o fornecedor utiliza-se dela se desejar.

Entretanto, se escolher valer-se da arte publicitária, o empresário deverá respeitar limites e condições, mas não poderá jamais ser totalmente proibido de veiculá-la. Ressalta-se, nesse sentido, a opinião de MÁRCIO MELLO CASADO, para quem a liberdade (limitada) de publicidade é um direito fundamental ligado tanto à liberdade de iniciativa econômica, como à liberdade de comunicação e expressão, apesar de, para o autor, ser aquela o seu esteio primordial:

> *A obra publicitária, por se tratar de uma criação e meio de informação, por força da Constituição Federal, não sofrerá qualquer restrição, desde que observe o disposto na Carta Maior e nas demais normas incidentes. (...) Mas este princípio da liberdade da publicidade nos parece mais enraizado no disposto no artigo 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 artigo 220, da Constituição Federal, são um meio de realização do objetivo maior da livre iniciativa, o lucro. 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.*[26]

Também a esse respeito, LUÍS ROBERTO BARROSO comenta que a proteção da propaganda comercial foi amplamente discutida na jurisprudência norte-americana. A Emenda n° 1 à Constituição dos Estados Unidos da América[27] assegura a liberdade de expressão e de imprensa sem qualquer menção explícita à publicidade, apenas garantindo que o Congresso não poderá editar lei cerceando esta liberdade. Prossegue o eminente constitucionalista:

> *Em 1942, ao julgar Valentine v. Chrestensen, a Suprema Corte entendeu*

---

[24] Acórdão nº 348/2003, Processo n.º 797/02, 2ª Secção, Conselheiro Rel. Benjamim Rodrigues.

[25] SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Práticas Mercantis no Direito do Consumidor, Ed. Juruá, Curitiba, 1999, p. 118.

[26] CASADO, Márcio Mello. Princípios Gerais Da Publicidade Na Constituição Federal E No Código De Defesa Do Consumidor. Disponível em www.ufsc.br/buscalegis. Acesso em 19 ago. 2001.

[27] Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. — The First Amendment to the U.S. Constitution.

que 'commercial advertising' não era um direito constitucional e, conseqüentemente, estava sujeito à vedação pelo Estado. Esta linha de entendimento foi reformada, no entanto, a partir do julgamento de Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, em 1976, que assegurou não apenas proteção à propaganda comercial como também reconheceu ao público o direito de receber informação.[28]

O autor acrescenta que, em 1980, foi proferida decisão em *Central Hudson Gas v. Public Service Commission of New York* que instituiu um "teste" de quatro itens no exame da constitucionalidade de leis restritivas à publicidade: (i) se a atividade divulgada é lícita e se a publicidade não é enganosa; (ii) se o interesse invocado pelo Poder Público é um interesse relevante; (iii) se a restrição é apta a promover diretamente o interesse invocado pelo Poder Público; (iv) se não existem medidas menos restritivas para promover o interesse.[29]

Recentemente, em 2001, a Suprema Corte Norte-Americana reafirmou no caso *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*[30] a sua posição no sentido da integral aplicabilidade do direito fundamental de expressão (*First Amendment*) às propagandas comerciais, inclusive às de produtos derivados do tabaco.

Naquela ocasião, declarando a inconstitucionalidade de ato normativo do Estado de Massachusetts que, no fundo, apesar de não o fazer de maneira explícita, em verdade proibia a propaganda de cigarro em *outdoors* em quase toda a Cidade, a Suprema Corte afirmou que o interesse público em proteger crianças e adolescentes da propaganda de cigarros não pode levar ao quase banimento desta propaganda, necessária para que os fabricantes e os consumidores adultos, efetivos ou potenciais, possam dar e receber informações sobre um produto lícito. Enfaticamente, o juiz CLARENCE THOMAS asseverou que "quando o governo pretende restringir discursos que não veiculam mentiras para suprimir as idéias que eles expressam, impõe-se um controle rígido da constitucionalidade (*strict scrutiny*), independentemente do discurso em questão poder ou não ser considerado como 'comercial'."[31]

---

[28] Barroso, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. In: Temas de Direito Constitucional, 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 251.

[29] Op. cit., nota de rodapé n° 15. O autor também traz à baila a posição, no mesmo sentido, da Justiça Constitucional do Canadá: "Essa característica instrutiva da propaganda foi destacada pela Corte Superior de Quebec, no Canadá, ao declarar inconstitucional ato normativo que vedava a publicidade de cigarros naquele país. Confira-se trecho do acórdão sobre o tema: 'O Ato priva um terço da população adulta do Canadá, consumidores do produto, da informação referente a produtos existentes, novas marcas ou produtos, mudança do produto em termos de teor, nicotina e CO^2, informações que possibilitariam aos indivíduos fazer opções econômicas formadas'. A Suprema Corte do Canadá, ao confirmar a decisão, acrescentou: 'Além e acima de seu valor intrínseco como expressão, a propaganda comercial que, como já foi apontado, protege os que ouvem tal qual os que falam, desempenha um papel significativo de capacitar os indivíduos a fazerem escolhas econômicas informadas, um importante aspecto da satisfação pessoas e da autonomia individual.' A decisão final proferida pela Suprema Corte canadense considerou que proibir a veiculação da publicidade de cigarros nos principais meios de comunicação não era compatível com a Seção 1 da Canadian Charter of Rights and Freedoms. É de notar-se que a Constituição canadense, no particular, contém dispositivos muito semelhantes à brasileira, garantindo genericamente a liberdade de expressão e de imprensa. A diferença fica por conta do caráter mais analítico de nossa Carta, que trata especificamente da publicidade de cigarros, admitindo restrições, mas assegurando sua veiculação como um direito".

[30] No. 00-596. Decisão em 28.06.2001.

[31] "When the government seeks to restrict truthful speech in order to suppress the ideas it conveys,

O arcabouço doutrinário de sustentação desta posição da Suprema Corte apresenta-se amplo, podendo ser citado MARTIN H. REDISH, para quem não há qualquer razão para que se dê maior primazia ao direito de expressão política do que ao direito de expressão empresário-comercial, já que "da mesma forma que a livre expressão política facilita o processo de auto-governo, tornando os indivíduos votantes melhor informados, a liberdade de expressão comercial facilita o processo de auto-governo privado, tornando os indivíduos melhor informados para fazer escolhas de opções de vida. (...) A supressão estatal seletiva de determinados tipos de discursos (comerciais ou não) com base no juízo do Estado sobre a capacidade de persuasão ou sobre o objetivo do discurso mina as premissas básicas da humildade epistemológica do Governo, sem a qual não há como a Primeira Emenda sobreviver."[32]

No Brasil, em razão de haver dispositivo constitucional expresso, sequer haveria necessidade de tão elaborada disciplina doutrinária, conforme observa LUIS ROBERTO BARROSO:

> *No Brasil, sob a Constituição de 1988, a questão não se reveste de tal complexidade, seja pela referência expressa à propaganda comercial, feita no § 4º do artigo 220 (...), seja pelo fato de que a publicidade é, claramente, um aspecto do direito à informação. (...) Cabe, nesse passo, voltar a enfatizar a função social da propaganda. De fato, é pelo livre fluxo da comunicação comercial que se levam ao público consumidor dados sobre as características dos produtos, os elementos que os diferenciam, as inovações introduzidas e, até mesmo, como no caso do cigarro, os riscos associados à sua utilização. Por tais peculiaridades, o direito à informação, compreendido na liberdade de anunciar, adquire uma dimensão transindividual e passa a representar uma* garantia de todos os consumidores, reais e potenciais.[33]

Nesse sentido, o artigo 220, § 4º, da Constituição Federal Brasileira restringe, a título de exceção à regra de liberdade fixada em seu *caput*, a "propaganda" de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito de fazer propaganda de produtos lícitos constitui expressão dos direitos fundamentais de livre iniciativa econômica e de livre expressão e comunicação. Um regramento legítimo da publicidade não poderá afrontar o direito de livre manifestação e criação, pois não é o direito em si que é regrado, mas sim o seu excesso.

Ou seja, o Legislador pode até restringir – observados sempre os critérios de proporcionalidade e razoabilidade que permeiam os atos estatais restritivos de direitos individuais – mas não ao ponto de extinguir o direito fundamental de comunicação publicitária. Nesse sentido, trazemos mais uma vez ao debate o entendimento da jurisprudência constitucional portuguesa, segundo relato feito

---

strict scrutiny is appropriate, whether or not the speech in question may be characterized as 'commercial."

[32] REDISH, Martin H. Money Talks: Speech, Economic Power and the Values of Democracy, New York University Press, New York, 2002, pp. 19 e 57.

[33] Op. cit., nota de rodapé n° 15.

pela Procuradoria Geral da República daquele País:

> *A citada deliberação (declarada inconstitucional) não ensaiou fazer a conciliação prática da liberdade de expressão (artigo 37, n° 1, da Constituição) com os direitos constitucionais da propriedade privada e a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado (artigo 62 e 66 da Constituição), tendo negado o exercício daquela liberdade, mediante a proibição absoluta, permanente e indiscriminada de toda e qualquer pintura de inscrições em imóveis públicos ou particulares. (...) A solução da situação de 'conflito' deverá encontrar-se no quadro da unidade da Constituição, mediante a harmonização tão equilibrada quanto possível dos preceitos divergentes, prosseguindo-se a realização da sua concordância prática no respeito pelo critério da proporcionalidade na distribuição das 'compressões' dos direitos em confronto.*[34]

De forma ainda mais específica, afirmando que a proibição da propaganda televisiva representa substancialmente a perda do direito de fazer propaganda, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias:

> *O Tribunal admitiu a pertinência do argumento segundo o qual a proibição de publicidade televisiva privava o operador da única forma de promoção eficaz que lhe permitia penetrar num mercado nacional (v. acórdão De Agostini e TV-Shop, já referido, n.° 43).*[35]

Note-se, entretanto, que o conceito de "propaganda" não é jurídico, sendo mais um exemplo da crescente tecnicização do direito moderno, que faz com que o jurista deva se valer de conceitos das áreas técnicas especializadas objeto da lei. No dizer de REINHOLD ZIPPELIUS, "a legislação converte-se progressivamente em matéria de peritos, sendo eles os únicos que ainda se entendem das interligações normativas que poderão afetar a disposição jurídica a adotar".[36]

Será então no seu setor técnico-especializado próprio que deve ser buscado o conceito de "propaganda". Nesta seara constatamos que a propaganda é definida pelos clássicos da publicidade CHARLES D. SCHEWE e REUBEN M. SMITH como a "comunicação impessoal paga por um patrocinador e que usa mídia de massa".[37]

Como bem acentuou o publicitário DE FLEUR, à medida que a sociedade foi aumentando e se tornando mais complexa, cresceu a necessidade humana de um meio seguro de comunicação, que atingisse rapidamente longas distâncias[38].

---

[34] Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de Portugal (Parecer nº P000011989).

[35] Processo C-322/01, que teve por objeto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, nos termos do artigo 234.° CE, pelo Landgericht Frankfurt am Main (Alemanha).

[36] ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, pp. 499 e 501.

[37] SCHEWE, Charles D. e SMITH, Reuben M. Marketing: conceitos, casos e aplicações, trad. Auriphebo Berrance Simões, Ed. McGraw-Hill, São Paulo, 1982, p. 420.

[38] DE FLEUR, Melvin L. Teorias da Comunicação de Massa (trad. Marcelo A. Corção), 2ª edição, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1976, p. 72.

De fato, revela-se inimaginável, hodiernamente, a existência de propaganda que prescinda da veiculação nos meios de comunicação de massa. A esse respeito, leciona TONY SCHWARTZ: "A mídia eletrônica praticamente eliminou os vendedores ambulantes (...). Os vendedores foram substituídos pelo rádio e pela TV, presentes em quase todos os lares e vendendo a mais variada linha de produtos."[39]

Em interessante passagem, este mesmo publicitário sustenta que o rádio e a televisão criaram o supermercado. Assim explica: "Há uma geração as pessoas ainda freqüentavam a mercearia do bairro. O atendente ficava atrás do balcão, e as prateleiras exibiam uma certa variedade de produtos, enquanto o restante ficava armazenado em estoque. Você ia à mercearia com uma lista de compras, e após ter comprado tudo o que precisava, o atendente ainda lhe oferecia batatas ou farinha, ou mesmo verduras frescas que havia acabado de receber. Hoje em dia o supermercado substituiu o armazém da esquina. O balcão, as prateleiras e os merceeiros deram lugar a uma ampla sala de estoque que exibe uma grande variedade de produtos. Através dos comerciais nós sabemos os nomes desses produtos e a sua procedência. (...) Há alguns anos um grande supermercado empilhou gêneros alimentícios nas vitrinas para que os fregueses soubessem quais os produtos disponíveis. Hoje em dia a televisão é a principal vitrina para os bens de consumo, eliminando, conseqüentemente, as vitrinas das lojas."

De forma mais filosófica, MARSHALL MCLUHAN, que produziu um trabalho considerado revolucionário no mundo da Publicidade, na década de 1960, assentou:[40] "A televisão completa o ciclo *sensorium* humano. Com o ouvido onipresente e o olho móvel, abolimos o escrito, a metáfora especializada acústico visual que estabeleceu a dinâmica da civilização ocidental."

Com efeito, após destacar que tratar hoje da importância dos meios de comunicação de massa é quase uma redundância, expõe VERA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO LOPES que "os meios de comunicação de massa, em especial os de radiodifusão, pela sua penetração quase global nas sociedades, lidam com a informação, que hoje é tida como essencial para o desenvolvimento em qualquer nível: pessoal, grupal, nacional, global, etc. Nesse sentido, MARIA EDUARDA GONÇALVES põe em realce a trajetória da sociedade moderna, de uma economia de base industrial, assentada na matéria, para uma economia em que o fator imaterial – dados, informação, conhecimento científico e técnico – adquire crescente relevância e conseqüentemente valor econômico. A mesma autora ressalta que, além do impacto econômico, esta evolução tem incidência profunda sobre os modos de organização e funcionamento das relações sociais e sobre a realização de valores básicos das sociedades modernas, como as liberdades e a democracia".[41]

Também TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, acerca das limitações à

---

[39] SCHWARTZ, Tony. Mídia: o segundo Deus (trad. Ana Maria Rocha), Summus, São Paulo, 1985, p. 59.

[40] MCLUHAN, Marshall, FIORE, Quentin. O Meio são as Massa-Gens (trad. Ivan Pedro de Martins, coord. Jerome Agel), 2ª edição, Record, Rio de Janeiro, 1969, p. 73.

[41] LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O Direito à Informação, Ed. RT, São Paulo, 1997, pp. 142/3.

propaganda de derivados do tabaco atualmente em vigor no direito brasileiro, afirma: "ao dispor que a propaganda de produtos seja reduzida a pôsteres, painéis e cartazes internos, significa que ela está inteiramente proibida em ambientes externos. Admitida apenas, nas forma de pôsteres, painéis e cartazes internos, significa, de fato, o impedimento total da atividade comercial de propaganda do tabaco. (...) Parece-me importante, com efeito, mencionar, neste passo, a judiciosa observação do MINISTRO MARCO AURÉLIO do Supremo Tribunal Federal – STF de que 'o conteúdo político de uma Constituição não pode levar quer ao desprezo do sentido vernacular das palavras utilizadas pelo legislador constituinte, quer ao técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito' (RTJ, 156/673). Neste sentido, 'a flexibilidade de conceitos, o câmbio do sentido destes, conforme os interesses em jogo, implicam insegurança incompatível com o objetivo da própria Carta que, realmente, é um corpo político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes são imunes ao real sentido dos vernáculos, especialmente os de contornos jurídicos. Logo, não merece agasalho o ato de dizer-se da colocação, em plano secundário, de conceitos consagrados, buscando-se homenagear, sem limites técnicos, o sentido político das normas constitucionais. (...) A propaganda comercial tem por objeto a publicidade de produtos e serviços em veículos e processos de comunicação. (...) Propaganda comercial sem exteriorização não é propaganda enquanto atividade econômica".[42]

Após todos os ensinamentos doutrinários trazidos à colação, tanto no direito pátrio como em sede comparada, torna-se forçosa a conclusão de que o legislador não pode, na busca de regulamentação do art. 220, §4º, da Constituição, vir a estabelecer uma censura legislativa desta forma de comunicação social. Como expõe TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, "censura o Legislativo quando impede, *in genere* ou *in specie*, a propagação de idéias. (...) A vedação da censura (da censura legal, enquanto exclusão prévia, por meio de lei, de atividade de comunicação) não se confunde com a regulamentação da atividade".[43]

Igualmente, FERNANDO FORTES, valendo-se das lições de JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES, assevera que "qualquer restrição ou limitação imposta à imprensa pelos poderes Legislativo ou Executivo, contrariando os princípios constitucionais, constitui inaceitável censura. (...) Não podem editar provimentos, regulamentos, portarias, leis, decretos ou quaisquer outros atos normativos para impor qualquer tipo de restrição à atividade de imprensa. (...) De notar que é a mesma proteção constitucional outorgada à liberdade de imprensa e à de informação em geral, inclusive publicitária".[44]

5. AS RESTRIÇÕES QUE VENHAM A SER IMPOSTAS À PROPAGANDA NÃO PODEM DESCARACTERIZAR O SEU NÚCLEO ESSENCIAL

[42] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão [obra coletiva], edição do CONAR, 2000, p. 17 e 18.

[43] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão [obra coletiva], edição do CONAR, 2000, pp. 12 e 13.

[44] FORTES, Fernando. Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão [obra coletiva], edição do CONAR, 2000, p. 53.

Decerto, não há direito ou liberdade individual que seja absoluto. Todos eles estão sujeitos a limitações que integram a sua própria essência. Assim, por exemplo, a propriedade é assegurada, atendida a sua função social (artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal).

Igualmente, o direito das empresas que atuam nos ramos disciplinados no art. 220, §4º da Constituição de fazerem propaganda dos seus produtos é considerado por JEAN-PHILIPPE COLSON[45] como limitações administrativas à liberdade empresarial.

Nesse sentido, de há muito se assentou que não há direito que não seja passível de limitações administrativas. Estas são gerais e se inserem no próprio conteúdo do direito; não chegam a coarctar os atributos concernentes ao núcleo essencial do direito para torná-los despiciendos ou pouco significativos e, por estas razões, não são indenizáveis. Se ultrapassar estes lindes, a limitação administrativa na verdade terá deixado de o ser, constituindo uma servidão administrativa, uma desapropriação ou um confisco puro e simples. Tratando-se deste aspecto, são clássicos os ensinamentos de MIGUEL S. MARIENHOFF:

> *Apesar de a Administração Pública poder impor restrições à propriedade privada em prol do interesse público, elas têm a sua lógica limitação: a medida imposta não pode exceder o que, do ponto de vista técnico-jurídico, seja especificamente uma 'restrição'; se os limites conceituais desta forem excedidos, a medida será írrita.*[46]

Ora, se a assertiva é correta em relação aos direitos em geral, maiores cuidados deverá ter o intérprete em se tratando de limitações de direitos fundamentais, a exemplo dos direitos ora em discussão, que são restringidos em virtude do artigo 220, § 4º, da Constituição Federal, para o que devem ser trazidas à baila as palavras de DANIEL SARMENTO: "Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo Legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o 'limite dos limites', ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição".[47]

Nessa mesma senda, J.J. GOMES CANOTILHO afirma que "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".[48]

---

[45] COLSON, Jean-Philippe. Droit Public Économique, 2ª edição, Ed. LGDJ, Paris, 1997, p. 52.

[46] MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho Administrativo, Tomo VI, 6ª edição, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 47

[47] SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 111.

[48] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 1999, p. 430.

Abordando especificamente as limitações às liberdades de empresa, MANUEL AFONSO VAZ afirma que "a restrição legal em caso algum pode suprimir o 'coração do direito', ou seja, um mínimo de exercício do direito que preserve o valor da autonomia da pessoa humana frente ao poder. (...) A esta exigência genérica, acresce a apreciação da necessidade e proporcionalidade dos limites impostos ao exercício da atividade econômica privada, em face dos outros direitos ou interesses constitucionais que a lei restritiva visa proteger. O poder de restrição é um poder excepcional, pois não se justifica como regra".[49]

Igualmente, RICARDO RIVERO ORTEGA denota que as limitações à "liberdade de empresa são legítimas sempre que não constituam limitações irracionais, desproporcionais ou arbitrárias, que possam impedir ou reduzir consideravelmente o exercício da atividade empresarial".[50]

PIERRE DEVOLVÉ observa, nesta senda, que, "se a liberdade empresarial é uma liberdade pública que o Legislador pode, com apoio na Constituição, regulamentar o exercício, a existência em si da liberdade empresarial a ele se impõe: o Constituinte quis permitir ao Legislador proceder a ajustamentos ponderados na liberdade empresarial; ele não permitiu que a própria liberdade empresarial fosse colocada em xeque".[51]

Nos precisos termos postos por BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, "o poder de polícia, ou seja, a potestade legislativa reguladora dos direitos individuais, não é absoluta, nem arbitrária. A tese da onipotência legislativa (...) é totalmente insustentável em um sistema de Governo cuja essência seja a limitação dos poderes dos distintos órgãos e a supremacia da Constituição. (...) Estes lindes devem ser buscados nos princípios do ordenamento jurídico-constitucional. É por estas razões que o órgão legislativo, no exercício da sua potestas, tem que manifestar a sua vontade com prudência e ponderação, correspondendo ao órgão judicial, nos casos submetidos ao seu conhecimento e decisão, a difícil missão de fixar esses limites".[52]

O autor prossegue, citando as lições de CAMPBELL BLACK e de BREWER, que se encaixam perfeitamente ao que estamos expondo, no sentido de que estas potestades legislativas, apesar de necessárias para que os direitos sejam exercidos sem afronta ao interesse público, "são facilmente pervertidas, a ponto de serem extremamente perigosas para os direitos e a liberdade, tendo chegado a ser o refúgio de cada atentado contra a propriedade, tendo sido o instrumento de toda carga injusta contra o proprietário que não tinha como ser operada pelo poder de expropriação ou de tributação".[53]

Ora, é certo que o artigo 220 da Constituição Federal admite restrições ao direito fundamental (de liberdade de empresa e de expressão) dos agentes

---

[49] VAZ, Manuel Afonso. Direito Económico, 4ª edição, Coimbra Editora, 1998, pp. 168/9.

[50] ORTEGA, Ricardo Rivero. Introducción al Derecho Administrativo Económico, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 1999, pp. 115/6.

[51] DEVOLVÉ, Pierre. Droit Public de l'Économie, Ed. Dalloz, Paris, 1998, pp. 110 e 111.

[52] BASAVILBASO, Benjamin Villegas. Derecho Administrativo, Tomo V – Limitaciones a la Libertad, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, pp. 105/7.

[53] Ob. cit, p. 107.

econômicos fazerem propaganda dos produtos enumerados no seu § 4º. Todavia, a Constituição não admite, em momento algum, a supressão do direito de propaganda ou o seu esvaziamento a tal ponto que o seu exercício não tenha mais importância.

Assim, se as assertivas são corretas em relação aos direitos em geral, maiores cuidados deverá ter o intérprete e o administrador público em se tratando de limitações de direitos fundamentais.

6. O ART. 220, §4º, DA CONSTITUIÇÃO SE APRESENTA COMO NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA

O artigo 220, *caput* e § 4º, da Constituição Federal constitui típica norma constitucional de eficácia contida ou, em outra nomenclatura, norma de eficácia restringível,[54] pela qual a Constituição, desde logo, assegura um direito (liberdade de empresa e de propaganda) que pode, contudo, vir a ser restringido por lei infraconstitucional.

Colocando a questão em termos das estruturas das normas constitucionais, estas normas têm *ab ovo* eficácia plena, mas podem ter o seu âmbito de eficácia reduzido por norma legal superveniente: "Sua eficácia e aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio perseguido pelo Estado".[55]

Nesse sentido, a permissão constitucional dada ao Legislador para restringir a intensidade da eficácia da norma constitucional não permite a retirada de toda a sua eficácia prática, podendo apenas conformá-la com outros valores constitucionais que sejam pertinentes. Do contrário, estaríamos diante de uma improvável delegação de Poder Constituinte ao Legislador, que poderia derrogar norma constitucional sem os procedimentos fixados para a reforma constitucional, o que, *ipso facto*, convolaria a nossa Constituição em uma Constituição flexível, absurdo completo do qual não se pode sequer cogitar.

Tratando das normas constitucionais de eficácia restringível sob este viés, KONRAD HESSE observa: "Na medida em que o Legislador normaliza os limites, traçados pela Constituição, da liberdade jurídico-fundamental em leis ordinárias, ele mesmo não limita essas liberdades; ele comprova só declaratoriamente limites já traçados".[56]

7. DA NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO ENTRE OS VALORES DA SAÚDE E DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

[54] A primeira nomenclatura é a adotada por José Afonso da Silva, e a segunda por Maria Helena Diniz. Para a uma análise comparativa de ambas, SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 3ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, pp. 226 a 236.

[55] SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 115.

[56] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, trad. Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 252.

Em todos os casos envolvendo restrições aos produtos a que alude o art. 220, §4º, da Constituição, está-se diante de um claro caso de conflito entre valores constitucionais: de um lado, potencialmente, a saúde, de outro a liberdade de comunicação publicitária que, por sua vez, é corolário dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de iniciativa econômica.

Preliminarmente, há de se afirmar que nenhum desses princípios axiológicos é *a priori* superior ao outro. Ambos, ao revés, devem ser calibrados para que, em um mandado de otimização, sejam conjuntamente aplicados, ao mesmo tempo, com o máximo de eficácia possível.

Nesse sentido, INGO WOLFGANG SARLET, ao afirmar que sequer o princípio da dignidade da pessoa humana pode deixar de ser ponderado com os demais princípios constitucionais, observa que "irremediavelmente o reconhecimento de um princípio absoluto – tal como lembra Alexy – contradiz a própria noção de princípios".[57]

É comum, com efeito, que mais de um princípio seja aplicável. O hermeneuta, todavia, inclusive quando a atividade interpretativa da Constituição é desempenhada pelo Legislador, deverá adotar metodologia diferente da que emprega quando diante de (meras) regras contraditórias, em que a aplicação de uma deve, necessariamente, implicar a exclusão da outra.58

Em se tratando de conflitos entre princípios, devem eles ser ponderados, buscando-se, sempre que possível, alcançar solução que não exclua por completo nenhum deles. "Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas conseqüências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma 'calibragem' entre os princípios, e não a opção pela aplicação de um deles".59

Conforme observa RECASENS SICHES,[60] "uma relação jurídica supõe uma situação participante de múltiplos sentidos ou conexões estimativas, que são pertinentes ao Direito. Os elementos de uma vinculação social contêm (positiva ou negativamente) vários valores: a justiça exige que o direito regule essa situação de maneira tal, que entre as concretizações de valores contidas em cada sujeito se dê a proporcionalidade que existe objetivamente entre os valores."

---

[57] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 78. No mesmo sentido, TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial, in Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado (org. SARLET, Ingo Wolfgang), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 11 a 15. Cumpre observar que JOSAPHAT MARINHO sustentava, ao interpretar o § 4º do artigo 220 da Constituição Federal, possuir a liberdade de expressão superioridade axiológica sobre os demais valores e princípios envolvidos (MARINHO, Josaphat. Garantias Constitucionais à Liberdade de Expressão [obra coletiva], edição do CONAR, 2000, p.30).

[58] ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico, Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 223.

[59] Daniel Sarmento, Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de bens, integrante da obra coletiva "Teoria dos Direitos Fundamentais", organizada por Ricardo Lobo Torres, Editora Renovar, 1999, p. 52.

[60] Los Temas de la Filosofía del Derecho, Ed. BOSCH, Barcelona, 1934, pp. 102/3.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu, na ADIn. n° 855-2, relatada pelo Exmo. Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que a medida estatal exagerada era inconstitucional por violar a necessária proporcionalidade em sua determinação: "No caso em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei estadual que determinava a utilização de balança especial para a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o Tribunal analisou o meio utilizado (determinação da utilização da balança) e o fim buscado (princípio da proteção dos consumidores) e o princípio colateralmente restringido (princípio da livre iniciativa). Segundo se depreende pela leitura da íntegra do acórdão, a recorrente alegava que o meio não era totalmente adequado à promoção do fim (...), outros meios menos restritivos poderiam ter sido escolhidos (lacre, selo, vigilância) e as desvantagens (dispêndio com a compra dos botijões...) superavam as vantagens (maior controle do conteúdo dos botijões, proteção da confiança dos consumidores)."[61]

Ora, se nesta proporcional ponderação entre valores constitucionais o Legislador não possui liberdade plena, menos ainda a terá quando, como no caso do artigo 220, §4º, da Constituição Federal, a própria Constituição já tiver em grande parte pré-ponderado os valores em conflito. A esse respeito, são esclarecedoras as lições de ROBERT ALEXY:

> *As disposições de direito fundamental podem ser consideradas não apenas como positivações de princípios, (...) mas também como expressão de uma vontade de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos. Adquirem, desta maneira, um caráter duplo. Através delas, por um lado, se positivam princípios; mas, por outro, na medida em que apresentam tipos de garantias e cláusulas restritivas diferenciadas, contêm as normas de direitos fundamentais determinações com respeito às exigências de princípios contrapostos. Não obstante, as determinações apresentadas por elas têm um caráter incompleto. De modo algum possibilitam, em todos os casos, uma decisão livre de ponderação. (...) Quando, mediante uma disposição de direito fundamental, se leva a cabo alguma determinação relacionada com as exigências de princípios contrapostos, se estatui com ela não apenas um princípio, mas também uma regra. Se a regra não é aplicável sem ponderação prévia, então, como regra, é incompleta. Na medida que é incompleta, a decisão jusfundamental pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as inseguranças que isto implica. Mas, isto não muda em nada o fato de que, na medida de seu alcance, as determinações devem ser levadas a sério. A exigência de levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direito fundamental (...) é uma parte do postulado da sujeição à Constituição. (...) porque tanto as regras estatuídas pelas disposições constitucionais, como os princípios estatuídos por elas são normas constitucionais. Isto leva a questão da relação de hierarquia entre ambos os níveis. A resposta somente pode indicar que,* ***do ponto de vista da sujeição à Constituição, existe uma prioridade do nível da regra****. (...) Mas a sujeição à Constituição significa a sujeição a todas as decisões*

[61] Cf. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, 84.

do legislador constitucional. Portanto, as determinações adotadas no nível das regras precedem as determinações alternativas, que levando em conta os princípios, são igualmente possíveis.[62]

8. A CONSTITUIÇÃO ADMITE COMO RESTRIÇÕES APENAS AS QUE VISEM A DAR AOS INDIVÍDUOS OS MEIOS DE PROTEÇÃO.

A Constituição da República, objetivando, precisamente, respeitar o Estado Democrático de Direito que fundou e cuidando de preservar o espaço de liberdade deixado aos particulares, evitou uma indesejável postura paternalista ao dispor que as restrições legais não substituirão as pessoas na defesa contra a propaganda, mas apenas lhes conferirão os meios eficazes para que elas próprias possam se defender.

É exatamente esta a interpretação que deve ser dada ao artigo 220, § 4º, da Constituição, o que, além de decorrer do Estado Democrático de Direito, advém da própria remissão expressa que faz ao inciso II do § 3º do mesmo artigo ("nos termos do inciso II do parágrafo anterior"), que dispõe que as restrições que a lei federal vier a estabelecer para a comunicação social devem visar a garantir "à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de (...) propagandas de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (artigo 220, § 3º, II).[63]

A doutrina é enfática ao reprovar a instrumentalização de competências públicas para a satisfação de desejos e concepções individuais dos agentes públicos, sejam eles administradores ou legisladores, que deverão "valorar os fatos segundo as concepções dos homens, e não mediante ideologias próprias, pessoais. Se o agente público se encontra numa função, a qual tem o correlato dever, suas impressões pessoais devem ceder para a do padrão médio da sociedade",[64] expresso primariamente na Constituição.

Trata-se, sobretudo, além da preservação do Estado de Direito em relação às empresas desses setores da economia, de preservar a ordem constitucional democrática de 1988, que não acolhe indevidas ingerências nas escolhas das pessoas quanto ao consumo ou não de produtos que podem, como muitos outros,

---

[62] ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp 98-103.

[63] "A liberdade de expressão 'da atividade intelectual, artística, científica e de comunicações' (artigo 5º, IX c.c. o artigo 220), por outro lado, admite limitações de ordem infraconstitucional, uma vez que o próprio preceito garantidor da liberdade autoriza a possibilidade de restrição desta mediante a edição de lei (artigo 220, § 3o). Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia contida, com a peculiaridade de que os limites da regra restritiva estão previamente estabelecidos pelo legislador constituinte nos §§ 3º e 4º do artigo 220. São eles: a) limite formal: somente lei federal poderá restringir a liberdade de expressão; b) limite material: a lei apenas poderá ter por conteúdo o estabelecimento dos "meios legais que garantam a pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como o da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente". (SUIAMA, Sergio Gardenghi. Censura, Liberdade de Expressão e Colisão de Direitos Fundamentais na Constituição de 88, acessado em 02/1/2004, no sítio http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/xtese5.htm).

[64] VITTA, Heraldo Garcia. Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 74.

fazer mal à saúde, mas que são lícitos.

Nesse sentido, denotando o valor democrático do juízo afirmado, muito superior à mera vontade autoritária de se imiscuir na vida privada lícita das pessoas para as substituírem na decisão do que é melhor ou pior para elas, FELICE GIUFFRÉ, em lapidar passagem, alerta: "Considerando que no atual paradigma das formas de Estado ocidental, o poder está cada vez menos concentrado na via eleitoral e nos mecanismos representativos, se desenvolvendo, muito mais, na direção de critérios fundados sobre a racionalidade auto-legitimante do conhecimento especializado, assumindo fundamental relevo político-constitucional aquelas normas da Constituição que, ao fixarem um direito fundamental (ex.: liberdade de pensamento e de pesquisa científica), impõem uma norma de abstenção para o Estado em relação ao mérito das opções culturais individuais, mantendo sob a responsabilidade da Administração apenas o mister de garantir a cada um as condições para orientar com consciência o próprio desenvolvimento espiritual". [65]

Descendo a uma discussão jusfilosófica acerca da liberdade de expressão, vejamos o magistério de CARLOS SANTIAGO NINO: "Desenvolveu SCANLON uma teoria justificadora da liberdade de expressão sobre a base de um dos argumentos que menciona GREENAWALT: o de que é essencial ao tratamento dos indivíduos como seres autônomos o reconhecimento da liberdade de expressão. Segundo SCANLON, o governo deve tratar os indivíduos como eles consentiriam se fossem iguais, autônomos e racionais. Isto implica que a coação estatal não pode operar sobre a base de que os cidadãos devem delegar ao Estado o juízo sobre as razões para obedecer ao próprio Estado. Como vimos anteriormente, o raciocínio prático dos indivíduos que os conduz a observar o direito tem de partir de razões independentes do próprio direito. Isto implica que a própria legitimidade do poder estatal está baseada na possibilidade de que os cidadãos contem com os elementos necessários para formar seu próprio juízo, o que requer a mais ampla liberdade de expressão. Deste modo, há dois tipos de "danos" que o Estado não pode tomar em conta para restringir a liberdade de expressão – o que torna estas ações mais fortemente protegidas do que outras: a) o dano embutido na sustentação de crenças falsas através de atos de expressão; b) o dano contido em efeitos prejudiciais de certos atos praticados em razão de atos de expressão, quando a ligação entre os atos danosos e os atos de expressão consiste em que estes últimos fizeram crer aos agentes dos primeiros que valia a pena realizá-los. Ao princípio de liberdade de expressão que exclui a possibilidade de cancelá-la quando se dão os danos supracitados SCANLON denomina "o princípio de Mill[66]" (...). A eleição e materialização de planos de vida requer a maior amplitude informativa possível, o uso de instrumentos de comunicação para coordenar atividades e planos individuais e a maior variedade

[65] GIUFFRÈ, Felice. Declínio del Parlamento-Legislatore, constante da obra coletiva Le Autorità Indipendenti: Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel Diritto Pubblico italiano, Giuffrè, Milano, 1999, p. 192/3.

[66] Refere-se a John Stuart Mill, cuja justificação da livre expressão de idéias é tida por conseqüencialista (que leva em consideração os efeitos que a proteção da expressão tem para diversos bens, em oposição aos não conseqüencialistas, que apenas afirmam o caráter moralmente errôneo ou violador de direitos da omissão de tal proteção). A fundamentação de Mill está calcada nos efeitos benéficos da liberdade de expressão para a busca da verdade.

possível de expressão de idéias, atitudes estéticas, inclinações religiosas, etc. Estes dois valores[67] convergem numa interpretação sumamente restritiva dos danos, sempre a terceiros, de acordo com a derivação básica do princípio da autonomia, que podem causar-se por meio da expressão: esses danos devem estar em geral vinculados ao ato de expressão mais do que ao conteúdo dela. [68]

Adiante, SANTIAGO NINO lembra que a interferência na expressão de idéias e atitudes costuma se justificar com base em diversas considerações, a dizer, "a preservação da ordem e da paz públicas, a proteção das pessoas e, sobretudo, dos menores contra expressões violentas e obscenas, a guarda da privacidade e honra das pessoas. Não obstante, os princípios do liberalismo constitucional impõem limites muito estreitos a tais interferências".

9. REGRAS, PRINCÍPIOS E INTERPRETAÇÃO INSTITUCIONAL DAS NORMAS RESTRITIVAS DO DIREITO DE PROPAGANDA.

Ainda em nossa análise, cumpre mencionar que a moderna hermenêutica constitucional tem formulado critérios de identificação e categorização dos argumentos jurídicos eventualmente invocáveis em uma questão constitucional, partindo, então, em um segundo momento, para a enumeração de que espécies de argumentos devem ser consideradas prioritárias sobre as outras.[69]

Nesse sentido, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA apresenta a solução para dar maior objetividade à fundamentação das decisões jurídicas, evitando-se justificativas baseadas em subjetivismos ou evocação de princípios descolados da realidade.

Assim, observa o autor: "Propõe-se uma reclassificação dos argumentos jurídicos integrada com uma utilização e valoração móvel e flexível desses mesmos argumentos (...), harmonizando a necessidade de discernir os argumentos com a importância de não separá-los por completo, diminuindo a inevitável subjetividade da interpretação sem enrijecer o pensamento para o futuro. Com isso, poder-se-á abandonar qualquer simplismo na argumentação jurídica, quer no sentido de reduzir o raciocínio jurídico à pura lógica ou à pura interpretação literal, quer no sentido de circunscrever a atividade interpretativa ao mero decisionismo ou à simples ponderação de valores de natureza inexplicada"[70].

Colocadas essas necessidades metodológicas, compreende-se que os

---

[67] Trata da promoção da autonomia pessoal e do enriquecimento do debate coletivo. Ibidem, p. 263.

[68] Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico e politológo de la práctica constitucional. Buenos Aires: Editoria Artrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1992. p. 260.

[69] Além dos autores citados neste texto, poderíamos aludir também, entre outros, a BYDLINSKI, Franz. Juristiche Methodenlehre und Rechtsbegriff, Springer, Wien-New York, 1991; GUASTINI, Riccardo. Distinguendo: Studi di Teoria e Metateoria del Diritto, Giappichelli, Torino, 1996; MACCORMICK, Neil E SUMMERS, Robert. Interpretation Statutes:a comparative Study, Dartmouth, Aldershot, 1992.

[70] ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico, in Temas de interpretação de Direito tributário [org. Ricardo Lobo Torres], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 115 e 116.

argumentos jurídicos ligados diretamente ao texto da regra específica a ser aplicada (art. 220, § 4º, CF) prevaleçam sobre os argumentos metajurídicos ou mais genéricos e subjetivos, como o seria a mera invocação em tese da "saúde pública".

A organização dos argumentos jurídicos em ordem da sua maior ou menor capacidade de prevalecerem sobre os demais é extremamente variada na doutrina. A importância de tal esforço metodológico é, no entanto, pacífica.

Pacífica também é a prioridade que deve ser dada aos argumentos jurídicos que mais possam ser objetivamente condivididos coletivamente, em detrimento das afirmações genéricas mais ligadas às concepções pessoais e ao perfil psicológico de cada julgador. Isso faz com que devam ser prestigiados os argumentos mais ligados ao texto da regra a ser aplicada do que os argumentos de caráter não estritamente jurídico, da mesma forma que, em um conflito entre regra e princípio da mesma hierarquia normativa, deve prevalecer aquela, pois tem a natureza de uma prévia ponderação dos valores envolvidos feita pelo poder político *a priori* legitimado para tanto, no caso o próprio Constituinte.

Em se tratando de interpretação constitucional, apenas a ausência de regra constitucional específica pode abrir ao Poder Judiciário a possibilidade de efetuar a sua ponderação dos valores envolvidos na questão.

As idéias expostas não devem de forma alguma ser vistas como uma supervalorização apenas da interpretação gramatical, que sempre estará incindivelmente conectada com as demais espécies de interpretação, nem de um Direito desapegado dos valores. Todavia, não se pode olvidar que, no Estado de Direito, o papel de pesar os valores em jogo é primordialmente atribuído ao Legislador ou ao Constituinte, não ao Judiciário. Em outras palavras, não se trata de desprezar os valores envolvidos, mas sim de priorizar a regra constitucional que já os tenha ponderado previamente, *in casu* o art. 220, § 4º, CF.

É por essas razões que HUMBERTO BERGMANN ÁVILA coloca na categoria preferencial de argumentos os de natureza institucional, ligados diretamente ao ordenamento jurídico, que podem ser lingüisticos (tanto da linguagem comum, como da linguagem técnica); sistemáticos; históricos; de direito comparado; e genéticos, relacionados aos trabalhos preparatórios do dispositivo a ser interpretado. Conforme expõe o autor:

Como conseqüência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, é adequado afirmar que os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais. Os argumentos institucionais possuem como ponto de referência o próprio ordenamento jurídico. É precisamente o ordenamento jurídico que permite uma argumentação intersubjetivamente controlável. Os argumentos não institucionais, ao invés de permitirem um debate objetivamente concebível, apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao Estado Democrático de Direito. (...) Os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais. (...) É preciso dar prevalência aos argumentos

que se deixam reconduzir aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o são os argumentos lingüísticos e sistemáticos.[71]

No segundo grupo em ordem de importância e preferência hermenêutica, o autor reúne os argumentos não ligados diretamente ao ordenamento jurídico positivo, por ele chamados de "argumentos não-institucionais, que são argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos. As conseqüências danosas de determinada interpretação e a necessidade de atentar para os planos de governo enquadram-se aqui. (...) Aliás, justamente pela falta de referência a pontos de vista objetivos ou objetiváveis, os argumentos não-institucionais nunca serão conclusivos, porque manipuláveis conforme os interesses em jogo".[72]

A esse respeito, FRIEDRICH MÜLLER é um dos autores que mais valoriza os argumentos calcados na interpretação dos textos normativos em relação aos argumentos não ligados diretamente ao texto da norma. Tal se dá não apenas em virtude de uma necessidade metodológica, mas também por imposição constitucional decorrente da vinculação do Poder Judiciário à Constituição.

De acordo com o Autor, "em uma sociedade cujo direito constitucional é largamente codificado, já está com antecedência decidido que os textos das normas exercem um papel privilegiado no trabalho de concretização do Direito. O fato de o texto da norma ser particularmente importante é conseqüência, de um lado, do direito constitucional em vigor (e também do imperativo geral não-escrito de determinabilidade resultante do Estado de Direito), e, de outro lado, da opção tomada de se adotar uma Constituição escrita. Assim, esse lugar privilegiado do texto não deve ser explicado apenas pela especificidade metodológica da interpretação gramatical em si, já que os procedimentos da metodologia do direito, enquanto regras da arte da prática jurídica, não possuem por si próprios qualquer caráter normativo. (...) O limite posto pelo texto representa o limite traçado pelos princípios da democracia e do Estado de Direito, ao qual deve se ater, não a aplicação metodologicamente *possível* do Direito, mas a aplicação juridicamente *regular* do Direito."[73]

Já os argumentos não ligados ao texto da norma, como os elementos da teoria ou de política jurídica "não têm, ainda que em alguns casos a sua prevalência seja dissimulada, qualquer função além de auxiliares de esclarecimento e de apoio à aplicação do Direito que tenha sido realizada com base nos textos das normas em vigor. (...) Em razão dos imperativos de clareza e de determinabilidade impostos pelo princípio do Estado de Direito, o texto da norma constitui, em caso de conflito, o ponto de referência prioritário da aplicação

---

[71] ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico, in Temas de interpretação de Direito tributário [org. Ricardo Lobo Torres], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 143, 144 e 150.

[72] ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico, in Temas de interpretação de Direito tributário [org. Ricardo Lobo Torres], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 132 e 133.

[73] MÜLLER, Friedrich. Discours de la Méthode Juridique (trad. Olivier Jouanjan), Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1996, pp. 238, 239 e 243.

do Direito, na medida em que ele fixa os limites das possibilidades lícitas de decisão. O texto não é a lei, mas, enquanto dado de partida do processo de interpretação, uma prefiguração da lei. (...) Não se pode ir contra a função limitadora do texto da lei invocando textos que não são textos de normas jurídicas."[74]

Na mesma esteira, ROBERT ALEXY estatui de forma assemelhada que "os argumentos que dão expressão a um elo com as verdadeiras palavras da lei, ou com a vontade do legislador histórico, têm precedência sobre os outros argumentos (...)".[75]

Especificamente na interpretação dos direitos fundamentais, entre eles as várias formas de liberdade de expressão, uma das mais importantes conseqüências dessa metodologia, é que "os programas constitucionais dos direitos fundamentais não podem ser preenchidos por normas infraconstitucionais. Ao revés, são estas que devem ser apreciadas à luz desse programa e corrigidas em caso de conflito. Os direitos fundamentais estão em um grau particularmente alto apoiado pelos seus campos normativos. Em razão de sua aplicabilidade imediata, necessitam de critérios concretos que possam torná-los inteligíveis a partir da sua própria dogmática setorial sem precisar dos favores da lei ordinária, (...) evitando-se assim, a 'interpretação da Constituição conforme a lei'. (...) Devem ser totalmente descartadas as condições não-escritas que poderiam levar à restrição de certos direitos fundamentais; as leis que podem restringir direitos fundamentais submetem-se a uma necessidade suplementar de prévia previsão constitucional explícita."[76]

No extremo, a suposta aplicação da Constituição que não dê o devido valor ao seu texto, dando mais importância a concepções filosóficas ou sociais exógenas, pode fazer com que os direitos sejam atingidos por restrições não albergadas constitucionalmente. A invocação formal da Constituição serviria apenas para que o operador do Direito impusesse suas convicções pessoais ou coletivas sobre os particulares. Substancialmente, a restrição adviria da vontade do agente público, não da Constituição, ou seja, do seu texto.

A invocação da "saúde pública" como meio de justificar qualquer medida restritiva da propaganda é um típico caso de tentativa de fazer prevalecer um argumento não-institucional sobre um feixe harmônico de argumentos institucionais, calcados diretamente na regra jurídica positiva e objetiva do art. 220, § 4º, CF, que já pré-pondera, da maneira então determinada pelo Constituinte, o valor "saúde pública" com o da "liberdade de expressão comercial".

Um feliz exemplo de adoção da correta metodologia jurídica em relação à invocação especificamente do argumento não-institucional da "saúde pública" foi recentemente dado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que expressamente

---

[74] MÜLLER, Friedrich. Discours de la Méthode Juridique (trad. Olivier Jouanjan), Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1996, pp. 259, 325 e 327. Veja também pp. 323 e 324.

[75] ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva), Ed. Landy, São Paulo, 2001, p 239.

[76] MÜLLER, Friedrich. Discours de la Méthode Juridique (trad. Olivier Jouanjan), Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1996, pp. 270 e 336.

afirmou, ao conceder provimento cautelar para impedir a produção de efeitos de ato da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que a mera invocação de argumentos de "saúde pública" não pode servir de biombo para a imposição de qualquer ato despropositado às empresas. Assim se manifestou o Tribunal:

> *Não se pode atribuir conotação maniqueísta e discriminatória aos interesses comerciais da empresa requerente, tão-só porque confrontados, na espécie, com os sagrados princípios que dizem o direito à vida e à saúde da população brasileira, dos quais se coloca como guardiã a Agência requerida. Por mais sensível que seja o tema, não pode o julgador partir do pressuposto de que são inconciliáveis os direitos e interesses debatidos na lide, sob pena de restar comprometida a realização da justiça.*[77]

O que deve ser frisado é que não se está a descartar a possibilidade de interpretações evolutivas da Constituição, que devem, no entanto, ser sempre consentâneas com a sua letra, que constitui o início e o limite, negativo e positivo,[78] de toda interpretação.[79] "As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados".[80]

Existe uma convergência de praticamente todas as espécies de argumentos institucionais, calcados nos mais diversos princípios constitucionais, na direção da inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados, ou seja, há uma conjunção e interação dos argumentos baseados no texto do art. 220, § 4º, CF.

Dá-se com isso o que a doutrina chama de “interação unidirecional” dos argumentos existentes sobre determinada questão jurídica, e aqui nos valemos mais uma vez das imprescindíveis lições de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA: "Pode ocorrer que a interpretação logo revele que os argumentos pertencentes ao mesmo agrupamento, ou mesmo mutuamente independentes, seguem a mesma direção. Quando isso ocorrer, a interpretação ganha uma força justificativa acumulada. Essa unidirecionalidade normalmente surge em função de determinados argumentos serem suportados por princípios. Nessa hipótese, entra em cena a idéia de coerência do sistema jurídico: um sistema jurídico é tanto mais coerente quanto maior for a cadeia de fundamentação que ele contiver, e quanto mais proposições forem suportadas pelo menor número de princípios. A idéia de coerência, justamente por que se relaciona com a concepção de racionalidade e

---

[77] Agravo regimental na medida cautelar. Processo nº 200300228928, 2ª Turma do STJ, j. 12.08.2003 (DJ, 29.09.2003).

[78] Negativo porque não se pode violar o texto, positivo porque deve também se justificar no texto.

[79] "O que está para além do sentido literal lingüisticamente possível e é claramente excluído por ele já não pode ser entendido, por via da interpretação, como o significado aqui decisivo deste termo. Diz acertadamente MEIER-HAYOZ que o 'teor literal tem, por isso, uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da sua actividade interpretativa'. Uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido" (LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, trad. José Lamego, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., Lisboa, 1997, pp. 453/4).

[80] BARROSO, Luís Roberto Barroso. Interpretação e Aplicação da Constituição. Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 122.

generalidade inerente ao Estado de Direito, reforça a justificação de uma determinada interpretação. Quanto maior for a cadeia de fundamentação, maior a estrutura de estabilidade dos valores, e maior a força justificativa dos argumentos".[81]

CONCLUSÃO.

Em vista de todo o acima exposto, observa-se que a Constituição Federal consagrou um núcleo duro de garantia do direito de propaganda mesmo às empresas fabricantes e comercializadoras de produtos potencialmente nocivos à saúde.

Se, por um lado, a Carta Magna reconheceu o potencial de risco à saúde advindo do consumo desses produtos e, nesse sentido, determinou que a propaganda seria submetida a condicionamentos por meio de lei, por outro, reconheceu a licitude de tais atividades econômicas, da qual decorre o direito à livre iniciativa e, nele ínsito, à propaganda.

Em síntese, concluímos que a lei não poderá cercear esse direito a ponto de anulá-lo, sob pena de inconstitucionalidade.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Liberdade de Expressão Comercial. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível

[81] ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico, in Temas de interpretação de Direito tributário (org. Ricardo Lobo Torres), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 140 e 141.