

Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial

Clèmerson Merlin Clève*

Sumário: 1. Introdução; 2. A fisionomia da Constituição de 1988 e a liberdade de expressão; 3. Liberdades de expressão, de informação e de comunicação na Constituição de 1988; 3.1. Liberdade de expressão e propaganda comercial; 3.2 Direito de informação e propaganda comercial; 3.3 Liberdade de iniciativa, concorrência e propaganda comercial; 3.4. Propaganda e meios de comunicação de massa: - um problema conceitual; 4. Restrição e reserva absoluta de lei qualificada proporcional; 4.1 Cláusula de advertência, contrapropaganda e reserva de lei qualificada; 5. Controle de restrição desproporcional de direito fundamental; 6. Conclusões.

Summary: 1. Introduction; 2. The physiognomy of the Constitution of 1988 and the freedom of expression; 3. Freedoms of expression, information and communication in the Constitution of 1988; 3.1. Freedom of expression and commercial advertising. 3.2. Right to information and advertising. 3.3. Freedom of initiative, competition and advertising; 3.4. Advertising and media means: a conceptual problem; 4. Restriction and absolute reservation of proportional qualified law; 4.1. warning clause, contrapropaganda and reservation of qualified law; 5. Control of disproportionate restriction of fundamental right; 6. Conclusions.

Palavras-chave: direitos fundamentais, liberdade de expressão, direito constitucional, democracia.

Key-words: fundamental rights, freedom of expression, constitutional law, democracy.

Introdução

Convivem, na realidade brasileira, hoje, graves problemas sociais, próprios de um país em desenvolvimento com os desafios postos pelo mundo globalizado, próprios de um país moderno, pós-industrial. Nesta seara, as preocupações quanto ao meio ambiente, direitos humanos, saúde pública, democratização dos meios de comunicação, avanços da ciência médica, entre outros, se fazem presentes, desafiando a implementação de políticas públicas, além da definição - ou redefinição - de marcos regulatórios e do aparelhamento do Estado. Nesse contexto, cumpre lançar um olhar mais atento para os efeitos da regulação estatal da liberdade de expressão e de informação sobre a esfera de escolha dos cidadãos.

* Professor Titular de Direito Constitucional da UniBrasil e da UFPr. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST).

No presente estudo importa verificar se as políticas adotadas pelo país são compatíveis com a Constituição. Ou seja, se as autoridades públicas, ao desenhar o mapa de afirmação da liberdade de expressão, formulando escolhas que serão convertidas em lei, estão tomando as devidas cautelas com o propósito democratizador deste direito/princípio, resguardado pelo Estado plural, mas não paternal, consagrado em nossa Constituição. Não é o caso de simplesmente plantar aqui as soluções normativas adotadas no exterior, sem operar uma adequação às necessidades inerentes ao grau de emancipação de nosso povo. As experiências sentidas em outros países certamente haverão de ser consideradas; nada, porém, autoriza, no direito constitucional brasileiro, o simples transladar de soluções e modelos.

Infelizmente, nem sempre esta preocupação prevalece em face do atropelo e da falta de atenção para com a normativa constitucional e os direitos fundamentais. Assim, manifestado-se o legislador com excesso, olvida que o direito conforma sistema que exige integridade, coerência, enfim, racionalidade, e que seu manejo para atender determinados fins, por mais nobres que sejam, tem limites ditados pela específica ordem constitucional brasileira.

A Constituição de 1988, marcada pelo espírito democratizador da época de sua elaboração, assegura como direitos fundamentais a liberdade de comunicação (art. 5º, incisos IV e IX) e o acesso à informação (art. 5º, inciso XIV). A livre iniciativa, por seu turno, foi erigida à condição de fundamento da República (art. 1º, inciso IV) e da Ordem Econômica Constitucional (art. 170, *caput*). Na Constituição brasileira, a liberdade de comunicação foi, ainda, mais reforçada. O Constituinte dedicou-lhe, além dos já citados dispositivos, um capítulo específico (“*Da Comunicação Social*” – arts. 220 a 224 da Constituição), no qual fundiu o princípio segundo o qual as atividades de divulgação de informações “não sofrerão qualquer restrição” (art. 220, *caput*): “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.”

É claro que estão delineados, particularmente em dois parágrafos, limites aos direitos em questão:

“§ 3º Compete à lei federal:

I – *Omissis*

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221,¹ bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

¹ “Art. 221 – A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

É compreensível, diante da amarga experiência dos mais de vinte anos de regime autoritário, que a censura, ou seja, a proscrição de todos ou de certos discursos, nos meios de comunicação de massa, tenha sido rechaçada no texto da Constituição Cidadã. No entanto, isso não sugere uma leitura equivocada das liberdades de expressão e informação. Assim como todos os demais direitos fundamentais, não há que se falar em direito absoluto, isento de conformação e limitação. Estas, no entanto, não estão à livre disposição do legislador; devem necessariamente se pautar no interesse público e guardar proporcionalidade com os legítimos fins do Estado. Tome-se como exemplo a publicidade e a propaganda.

No direito dos micro-sistemas, que recupera sentido e identidade através da normativa constitucional (a idéia de Constituição como *centro* que ordena – na verdade *reordena* mediante um processo de *reconstrução*), emergem fórmulas legislativas tratando de temas pertinentes com distintos critérios de ordenação adotados pelo legislador. Assim é que a matéria relativa à publicidade e propaganda é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), em particular, pelo art. 37 e parágrafos:

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Certamente, aqui, o interesse reside na defesa do consumidor, razão pela qual o direito de livre expressão sofre restrição, justificável e proporcional, para permitir a satisfação, ao mesmo tempo, do art. 5º, inciso XXXII, da Lei Fundamental, segundo o qual, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e do art. 170, inciso V, segundo o qual a defesa do consumidor consubstancia princípio da ordem econômica. Ora, não há relação de consumo na sociedade tecnológica, na era do conhecimento e da troca de impressões intermediada pelos meios de comunicação de massa, senão através da informação sobre os produtos entregues ao comércio, o que se opera fundamentalmente com a publicidade e a propaganda. A publicidade honesta, a publicidade despida de vícios e, por isso mesmo, não enganosa é indispensável para que o consumidor maduro, suficientemente informado, possa livremente decidir a propósito do que é de seu interesse.

Não se fundamenta aqui, portanto, uma proibição da propaganda de produtos lícitos, mas sim uma definição dos seus contornos, tudo para permitir a emergência de um consumidor capaz de operar, de forma consciente, uma escolha racional.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) contempla restrições à propaganda comercial. Com efeito, nos termos da lei:

“Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Tratam-se de restrições circunscritas ao universo dos periódicos impressos, voltadas à publicidade em geral, que atingem, por igual, e não poderia ser diferente, os produtos especificados no § 4º, do art. 220, da Constituição. Ninguém deixará de concordar que tais restrições são pertinentes, conformando um juízo de concordância prática do direito à liberdade de expressão com a disposição constitucional inscrita no art. 227, segundo a qual “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Além das incursões do legislador,² também o CONAR³ (*Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária*) impõe limites à expressão publicitária para manter a ética na sua difusão. Entre os seus objetivos encontra-se (i) a promoção da liberdade de expressão publicitária salvaguardando os interesses dos consumidores e (ii) a composição de litígios éticos⁴ sobre questões relativas à indústria da propaganda.

Até aqui estamos no campo da constitucionalidade. Situação distinta é aquela em que há uma proibição da publicidade ou propaganda de um produto lícito, ou imposição de medidas que substanciam patente contrapropaganda. Quando a restrição não se dá a partir de um juízo adequado de concordância prática e de ponderação, a normativa constitucional, que autoriza restrição, e restrição orientada a uma finalidade específica, mas não proscrição, é desrespeitada. Com a proscrição, impede-se que a pessoa ou a família exerça por si um juízo de valor que não é dado ao legislador usurpar.

² Sobre a evolução da regulação da matéria, ver JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 37-40.

³ Sociedade civil sem fins lucrativos fundada em 1980, verdadeiro instrumento de regulação autônoma do mercado publicitário, conformando interessante experiência de auto-governo e de auto-restrição da atividade de comunicação com fins comerciais.

⁴ Para essa finalidade o CONAR conta com o Conselho de Ética formado por representantes de vários setores interessados: dos Profissionais de Criação, dos consumidores, das Associações de Propaganda, da Central de Outdoor, da Associação Nacional de Jornais, da Associação Nacional de Editores de Revistas, da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, da Associação Brasileira de Agências de Publicidade e da Associação Brasileira de Anunciantes.

1 A Fisionomia da Constituição de 1988 e a Liberdade de Expressão

Alvo de controvérsias na parte que organiza o aparelho do Estado brasileiro (tributação, previdência e serviços públicos, v.g.) e na disciplina da ordem econômica (particularmente o regime das empresas nacionais de capital estrangeiro e a rigidez do monopólio do petróleo), ninguém afirmará que a Constituição brasileira é insensível aos apelos da democracia. Ao contrário, a nova Lei Fundamental, desde um prisma normativo, reconstruiu as bases da formação social brasileira (sociedade e Estado), conformando uma sociedade (civil e política) pluralista, democrática e pautada no respeito aos direitos fundamentais. Daí a razão pela qual a tensão natural entre a *autonomia privada* e a *autonomia pública* que, na experiência constitucional, está na raiz de todas as filosofias e que se manifesta enquanto matriz de todas as políticas e ideologias (parciais ou compreensivas), foi resolvida de modo particularmente feliz pelo Constituinte. Habermas admite a co-originalidade da autonomia privada (direitos fundamentais) e da autonomia pública (democracia).⁵ O Constituinte brasileiro não precisou da tese habermasiana para desenhar a arquitetura normativa que ora é saudada. O que fez foi, a partir do princípio geral da liberdade⁶ (art. 5º, *caput*), desenhar um regime constitucional para os direitos fundamentais, de tal ordem estabelecido, que a atuação do legislador democrático é justificada, seja para produzir a melhor eficácia dos direitos normativamente positivados, seja para, através da imposição de restrições proporcionais, operar a concordância prática com outros direitos (o problema da colisão ou da concorrência), seja, finalmente, para, no

⁵ "O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As intuições normativas, que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de forma não-reduzida no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizado como requisito funcional para seus objetivos. A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguirmos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos." (JURGEN, Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler, v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 1997, pp. 138, 139).

⁶ Neste campo, calha tratar da máxima "in dubio pro libertate". Na lição de PÉREZ LUÑO: "Entre los topoi o reglas técnicas para la interpretación constitucional, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos fundamentales, reviste especial importancia el principio in dubio pro libertate. Com este principio se pretende aludir, en términos generales, a la presunción general, propia de todo Estado de Derecho, en favor de la libertad del ciudadano. (...) El principio in dubio pro libertate tiende a ampliarse en el postulado favor libertatis, o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto." (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos. estado de derecho y constitucion*, 6º ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 315).

terreno dos deveres de proteção, definir as pautas para a manifestação do Poder Público quanto à tutela de determinadas circunstâncias singulares sugeridas ou expressamente indicadas no discurso constitucional. Os direitos fundamentais, portanto, a um tempo – eis aqui o paradoxo –, *limitam* a ação do legislador (a lei nos termos dos direitos fundamentais e não o contrário) e *exigem* a sua manifestação (o legislador, limitado pelos direitos fundamentais, tem um papel indispensável a cumprir no Estado Constitucional para a preservação dos próprios direitos fundamentais).

O Estado brasileiro haverá de ser democrático (uma democracia permanentemente reinventada) projetando um valor que deve estar presente igualmente no corpo societário.

Tratando-se de uma Constituição aberta, conquanto aponte, como objetivo fundamental da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não há, a não ser nas circunstâncias expressamente definidas por razões mais do que justificáveis, lugar para o fundamentalismo, para a intolerância, para o suprimir da argumentação do outro, enfim, para a compressão da alteridade.⁷ Ao contrário, no contexto da Constituição brasileira há lugar para o livre fluxo das idéias, para a disputabilidade intersubjetiva, para o debate forjador da opinião pública e para a formação de uma razão pública moldada a partir dos discursos que circulam livremente no espaço público. Aparece aqui, com toda a sua força, a importância da liberdade de imprensa,⁸ de expressão, de pensamento, de comunicação. Emerge aqui, na sociedade tecnológica, a exata significação da informação para os sujeitos, os cidadãos ou consumidores. Sem a liberdade de expressão os mercados se contaminam, o espaço público empalidece, os sujeitos deixam de ostentar a condição necessária para bem decidir a propósito do que é de seu interesse.

Não foi à toa, portanto, que o Constituinte, já no Preâmbulo, anunciou que instituía, em nome do povo brasileiro, “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”.

Não é à toa, também, que o Constituinte, no art. 3º, inciso I, propõe-se a construir uma sociedade livre, assegurando a liberdade de comunicação (art. 5º, incisos IV e IX) e o acesso à informação (art. 5º, inciso XIV). Não é à toa, por fim, que o Constituinte cria um capítulo específico de sua obra dedicado à disciplina da

⁷ Neste sentido, veja-se a constrição da liberdade de associação quando esta servir a propósitos criminosos (art. 17, inciso X, da Constituição); a proibição de práticas racistas (art. 5º, inciso XLII, da Constituição); a proibição de utilizar partidos políticos para ameaçar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais (art. 17, caput e § 4º, da Constituição), entre outros exemplos.

⁸ Sobre a liberdade de imprensa, conferir, FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na Esfera Pública*. Trad. De Gustavo Binembojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 99-134.

comunicação social (arts. 220 a 224). O arranjo constitucional tem sentido, eis que, no mundo mediatizado, a *Ágora* não se confunde mais com a praça, onde a comunicação se dava através dos corpos dos sujeitos, apresentando-se, antes, como qualquer espaço, mesmo virtual, onde possa o livre fluxo de comunicação se estabelecer. A *Ágora*, nos dias que correm, é a casa invadida pelos *mass media* e a geografia virtual das *redes* encontráveis na sociedade de informação ou de conhecimento.⁹

De outro ângulo, o Constituinte fez residir entre os *fundamentos* da República, os valores sociais do trabalho e da *livre iniciativa* (art. 1º, inciso IV). No capítulo dedicado aos princípios gerais da atividade econômica, definiu que referida ordem encontra-se fundada no trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170, *caput*), para, depois, apontar como princípios da disciplina econômica (i) a *livre concorrência* (art. 170, inciso IV) e (ii) a *liberdade de iniciativa* (art. 170, parágrafo único). Nesse ponto importa lembrar que a doutrina aceita que a conquista da clientela, inclusive pela comunicação com finalidade comercial, configura uma das expressões do princípio da liberdade de iniciativa.¹⁰ E que, por outro lado, não há, verdadeiramente, livre concorrência sem a expressão publicitária.

O discurso normativo constitucional protege a liberdade de expressão, de comunicação, de informação, assim como as liberdades de iniciativa e de concorrência. Mas, de que modo as protege? Tendo em conta que tipo de ação estatal? E mais do que isso, a partir de qual compreensão a propósito do ser humano? Uma compreensão que o toma como dependente da tutela estatal, como mero destinatário de uma ação normativa heterônoma, como um ser incapaz de gerir a sua própria existência, como um não-sujeito tributário sempre da atividade paternalista do Estado? Ou, ao contrário, o ser humano é tomado como sujeito, como responsável pela sua história, dotado de poder decisório, capaz de gerir a si (auto-governo privado) e de participar do processo de construção de uma ordem pública autônoma (auto-governo público)?¹¹ Não se põe, aqui, verdadeiramente, um problema. A Constituição é clara quanto à opção do Constituinte, sendo, ademais, transparente, quanto à base antropológica que a sustenta.

⁹ Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. trad. Roneide Venancio Majer, vol. I, 7ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003.

¹⁰ Neste sentido, afirmou GRAU que o princípio da liberdade de iniciativa econômica apresenta também o sentido de liberdade de concorrência, enquanto liberdade privada de conquistar a clientela. In GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 239, 240. Cf. também ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999, pp. 212, 213, entre outros.

¹¹ A questão é respondida, em face da Constituição norte americana, por Owen Fiss nos seguintes termos: "O discurso é tão valorizado pela Constituição, eu sustento, não porque ele é uma forma de auto-expressão ou auto-realização, mas porque ele é essencial para a autodeterminação coletiva. A democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja, para usar a agora famosa fórmula do Juiz Brennan, 'desinibido, robusto e amplamente aberto.'" *op.cit.*, p. 30.

Deveras, tratou-se, para o Constituinte, de erigir um Estado Democrático (Preâmbulo), definido enquanto Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), sendo certo que não há democracia sem cidadão, sujeito livre, capaz de exercer o auto-governo (público ou privado).¹² Por isso mesmo, substanciam fundamentos desse Estado a *soberania* (art. 1º, inciso I), também expressão da idéia de auto-governo (está-se a referir à soberania interna, que remanesce nas mãos do *povo*),¹³ a *cidadania* (art. 1º, inciso II), igualmente vinculada à idéia de auto-governo (especialmente no sítio que toca com a cidadania política: art. 14, da Constituição) e a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III) que, em determinadas dimensões, apresenta-se tributária do conceito de autonomia (e, por isso, de auto-governo público e privado).

O princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de verdadeiro princípio fundante, do qual, de modo direto ou indireto, derivam os direitos fundamentais, consagrado inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 1948, apresenta-se, de modo expresse, na Constituição de 1988, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio. Além do art. 1º, inciso III, o princípio, em um ou outro caso referido de modo distinto, encontra-se previsto, também, no art. 170, *caput* (Ordem Econômica), no art. 227, *caput*, (tutelando a criança e o adolescente) e no art. 226, § 6º (ao tratar do planejamento familiar).

Trata-se, neste momento, não propriamente de discorrer sobre as implicações do princípio para a ordem jurídica brasileira, mas, antes, de apontar apenas a circunstância que é reclamada para a melhor compreensão da idéia de ser humano residente do discurso normativo constitucional.

De modo feliz, lembra Ingo Wolfgang Sarlet que o princípio da dignidade da pessoa humana sintetiza a condição, simultânea, de *limite e tarefa* do Estado, da comunidade e dos particulares. Daí a razão pela qual “impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”.¹⁴ Ora, na preciosa lição de Peres Luño, “a dignidade da pessoa

¹² No conceito trazido por Owen Fiss, democracia “é um exercício de autogovernança coletiva, requerendo que oficiais governamentais sejam escolhidos pelo povo e que o Estado seja responsivo aos desejos e interesses do povo”. *op.cit.*, p. 99.

¹³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. trad. Carlo Coccioli e Marcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e MÜLLER, Friedrich. *Discours de la methode juridique*. trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*, 3º ed., rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110.

humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.¹⁵ (trad. livre)

O desenvolvimento da personalidade é indissociável da noção de autonomia. Convém, neste ponto, citar mais uma vez Ingo Wolfgang Sarlet, para quem os direitos políticos

“igualmente apresentam vínculo direto e indissociável com a idéia de dignidade da pessoa. Se um Estado democrático que mereça ostentar esta condição pressupõe respeito e promoção da dignidade da pessoa humana, também os direitos fundamentais à nacionalidade e os assim denominados direitos políticos ativos e passivos, constituem de algum modo exigência e decorrência da dignidade. Com efeito, a liberdade pessoal, como expressão da autonomia da pessoa humana (e, portanto, de sua dignidade) reclama a possibilidade concreta de participação na formação da vontade geral. Assume relevo, nesta linha de entendimento, a lição de Celso Lafer, no sentido de que a inserção do indivíduo (pessoa) numa determinada ordem estatal é crucial para que lhe sejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais (como, de resto, a própria proteção da dignidade), de tal sorte que o direito à nacionalidade e cidadania (esta tida como exercício de direitos políticos) pode ser considerada, de certa forma, como o direito a ter direitos”.¹⁶

De outro viés, no Brasil, diante dos termos da Constituição, nem mesmo um suposto interesse comunitário manejado pelo Estado-legislador seria suficiente para justificar a agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Calha, nesta circunstância, transcrever a reflexão de Castanheira Neves, em tudo aplicável entre nós, para quem:

“se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe”.¹⁷

Quer-se afirmar, com isso, que na ordem constitucional brasileira, como de resto em outras ordens constitucionais presididas por análoga principiologia, a dignidade da pessoa humana não se afirma nem se sustenta, na sua inteireza, sem o apoio da noção de autonomia (privada e pública). A pessoa humana tutelada pela Constituição substancia, portanto, um ser capaz de decidir a propósito de seu destino. O papel do Estado-legislador,

¹⁵ “La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo.” PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, 6º ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 318.

¹⁶ SARLET, *op.cit.*, pp. 95, 96.

¹⁷ NEVES, Castanheira, apud MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 190, 191.

então, não é o de suprimir a esfera de decisão do cidadão, mesmo por meio de políticas dotadas de inequívoco valor comunitário, comprometidas com o interesse público na sua melhor conformação, sendo, antes, o de dotar os cidadãos das condições necessárias para bem decidir. Daí o valor do espaço público de debate, absolutamente necessário para o livre transitar da comunicação, das informações, em síntese, da construção do conhecimento e da convicção que sustentará as escolhas.

É evidente que, tratando-se de um discurso normativo contemporâneo, derivado do novo constitucionalismo, a Constituição zelou dos direitos fundamentais de modo a conferir tratamento mais cuidadoso a determinados grupos, particularmente, em função da necessidade de adotar políticas setoriais adequadas. A experiência constitucional demonstrou que nem sempre as políticas genéricas atingem de modo satisfatório a todos os indivíduos e grupos. Eis a razão pela qual dedica atenção especial aos (i) portadores de necessidades especiais (art. 222, § 2º), (ii) às crianças e adolescentes (art. 227), (iii) aos idosos (art. 230), (iv) aos quilombolas (art. 68, do ADCT), (v) aos povos indígenas (art. 231), (vi) ao consumidor (art. 5º, inciso XXXII), (viii) aos micro e pequeno empresários (art. 170, inciso IX), (ix) e ao pequeno produtor rural (art. 5º, inciso XXVI), entre outros.

As situações de especial vulnerabilidade a justificar ação estatal (material e normativa) singular não são suficientes, todavia, para transformar os beneficiários em não-sujeitos. Trata-se, antes, mesmo em semelhantes hipóteses, com a possível exceção (apenas relativa e contingente) da criança e do adolescente, do desencadear da atividade estatal dirigida exatamente para a obtenção da autonomia. O Estado, nesse caso, haverá de oferecer as *condições* indispensáveis para a plena integração dos grupos e indivíduos gozando de proteção especial à comunidade e, em particular, para o desenvolvimento das respectivas esferas autônomicas. Apanhe-se o caso do consumidor. O fato de a Constituição conferir proteção especial aos direitos do consumidor não é suficiente para fazer dele alguém despido de auto-governo. Ao contrário, não é o Estado que decide por ele, cumprindo, todavia, ao Poder Público, oferecer ao consumidor as *condições* (derivadas da atividade estatal material e normativa) necessárias para, nas relações de consumo, manifestar ou afirmar o seu poder decisório (autonomia). Ora, o legislador quando tratou das relações de consumo e dos direitos do consumidor não se apartou da base antropológica que sustenta a Constituição. Tanto isso é verdade que o tratamento da propaganda comercial, por exemplo, impõe certas restrições adequadas, exigíveis e proporcionais, de modo a preservar a esfera de informação e conseqüente decisão do consumidor.

Como adverte Tércio Sampaio Ferraz, “ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições deste exercício, mas jamais substituir-se ao ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação”.¹⁸

¹⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. “Parecer”. In *Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária. Garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial*. São Paulo: CONAR, 2000, p. 12.

2 Liberdades de Expressão, de Informação e de Comunicação na Constituição de 1988

Desenhada a fisionomia da Constituição de 1988 e definida a base antropológica a sustentar o seu arcabouço normativo, é tempo de explorar o sítio das liberdades de expressão, de informação e de comunicação. A Constituição da República é generosa ao tratar desses direitos, o que é compreensível diante das vicissitudes pelas quais o país passou durante o período autoritário mais recente.¹⁹

As liberdades de expressão e de comunicação derivam da liberdade de pensamento. Enquanto esta liberdade é *interior*, as duas outras são *exteriores*. Por isso:

"La liberté d'expression peut ainsi se définir comme la faculté d'exprimer librement sa pensée de manière orale ou écrite.

La liberté de communication s'analyse comme la faculté de communiquer librement sa pensée, ce qui nécessite une interdépendance entre le 'message' (contenu) e le 'médium' (contenant), pour reprendre les enseignements de Mac Luhan et ce qui implique une interaction entre l'émetteur (celui que émet le message) et le 'récepteur' (celui qui reçoit le message).

Liberté d'expression et de communication ont trouvé leur application pratique privilégiée dans la liberté de presse, d'une part, et dans la liberté de communication audiovisuelle d'autre part".²⁰

Konrad Hesse argumenta, com inteira procedência, que:

"o alcance completo dessas garantias abre-se, também aqui, somente com vista ao seu caráter duplo: elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direito de defesa como no de direitos de cooperação política; por outro lado, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos 'meios de comunicação de massa' modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e

¹⁹ Como antes reportado, nos termos da Lei Fundamental, "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (art. 5o, inciso IV). Mais adiante, nos incisos IX e XIV, do mesmo art. 5o, fica estabelecido que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" e, mais, que "é assegurado a todos o acesso à informação". No capítulo dedicado à comunicação social, o Constituinte prescreveu que "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."

²⁰ "A liberdade de expressão pode também se definir como a faculdade de exprimir livremente seu pensamento de maneira oral ou escrita. A liberdade de comunicação se analisa como a faculdade de comunicar livremente seu pensamento, o que necessita uma interdependência entre a 'mensagem' (conteúdo) e o 'meio' (continte) para resgatar os ensinamentos de Mac Luhan e o que implica uma interação entre o emissor (aquele que emite a mensagem) e o receptor (aquele que recebe a mensagem). Liberdade de expressão e de comunicação encontraram sua aplicação prática privilegiada na liberdade de imprensa, de um lado, e na liberdade de comunicação audiovisual, de outro." (trad. livre) FAVOREU, Louis (coord.). *Droit des libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2000, pp. 221, 222.

alternativas pluralistas, assim como a 'formação preliminar da vontade política' não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental 'simplesmente constitutiva'.²¹

Alerta ainda Konrad Hesse que a liberdade de expressão (fala em manifestação da opinião) constitui ao lado de outras liberdades análogas, "aquele âmbito no qual se devem formar as concepções de valores decisivas, livre da influência estatal, ela protege liberdade espiritual simplesmente e ela é elemento essencial do estado de direito".²²[sic]

As liberdades de expressão da atividade intelectual e de manifestação do pensamento mantém estreita conexão com a liberdade de informação, daí a importância dos meios de comunicação, que envolvem já a dimensão transindividual das liberdades antes anunciadas. Ora, "a liberdade de informação é pressuposto de publicidade democrática; somente o cidadão informado está em condições de formar um juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático".²³

Fazendo a síntese, no sistema constitucional brasileiro: (i) é livre a manifestação do pensamento (sendo vedado o anonimato); (ii) é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (independentemente de censura ou licença); (iii) é assegurado a todos o acesso à informação e, finalmente, (iv) é assegurada a liberdade de comunicação, razão pela qual a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo são insuscetíveis de restrição (exceto se dotadas de matriz constitucional).

Para evitar qualquer dúvida quanto ao alcance das apontadas liberdades, o Constituinte, por duas vezes (art. 5º, inciso IX e art. 220, § 2º), deixou claro que o regime constitucional não tolera a censura. E o que é a censura? O Dicionário Houaiss da língua portuguesa indica:

"1. ação ou efeito de censurar. 2. Exame a que são submetidos trabalhos de cunho artístico ou informativo, *ger.* com base em critérios de caráter moral ou político, para decidir sobre a conveniência de serem ou não liberados para apresentação ou exibição ao público em geral. 3. *p.met.* restrição à publicitação de informações, pontos de vista ou produções artísticas, com base nesse exame ...".

A idéia de censura, em geral, está ligada às experiências autoritárias, às ditaduras, aos regimes de exceção. É indubitável que a associação não é arbitrária. Todavia, periodicamente a tentação da censura reaparece, de maneira sorrateira, de modo manso,

²¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 302, 303.

²² HESSE, *op.cit.*, p. 303.

²³ *Ibidem*, p. 305.

quase imperceptível, no contexto de regimes democráticos e, mais, supostamente para a defesa de valores comunitários ou consensualmente compartilhados. São exemplos os exames prévios da publicidade, como aquele proposto pela Medida Provisória nº 2039-19, que concedia à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) poder para controlar preventivamente o cumprimento, pelas peças publicitárias, das restrições legais; apresentam-se como reprovação governamental a determinado veículo da imprensa, importando em tratamento discriminatório quanto à distribuição da verba publicitária; decorrem, eventualmente, da atuação inadequada do Judiciário no contexto da tutela de direitos fundamentais supostamente violados pela liberdade de expressão (decisões normativas de proscrição do tratamento de certo tema pela imprensa) e, inclusive, da atuação do legislador que, sob o pretexto de conformar legislativamente dada matéria, impõe restrições à liberdade de expressão que chegam ao ponto de anulá-la em uma ou mais dimensões.

Em todos os casos, certamente, estará o Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário) atuando de modo compatível com o direito na sua dimensão formal e, mais do que isso, supostamente materializando medidas (decisórias, materiais ou normativas) consistentes com determinados valores. Nem por isso, deixam as medidas de constituir censura. Não se está aqui a advogar o caráter absoluto das liberdades. Ao contrário, sabe-se configurarem, como os demais direitos fundamentais, direitos relativos que, por isso mesmo, reclamam a atuação do legislador para conformá-los e, especialmente, através de um adequado juízo de ponderação, mantê-los, no plano normativo, em harmonia com os demais direitos. Ocorre que o caráter relativo do direito não autoriza o Estado a desenvolver, mesmo que perseguindo valores defensáveis, uma ação capaz de esvaziar, sem mais, o seu conteúdo. Não acreditando nas qualidades do ser humano, imaginando tratar-se de alguém com precisão de tutela, em nome deste ou daquele princípio, pretende o Estado vedar o acesso a específico tipo de informação ou a determinada forma de apresentação da informação, da atividade intelectual ou artística ou científica. Tem, muitas vezes, a pretensão de educar os adultos, lembra Tércio Sampaio Ferraz Junior.²⁴ Todavia, “quem quer que queira educar adultos na realidade pretende agir como guardião e impedi-los de atividade política”.²⁵

Ora, salvo em circunstâncias claramente justificáveis (é o caso, v.g., do cuidado com a criança e o adolescente), pretender o Estado substituir-se à esfera decisória do cidadão, exercendo tutela, ditando o *que deve* e o *que pode* ser informado, *como deve* ou *como pode* manifestar-se a criação intelectual, implica clara agressão às liberdades de informação e de expressão. Afinal, o Estado “não pode degradar o ser humano à condição de incapaz, por si só, de discernir entre o bem e o mal. Cabe ao Estado dar-lhe os meios legais para exercer o juízo sobre as coisas”.²⁶

²⁴ FERRAZ JR, *op.cit.*, p. 12.

²⁵ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 225.

²⁶ FERRAZ JR, *op.cit.*, p. 12.

2.1 Liberdade de expressão e propaganda comercial

Nos EUA, discutiu-se, por muito tempo, se a propaganda comercial (*commercial speech*) estava protegida pela Primeira Emenda.²⁷ No direito americano, o *commercial speech* é um discurso ou um anúncio voltado à divulgação de produtos ou serviços com fins comerciais. No caso *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council* (425 U.S. 748,96) a Suprema Corte tomou o *commercial speech* como o “discurso que tem por objetivo uma transação comercial”.

Ora, a Suprema Corte, por muitos anos, deixou de incluir a propaganda comercial entre as liberdades protegidas pela Primeira Emenda. Entendia a Corte que os poderes deferidos ao Congresso para regular o comércio envolveriam também a disciplina da publicidade. No caso *Velentine v. Chrestensen* (316 U.S. 52,54,86 L. Ed. 1262, 62 S.Ct. 920 (1942)), por exemplo, a Corte decidiu que a Constituição não impunha restrições à atividade de regulamentação da propaganda comercial. O entendimento foi reforçado no caso *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Human Relations Comm'n* (423 U.S. 376 (1973)). Aqui, o voto majoritário do Justice Powell foi no sentido de que a propaganda constitui exemplo clássico de *commercial speech* não protegido pela Primeira Emenda.

O entendimento da Suprema Corte reorientou-se a partir do caso *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, acima citado. Aqui, embora entendendo que a propaganda comercial reside no âmbito de incidência da Primeira Emenda, aceitou que pudesse sofrer algumas restrições, ao suposto de que a Constituição não protege o comercial da mesma forma que as demais modalidades de discurso.²⁸ Em outros casos²⁹ o entendimento foi mantido, permanecendo até os dias que correm.

²⁷ CONSTITUIÇÃO DOS EUA – PRIMEIRA EMENDA: O Congresso não fará nenhuma lei estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o seu livre exercício; ou limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito de as pessoas reunirem-se pacificamente, e peticionarem ao Governo para reparação de agravos. (US CONSTITUTION – FIRST AMENDMENT: 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 – tradução livre).

²⁸ Esse é o entendimento trazido por Gerald Gunther e Kathleen M. Sullivan: “Assim, o discurso comercial continua a ser a única exceção formal aos dois níveis de análise do discurso expostos no caso *Chaplinsky*; diferente da incitação, das palavras de briga, de calúnias maliciosas, obscenidade, ou pornografia infantil, ele [o discurso comercial] goza da proteção da Primeira Emenda, mas não da mesma maneira como o fazem outras modalidades de discurso.” (“Thus, commercial speech continues to stand as the lone formal exception to the two-level approach to speech set forth in *Chaplinsky*: unlike incitement, fighting words, malicious libel, obscenity, or child pornography, it enjoys First Amendment protection, but not as much First Amendment protection as other speech” – tradução livre) (GUNTHER, G.; SULLIVAN, K. M. *Constitutional Law*. 13th ed., Westbury, New York: The Foundation Press, 1997, p. 1.175).

²⁹ Cumpre citar *City of Cincinnati v. Discovery*; *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission*; *Liquormart v. Rhode Island*; *United States v. United Foods e Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*; *Shapero v. Kentucky Bar Ass'n*; *Edenfield v. Fane e Rubin v. Coors Brewing Co.*

O reconhecimento da proteção do discurso comercial não implica a impossibilidade de sofrer restrição. Significou, todavia e certamente, a impossibilidade de seu banimento. É o que se deduz do voto do *Justice Stevens* no julgamento de *44 Liquormart Inc. v. Rhode Island*:

“Porém, quando um Estado proíbe inteiramente a disseminação de mensagens comerciais verdadeiras e não enganosas por razões não relacionadas com a preservação de uma justiça na atividade negocial, há muito menos razões para se afastar a rigorosa revisão que a Primeira Emenda em geral requer. O completo banimento de um discurso, diferentemente do conteúdo neutro de restrições de tempo, lugar e modo de expressão, é particularmente perigoso porque exclui a possibilidade de disseminação de certas informações”.³⁰

Os parâmetros para o controle das restrições à propaganda comercial foram delimitados pela Suprema Corte no caso *Central Hudson Gas v. Public Service Comm 'm* (447 U.S. 557,100 (1980)):

“No final das contas, nós devemos determinar se a expressão é protegida pela Primeira Emenda. Para o discurso comercial apresentar-se como passível de proteção, deve ele ao mesmo tempo estar relacionado com uma atividade legal e não ser enganoso. A seguir, nós respondemos se o interesse governamental afirmado é substancial. Se as duas questões têm respostas afirmativas, nós devemos determinar se a regulação faz avançar diretamente o interesse governamental afirmado, e se não é mais extensiva do que o necessário pra servir àquele interesse”.³¹

No Brasil, com a Constituição de 1988, não há possibilidade de dúvida a respeito. Deveras, no art. 220, § 4º, como já referido, o Constituinte tratou, exaustivamente, da propaganda comercial. As liberdades de informação, de expressão da atividade intelectual e de manifestação do pensamento protegem, também, a atividade publicitária.

³⁰ “However, when a State entirely prohibits the dissemination of truthful, nonmisleading commercial messages for reasons unrelated to the preservation of a fair bargaining process, there is far less reason to depart from the rigorous review that the First Amendment generally demands. Complete speech bans, unlike content-neutral restrictions on the time, place, or manner of expression, are particularly dangerous because they all but foreclose alternative means of disseminating certain information.” (44 LIQUORMART INC. v. RHODE ISLAND 517 U.S. 484 (1996)).

³¹ “At the outset, we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading. Next, we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted, and whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest.” (CENTRAL HUDSON GAS v. PUBLIC SERVICE COMM’M - 447 U.S. 557,100 (1980)).

2.2 Direito de informação e propaganda comercial

Luís Roberto Barroso reporta-se à função social da propaganda lembrando que “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 a garantia de todos os consumidores, reais e potenciais”.³²

Não é outro o entendimento de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, para quem a mensagem publicitária “deve ser incluída na estrutura do direito de informação”.³³ Ou de Pilar Cousido: “*actualmente entiende la doctrina que el concepto de informaciones incluye todo lo que pueda comunicarse, tanto los mensajes internos o ideas como los mensajes de hechos o noticias*”.³⁴ Aliás, segundo Teresa Freixes Sanjuán, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos incluiu a propaganda expressamente no conceito de informação nos casos (i) *Barthold*, (ii) *Marktintern Verlag GmbH y Klaus Beerman* e (iii) *Casado Coca*.³⁵

A própria jurisprudência da Suprema Corte Americana opera uma associação entre a publicidade e o direito de informação dos consumidores. No caso *Virginia Pharmacy*, entre as razões que justificaram a modificação do entendimento anterior a propósito da incidência da Primeira Emenda sobre o *commercial speech*, foi destacado o direito dos (i) consumidores de receberem informações sobre os produtos e (ii) dos meios de comunicação e anunciantes de veicularem estas informações (“*turning from the interests of consumers to receive information to the asserted right of advertisers to communicate*”). Referiu-se, ainda, à necessidade da economia de mercado funcionar com informações confiáveis, possibilitando à população melhor decidir a respeito das particularidades envolvendo consumo,³⁶ e a autonomia, noção ancorada na visão anti-paternalista que implica a capacidade dos atingidos se auto-determinarem de acordo com os respectivos interesses sem a necessidade de serem tutelados.³⁷ Esta

³² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 253.

³³ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 68.

³⁴ COUSIDO, Pilar, *apud*. CARVALHO, *id.*

³⁵ SANJUAN, Teresa Freixes. *Libertades informativas e integración europea*. Madrid: Colex, 1996, p. 32.

³⁶ GUNTHER; SULLIVAN, *op.cit.*, p. 1182.

³⁷ Neste sentido, Daniel A. Farber et alii: “Enquanto o caso ‘Virginia Board’ não é tão claro a respeito do tema da capacidade governamental para regular a propaganda comercial verdadeira, a racionalidade anti-paternalista de formação de opinião parece ser desfavorável a tal regulamentação.” (“While ‘Virginia Board’ is less clear about the government’s ability to regulate truthful commercial speech, the anti-paternalism rationale of the opinion seems unfavorable to such regulation” – tradução livre). *In Constitutional law: themes for de the constitution’s third century*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing, 1993, p. 651).

particularidade da propaganda comercial foi destacada, também, pela Corte Superior do Québec e pela Suprema Corte do Canadá:

“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 pessoal e da autonomia individual”.³⁸

Entre nós, a questão, considerada do ponto de vista da indústria, do comércio e das empresas dedicadas à produção publicitária, implica um direito de *produzir* e *veicular* discurso publicitário. Ou seja, um direito de levar ao público as mensagens publicitárias necessárias para dar a conhecer o produto (quando lícito). Do ponto de vista do consumidor, reclama um direito à informação adequada, não abusiva nem enganosa,³⁹ para que, com autonomia e transparência, possa integrar relação de consumo. O fato é reconhecido inclusive pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Deveras, Luís Roberto Barroso anota que, por sua assessoria de comunicação social, a ANVISA fez circular mensagem onde reconhece que “é indiscutível que a propaganda é o principal meio pelo qual o consumidor toma conhecimento das características de um produto, exercendo sua opção de compra em função destas informações”.⁴⁰

Diante das relações de consumo, o direito à informação se apresenta como (i) direito do consumidor conhecer o produto, podendo compará-lo com outros análogos; (ii) exigência de correspondência entre o que foi anunciado e o que é oferecido; (iii) respeito à pluralidade e à indeterminação do universo que receberá a mensagem e as diferentes formas de recebê-lo, observando-se, em especial, a condição dos que ostentem incapacidade de discernimento (criança, adolescente, etc.), e, (iv) direito do consumidor saber que está recebendo informação publicitária.⁴¹

Tais posições jurídicas são dedutíveis, direta ou indiretamente, da Constituição e do especificado nos artigos 4º e 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990).

Ora, do ponto de vista do fornecedor ou do consumidor, a publicidade é essencial, na sociedade contemporânea, para a circulação das informações necessárias à dinâmica da economia de mercado e à transparência das relações de consumo que

³⁸ Disponível na internet em <www.lexum.umontreal.ca>.

³⁹ Lei 8.078, de 1990. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como sobre os riscos que apresentem;”

⁴⁰ *Op.cit.*, p. 255.

⁴¹ Com apoio na lição de Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *op.cit.*, p. 70.

nela são materializadas. Não são um mal a ser combatido, nem um bem acima de qualquer julgamento. Substanciam, antes, um fenômeno da sociedade de massas, da sociedade da informação, complexo, certamente, que apresenta, como tudo, conseqüências positivas e negativas e que, por isso, pode sofrer restrição, pode desafiar a manifestação do legislador democrático, não podendo, porém, sofrer banimento, ainda que parcial e seletivo.

O fato de o direito de informação, na dimensão agora anunciada, como de resto as demais liberdades correlatas, ser, muitas vezes, titularizado por pessoa jurídica não lhe retira a condição de fundamentalidade. Isto porque, inclusive entre nós, a doutrina, atualmente, manifesta consenso no sentido de que os direitos fundamentais não se dirigem apenas às pessoas físicas.⁴² A possibilidade de as pessoas jurídicas ostentarem a condição de titulares de direitos fundamentais, em particular daqueles suscetíveis, por sua natureza, de serem por elas exercidos, não desafia hoje maior explicação, tendo em conta a sua evidência. Aliás, não fosse assim, na sociedade contemporânea, restariam esvaziados os âmbitos materiais de proteção de não poucos direitos.

2.3 Liberdade de iniciativa, concorrência e propaganda comercial

É neste passo que se situa, mais uma vez, o problema da livre concorrência e da liberdade de iniciativa quando associados à expressão publicitária. Não é demais, aqui, buscar auxílio na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

“... o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica, está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*. Os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirmar-se, pois, que a estrutura da

⁴² Cita-se, por todos, Paulo Gustavo Gonet Branco: “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. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as conseqüências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. In MENDES, GILMAR FERREIRA; *et. alii*. *hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 165.

ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do *laissez faire*, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas, a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. *Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado*.⁴³ (g. n.)

De outro viés, o princípio da livre concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição), associado e, de certa forma, decorrente do princípio da liberdade de iniciativa, supõe o livre jogo das forças do mercado na busca da clientela; supõe, igualmente, como lembra Eros Roberto Grau, “desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal”.⁴⁴ Supõe, além disso, repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º, da Constituição e Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), exatamente para impedir o domínio dos mercados ou outras manifestações disfuncionais e restabelecer, até onde isso for possível, num contexto de economia industrial e de acumulação do capital, a *concorrência livre* (não mais a liberdade de concorrência, mas já, insiste-se, a *concorrência livre*). A livre concorrência, portanto, manifesta-se como um “processo comportamental competitivo”,⁴⁵ que implica a descentralização das decisões, inclusive no domínio da formação de preços (e por isso tutela o interesse do consumidor), constituindo, ademais, “garantia de oportunidades iguais a todos os agentes”, substanciando, por isso mesmo, “uma forma de desconcentração de poder”.⁴⁶

Ora, não há liberdade de iniciativa ou livre concorrência sem possibilidade do manejo do discurso publicitário. Na sociedade de massas, onde a informação circula não diretamente, mas através dos meios de comunicação, proscrever a propaganda comercial, ainda que parcial e seletivamente, importa na fratura de uma das pernas da liberdade de iniciativa e, mais do que isso, significa impedir ou restringir a concorrência tendo em conta a situação particularmente privilegiada dos produtos já residentes no mercado⁴⁷ (e, por isso, já maduros do ponto de vista da aceitação pelo consumidor).

⁴³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. “A economia e o controle do Estado”. Parecer publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 04 de junho de 1989.

⁴⁴ GRAU, *op.cit.*, p. 244.

⁴⁵ FERRAZ JR, *A economia...*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ “Para propósitos constitucionais, o mercado relevante é o informacional, o domínio a partir do qual o público descobre o mundo além de sua experiência.” FISS, *op.cit.*, p. 102.

2.4 Propaganda e meios de comunicação de massa: um problema conceitual

Apanhe-se, outra vez, o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, com manipulação apropriada para encontrar o significante *publicidade*. Assim é apresentado o seu sentido: “Característica do que é público. Arte, ciência e técnica de tornar (algo ou alguém) conhecido nos seus melhores aspectos, para obter aceitação do público”.

Indo além, investigue-se, no mesmo lugar, o sentido da palavra propaganda. Ver-se-á que se apresenta como: “Divulgação, propagação de uma idéia, uma crença, uma religião, apostolado, proselitismo, catequese. Ação de exaltar as qualidades de (algo) para um número *ger.* grande de pessoas; anúncio, reclame”.

Não se trata de definir a locução *propaganda comercial* (art. 220, § 4º) com apoio no dicionário. Quer-se apenas iluminar uma primeira compreensão de seu significado. De qualquer modo, importa lembrar que o Constituinte, despreocupado com a questão técnica, refere-se à mensagem publicitária fazendo uso das expressões *propaganda comercial* (artigo citado) e *publicidade* (art. 37, § 1º, da Constituição).

Poder-se-ia, eventualmente, imaginar que o Constituinte aproveita-se da expressão *propaganda* para reportar-se às informações parciais voltadas à atividade comercial e despidas dos atributos da informação jornalística e do significante *publicidade* para fazer menção a qualquer informação com o sentido de propagação de qualidades positivas despidas dos atributos da informação jornalística e, mais, da finalidade comercial. Não parece que seja assim, todavia, por dois motivos. Da leitura do texto constitucional deduz-se que não há evidência da utilização das palavras em sentido técnico. Depois, porque, se o uso fosse técnico, não poderia se manifestar de modo invertido.⁴⁸

Com efeito, ensina Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que:

“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. Outra distinção fundamental é que a publicidade deve pautar-se no princípio da verdade quanto às qualidades anunciadas, enquanto que a propaganda é a expressão de uma opinião, que, por essência, não se submete à prova da verdade”.⁴⁹

⁴⁸ A idéia de que a Constituição fez uso não técnico das expressões pode ser bem apreendida da exposição dos teóricos do conhecimento midiático, que, enfatizando a ausência de qualquer confusão entre os termos propaganda e publicidade, em linhas gerais, atribuem à propaganda a atividade de livre divulgação de idéias, princípios, conhecimentos, entre outros, sendo campo específico da publicidade a ação profissional de divulgação de determinada mensagem. Cf. VERONEZZI, José Carlos. *Mídia de A a Z*. São Paulo: Flight Editora, 2002, p. 21.

⁴⁹ CARVALHO, *op. cit.*, p. 67. No mesmo sentido, Antônio Herman, citando Malanga, conceitua publicidade como o “conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo o cliente”, e propaganda como o “conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um

Como se vê, basta cotejar a distinção com o disposto nos arts. 37, § 1º e 220, § 4º para se perceber que, no texto constitucional, ela não guarda sentido. Daí a razão pela qual, no presente estudo, ambas as expressões são utilizadas indistintamente. O que importa, porém, é o fato de que a propaganda ou a publicidade para fins comerciais, na sociedade tecnológica, desafia, necessariamente, a dinâmica dos meios de comunicação de massa. Não há, propaganda, hoje, portanto, sem os meios de comunicação de massa. Por isso, Houaiss associa a propaganda à obtenção da aceitação do público e a publicidade com o meio de exaltação de qualidades *para um grande número de pessoas*. É o que se deduz, por exemplo, da lição de Dorothy Cohen,⁵⁰ para quem a mensagem publicitária envolve uma atividade comercial “que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas *nos meios de comunicação de massa*, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor (...)”. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, em linha análoga, ressalta que: “dois elementos são essenciais em qualquer publicidade: difusão e informação. Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido de que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o *nonsense*”.⁵¹

Tércio Sampaio Ferraz Junior lembra a advertência do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Faria de Mello segundo a qual:

“a flexibilidade de conceitos, o câmbio de 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 vocábulos, 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.”⁵²

Por isso: “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”.⁵³

A afirmação é incensurável, eis que o Constituinte, reiterar-se, tratou da propaganda sujeita a restrição ao disciplinar normativamente o direito de comunicação (capítulo dedicado à Comunicação Social). A escolha do lugar é eloqüente, operando

dado sistema ideológico (político, social ou econômico)”. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 253, 254.

⁵⁰ COHEN, Dorothy. *Publicidad comercial*. México: Editorial Diana, 1984, p. 50.

⁵¹ BENJAMIN, *op.cit.*, p. 252.

⁵² FERRAZ JR, *op.cit.*, p. 17.

⁵³ *Ibidem*, p. 18.

conseqüência. Ora, o direito de comunicação envolve, certamente, a manifestação do pensamento, a informação, a expressão da criação intelectual, artística, científica ou de comunicação pelos meios de comunicação de massa.

3 Restrição e Reserva Absoluta de Lei Qualifica Proporcional

Percebe-se na experiência legislativa brasileira que certas matérias sujeitas à reserva de lei (absoluta ou relativa) acabam sendo manejadas por instrumentos outros, gerando, assim, ofensa a disposições constitucionais. Tendo em vista que as liberdades tratadas no artigo 220 da Constituição estão debaixo de tal regime, cumpre despendar algumas palavras sobre o tema.

A doutrina mais festejada tem se orientado no sentido de, afastando-se da teoria interna, admitir qualquer intervenção do legislador nos direitos fundamentais como hipótese de restrição.⁵⁴ Ora, as restrições supõem um regime apropriado, que cuida do correspondente veículo de introdução na ordem jurídica (reserva de lei) e dos limites ao seu manejo (princípio da proporcionalidade, preservação do núcleo essencial do direito restringido, etc.). Importa, aqui, considerar que o legislador está autorizado (i) implícita ou (ii) explicitamente a operar, dentro de limites controláveis, restrição nos direitos fundamentais, tudo para, através de um juízo de *concordância prática*, de *ponderação*, concretizador de um *balancing*, harmonizar os direitos em função da possível emergência de colisão ou de concorrência. Na primeira situação, apresentam-se as restrições aos direitos fundamentais *não expressamente autorizadas pela Constituição*.⁵⁵ A segunda constitui hipótese de *restrição expressamente autorizada pela Constituição*. Em ambas, avulta o papel do Poder Legislativo, especialmente no contexto de uma ordem constitucional como a brasileira. É que, entre nós, assumem particular significação os princípios da legalidade e da reserva de lei. Nos termos do art. 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Apenas, a lei, no direito brasileiro, pode inovar *originariamente* a ordem jurídica, a ponto de criar direitos e obrigações.⁵⁶ No Brasil, portanto, mesmo depois do advento da Emenda

⁵⁴ “Sobre la base de la interpretación amplia del ámbito de protección de los derechos fundamentales, cada ley del parlamento termina convirtiéndose en una intervención en el derecho fundamental.” BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 59.

⁵⁵ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

⁵⁶ “No Brasil, não há nenhuma matéria reservada ao regulamento. Todos os campos normativos são, em princípio, disciplináveis pela lei. Vigora, pois, entre nós, em relação ao campo de ação do ato legislativo, o princípio da universalidade da lei. Ademais, apenas a lei pode, originariamente, inovar a ordem jurídica para criar direitos e obrigações e para restringir a liberdade e a propriedade. O art. 5º, II, da Constituição, deixa claro que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’” CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 280. Em sentido contrário André Rodrigues Cyrino

Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que admitiu um sensível elastecimento do poder normativo do Chefe do Executivo, o regulamento, como ato de eficácia externa, goza, no campo dos direitos fundamentais, de uma função acessória, secundária, apresentando-se como medida destinada a facilitar a execução da lei que o precede (princípio da precedência) e, mais, que o vincula (princípio da preeminência). Não há, aqui, em princípio, lugar para o regulamento autônomo, para a partilha de matérias entre a lei e o regulamento (como ocorre v.g. na França),⁵⁷ sequer calhando, exceto a eventualidade da lei delegada, possibilidade de lícita delegação de poder normativo do legislador para a Administração. Não há fundamento, portanto, para os regulamentos delegados (encontráveis em outras ordens jurídicas). A delegação legislativa, em território brasileiro, haverá de atender necessariamente ao especificado no art. 68 da Constituição, sendo certo que qualquer outra iniciativa configura delegação indébita, vedada, inconstitucional, ainda que velada, informal, ou sutil.⁵⁸

A questão fica ainda mais evidente quando se está diante do *princípio da reserva absoluta de lei*. É que, não satisfeito com o princípio da legalidade (*princípio da reserva relativa de lei*) a exigir manifestação do Legislativo (ou, excepcionalmente, nas hipóteses do arts. 62 e 68 da Lei Fundamental, de outro órgão constitucional exercente de função legislativa) em toda providência normativa voltada a inovar originariamente a ordem jurídica, providência que haverá de abordar os pontos essenciais do regime da substância regulada (*teoria da essencialidade*),⁵⁹ para o tratamento de certas matérias expressamente indicadas pelo Constituinte, em decorrência de sua singular importância, exige-se o *esgotamento*,

entende que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 32/01, resta inquestionável a presença do regulamento autônomo no Brasil: "Uma mudança radical operou-se no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32 (EC n.º 32/01). Em 11 de setembro de 2001, modificara-se no Brasil, legítima e constitucionalmente, o escopo das 'torres' dogmáticas da separação dos poderes e das relações entre a lei e o regulamento. Não se pode mais discutir se regulamentos autônomos existem ou não em nosso país. Com as alterações da EC n.º 32/01, eles existem sim, e o importante passa a ser a verificação de seus limites e formas de controle." CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n.º 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 129.

⁵⁷ A propósito, cf. FAVOREU, Louis (dir.). *Le domaine de la loi et du règlement*. 10ª ed., Paris: Economica, 1981; TREMEAU, Jérôme. *La réserve de loi: compétence législative et constitution*. Paris: Economica, 1997.

⁵⁸ Neste sentido, cf. CLÈVE, *op.cit.*, e CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁵⁹ "Tal como foi desenvolvido pelo Tribunal constitucional alemão - com um sucesso doutrinário e jurisprudencial crescente, apesar das diferentes críticas que lhe são dirigidas -, a teoria da essencialidade, que na origem podia ser interpretada como ampliação da reserva de lei, já que deixava de a limitar só às intervenções restritivas na liberdade e propriedade, constitui, também, uma expressão de retração da anterior tendência expansionista e parlamentar da reserva de lei, uma vez que, de algum modo, pretende redistribuir as imposições, que até então se dirigiam quase exclusivamente à Administração, também na direção do legislador sobre quem recaem, agora, aliviado que fica da regulação exaustiva das questões não essenciais, exigências cada vez mais dogmaticamente elaboradas de densificação normativa e de obrigatoriedade de regulação nos domínios essenciais em que se considera a sua intervenção materialmente justificada." NOVAIS, *op.cit.*, pp. 829, 830.

pelo legislador (muitas vezes sem possibilidade de incursão de outro órgão constitucional capaz de produzir ato normativo com força de lei), de toda a esfera de regulação. Está-se a reportar nesta linha, reafirme-se, à *reserva absoluta de lei*. Aqui, o papel normativo acessório do Chefe do Executivo ou da Administração é ainda mais insignificante, destacando-se, com toda evidência, ademais, a insusceptibilidade do transpasse pelo Congresso Nacional, ainda que velado, de parcial competência normativa a órgão constitucional incumbido da aplicação da lei. Pois, em geral, as *restrições expressamente autorizadas pela Constituição* apontam para um âmbito material tributário de reserva absoluta de lei. É, particularmente, o que ocorre, parece indisputável, com o art. 220, § 4º, da Constituição da República, quando prescreve, de modo eloqüente e cristalino, que a propaganda comercial dos produtos que especifica “*estará sujeita a restrições legais*”. O comando não exige maior esforço hermenêutico. Dai porque (i) a propaganda comercial em geral e, na circunstância dos produtos que indica, define que (ii) a publicidade estará sujeita a restrições, (iii) não, todavia, a quaisquer restrições, mas, sim, e exclusivamente, a *restrições legais*, aquelas dispendo de fronteiras inteiramente desenhadas pela lei.

Não há autorização constitucional, portanto, para a delegação legislativa, para o repasse a órgão distinto da tarefa vinculando o legislador ou, eventualmente, para o compartilhamento, ainda que em virtude de decisão do legislativo, entre o Congresso Nacional e o Executivo, da competência (o princípio da reserva de lei envolve um problema de distribuição de competências) com exclusividade conferida a apenas um dos órgãos constitucionais.

A ilustração da tese ora sustentada pode ser feita com o auxílio de doutrina de invulgar suposição. Carlo Lavagna, por todos, em lição aplicável ao direito brasileiro, risca os campos das reservas absoluta e relativa de lei:

*“La riserva assoluta implica il divieto categorico ed integrale di regolare certe materie con atti diversi dalla leggi ordinária (né a questa equiparti) e di intervenire concretamente in esse con atti che nos siano da quella espressamente previsti, consentiti ou regolati. Si tratta, cioè, di una riserva che non solo inibisce l’azione di fonti diverse, ma che rende impossibile od illecito l’esercizio di qualsiasi altra pubblica attività (in ispecie quella amministrativa), per il combinato disposto com il principio di legalità degli atti amministrativi e giurisdizionali.”*⁶⁰

De outro ângulo: *“La riserva relativa, per contro, non inibisce l’intervento su certe materie di fonti diverse, ma lo condiziona alla emanazione di una legge che regoli i capisaldi e gli elementi essenziali di ogni istituto”*.⁶¹

⁶⁰ LAVAGNA, Carlo. *Instituzioni di diritto pubblico*, 6ª ed., Torino: Utet, 1993, p. 221.

⁶¹ *Id.*

A distinção é lugar comum na doutrina, inclusive na nossa. Não há motivo, portanto, para mais profundamente desenvolver o tema.⁶² Importante é reter a consideração de que, embora sujeita a reserva absoluta de lei, a restrição à propaganda comercial referida no art. 220 da Constituição não pode ser objeto de ação legislativa que culmine na censurável delegação, ao Executivo, de âmbito normativo indelegável.

Não fica, apenas, aí, porém, a ofensa à reserva absoluta de lei. É que o princípio pode ser ferido, também, em função do manejo de fórmulas ainda mais sutis, capazes de interferir de modo discreto, silencioso, na ordem jurídica, tudo com energia suficiente para, como as patologias mortais imperceptíveis ao olhar desaparelhado, corroer a arquitetura constitucional do *Estado com poderes divididos*.⁶³ É o que se dá quando o Legislativo, obrigado a gizar inteiramente os contornos normativos da matéria sob reserva, o faz através da manipulação de termos absolutamente vagos, imprecisos, ambíguos, despidos propositalmente de carga semântica minimamente precisa, enfim, despossuídos de determinidade normativa. Ora, a técnica denunciada, absolutamente comum nos dias de hoje, é até mesmo aconselhável em recomendados casos, em particular naqueles satisfeitos, diante da opção do Constituinte, com o regime da reserva relativa de lei. Ele implica, claramente, o alargamento da esfera discricionária do Executivo que, singularmente, nas hipóteses de discricionariedade técnica,⁶⁴ poderá manifestar-se, seja com fundamento na função de aplicação (administrativa), seja com fundamento na função normativa (secundária), agora robustecida. Não há lugar para ela, entretanto, quando se está a transitar pelas matérias sujeitas a reserva absoluta de lei. Em semelhante circunstância, o expediente, em outra situação operacional e aceitável, implica corrosão do esquema constitucional de distribuição de competências, arranjo este que, como se sabe, sendo pacífica a jurisprudência brasileira, não está à disposição dos Poderes, porque antes os vincula.

⁶² A propósito conferir, entre outros, GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002; NOVAIS, Jorge Reis, *op.cit.*; VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*, 3ª ed., Padova: CEDAM, 2001; COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987; TREMEAU, Jérôme, *op.cit.*; VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei*. Porto: APPACDM, 1992; MIRANDA, Jorge. "O regime dos direitos, liberdades e garantias". In *Estudos sobre a constituição*, v. 3, Lisboa: Petrony, 1979, pp. 41-102.

⁶³ Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. trad. Antonio Cabral de Moncada, 2º ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

⁶⁴ Tratando dos regulamentos de editados com fundamento na discricionariedade técnica, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que "são expedidos com base em disposições legais que mais não podem ou devem fazer senão aludir a conceitos precisáveis mediante averiguações técnicas, as quais sofrem influxo de rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, assim como das condições objetivas existentes em dado tempo e espaço, cuja realidade impõe, em momentos distintos, níveis diversos no grau das exigências administrativas adequadas para cumprir o escopo da lei sem sacrificar outros interesses também por ela confortados". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regulamento e princípio da legalidade*. RDP, São Paulo, n. 96, out/dez. 1990, p. 48.

Não é demais, neste ponto, chamar o auxílio de Jorge Reis Novais, para com ele realçar que é:

"sobretudo nos argumentos democráticos que a dimensão competencial cobra pleno desenvolvimento, assumindo, aí, a reserva de lei parlamentar o papel de protagonista principal. Basicamente, a idéia é que há decisões tão essenciais para a vida da comunidade que devem ser tomadas pela instituição representativa de todos os cidadãos. Entre essas decisões contam-se imediatamente, qualquer que seja a fundamentação apresentada, as decisões que afectam os direitos fundamentais, mormente as suas restrições, entendendo-se que a excepcionalidade da sua ocorrência e a gravidade dos seus efeitos exige a participação decisiva dos representantes dos próprios interessados".⁶⁵

Tudo, considerando, mais, que:

"Com efeito, o processo legislativo parlamentar garante a *função de publicização* da lei (Kisker), com participação das oposições e da opinião pública na discussão das questões politicamente controversas antes da tomada de decisão, com consideração e ponderação, por vezes, reflectida na lei, dos diferentes pontos de vista e interesses sociais em confronto, a que acresce a *função de protecção* (Krebs) que advém da transparência do processo parlamentar quando comparada com a relativa opacidade que antecede as decisões legislativas do Governo".⁶⁶

O princípio da reserva absoluta de lei, portanto, não tolera a delegação, ainda que parcial, sutil, silenciosa, da competência normativa do Congresso Nacional para o Executivo, seja decorrente (i) do alargamento da função normativa subordinada deste, (ii) seja mediante a manipulação de expressões vagas, despidas de carga semântica adequada, tudo de molde a conferir à Administração poder que ela não detém nos termos da arquitetura da divisão de competências condensada na Constituição.

3.1 Cláusula de advertência, contrapropaganda e reserva de lei qualificada.

Chama-nos a atenção o contido no § 4º do artigo 220 da Constituição, em especial, o lugar e conteúdo das cláusulas de advertência.

Nos dias que correm, as embalagens vão assumindo uma dimensão comunicacional evidente. E não se trata, a toda evidência, de comunicação neutra, cuidando, antes, nas relações de consumo, de abordagem em tudo análoga à propaganda. Poder-se-ia, eventualmente, sugerir que, disciplinando a Constituição, no art. 220, § 4º, a propaganda comercial e não ostentando, as embalagens, natureza de peça publicitária, o legislador, neste ponto, poderia obrigar a colocação de

⁶⁵ NOVAIS, *op.cit.*, p. 833.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 834.

cláusulas de advertência sobre os produtos. A tese teria sentido, especialmente quanto às disposições do Código de Defesa do Consumidor, diante da relativa incerteza a propósito do regime aplicável à informação censurável, se o do art. 31 (que considera, também, a embalagem) ou o da publicidade. Neste caso, a imposição da sanção prevista no art. 60 do Código em questão só se aplicaria à publicidade enganosa ou abusiva, mas não na circunstância de *déficit* ou de inautenticidade das informações referidas no art. 31. Isto porque embalagem e rótulo de produto não substanciariam modo de expressão publicitária. Não é o caso de chegar a tanto. Cumpre formar fileira com aqueles que “reconhecem a possibilidade de identificar-se caráter publicitário em determinadas embalagens e rótulos de produtos, conforme sirvam para a promoção a venda, para a indução do consumidor ao ato de compra. Este, aliás, parece ser o sentido determinante das normas legais e administrativas sobre rotulagem”.⁶⁷ Desde este prisma, não seria criticável, antes pelo contrário, a ação do legislador conducente a exigir cláusulas de advertência sobre o consumo do produto não apenas na propaganda, mas já, também, nas embalagens, especialmente considerando que, aqui, o legislador teria agido com fundamento na competência para legislar sobre direito do consumidor e não propriamente com fundamento no art. 220, § 4º, da Lei Fundamental.

O mesmo não se pode afirmar, entretanto, quanto a determinar-se que (i) apontada cláusula seja apresentada de *forma ostensivamente destacada e*, mais, (ii) fazendo-se acompanhar de *imagens e figuras que demonstrem o sentido da mensagem*, implicando, inequivocamente, excesso do legislador no tratamento da matéria.

É certo que os produtos referidos no art. 220, § 4º importam em riscos à saúde dos utentes. É certo, ademais, que a saúde constitui direito fundamental que, dada a sua extremada significação, reclama uma atuação cuidadosa dos Poderes Públicos. Daí o acerto do Constituinte no sentido de permitir que a publicidade dos produtos nocivos à saúde (ou ao meio ambiente) possam sofrer restrição pela ação legislativa, quando voltada, na forma do § 1º, inciso II, *ao estabelecimento de meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem* (a idéia do franqueamento dos meios para a auto-defesa e para o auto-governo).

A obrigatoriedade da cláusula de advertência, na propaganda comercial, manifesta-se como fórmula interessante e adequada. Ao discipliná-la, não obstante, o legislador não pode agir com excesso, devendo ponderar com especial cautela os pólos (em tensão) da relação. A liberdade de conformação normativa neste caso, conquanto ampla, não pode transformar cláusula de advertência em fenômeno dotado de natureza diversa. Cláusula de advertência é o que o nome indica e não outra coisa. As palavras, afinal, definem as coisas. Elas, mesmo padecendo de imprecisão,

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima *et alii*. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais*. São Paulo: RT, 2003, p. 784.

conformam limite⁶⁸ (maior ou menor) para a tarefa do hermenêuta, inclusive do legislador.⁶⁹ Então, determinar a presença ostensiva e acompanhamento de imagens ou figuras (sequer previstas pelo Constituinte) significa transmutar a cláusula de advertência em propaganda adversa, é dizer em contrapropaganda.

O legislador, portanto, não só está autorizado, como deve exigir do produtor que, ao vender seu produto, alerte o consumidor, de modo objetivo e transparente, sobre os riscos à saúde derivados de seu uso. Não pode, entretanto, chegar ao ponto de exigir, no sistema constitucional brasileiro, que a indústria e o comércio operem propaganda contra o produto (o que se manifesta em decorrência da magnitude das restrições fixadas pelo legislador).⁷⁰ Ora, a contrapropaganda, instituto conhecido no direito brasileiro, assume particular regime em tudo apartado da cláusula de advertência. Tem-se aqui conceitos que não são intercambiáveis, daí o equívoco do legislador.

⁶⁸ “El punto de partida de toda interpretación jurídica es la literalidad de la disposición que debe ser interpretada. Las posibilidades que permitan la literalidad delimitan el ámbito dentro del cual tenerse en cuenta los resultados de los demás argumentos interpretativos.” BOROWSKI, *op.cit.*, pp. 102, 103.

⁶⁹ “Interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisto, também estar contidos em Direito Constitucional não-escrito. Como, entretanto, direito não-escrito não deve entrar em contradição com a *constitutio scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição.” HESSE, *op.cit.*, p. 69. Cf. MULLER, *op.cit.*, pp. 187-193.

⁷⁰ Nesse sentido, cumpre trazer, a título de exemplo, o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 3º, da Lei nº 9.294, de 1996, com as inovações introduzidas pela Lei nº 10.167, de 2000 e pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001: “Art. 3º. A propaganda comercial dos produtos referidos no artigo anterior só poderá ser efetuada através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000.) § 1º Omissis. § 2º A propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa. (Redação dada pela MP nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001). § 3º As embalagens e os maços de produtos fumígenos, com exceção dos destinados à exportação e o material de propaganda referido no caput deste artigo conterão a advertência mencionada no § 2º acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. (Redação dada pela MP nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001). § 4º Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2º deste artigo serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor. § 5º A advertência a que se refere o § 2º deste artigo, escrita de forma legível e ostensiva, será sequencialmente usada de modo simultâneo ou rotativo, nesta última hipótese variando, no máximo, a cada cinco meses”. (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000).”

A contrapropaganda pode ser definida como “a punição impositiva ao fornecedor de bens ou serviços, consistente na divulgação publicitária esclarecedora de engano ou de abuso cometido em publicidade precedente do mesmo fornecedor”⁷¹ É instituto que, “utilizando-se exatamente da publicidade, retifica as afirmações destituídas de veracidade e publicamente penaliza aqueles que praticam determinado tipo de delito econômico”.⁷² Consiste, pois, em espécie de sanção aplicada com finalidade de corrigir os efeitos deletérios da publicidade enganosa ou abusiva, suportada, inclusive economicamente, pelo fornecedor e veiculada de preferência no mesmo veículo, com a mesma intensidade, nos mesmos locais e horários, tudo para bem informar o consumidor acerca da carga negativa da publicidade ilícita anteriormente difundida.⁷³

A contrapropaganda, *corrective advertisement*, surgiu nos Estados Unidos há cerca de trinta anos, a partir da atividade da *Federal Trade Commission* (FTC). Informa Paulo Vasconcelos Jacobina que essa entidade federal passou, no início dos anos setenta:

“a combater a publicidade ilícita da seguinte forma: convocava o anunciante faltoso e lhe oferecia duas alternativas – retificar a publicidade anterior, bem esclarecendo ao público em geral sobre as afirmações inverídicas contidas no seu anúncio, ou enfrentar uma ação instaurada pelo órgão federal pela veiculação da mensagem ilícita. A FTC podia, inclusive, influir nos termos e conteúdo da retificação, seu alcance, forma e tempo de duração, e a mensagem era publicada às expensas do anunciante”.⁷⁴

O instituto ingressou no direito brasileiro por meio do Código de Defesa do Consumidor, que cuida do tema nos arts. 56, inciso XII e 60. Importa ressaltar, nesta altura, para o propósito deste estudo, que a contrapropaganda supõe (i) situação de

⁷¹ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: RT, 1991, p. 133.

⁷² DOMINGUES, Douglas Gabriel. “Publicidade e propaganda das marcas e retificação publicitária”. *Revista Forense*, v. 285, 1984, p. 109.

⁷³ Neste sentido: “a definiríamos [contrapropaganda] como a sanção cautelar, impositiva administrativamente, mediante procedimento adequado, independentemente [sic] das sanções judiciais porventura cabíveis, que visa a desfazer ou impedir os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva, pela veiculação de mensagem educativa aos consumidores, às expensas do fornecedor, e de preferência no mesmo veículo, local, espaço ou horário anteriormente utilizado, de forma a desfazer o malefício da publicidade ilícita.” JACOBINA, *op.cit.*, pp. 101, 102.

⁷⁴ JACOBINA, *op.cit.*, p. 102. Segundo o mesmo autor, o “leading-case da imposição coercitiva da contrapropaganda, nos EUA, foi o caso Warner-Lambert. Há anos essa companhia anunciava um colutório que atuava nos resfriados e dores de garganta – o Listerine. Os laudos periciais, no entanto, constataram a enganosidade e a FTC decidiu: ‘Se uma publicidade enganosa desempenhou um papel substancial na criação ou reforço, na mente do público, de uma imagem falsa e material, capaz de sobreviver após a cessação do anúncio, há um dano, claro e contínuo, contra a concorrência e a massa consumidora, na medida em que os consumidores persistam em efetuar suas decisões com base na falsa imagem. Uma vez que o prejuízo não possa ser evitado, com a simples exigência de que o anunciante cesse a veiculação da mensagem, podemos, apropriadamente, ordenar uma ação positiva de sua parte no sentido de por fim aos efeitos do anúncio, que, de outra forma, perdurariam’.” *Id.*

publicidade enganosa ou abusiva, (ii) imposição de ônus ao anunciante, (iii) paralelismo da forma de veiculação (forma, frequência, dimensão, veículo, hora, local, etc.), (iv) cumulatividade (a sanção administrativa não exclui outras, de natureza judicial, civil ou penal) e, finalmente, (v) imposição mediante processo administrativo, observada a cláusula do *due process of law*.⁷⁵

Aliás, inversão suprema, o regime da contrapropaganda, porque associado ao conceito de administração sancionatória, com os rígidos limites que ela carrega, acaba sendo mais generoso que a apresentação da cláusula de forma ostensivamente destacada, fazendo-se acompanhar de imagens e figuras que demonstrem o sentido da mensagem. A ofensa à Lei Fundamental, em conseqüência, decorre da agressão ao princípio do devido processo legal, não apenas em sua face formal, mas também, em sua dimensão substantiva (razoabilidade, proporcionalidade, racionalidade, etc.).⁷⁶ Sim, porque, nessa situação, a carga coativa imposta ao titular da liberdade de comunicação é excessiva, desnecessária, importando em onerosidade desmedida. E qual é a finalidade da cláusula de advertência? Impedir a escolha do cidadão-consumidor ou proporcionar-lhe as condições (*meios de defesa*) para bem decidir?

No caso dos produtos mencionados no § 4º do artigo 220 da Constituição, além da reserva absoluta de lei, está configurada, igualmente, situação de *reserva de lei qualificada*. É que a restrição haverá de operar-se, reafirme-se, *com a finalidade de* (art. 220, inciso II, da Constituição) “*estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem (...) da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente*”. O especificado no art. 220, inciso II, irradia efeitos também sobre o contido no art. 220, § 4º, da Constituição. Daí a razão pela qual não pode chegar ao ponto de, através de ostensiva contrapropaganda, impedir o consumidor de exercitar juízo (a propósito do consumo) capaz de levar em conta as específicas dimensões (positivas e negativas) da escolha (v.g., as decorrentes da tensão prazer/preservação da saúde). A defesa, exceto quanto às pessoas vulneráveis, não é (nem pode ser) operada pelo Estado, mas pelo cidadão, em função dos meios (informação) colocados à sua disposição.

O desvio da finalidade, o excesso, a falta de simetria entre o meio e o fim, a desmedida, isto tudo importa em manifestação de inconstitucionalidade, decorrência natural do regime da reserva de lei qualificada.⁷⁷ Nesta circunstância,

⁷⁵ Cf. JACOBINA, *op.cit.*, pp. 103, 104.

⁷⁶ Por todos, CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

⁷⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo, Celso Bastos editor, 1998, p. 34; e STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 35.

como se sabe, a autorização de restrição exige o atendimento de certos pressupostos ou a prossecução de determinados fins ou objetivos. É o que ensina Juan Carlos Gavara de Cara, segundo o qual, "... se autoriza el desarrollo normativo de los derechos afectados no por su justificación en base a cualquier objetivo constitucional, sino en base a objetivos constitucionales individualizados y numerados".^{78/79}

Se é certo, portanto, que a *liberdade de conformação legislativa*, não se confundindo com a mera tarefa de *aplicação* da Constituição, é ampla,⁸⁰ não é menos certo que o legislador não desenvolve sua função normativa de modo absolutamente livre. Há parâmetros constitucionais, maiores ou menores, conforme o âmbito de intervenção, a orientar a atividade. Na situação vertente, haveria o legislador, ao impor restrições à liberdade de expressão vinculada à atividade comercial, de operar, necessariamente, (i) por meio de lei (*principio da reserva de lei*) que cobrisse, ademais, (ii) toda a esfera de regulação da matéria (*principio da reserva absoluta de lei*), com o especial fim de (iii) estabelecer meios para que o consumidor possa se defender dos efeitos da propaganda (*principio da reserva qualificada de lei*) - *pressupostos formais, da manifestação normativa* -, isso tudo (iv) solucionando, no plano abstrato, conflito entre o direito comprimido e o direito fundamental à proteção da saúde - *pressuposto material da intervenção*.

⁷⁸ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 146.

⁷⁹ A propósito, conferir lição de Jane Reis Gonçalves Pereira, com apoio na doutrina de Pasquale Lillo: "Na doutrina italiana fala-se em reserva absoluta e reserva reforçada. No primeiro caso 'o legislador ordinário tem (obrigatoriamente) competência plena e exclusiva na matéria', e a Constituição não restringe sua 'relativa discricionariedade substancial'. No caso da reserva reforçada, 'a intervenção do legislador deve ser especificamente e unicamente direcionada à busca dos escopos e objetivos exatamente indicados na Constituição'." PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos Fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, v. II, Tese, UFRJ, 2004, p. 185.

⁸⁰ " No âmbito das normas constitucionais, estruturalmente aproximadas de 'cláusulas gerais', o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar e comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Esta actividade de 'ponderação', de 'avaliação' e de 'escolha' implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade política criadora, não subsumível a esquemas de 'execução' ou 'aplicação' de leis constitucionais. A política, nesta perspectiva deveria ser uma 'política constitucional', mas não se reconduziria à realização de normas constitucionais. Seria, sim, uma conformação livre dos fins político-sociais enunciados na constituição." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 198, p. 218.

4 Controle de Restrição Desproporcional de Direito Fundamental

O controle das leis restritivas, desde um ponto de vista substancial, desafia as técnicas oferecidas pela moderna teoria constitucional, pós-positivista,⁸¹ pós-convencional,⁸² principialista,⁸³ tributária da concordância prática⁸⁴ e/ou da ponderação,⁸⁵ enfim, que se inscreve no sítio que tem sido chamado de neoconstitucionalismo.⁸⁶ A observação não traduz nenhuma novidade. As novas técnicas, com maior ou menor intensidade, sem que isso importe em marginalização dos úteis e tradicionais esquemas metódicos incorporados à razão jurídica ocidental (derivados da subsunção), - as normas constitucionais, afinal, apresentam-se como *regras e princípios* - têm sido manejadas com crescente intensidade pela jurisdição constitucional, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, seguindo, de longe ou de perto, os passos do Tribunal Constitucional alemão ou da Suprema Corte americana.

A metodologia da ponderação de bens (*balancing*), ainda antes de sua disseminação na Europa, a partir dos anos cinqüenta, foi alvo de controvérsia nos Estados Unidos. Do debate entre os defensores do (i) *approach* absolutista (caso dos Juízes Black e Douglas) e os (ii) defensores do *balancing* (em especial a partir dos argumentos dos *Justices* Frankfurter e Harlan) vai se delineando, com avanços e recuos, a jurisprudência da Suprema Corte que, afinal, a partir de uma orientação pragmática e eclética vai agregar as vantagens e neutralizar os inconvenientes das duas posições (formalismo exagerado, falta de plasticidade, compreensão da Constituição como conjunto de regras, na circunstância do *approach* absolutista; risco de subjetivismo, no caso dos *balancers*).

É neste horizonte que avulta a importância da (iii) *categorização* (cujo manejo permite a inclusão ou exclusão de determinadas condutas no específico âmbito de proteção do direito), derivada de uma espécie de temperamento das posições absolutistas, da metodologia do (iv) *definitional balancing* (ensaio de operação de síntese entre *categorização* e *balancing*) e, mesmo, do (v) *ad hoc balancing*

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". In _____ (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 1-48.

⁸² Cf. GUNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

⁸³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999; ALEXU, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999.

⁸⁴ Cf. HESSE, *op.cit.*; MÜLLER, *op.cit.*

⁸⁵ Cf. mais uma vez ALEXU, *op.cit.*. No Brasil, entre outros, conferir ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4a ed., São Paulo: Malheiros, 2004; BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos...*; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁸⁶ Cf., entre outros, FERRAJOLI, Luigi in CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

(ponderação levada a termo caso a caso, decorrente da apreciação da circunstância concreta). O *definitional balancing* orienta-se no sentido de produzir uma ponderação que seja aplicável a toda uma categoria de casos, prescindindo-se, daí em diante, de ponderação ulterior em feito concreto, podendo tal caso, portanto, ser solucionado com a aplicação da regra antes construída mediante processo subsuntivo.⁸⁷

Como lembram Tribe⁸⁸ e Aleinikoff⁸⁹ a Suprema Corte lança mão das várias metodologias, variando em função do específico direito em questão ou do interesse do Poder Público em causa. Jorge Reis Novais, por seu turno, argumenta com inteira procedência, que essa atitude “permitiu que uma jurisprudência constitucional continuamente filtrada e influenciada pelo crivo reflexivo de uma elaboração doutrinária intensa pudesse ir cristalizando, não uma qualquer teoria unilateral, abrangente e fechada, dos limites aos direitos fundamentais, mas antes modos de controlo suficientemente estabilizados para garantir a previsibilidade de conseqüências dos comportamentos individuais e uma sólida garantia das liberdades comunicativas ...”⁹⁰

A jurisprudência constitucional americana, na atividade de controle das restrições, recorre, como na Europa, a pautas derivadas das exigências do *rule of law* ou do princípio da proibição do excesso, procurando, todavia, “sistematizar e tipificar esse controlo através dos chamados *tests* ou *standards* de escrutínio da regulação estatal, de exigência ou rigor diferenciados em função da natureza dos direitos fundamentais afectados, do tipo de restrição em causa e da intensidade dos efeitos restritivos por ela produzidos”⁹¹

Quanto à proteção constitucional da propaganda comercial, o universo das restrições aceitáveis não era suficientemente claro até o julgamento do caso *Central Hudson Gas v. Public Service Comm'n* (447 U.S. 557, 100 (1980)), verdadeiro *leading case* no qual foram traçadas as etapas de avaliação (*test*) de uma lei que pretenda comprimir o *commercial speech*. Os passos, que mereceram, mais tarde, a adesão dos *Justices* que foram vencidos na votação originária,⁹² importam para o juiz: (i) verificar

⁸⁷ É verdade, porém, que a distinção acaba assumindo pálida significação diante do *stare decisis*, princípio do direito americano vinculante dos precedentes judiciais.

⁸⁸ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2^o ed., New York: Foundation Press, 1988, pp. 789 e ss.

⁸⁹ ALEINIKOFF, T. A. *Constitutional Law in the age of balancing*. In *Yale L. J.*, 96, 1987, p. 1002.

⁹⁰ NOVAIS, *op.cit.*, 677.

⁹¹ *Ibidem*, p. 920.

⁹² Uma parte dos *Justices* reivindica proteção integral ao *commercial speech* sob o manto da 1^a Emenda pela aplicação do *strict scrutiny* na avaliação de legislação restritiva sobre a matéria, não entendendo que deveria ser aplicável o roteiro do *Central Hudson case*. Mas a posição majoritária da Corte ainda é pela aplicação dos passos ali estabelecidos, como relatam GUNTHER e SULLIVAN: “A number of justices have advocate full strict scrutiny for at least some regulations of commercial speech: Justices Brennan, Marshall, Blackmun and Stevens did so in pre-Liquormart concurrences or dissents, and Justices Stevens, Kennedy, Ginsburg and Thomas did so in Liquormart. But never have five of them sat on the Court at the same time or on the same case. Thus, while the plurality in Liquormart questions the wisdom of Central Hudson test, a majority (those joining Justice O'Connor's concurrence plus Justice Scalia, concurring in the result) declines to alter or abandon it. Thus, even after Liquormart, Central Hudson remains the governing test for reviewing commercial speech regulations.” (GUNTHER; SULLIVAN, *op.cit.*, p. 1202).

se a expressão restringida é protegida pela Primeira Emenda (atividade de *categorização*). Não estão incluídos no âmbito de proteção da Primeira Emenda os discursos comerciais (i.1) relativo a atividade ilícita ou (i.2) enganoso); (ii) examinar se o interesse do Poder Público na restrição é *substancial*, implicando significação suficiente para a compressão; (iii) determinar se a restrição satisfaz a finalidade (adequação do meio ao fim); (iv) averiguar se a restrição é razoável, proporcional, se não é mais ampla do que o necessário para atingir a finalidade (*balancing*).⁹³

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional evoluiu, constituindo marco desta evolução a decisão prolatada no caso *Lüth*, para a compreensão, em especial, do (i) caráter vinculante dos direitos fundamentais (afastada a concepção experimentada no contexto da República de Weimer) e (ii) da ordem constitucional enquanto ordem objetiva de valores. Ora, numa ordem constitucional entendida como "ordem de valores geram-se inevitavelmente situações de tensão ou conflito não previamente decididos e que os poderes constituídos não podem resolver senão com recurso a procedimentos de ponderação ...".⁹⁴ A partir, portanto, do final dos anos cinquenta (casos *Lüth* e *Apotheken* de 1958), o Tribunal Constitucional vem elevando a metodologia da ponderação de bens, quase sempre com o tratamento simultâneo do princípio da proporcionalidade, à condição de chave indispensável para a iluminação do sistema constitucional dos direitos fundamentais.

O processo que sugeriu a mudança de paradigma no direito constitucional alemão vem se manifestando também, guardadas as respectivas especificidades, nos países que admitem a jurisdição constitucional, em particular os europeus e latino-americanos. A ponderação, portanto, passa a traduzir, ainda quando associada a outras técnicas, metodologia indispensável para a solução de conflitos entre direitos fundamentais ou envolvendo direitos fundamentais e outros bens constitucionais. Aqui avulta o princípio da proporcionalidade,⁹⁵ peça integrante do "limite dos limites",⁹⁶ como mecanismo necessário para o rigoroso controle da atividade de harmonização conduzida pelo operador jurídico.

⁹³ "At the outset, we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading. Next, we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted, and whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest."

⁹⁴ NOVAIS, *op.cit.*, p. 679.

⁹⁵ Não é o caso aqui de entrar na discussão sobre a natureza do princípio da proporcionalidade, se é um princípio, uma regra, uma máxima ou um postulado. Sobre o tema, conferir a obra citada de Humberto Ávila.

⁹⁶ "A expressão limite dos limites, que se difundiu na dogmática germânica sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, visa a designar os diversos obstáculos normativos que restringem a possibilidade de o poder público limitar os direitos fundamentais. Tal locução originou-se de uma conhecida conferência sobre os limites dos direitos fundamentais proferida por Karl Betterman, na

O Supremo Tribunal Federal não desacolhe as mudanças que vêm, há certo tempo, reconfigurando o discurso constitucional.⁹⁷ Por isso a ponderação, a compreensão da Constituição como ordem normativa comportando regras e princípios e o princípio da proporcionalidade como meio de testar a racionalidade das restrições estabelecidas pelo legislador não implicam *démarches* estrangeiras ao universo argumentativo presente nas decisões da Excelsa Corte.

Antes da promulgação da vigente Lei Fundamental, as decisões proferidas no RE nº 18.331, relatado pelo Ministro Orozimbo Nonato, onde ficou assentado que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de

sociedade jurídica de Berlim, em 1964. Segundo Betterman, as limitações aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem atender a um conjunto de condições materiais e formais estabelecidas na Constituição, que são os limites dos limites dos direitos fundamentais. Consoante seu pensamento, as condições mais importantes estabelecidas na Lei Fundamental são a garantia do conteúdo essencial (art. 19,2) e a dignidade humana (art. 1,1), sendo também relevante o imperativo de que todas as limitações aos direitos fundamentais devem objetivar a promoção do bem comum. Embora não haja consenso sobre quais são os limites dos limites dos direitos fundamentais, esta expressão é largamente empregada na doutrina europeia para designar as várias restrições que as ordens constitucionais prescrevem como condições de legitimidade da atividade legislativa na seara dos direitos fundamentais. No constitucionalismo germânico, por exemplo, costumam ser apontados como limites dos limites o princípio da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial, o princípio da reserva legal, a proibição de que as leis restritivas versem sobre um só caso, e o comando no sentido de que a lei mencione o direito fundamental restringido. Uma discussão importante sobre esse tópico diz respeito a saber se os limites dos limites são institutos autônomos e dissociáveis dos direitos fundamentais, vale dizer, se estes são barreiras adicionais à atividade legislativa que, paralelamente aos direitos fundamentais demarcam o campo de liberdade política do legislador, ou se, diversamente, são pautas acessórias e dependentes das disposições de cunho material que consagram os direitos. Desde a perspectiva adotada neste estudo, os limites dos limites dos direitos fundamentais não podem ser entendidos de forma desligada destes, porquanto não podem operar, isoladamente, como obstáculos à atuação legislativa. Com efeito, as regras que limitam a atividade restritiva dos direitos fundamentais – como, v. g., os princípios da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial – carecem de sentido normativo autônomo, devendo ser entendidas como pautas complementares e acessórias, destinadas a assegurar a supremacia dos direitos fundamentais. Em outras palavras, trata-se de instrumentos normativo-metódicos de aplicação dos direitos fundamentais, cuja finalidade é garantir o seu caráter vinculante.” PE-REIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos Fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, v. II, Tese, UFRJ, 2004, pp. 266, 267.

⁹⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998. pp. 67-83; STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; pp. 89-93; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 157-200; SARMENTO, *op.cit.*, pp. 171-193; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Contribuições previdenciárias. Não-recolhimento*. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. *Inconstitucionalidade*. RT, v. 736, 1997, pp. 521-526.

destruir”, e na Representação nº 930, Rel. Ministro Rodrigues Alckmin, tratando das condições de capacidade para o exercício das profissões, constituem importantes precedentes tratando do princípio da proporcionalidade. Também na Representação nº 1.077 (RTJ 112:34) e na Representação nº 1054 (RTJ 110:937 e ss.) o princípio, ainda que de modo menos completo, foi manipulado. Nos apontados casos, porém, sem expressa referência, o que veio a acontecer, pela primeira vez, já sob a égide da nova ordem constitucional, na ADIn nº 855-2, onde se discutia a propósito da lei paranaense que determinara a obrigação de pesagem de botijões de gás à vista do consumidor por ocasião da venda, com pagamento imediato da eventual diferença a menor. Na decisão, verdadeiro *leading case*, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu, ainda que em sede de providência cautelar, manifestar-se hipótese de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. Decisões dotadas de sentido semelhante são encontradas na ADIn nº 1.158, onde era impugnada disposição constitucional do Amazonas que concedera vantagem pecuniária a ser paga nas férias dos servidores inativos (sic), nas ADIn nº 966-4 e nº 958-3, aforadas contra disposições constantes da Lei. nº 8.713, de 1993, criando embaraços aos partidos políticos para o lançamento de candidaturas aos cargos majoritários e, finalmente, na ADIn nº 2.019-MC, proposta contra normativa do Estado do Mato Grosso do Sul que instituíra programa de pensão de um salário mínimo para crianças geradas a partir de estupro. Aqui, a Excelsa Corte argumentou no sentido de inoportunidade na concessão do benefício, eis que não se tratava de medida vinculada ao estado de necessidade dos beneficiários, mas que levava em conta, apenas, a forma com que foram gerados.

O manejo da técnica da ponderação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser encontrado, ainda, no HC nº 71.374-4, que discutiu a possibilidade da condução coercitiva do paciente para colheita de material indispensável ao exame de DNA em ação de investigação de paternidade ou no MS 23.466, no qual, em importante decisão, o Ministro Sepúlveda Pertence, tratando de quebra de sigilo bancário, alinhava sua manifestação com apoio na metodologia (ponderação) considerada à luz do princípio da proporcionalidade. É evidente que os casos reportados não traduzem todo o universo decisório da Excelsa Corte vinculado aos recursos oferecidos pelo neoconstitucionalismo. Trata-se, afinal, nesta oportunidade, apenas de demonstrar que a ponderação apresenta-se já como solução metódica incorporada ao cotidiano da atividade jurisdicional da Suprema Corte brasileira.

Convém nesta oportunidade salientar que, diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para apartar conceitualmente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Derivando de matrizes teóricas e experiências diversas (o primeiro do direito europeu, o segundo da experiência americana), precipitando-se, mesmo entre nós, com fundamentos

distintos⁹⁸ (o primeiro deriva do art. 1º, *caput*, da Constituição, que trata do princípio do Estado de Direito, enquanto o segundo encontra seu fundamento no art. 5º, inciso LIV, da Lei Fundamental, é dizer do princípio do devido processo legal no sentido substantivo) e, no limite, cobrindo âmbitos territoriais marginais particulares, a verdade é que, têm sido utilizados, indistintamente, enquanto categorias intercambiáveis, pela Excelsa Corte, para dar conta de um idêntico campo conceitual, razão pela qual, não desconhecendo as respectivas especificidades e, mais, as eventuais vantagens, principalmente do ponto de vista teórico (mas também operacional), da apartação, não se manifesta, aqui, razão suficiente para procedê-la.⁹⁹

Poder-se-ia, desde logo, identificando o juízo de proporcionalidade, num sentido largo, com a concordância prática, meio de harmonização entre direitos ou bens contrapostos sugerido pelas doutrinas de Konrad Hesse e Friedrich Müller,¹⁰⁰ sustentar que a inconstitucionalidade da restrição de propaganda comercial que configure verdadeira proibição é manifesta. Com efeito, o princípio da concordância prática, implicando coordenação entre bens constitucionalmente protegidos nas hipóteses de tensão, também

⁹⁸ “Ao que parece, as doutrinas e jurisprudências constitucionais, de um modo geral, admitem a hipótese de várias bases normativo-constitucionais, mesmo que confiram maior peso a uma do que a outras. Assim, a título de exemplo, na Alemanha, a preferência recai sobre o Estado de Direito; no Brasil, tendencialmente, sobre o *due process of law*. O caso brasileiro é bastante ilustrativo da pluralidade de fundamentos normativos. Bonavides concebe o princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito implícito com fundamento normativo-constitucional no Estado de Direito, mas também identifica expressões nitidas e especiais de proporcionalidade em inúmeras disposições normativas da CRFB/88, tais como: art. 5º, V, X e XXV; art. 7º, IV, V e XXI; art. 36, § 3º; art. 37, IX; art. 40, V; art. 84, parágrafo único e vários outros e, por fim, no artigo 5º, § 2º. Guerra Filho, um dos juristas brasileiros que mais atenção têm dado em suas reflexões ao princípio da proporcionalidade, fundamenta-o de várias formas: (a) a postulação do princípio da proporcionalidade é uma exigência lógica e axiológica, para que se respeitem os princípios na hipótese de colisão; (b) o princípio da proporcionalidade é densificação do princípio fundamental geral da dignidade humana; (c) é princípio dos princípios, ‘verdadeiro principium ordenador do direito’, ‘máxima expressão da norma fundamental (Grundnorm)’ de inspiração kelseniana; (d) é princípio que se reconhece com fundamento na disposição normativa do § 2º do art. 5º, da CRFB/88; e, por fim, (e) é princípio que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.” STEINMETZ, *op.cit.*, p. 167.

⁹⁹ Entre os autores que adotam a identidade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, cita-se Luís Roberto Barroso. *op.cit.*, pp. 154-157. Para Willis Santiago Guerra Filho. *Processo constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 66, 67, nota 60, Humberto Ávila, *op.cit.*, pp. 102-127 e Gustavo Ferreira Santos. *op.cit.*, pp. 127-130 não há fungibilidade entre os princípios.

¹⁰⁰ “Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro.” HESSE, Konrad. “La interpretación constitucional”. In *Escritos de derecho constitucional*. trad. Pedro Cruz Villalon, 2º ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45. Cf. também MÜLLER, *op.cit.*, pp. 285-287.

envolve ponderação. A concordância prática, porém, não admite nenhum sacrifício aos direitos em conflito. É que os direitos, apresentando valor igual, desafiariam igual satisfação. O intérprete, em semelhante contexto, haveria de resolver a tensão buscando uma otimização igualitária ou um saldo nulo de sacrifício. Não é o que ocorre com o banimento da propaganda dos produtos dispostos no § 4º do artigo 220 da constituição. A tensão entre os direitos à comunicação (além dos demais a ele associados), de um lado, e o direito à (proteção da) saúde, de outro, foi resolvida não mediante um ensaio de harmonização (*cedência recíproca*, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos),¹⁰¹ mas já através do indiscutível sacrifício de um dos pólos. Ora, o sacrifício, cumpre nesta quadra insistir, não teria sido autorizado em nenhum momento pelo Constituinte, que se reporta à tarefa do legislador como vinculada à específica finalidade de oferecer ao consumidor meios de defesa contra a propaganda de produtos nocivos à saúde (e ao meio ambiente). A idéia aponta para a necessidade de compatibilização, harmonização, conciliação; jamais, todavia, de sacrifício, ablação, amputação, exceto quando incidente, de modo equivalente, sobre ambos os pólos.

O princípio da proporcionalidade, não obstante, a não ser quando indicado de forma amplíssima, não se identifica com o da concordância prática. Há distinções abraçando (i) o universo de situações sobre as quais incidem e (ii) o tipo de otimização que perseguem. Enquanto a concordância prática cuida de situações de tensão exigentes de harmonização ou de sacrifícios simétricos e recíprocos, o princípio da proporcionalidade aceita que um direito possa, eventualmente, ser mais sacrificado do que outro, “desde que haja proporcionalidade na ação que busca resguardar um direito, entre o direito protegido e o atingido.”¹⁰² De outro modo, tomando a proporcionalidade como máxima (e não como postulado normativo de aplicação na linha de Ávila),¹⁰³ compreendido, na esteira do pensamento de Alexy, também como *mandamento de otimização dependente de possibilidades fáticas e jurídicas*,¹⁰⁴ irrompe nova apartação, eis que o princípio da concordância prática nada diz quanto à esfera de consideração fática, agasalhando, apenas, mandamento de harmonização de interesses contrapostos desde um ponto de vista das possibilidades jurídicas.¹⁰⁵ Na circunstância, portanto, de residir no art. 220, § 4º, da Constituição autorização para o legislador operar de modo mais intenso (*restrição*) que o consistente na mera *harmonização* dos direitos em disputa, é o princípio da proporcionalidade que haverá de ser provocado para o controle da constitucionalidade e não o princípio da concordância prática.

¹⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 62.

¹⁰² SANTOS, *op.cit.*, p. 133.

¹⁰³ Ávila entende a proporcionalidade como “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”. *Op.cit.*, p. 113.

¹⁰⁴ ALEXY, *op.cit.*, p. 112.

¹⁰⁵ “O princípio da proporcionalidade trata das possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que o princípio da concordância prática apenas cuida de possibilidades jurídicas, ou seja, das relações entre regras jurídicas igualmente válidas e da solução de seus conflitos.” SANTOS, *op.cit.*, p. 133.

Na espécie, conforme assevera Gilmar Ferreira Mendes, a linha de argumentação do Supremo Tribunal Federal, ao testar a legitimidade de eventual medida restritiva, “há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (*Zweck-Mittel Zusammenhang*), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha *limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis)*”.¹⁰⁶ Com efeito:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da *reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes)*, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)”.¹⁰⁷

Em semelhantes termos, a medida restritiva, considerando (i) a unidade hierárquico-normativa da Constituição que implica a incoerência de posições de vantagem *prima facie* de determinados direitos diante de outros, (ii) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão e, por conseqüência, (iii) a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso (Alexy)¹⁰⁸ deve, sob pena de invalidade, ser *adequada* (apropriada), *necessária* (exigível) e *proporcional* (justa medida). Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

“O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e conforme os fins justificativos de sua adopção”. [...] “O princípio da exigibilidade, também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’ coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão.” [...] “Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à ‘carga coactiva’ da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ MENDES, *op.cit.*, p. 39.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ “... la ponderación es todo menos un procedimiento abstracto o general. Su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión. Ya del concepto de principio resulta que en la ponderación no se trata de una cuestión de todo-o-nada, sino de una tarea de optimización.” ALEXY, *op.cit.*, p. 166.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 269-270. Ainda sobre a estrutura de aplicação do princípio da proporcionalidade conferir: CLÈVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. “Algu-

Sintetizando, diante da orientação que se firma no Pretório Excelso, o escrutínio, ou teste, a ser realizado, para a aferição da constitucionalidade da lei restritiva, ao lado da carga argumentativa adequada, envolve o transitar por três níveis de análise: (i) adequação (idoneidade), (ii) necessidade (exigibilidade) e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Será constitucional a providência restritiva¹¹⁰ (i) apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; (ii) adotada pelo legislador diante da impossibilidade de lançar mão de solução igualmente eficaz, todavia menos gravosa; (iii) quando o benefício alcançado com a restrição a um interesse compensa (*justa medida*) o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

O fim imediato, porém, nos termos da Constituição, não pode ser outro senão oferecer *os meios* para a *defesa* do consumidor contra os efeitos da publicidade de produtos nocivos à saúde. Assim considerando, é evidente que uma restrição que importe em ablação não satisfaz a requisito de adequação ao objetivo da tarefa legislativa (conexão material entre meio e fim) conforme determinado pelo Constituinte.

A providência restritiva, como se sabe, dentre outras dotadas de semelhante eficácia, deve ser necessária e exigível, ostentando a menor carga coativa, identificando-se com aquela menos onerosa para o direito fundamental comprimido. Trata-se, aqui, portanto, de manifestação do princípio da menor ingerência possível. Ou, na linguagem de Gavara de Cara, "*una medida es necesaria cuando no puede ser elegida otra medida igualmente efectiva que limite menos el derecho fundamental o que suponga una menor carga para el titular*".¹¹¹

Verifica-se, neste degrau do teste da proporcionalidade, (i) se a restrição atendeu ao conceito de ingerência ou intervenção mínimas no exercício do direito fundamental, (ii) ocorrente hipótese de medida alternativa menos gravosa (princípio da desconfiança), (iii) em virtude de um paralelo que leve em conta prejudicialidade e eficácia das alternativas em cotejo e, (iv) tudo isso em função de um juízo dotado de conteúdo empírico.¹¹²

mas notas sobre colisão de direitos fundamentais". In GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 238-240; STEINMETZ, *op.cit.*, pp. 149-155; ALEXY, *op.cit.*, p. 111-115; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 687-798.

¹¹⁰ Cf. SARMENTO, *op.cit.*, p. 96.

¹¹¹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 1994, p. 305.

¹¹² Neste sentido conferir SEINMETZ, *op.cit.*, p. 151, com apoio em GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 189 e ss.

Finalmente, a medida de proscricção da propaganda comercial nos meios de comunicação de massa não suporta, também, o teste da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, como antes sugerido, “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.¹¹³ O que significa dizer que os meios manejados devem manter uma equação razoável com o fim almejado. Alexy, a propósito, formula feliz síntese (*lei da ponderação*): “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”.¹¹⁴

O que se vê, não obstante, na situação de proibição de propaganda de certos produtos (lícitos) é a supressão de um direito fundamental sem a correspondente satisfação, em igual proporção, do outro (proteção da saúde) situado na fronteira oposta da colisão. Pesadas as desvantagens dos meios (que são eloqüentes) e as vantagens dos fins (que são pouco evidentes), percebe-se uma relação desmedida, desequilibrada, desproporcional, contaminada pelo excesso e pelo *déficit* de razoabilidade, não justificável à luz da razão prática (irracionalidade) e, por isso mesmo, agressiva, injusta, distanciada do cumprimento do princípio da reserva de lei proporcional, revelando, em síntese, quanto à lei compressiva, a precipitação de inconstitucionalidade também por este fundamento. Não se preservou sequer o *núcleo essencial do direito* sobre o qual incidiu a restrição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não repele a idéia segundo a qual os direitos ou princípios apresentam, como exigentes de especial cuidado, um *núcleo* ou *conteúdo essencial*. Calha, à altura, citar o voto do Ministro Moreira Alves, prolatado ainda antes da promulgação da nova Constituição, onde aparece o conceito.¹¹⁵

Sob a égide da Constituição de 1988, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI – 2024/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence), outra vez a construção conceitual irrompe. É bem de ver que, em ambas as situações, tratava-se, para a Excelsa Corte, de desenhar as fronteiras das cláusulas pétreas, as indicadas como intangíveis mesmo em virtude da manifestação do poder constituinte derivado (art. 60, § 4º, da Constituição). Nesta ocasião, orientava-se a Corte no sentido de que “as limitações materiais ao poder de reforma constitucional não significam uma intangibilidade literal, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação é assegurada pelas ‘cláusulas pétreas’”.¹¹⁶ Não envolviam, portanto, o problema dos limites às restrições a direitos fundamentais (introduzidas

¹¹³ CANOTILHO, *Direito constitucional ...*, p. 270.

¹¹⁴ ALEXY, *op.cit.*, p. 161.

¹¹⁵ *In Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 99, 1980, pp. 1040, 1041.

¹¹⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 401.

pela obra legislativa). Além, disso, outros casos, eventualmente, poderiam ser levantados. Não obstante, a incursão não é impertinente quando demonstra que a idéia de núcleo essencial não constitui nenhuma novidade para o Supremo Tribunal Federal.

A concepção segundo a qual os direitos fundamentais apresentam um *núcleo último identitário*, um *conteúdo essencial*, portanto, risca as fronteiras da liberdade de conformação do legislador na circunstância de manifestação de restrição. A idéia central da proposta não exige maior grau de elaboração, constituindo já senso comum teórico no sítio da dogmática dos direitos fundamentais. Polêmica, entretanto, nasce, na doutrina e na jurisprudência, quando se trata de considerar o (i) *objeto da proteção* e (ii) o *valor da proteção*.¹¹⁷

A primeira polêmica é definida a partir da afirmação da natureza *subjetiva* ou *objetiva* da proteção, disputando as teorias (subjetivas e objetivas) quanto à natureza da salvaguarda, implicando, de um lado, proteção das dimensões subjetivas do direito protegido, e de outro, imunização do direito protegido exclusivamente em sua dimensão objetiva. A segunda polêmica identifica-se com o confronto entre as *teorias absolutas* e as *relativas*. As primeiras consideram o núcleo essencial como uma dimensão material irrestringível, abstrata e ontologicamente definida. As *teorias relativas* traduzem o núcleo essencial como o resultado de um bem elaborado processo de ponderação de bens. O conteúdo essencial, diante desta singular concepção, constitui o direito tal como ele se apresenta após o processo de ponderação (restrição limitada ao justo e necessário).

Não é o caso, aqui, de tomar partido por uma das teorias. Isto por dois motivos. Primeiro, porque o Supremo Tribunal Federal, até onde se sabe, não teve, ainda, oportunidade de assentar seu entendimento quanto à matéria, muito embora, nos julgados acima referidos, possa ser encontrada frágil sinalização no sentido da aceitação, quanto *ao valor da proteção*, da teoria absoluta. Depois, porque nenhuma das teorias isoladamente dá conta da complexidade dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de lançar mão de uma consistente argumentação que leve em conta, até onde isso seja possível, as advertências das teorias em disputa (subjetivas e objetivas, relativas e absolutas).

Não há núcleo essencial que resista à radical ablação da liberdade de comunicação, à abolição da publicidade nos meios de comunicação de massa, que possa, enfim, sobreviver à censura. Qualquer das teorias, no presente caso, seria suficiente para demonstrar a vulneração da cláusula imunizatória do conteúdo essencial e o desconhecimento da salvaguarda da essencialidade do direito restringido.

¹¹⁷ Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional ...*, pp. 458, 459.

Conclusões

A Constituição de 1988 inaugura um Estado Democrático de Direito, uma ordem jurídica que, não obstante, erigida a partir do princípio geral da liberdade, soluciona de maneira adequada as tensões inevitáveis com o princípio democrático. A autonomia privada (direitos fundamentais) e a autonomia pública (democracia), portanto, apresentam-se em arranjo arquitetônico delicado, complexo, mas satisfatório, autorizando, a um tempo, o aprofundamento da experiência democrática e a garantia dos direitos fundamentais.

O Poder Público não pode substituir-se ao ser humano, sujeito (histórico), cidadão e consumidor, quanto às escolhas. Ao contrário, cumpre ao Estado, aí sim, oferecer as condições indispensáveis para que o ser humano impulsione o seu poder decisório. A função primordial do Estado, neste ângulo de abordagem, é formular e conduzir as políticas adequadas para o governo autônomo dos sujeitos. O despir-se de autonomia, a invocação da tutela, significa a vulneração do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição, de modo eloqüente, recusa a censura. Toma-a como incompatível com a liberdade de expressão e, portanto, com a sociedade contemporânea do pluralismo das idéias. A censura, nesta circunstância, não pode ser compreendida, apenas, como o tipo de controle do pensamento exercitado na circunstância do governo autocrático. Mais do que isso, a censura, na experiência democrática, sobrevive de modo mais discreto, sutil, dinamizada sempre com o fito de promover fins, em tese, aceitáveis. Daí a necessidade do cuidado permanente. O proscrever determinado tipo de comunicação, o banimento de específica fórmula expressional, mesmo a pretexto de operar restrição constitucionalmente admitida, implica excesso equivalente à censura.

Na sociedade tecnológica, na era da informação e do conhecimento, a publicidade pressupõe residência no espaço público. Afinal, o espaço público é pressuposto conceitual da propaganda comercial. Não há publicidade senão quando nele operada e, em particular, no contexto dos meios de comunicação de massa.

A liberdade de conformação do legislador é ampla, não se confundindo com a mera função de aplicação da Constituição. No universo dos direitos fundamentais a tarefa do legislador é dupla. Ele deve (i) atuar de acordo com os direitos fundamentais (*a lei nos termos dos direitos fundamentais*), que não estão à sua disposição (*daí o afastamento da idéia de direitos fundamentais nos termos da lei*), e (ii), de outro ângulo, deve desempenhar a função normativa com o sentido de solucionar conflitos envolvendo disputa de direitos fundamentais entre si ou com outros bens e princípios constitucionais. Aqui se apresenta o assim chamado *paradoxo dos direitos fundamentais*. O legislador subordinado aos direitos fundamentais exerce importante papel dirigido a dotar de eficácia ótima os mesmos direitos fundamentais.

As restrições a direitos fundamentais exigem, no constitucionalismo contemporâneo, o manejo de renovadas técnicas, em especial o acesso à metodologia da ponderação de bens, presente, não obstante as especificidades, na jurisprudência constitucional, seja da Suprema Corte americana, seja do Tribunal Constitucional alemão, seja, ainda, do Supremo Tribunal Federal.

Avulta, em semelhante seara, a problemática do *limite dos limites*, a exigir que a ponderação se faça de modo racional, justificável, observando determinados pressupostos. O (i) *princípio da reserva de lei* (absoluta ou relativa, qualificada ou não), os (ii) *princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação do excesso* (a justificar que se fale já em reserva de lei proporcional) e (iii) o *princípio da preservação do núcleo essencial* exercem papel indispensável no controle da atividade legislativa voltada à restrição (expressa ou implicitamente autorizada) dos direitos fundamentais.