

parecer

Professor Virgílio Afonso da Silva

A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil

criança e
CONSUMO


instituto
ALANA

Título: A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil

Autor: Virgílio Afonso da Silva
Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, 26 de abril de 2012

1. Paternalismo 2. A jurisprudência sobre publicidade de alimentos de baixo teor nutritivo 3. A ação estatal e a regulamentação e a restrição da publicidade 4. Conteúdo essencial de direitos e regra da proporcionalidade 5. Resposta aos quesitos

Publicado em São Paulo em julho de 2012

Esta é uma publicação encomendada pelo Projeto Criança e Consumo, do Instituto Alana, especificamente do Alana Defesa, que tem como objetivo contribuir com as políticas públicas brasileiras no sentido de defender a regulação da comunicação mercadológica voltada às crianças a fim de garantir a proteção de seus direitos nas relações de consumo.

O **Instituto Alana** é uma organização sem fins lucrativos que trabalha para encontrar caminhos transformadores que honrem a criança. Para tanto, atua em um amplo espectro em busca de garantir condições para a vivência plena da infância, fase essencial na formação humana.

Presidente Ana Lucia Villela

Vice-Presidente Alfredo Egydio Arruda Villela Filho

Vice-Presidente Marcos Bessa Nisti

Diretor de Ação Comunitária e Educação Antonio Carneiro

Diretora de Defesa e Futuro Isabella Henriques

Coordenadora Geral do Projeto Criança e Consumo Isabella Henriques

Conselho Consultivo Projeto Criança e Consumo

Ana Olmos
Clóvis de Barros Filho
Edgard Rebouças
Flávio Paiva
Inês Silvia Vitorino Sampaio
João Lopes Guimarães Junior
José Eduardo Elias Romão
Ladislau Dowbor
Marcelo Sodré
Nádia Rebouças
Pedrinho Arcides Guareschi
Solange Jobim e Souza
Vidal Serrano Júnior
Yves de La Taille
Zico Góes

Instituto Alana

Rua Fradique Coutinho, 50
05416-000 – Pinheiros — São Paulo – SP – Brasil
Telefone: (11) 3472-1600
E-mail: contato@alana.org.br
www.alana.org.br

parecer

Professor Virgílio Afonso da Silva

A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil

APRESENTAÇÃO

Desde 2006, o Projeto Criança e Consumo, da área de Defesa do Instituto Alana, vem trabalhando arduamente no combate ao consumismo infantil, fomentando a reflexão na sociedade sobre o tema e também sobre a ilegalidade do direcionamento de mensagens publicitárias ao público menor de 12 anos de idade.

Acreditamos que todo esse consumo desenfreado, não pensado e desejado pelas crianças é também fruto de vontades criadas e implantadas nelas pela massiva comunicação mercadológica a que hoje estão submetidas em todos os lugares.

A publicidade não está apenas na televisão e nos intervalos comerciais da programação infantil - está em todos os espaços, todo o tempo. As crianças brasileiras têm sido bombardeadas pela comunicação de mercado dentro e fora de casa, nas escolas, nos parques, nas praças, na internet, no cinema e também na televisão, nos intervalos comerciais e na própria programação em ações de *merchandising* que, por se misturarem tanto com o conteúdo da programação, em alguns casos, são chamadas de *merchantainment*. Isso sem falar no vasto licenciamento de personagens infantis para toda a gama de produtos imagináveis, que vai de shampoo a salgadinhos, passando por roupas e acessórios diversos.

Sabemos que nem todo esse desejo de consumo pode ser concretizado até por conta das limitações financeiras das famílias. No entanto, também temos conhecimento de que as crianças influenciam e muito as compras da casa e, justamente por isso, são ainda mais tratadas pelo mercado anunciante e publicitário como verdadeiras promotoras de vendas. Vale dizer que questionamos não as compras em si, mas os apelos que chamam e convidam as crianças a quererem sempre mais, a desejar o último lançamento, a acreditar que elas só serão felizes se tiverem determinados objetos, que somente farão amizade se consumirem certos produtos e serviços. Questionamos essa entrada precoce das crianças no mundo do desejo de consumo exacerbado pautado pelo mercado, justamente quando elas são mais suscetíveis a esses apelos mercadológicos.

E o que é pior, esse desejo criado e implantado nas crianças está causando uma série de problemas graves, como é o caso, da epidemia de

obesidade infantil, que já atinge 15% das crianças brasileiras. Obesidade que está diretamente ligada ao aparecimento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNTs), como diabetes tipo 2, doenças cardíacas e vasculares, em crianças muito pequenas. A esse propósito, pesquisas científicas no mundo todo traçam um paralelo direto entre o aumento da obesidade infantil e a exposição de crianças à publicidade de alimentos com alto teor de gordura saturada, gordura trans, açúcar e sódio e de bebidas não alcoólicas de baixo valor nutricional.

Iniciativas no sentido de regular a publicidade de alimentos para crianças já começam a acontecer no país, algumas ainda em fase inicial, como é o caso dos diversos projetos de lei que tramitam no âmbito do Poder Legislativo, outras mais concretas, como são os processos judiciais que discutem a questão da abusividade desse tipo de comunicação em casos específicos de campanhas publicitárias postas em público.

A fim de contribuir com essa discussão, notadamente no que tange às questões constitucionais que se apresentam quando o tema é a restrição da publicidade de alimentos voltada ao público infantil, o Instituto Alana fez uma consulta ao Professor Virgílio Afonso da Silva, que resultou no Parecer que ora apresentamos. Em linhas gerais e observados os limites da proporcionalidade, o renomado professor conclui pela possibilidade de ser restringida ao público infantil a publicidade de alimentos considerados obesígenos e de bebidas não alcoólicas de baixo valor nutricional, a fim de assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à alimentação das crianças no Brasil.

Vale dizer que o referido Parecer foi gentilmente cedido a título não oneroso pelo nobre Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo a essa instituição sem fins lucrativos, para, assim, contribuir com os debates da questão no país.

A infância é tempo de brincar e de acreditar na fantasia. E é isso que move o Instituto Alana, que tem como missão *Honrar a criança* e para isso desenvolve diversas ações por meio de suas quatro áreas: Alana Comunidade, Alana Educação, Alana Defesa e Alana Futuro.

Isabella Henriques
Diretora de Defesa e Futuro

INSTITUTO ALANA

O Instituto Alana é uma organização sem fins lucrativos que trabalha para encontrar caminhos transformadores que honrem a criança. Para tanto, atua em um amplo espectro em busca de garantir condições para a vivência plena da infância, fase essencial na formação humana. São quatro frentes de atuação: Alana Comunidade, Alana Educação, Alana Defesa e Alana Futuro.

Alana Defesa

A área de defesa tem como foco contribuir com as políticas públicas brasileiras que de alguma forma se relacionem com a missão do Alana.

Para tanto, acompanha a elaboração de leis e sua aplicação e a formulação de planos governamentais orientados ao bem-estar da criança.

Dentro do Alana Defesa, o **Projeto Criança e Consumo** trabalha para ampliar a conscientização da população sobre o consumismo na infância e defende a regulação da comunicação mercadológica voltada às crianças, para garantir a proteção de seus direitos nas relações de consumo.



PARECER

A CONSULTA

O **Instituto Alana**, associação sem fins lucrativos, voltada à promoção de atividades em prol da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes relacionadas sobretudo ao excessivo consumismo ao qual são expostos, elaborou consulta acerca da extensão de possíveis restrições à publicidade direcionada às crianças, mediante a apresentação dos seguintes quesitos:

1. **A Constituição Federal, em seu artigo 220, § 4º, prevê restrições legais à publicidade de determinados produtos (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias). Esse dispositivo impede que haja restrições à publicidade voltada ao público infantil, ou seja, sobretudo aquela publicidade que fala diretamente com as crianças, utilizando alguns recursos como animações, desenhos animados, personagens do ideário infantil, celebridades do mundo infantil, crianças atuando, músicas infantis etc.?**
2. **O referido dispositivo impede que haja restrições à publicidade de produtos outros, como é o caso da publicidade de produtos alimentícios com altos teores de sódio, açúcar, gorduras saturadas e gorduras trans e de bebidas não alcoólicas com baixo valor nutritivo voltada ao público infantil?**
3. **O referido dispositivo permite que haja restrição total, ou seja, a supressão da publicidade dirigida ao público infantil de produtos alimentícios com altos teores de sódio, açúcar, gorduras saturadas e gorduras trans e de bebidas não alcoólicas**

com baixo valor nutritivo [refrigerantes], considerando-se os danos que causa à saúde dessas pessoas?

4. A atividade publicitária pode se valer da cláusula geral de liberdade de expressão e, sendo uma atividade comercial, tem a mesma garantia?
5. A Constituição Federal asseguraria o direito de a indústria do setor alimentício fazer publicidade de seu produto? Mesmo que voltada diretamente ao público infantil, considerando que este público está em fase de desenvolvimento que não lhe permite a compreensão integral das mensagens comerciais?
6. O direito à vida, à saúde e à alimentação, direitos fundamentais, bem como o direito da criança de que sejam estes direitos fundamentais assegurados com absoluta prioridade, como preceitua o artigo 227 da Constituição Federal, podem justificar restrições ao direito à livre iniciativa e à atividade publicitária?

A resposta sintética a esses quesitos, ao final deste parecer, exige, dentre outras, considerações acerca da ideia de restrição a direitos fundamentais e de seus limites, o que, por sua vez, implica a necessidade da análise da regra da proporcionalidade. Implica também um exame prévio de certas questões conceituais importantes, como aquelas relativas ao binômio autonomia vs. paternalismo, dentre outros. É o que será feito a seguir.

Introdução

Nos últimos tempos, a obesidade em geral e a obesidade infantil em particular são temas que não saem da ordem do dia.¹ As causas desse problema de saúde pública são múltiplas, mas cada vez mais fica claro que produtos alimentícios sem grande valor nutritivo e, ao mesmo tempo, com grandes quantidades de açúcar ou gorduras, têm uma enorme responsabilidade por esse cenário. As razões que levam crianças a consumir de forma desmedida esses produtos são, também, variadas. Certo é que, da mesma forma que ocorre com o consumo de outros produtos, a publicidade tem o seu papel.² No Brasil e no mundo, crianças de menos de 12 anos, embora não deveriam ser consideradas como consumidoras, estão expostas a uma excessiva carga de publicidade pensada e desenvolvida especialmente

1 Cf., por todos, Cecília L. de Oliveira & Mauro Fisberg, “Obesidade na infância e adolescência: uma verdadeira epidemia”, *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia & Metabologia* 47:2 (2003), pp. 107 s.

2 Cf., por exemplo, Diana Perez-Salgado, “Food Advertising in Mexican Television: Are Children More Exposed?”, *Salud Publica de México* 52:2 (2010), pp. 119 ss.; K. Harrison & A.L. Marske, “Nutritional Content of Foods Advertised During the Television Programs Children Watch Most”, *American Journal of Public Health* 95:9 (2005), pp. 1568 ss.

para elas.³ Parte considerável dessa publicidade pretende dialogar diretamente com essas crianças, com o objetivo de vender produtos alimentícios com altos teores de açúcar, sódio e gorduras.

Diante desse cenário, não são poucas as propostas de restrição a esse tipo de publicidade. Essas propostas, contudo, costumam ser vistas por muitos uma ingerência estatal indevida na educação das crianças. Segundo essa linha crítica, a conformação dos hábitos alimentares das crianças é uma tarefa doméstica, não estatal. Aqueles que argumentam nesse sentido costumam levantar a objeção segundo a qual a atividade estatal nesse âmbito é uma atividade paternalista, que tolhe a autonomia de pais e mães.

De outro lado, outra linha crítica baseia suas objeções na ideia de que o exercício da publicidade é um exercício de liberdade de expressão e que, por isso, qualquer restrição a ela seria uma espécie de censura.

Ao longo deste parecer, pretendo demonstrar que, ainda que atraentes, essas duas linhas de argumentação não sobrevivem a uma análise um pouco mais consistente acerca da ideia de paternalismo e dos limites à atividade estatal no âmbito dos direitos fundamentais.

1. Paternalismo

Uma das maiores críticas a qualquer forma de restrição à publicidade dirigida a crianças é aquela que vê nessa restrição um ranço paternalista. De forma geral (embora possa haver algumas variações em seu conteúdo), essa linha crítica pode ser resumida da seguinte forma: é função do pai e da mãe de uma criança educá-la e controlar o que essa criança irá consumir ou como ela irá se alimentar. *Contrario sensu*, não é tarefa do Estado se imiscuir nessa parte da educação das crianças.

Essa crítica é ainda muitas vezes expressa por meio de uma espécie de autorreflexão daquele que entende que não deve haver ingerência estatal nesse âmbito. Essa autorreflexão baseia-se na seguinte linha de raciocínio: “na minha época, a publicidade era totalmente livre, os doces e salgados tinham gorduras trans, muito açúcar e alto teor de sódio, a indústria de

3 O *Observatório de Mídia: direitos humanos, políticas e sistemas*, da Universidade Federal do Espírito Santo, analisou a programação de 15 canais de TV (6 gerais e 9 infantis), durante 15 dias, por 15 horas ao dia. Nesse período, foram veiculadas aproximadamente 81 mil anúncios comerciais. 64% dos anúncios veiculados nos 15 canais no período monitorado falavam diretamente com o público menor de 12 anos de idade. Nos canais generalistas, isso representou 20% dos comerciais. Nos canais segmentados, esse volume sobe para 94%.

brinquedo era livre para fazer a publicidade que quisesse, e nem por isso eu me tornei uma pessoa obesa, com distúrbios alimentares ou consumista; essa é a prova cabal ou de que a ameaça não é assim tão grande, ou de que basta uma boa educação doméstica para que as eventuais – pequenas – ameaças sejam rechaçadas". Tratarei desse argumento nos tópicos que seguem.

1.1. Paternalismo e autonomia

O argumento baseado na ideia de autonomia como contraposta ao paternalismo estatal possui alguns problemas insuperáveis. O principal deles é supor que *qualquer* intervenção estatal na educação das crianças é uma substituição *indevida* da tarefa paterna e materna. Que essa é uma premissa falaciosa é algo mais do que evidente. Se algum dia essa premissa foi verdadeira, ela deixou de o ser a partir do momento em que se instituiu a educação básica obrigatória para todos. A educação básica obrigatória para todos – no caso brasileiro, consagrada no art. 208, I, da Constituição – é em boa medida uma rejeição (baseada em um paternalismo estatal, alguns diriam) da premissa de que a educação das crianças é uma tarefa exclusivamente doméstica e que deve ficar a cargo apenas dos pais e das mães. A educação básica imposta constitucionalmente pretende, dentre outros objetivos, proporcionar a todos – e não apenas aos filhos de famílias financeiramente privilegiadas – o acesso à educação, partindo-se do pressuposto de que, se a educação é um bem básico que proporcionará o gozo mais pleno de outros direitos, é melhor que todos possam ter acesso a ela.

Mais do que isso, o ensino obrigatório implica também o aprendizado obrigatório de determinados conteúdos, *definidos pelos poderes públicos*, em legislação específica. Assim, se o Estado decide que as escolas deverão ensinar a teoria da evolução de Darwin, rejeitando o criacionismo, essa é uma decisão vinculante. Poucos classificariam essa decisão como paternalismo estatal, mas o que ela faz é justamente não deixar nas mãos da família a escolha sobre determinados conteúdos. Claro que alguns poderiam aqui argumentar que a família pode, ainda assim, educar seus filhos de outra forma. Claro que a família poderá sempre dizer "filho, não acredite no que o seu professor disser sobre a origem da raça humana". Essa liberdade não é subtraída de ninguém. Mas se é a manutenção dessa liberdade que faria com que não classificássemos a definição de conteúdos pedagógicos obrigatórios como algo

paternalista, então estamos diante de um conceito de paternalismo que também não se aplica ao objeto deste parecer. Voltemos a ele.

Quando se restringe a publicidade de determinados produtos ao público infantil, não se restringe, com isso, a liberdade que as famílias têm de definir a alimentação (ou os hábitos de consumo) de seus filhos e filhas. Se alguns pais e mães entendem que comer batata frita com refrigerante e sorvete é algo que deve ser permitido a seus filhos apenas uma vez ao mês, enquanto outros pensam que isso pode ocorrer uma vez por semana, enquanto outros não impõem limitação alguma, porque confiam no bom senso de seus filhos e filhas, essa é uma liberdade que permanece intacta. E ela permanece intacta mesmo que a publicidade desses produtos seja restringida ou vedada por completo (da mesma forma que a proibição de um professor negar a teoria da evolução não implica uma menor liberdade dos pais para contar outra história a seus filhos e filhas).

Em resumo, é necessário definir, com mais clareza, o que se quer dizer com "paternalismo" e o que se quer dizer com "autonomia" quando se discute a publicidade direcionada ao público infantil. Se o termo é usado em um sentido mais forte – paternalismo, nesse sentido, seria a intervenção na liberdade familiar por meio da imposição ou vedação de determinadas condutas, sejam alimentares, sejam de consumo – parece claro que não se pode falar em paternalismo no âmbito da regulamentação da publicidade dirigida ao público infantil. Como se mostrou acima, a liberdade familiar permanece inalterada, não importa a quantidade de publicidade veiculada, não importa se o Estado se esforça ou não em informar as pessoas acerca dos efeitos nocivos desse ou daquele produto.

Por outro lado, se "paternalismo" é usado em um sentido bem mais fraco – paternalismo seria, então, uma tentativa estatal de *informar* e, em alguns casos, *fomentar* determinadas condutas – então é claro que estamos diante de uma ação paternalista quando discutimos restrições à publicidade direcionada às crianças. Mas ela é tão paternalista quanto a definição de conteúdos programáticos nas escolas. Aqueles que recorrem ao termo "paternalismo" e imaginam que, com isso, estariam claramente colando uma etiqueta negativa a uma determinada conduta parecem se esquecer disso. Talvez um último exemplo, elaborado por Thaler e Sunstein, possa ilustrar bem esse último argumento.⁴

⁴ Cf. Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, London: Penguin, 2009, p. 1–4.

Vamos supor que os responsáveis pela merenda escolar cheguem à conclusão de que os produtos que ficam na altura dos olhos tendem a chamar mais a atenção das pessoas (das crianças inclusive). Vamos supor também que a merenda escolar não inclua apenas uma única opção, deixando à criança a escolha do que quer comer dentre as opções fornecidas. A criança escolhe a comida e a bebida a partir do que está exposto em uma vitrine organizada em diversas prateleiras. Os responsáveis pela merenda escolar chegam então à conclusão de que seria melhor colocar as comidas e bebidas mais saudáveis na altura dos olhos e deixar as menos saudáveis nas prateleiras inferiores (é preciso se abaixar para ver o que há nelas). Como resultado, percebe-se que mais e mais crianças passam a se alimentar de forma mais saudável, havendo uma notável diminuição no consumo de alimentos sem grande valor nutritivo.

Aqui, é possível fazer as seguintes perguntas: (1) A atitude dos responsáveis pela merenda é legítima ou é uma restrição indevida na liberdade de escolha das crianças? (2) A atitude dos responsáveis pela merenda é paternalista?

Parece ser difícil sustentar que a atitude é ilegítima. Isso porque a oferta de comida e bebida *tem que ser organizada de alguma forma* e sempre haverá comidas e bebidas que ficarão na altura dos olhos, enquanto outras ficarão mais abaixo. A decisão acerca de onde colocar cada comida e cada bebida pode se basear em diversos critérios. Seria possível organizar por cores, por quantidade de caloria, por preferência pessoal da cozinheira, dentre outros. Se fosse uma cantina (paga) e não uma merenda (gratuita), um critério adicional poderia ser o preço: seria possível colocar os produtos mais caros na altura dos olhos, com o objetivo de lucrar mais (supermercados muitas vezes fazem isso). Em todos esses casos, com base em algum critério mais ou menos subjetivo/objetivo, alguém vai influenciar o comportamento alimentar das crianças. Seria difícil sustentar que o critério "preferência pessoal da cozinheira" ou o critério "preço" seriam mais legítimos do que o critério "alimentação saudável".⁵

Em suma, se concluirmos que a ação é legítima (ou ao menos tão legítima como qualquer outra), parece que teríamos que concluir também que a ação não é uma indução indevida. Se isso é assim, então parece também ser irrelevante decidir se devemos ou não

⁵ Para fugir de toda e qualquer influência predeterminada, a única solução seria deixar completamente ao acaso a definição da organização da comida. Nesse âmbito, contudo, "acaso", nada mais seria do que o *hábito* e a *rotina* daqueles que são encarregados de organizar a exposição dos alimentos. E não parece fácil sustentar que hábito e rotina sejam critérios mais legítimos do que alimentação saudável.

chamá-la de paternalista. Alguns autores, para tentar livrar o termo "paternalismo" de sua conotação negativa, passaram a qualificar ações como a descrita acima, na qual não há uma imposição de conduta, ainda que haja uma conduta preferida e fomentada, como paternalismo moderado (*soft paternalism*) ou como paternalismo libertário. É o caso de Thaler e Sunstein, por exemplo.⁶

O paternalismo moderado não é, portanto, incompatível com a autonomia dos indivíduos para definir suas preferências. Ainda que ele possa se basear no fomento de uma determinada conduta, ele não exclui, em nenhum momento, a possibilidade de os indivíduos decidirem pela conduta contrária. A incompatibilidade com a liberdade individual só surge nos casos em que a ação estatal *veda* condutas ou *impõe sanções* para comportamentos diversos. Como não é esse o caso de que trata este parecer – já que uma restrição à publicidade destinada às crianças não veda nenhuma conduta por parte das crianças ou de seus pais e mães –, então não é necessário analisar esse problema mais a fundo.⁷

1.2. "Na minha época..."

Um segundo argumento muito ouvido quando se fala em restrições à publicidade direcionada a crianças é aquele que se baseia na experiência pessoal. Como já exposto acima, de forma geral, essa reflexão pessoal, bastante intuitiva, pode ser ilustrada pelo seguinte pensamento: "na minha época, a publicidade era totalmente livre, os doces e salgadinhos tinham gorduras trans, muito açúcar e alto teor de sódio, a indústria de brinquedo era livre para fazer a publicidade que quisesse, e nem por isso eu me tornei uma pessoa obesa, com distúrbios alimentares ou consumista; essa é a prova cabal ou de que a ameaça não é assim tão grande, ou de que basta uma boa educação doméstica para que as eventuais – pequenas – ameaças sejam rechaçadas".

⁶ Cf. Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Nudge*, p. 5.

⁷ Mas é importante ainda assim deixar aqui claro que, mesmo aqueles que se esforçam em rechaçar quaisquer interferências estatais mais intrusivas – especialmente aquelas baseadas em proibições e sanções – convivem com inúmeras dessas interferências cotidianamente sem se preocupar com elas. Em alguns casos, até em âmbitos semelhantes ao que se está discutindo aqui. Um exemplo simples pode ilustrar isso: a venda de bebidas alcoólicas é vedada a menores de 18 anos. Essa é uma clara decisão estatal "paternalista", que visa a proteger crianças e adolescentes. Ela claramente parte do pressuposto (correto e também válido para o objeto deste parecer) de que (i) a educação de pais e mães pode não ser suficiente para evitar que crianças e adolescentes consumam álcool; e (ii) que pais e mães não estão com seus filhos e filhas 24 horas por dia para protegê-los. Mais interessante ainda é notar que, no Brasil, a publicidade de certas bebidas alcoólicas é vedada entre 6 e 21 h., com o claro intuito de evitar que crianças e adolescentes sejam expostos a esse tipo de publicidade. Como se verá mais adiante, essa é a solução que alguns países encontraram para lidar também com a publicidade dirigida a crianças.

Provavelmente quase todo mundo já se defrontou com propostas de mudança em algum âmbito da vida e já recorreu intuitivamente a esse raciocínio. Não há dúvidas de que ele pode ser muito plausível. Afinal, se passamos por determinadas situações em nossas vidas e, mesmo assim, nossa formação pessoal não parece ter sido comprometida, não parece haver então razões para mudar o *status quo*. Em muitos casos, contudo, esse raciocínio é equivocado porque ignora algumas variáveis relevantes. Uma dessas variáveis, mais simples e sempre presente, diz respeito à frequente impossibilidade de generalização de experiências individuais. O que não afeta uma pessoa pode afetar (várias) outras. Para ilustrar, menciono aqui dois exemplos, ambos ligados à infância e à educação. Diante de propostas de modificação do sistema de avaliação dos alunos no ensino fundamental e diante de debates para intensificar o combate ao *bullying*, muitas pessoas reagem exatamente da forma mencionada acima: "na minha época, todos tinham que estudar para passar de ano; era uma pressão, mas superá-la não foi difícil e hoje sou bem-sucedido" ou "na minha época, nem se falava em *bullying*; as provocações, pressões e ameaças são normais no mundo infantil e ter que lidar com elas faz parte da preparação para a vida; não podemos ser tão paternalistas".

Não é objeto deste parecer discutir formas de progressão no ensino fundamental nem *bullying*. São dois temas polêmicos. O que aqui se quer demonstrar é que a experiência individual de alguém não é necessariamente generalizável. Em outras palavras: o fato de alguém ter passado sem nenhum problema pelo ensino fundamental, sem nunca ter sido reprovado, pode não significar nada diante das inúmeras crianças que ficaram no caminho, que desistiram da escola ou que perderam anos repetindo a mesma série, da mesma forma que a experiência de alguém com enorme autoestima ou que nunca tenha sido alvo de uma violência física ou psicológica mais frequente na escola não significa que essa seja a realidade de todos e que, por consequência, não devemos nos preocupar com o *bullying*.

No que diz respeito ao objeto deste parecer, o argumento é o mesmo: a experiência pessoal de alguém com a publicidade destinada ao público infantil ("nunca me afetou...") simplesmente não é generalizável, (1) porque diferentes indivíduos reagem de forma diversa aos mesmos estímulos; (2) porque diferentes contextos familiares podem condicionar de forma diversa a influência da publicidade nos hábitos infantis (alimentares ou de consumo em geral); (3) porque a publicidade destinada a crianças hoje é bem diferente da publicidade a que foram expostas as pessoas que recorrem ao argumento "na minha época...". Já abordei o ponto 1 acima, quando me referi aos exemplos da progressão continuada e do *bullying*. Pretendo abordar os outros dois elementos a seguir.

1.2.1. Contextos familiares

A crítica que vê na regulação da publicidade destinada ao público infantil um suposto paternalismo estatal costuma vir de um grupo bem definido de pessoas: são pessoas que têm uma formação escolar, universitária e cultural razoavelmente sólida e, em geral, um padrão socioeconômico estável.⁸ São pessoas desse grupo que, em geral, rechaçam uma regulamentação estatal, ou porque acham que sua eventual experiência exitosa como indivíduos é a prova de que a publicidade não tem o efeito negativo que alguns dizem que ela tem nas crianças, ou porque entendem que a educação de seus próprios filhos e filhas é uma tarefa que elas desempenhariam melhor sem a intervenção estatal.

Que a educação, compreendida em seu sentido mais amplo, é hoje em dia impensável sem o Estado,⁹ é algo que já foi explicitado acima.¹⁰ Assim, não faz sentido afirmar "a educação dos meus filhos é melhor sem a intervenção estatal", porque essa intervenção é inafastável; o máximo que se pode argumentar seria, portanto, "a educação dos meus filhos é melhor sem a intervenção estatal *nesse ou naquele âmbito*". Esse âmbito, no caso deste parecer, é a publicidade e seus efeitos nos hábitos alimentares e de consumo das crianças. A pergunta que deve ser respondida, portanto, é muito mais específica do que muitos pretendem fazer crer. Neste ponto, ela seria: a influência da publicidade nos hábitos alimentares e de consumo das crianças é algo com o qual pais e mães devem lidar sozinhos ou o Estado tem um papel a cumprir nesse âmbito?

Não há dúvidas de que é possível imaginar famílias nas quais os efeitos da publicidade são bastante minimizados por meio da ação esclarecedora e educadora de pais e mães. Especialmente em famílias com bom nível de acesso a informação das fontes mais variadas, essa talvez seja uma possibilidade real.

Neste ponto, a história de Wolfgang Link pode ser ilustrativa. Link é um empresário alemão, pai de um casal de filhos. Segundo ele, quando o tema é "brincar", encontrar um equilíbrio entre diversão, fomento da fantasia, fortalecimento da sociabilidade, aprender a perder, coordenação motora e movimento é uma tarefa dos pais, não do Estado. Wolfgang Link é chefe da seção europeia de uma das maiores lojas de brinquedos do mundo, a norte-

⁸ Sem contar, claro, outro grupo bem definido, que é aquele formado pelos próprios agentes interessados na questão (indústria, comércio e mercado da publicidade). De qualquer forma, do ponto de vista pessoal, esses agentes também costumam se incluir no grupo definido no corpo do texto.

⁹ A permissão de educação exclusivamente doméstica (*homeschooling*) em alguns países não muda esse cenário, por ser um fenômeno estatisticamente irrelevante.

¹⁰ Cf. tópico 1.1.

americana *Toy R Us*.¹¹ Apesar de chefiar um negócio baseado no consumismo infantil, seus filhos, segundo ele, brincam muito ao ar livre e um dos brinquedos preferidos da *Toy R Us* em sua casa é uma bola de apenas 99 centavos de euro. Ainda segundo ele, sua filha adora livros e pode ficar lendo por horas seguidas.¹²

O que poderia ser um exemplo emblemático de como a educação doméstica é suficiente na conformação de bons hábitos de consumo dos filhos é, na verdade, um exemplo emblemático de como isso é verdade apenas em alguns contextos familiares, com bom nível de acesso à informação (nesse caso, mais do que privilegiado) acerca dos efeitos do consumismo infantil. Boa parte dos clientes da *Toy R Us* talvez vivenciem outros contextos familiares e de acesso à informação.

Aqueles que recorrem ao argumento "na minha época..." muitas vezes também se esquecem que, até não muito tempo atrás, a regra geral era uma família na qual o homem trabalhava e a mulher ficava em casa cuidando dos filhos, e na qual a TV ainda não ocupava uma posição central na vida familiar. Nesse cenário, é possível que fosse mais fácil uma autorregulamentação doméstica da exposição dos filhos à publicidade. Contudo, nas famílias atuais, nas quais, em regra, tanto o homem quanto a mulher trabalham fora, essa atenção da família é mais escassa. Se pai e mãe trabalham fora, muitas vezes as crianças têm como companhia apenas o aparelho de TV. Imaginar que o Estado deve permanecer ausente diante desse cenário talvez não seja a postura mais sensata a se tomar.

Mais do que isso, essa talvez nem seja a postura que as famílias em geral desejam. Neste ponto, é interessante dar uma passada de olhos em pesquisa sobre publicidade infantil realizada pelo Datafolha. À pergunta "os comerciais de *fast food* e de alimentos não saudáveis dirigidos às crianças prejudicam o hábito alimentar de seus filhos?", 79% dos entrevistados responderam que sim. E à pergunta "os comerciais de *fast food* e de alimentos não saudáveis dificultam os seus esforços para educar seus filhos a se alimentar de forma saudável?", 76% dos entrevistados responderam afirmativamente.¹³

11 As declarações de Wolfgang Link podem ser encontradas em Susanne Gaschke, "Mega-Weihnachten", *Die Zeit* 52 (17.12.2009), p. 15.

12 *Ibidem*.

13 Cf. a íntegra da pesquisa: www.alana.org.br/banco_arquivos/Arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/propaganda-infantil-maio-2011.pdf

1.2.2. A publicidade hoje e a publicidade "na minha época..."

A mesma ideia que vem sendo desenvolvida até aqui para outros âmbitos vale também para a evolução da publicidade infantil. Aqueles que sugerem que, se seus hábitos alimentares ou de consumo não foram afetados pela publicidade durante a infância, isso seria a prova de que o Estado não é necessário nesse âmbito, parecem ignorar a explosão da publicidade infantil nos últimos 15 ou 20 anos.¹⁴ Durante a infância daqueles que hoje decidem questões legislativas e judiciais nesse âmbito (ou seja, deputados, senadores e juízes), não havia canais de TV destinados apenas ao público infantil e a presença da publicidade na vida das pessoas era bem menor, especialmente porque não existia uma interconexão tão forte entre as diversas mídias como existe hoje. "Naquela época", embora pudesse em alguns casos haver um boneco de um personagem de um filme ou desenho animado, a ligação entre ambos os mercados não ia muito além disso. Quem, por exemplo, assistia ao desenho *Speed Racer* na década de 1970 e início da década de 1980 teve que esperar a idade adulta, nos anos 1990, para poder comprar o carro do personagem principal. "Naquela época", a indústria ainda não havia percebido o enorme potencial da interconexão entre as diversas mídias e mercados. Hoje, para cada novo filme, desenho animado ou série de TV há uma variedade infindável de produtos destinados às crianças, lançados muitas vezes antes dos filmes ou desenhos.

Não é o intuito, aqui – e isso nem é necessário – analisar a evolução do mercado publicitário infantil nas últimas décadas. Parece-me suficiente apenas mostrar que, nesse âmbito, a tese antipaternalista baseada no argumento "na minha época..." também não faz nenhum sentido.

2. A jurisprudência sobre publicidade de alimentos de baixo teor nutritivo

Embora não seja abundante, existem já algumas decisões judiciais sobre questões ligadas ao objeto deste parecer, especialmente aquelas em sede de ações civis públicas. Na

14 Além da explosão na publicidade, houve também uma explosão nas formas de comercialização, que não abordarei aqui. Como exemplo, basta mencionar que um refrigerante "tamanho família" na década de 1950 tinha aproximadamente 750 mL (26 oz). Hoje, há garrafas de 3 litros e uma porção de 750 mL é considerada uma porção individual na maioria das lanchonetes. Para se ter uma ideia do que significava uma garrafa "tamanho família" de 750 mL na década de 1950, a nota a seguir, publicada na revista *Time* em 7.2.1955, pode ser ilustrativa: "COCAS GIGANTES estão a caminho. A Coca-Cola, que vem testando tamanhos maiores desde o último verão [...] está agora testando no mercado uma garrafa 'tamanho família' de 26 oz" (disponível em <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,823771,00.html>, acessado em 08.12.2011).

mais conhecida dessas ações, movida contra a Coca-Cola, o Ministério Público de São Paulo intentava restringir a publicidade de refrigerantes dirigida a menores de 12 anos. Essa ação foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Um dos argumentos do voto do relator reproduz, com certa fidelidade, a tese rechaçada acima: a de que as crianças não correm risco porque serão sempre bem educadas por seus pais e mães, que são sempre pessoas presentes, ilustradas e bem informadas. Segundo o relator:

"Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes, e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces."¹⁵

O relator, contudo, conclui esta passagem com indagação de difícil compreensão:

Portanto, se as crianças não possuem discernimento para decidir, por que censurar o marketing de refrigerantes?"¹⁶

Essa indagação pode significar duas coisas: (i) como as crianças não entendem nada mesmo, é indiferente se há marketing ou não, isso não vai atingi-las; ou (ii) as crianças não possuem discernimento e, portanto, não são elas que tomam decisões sobre suas vidas, mas seus pais e mães; assim, o marketing só pode ser dirigido aos pais e mães e como esses têm discernimento, o problema se resolve.

Ambas as possibilidades são insustentáveis. A primeira, porque suporia exatamente o contrário do que seria plausível, afinal, seria de se supor que quanto menos discernimento alguém tem, maior é a chance de ser influenciado por algo (que, no caso da publicidade, tem como objetivo primordial influenciar as pessoas). Não pode ser esse o significado implícito nas palavras do relator. Sobra, então, a segunda alternativa. Mas, como dito, ela é tão insustentável quanto, já que se escora em duas premissas pouco confiáveis: (a) a de que crianças não decidem nada em suas vidas, como se fossem seus pais, mães ou professoras que decidissem sempre o que ela vai comprar com sua mesada quando está sozinha; e (b) que o

15 TJ-SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0125013-34.2008.8.26.0000. Relator: Enio Zuliani. Data do julgamento: 03/09/2009. O trecho citado encontra-se nas pp. 6 e 7 do acórdão.

16 Idem, p. 7.

marketing é dirigido a esses pais, mães e professoras onipresentes, e não às crianças. A situação é, na verdade, bem diferente e já foi exposta em todos os tópicos precedentes.

2.1. Só se pode proibir para um se proibir para todos

Um segundo argumento, também utilizado em decisões judiciais, é aquele segundo o qual não é possível restringir essa ou aquela atividade, essa ou aquela publicidade desse ou daquele produto. A razão seria simples: por uma questão de isonomia, se vários produtos são considerados potencialmente nocivos à saúde, ou se proíbe a publicidade de todos ou não se proíbe a de nenhum. Restringir apenas a publicidade de um ou alguns produtos não seria compatível com o dever de tratamento isonômico.

Esse argumento é, em parte, correto. Mas a parte em que o argumento é correto é pouco relevante para os fins deste parecer. O argumento é correto em situações como a seguinte: *A* e *B* são duas marcas de refrigerantes, que são idênticos, por exemplo, em conteúdo de açúcar. O Estado, para tentar diminuir a obesidade infantil, decide restringir a publicidade do refrigerante *A*, mas não faz nada em relação ao refrigerante *B*. Não há dúvida, nessa situação, que a medida é incompatível com a ideia de isonomia.

Bastante distinta, contudo, é a situação seguinte: o Governo, preocupado com a obesidade infantil, decide tomar algumas medidas restritivas em relação a alguns alimentos ou bebidas. Em razão disso, envia projeto de lei ao Congresso, no qual se estabelece uma restrição à possibilidade de que a indústria de refrigerantes patrocine eventos destinados ao público infantil.¹⁷ Após aprovada a lei, a indústria de refrigerantes decide questionar judicialmente a medida, alegando que não são apenas os refrigerantes que possuem alto teor de açúcar. Sucos, até mesmo os 100% naturais, podem ter mais quantidade de açúcar do que vários refrigerantes. Essa é uma situação bem distinta daquela exposta no parágrafo anterior. Os poderes políticos têm legitimidade e competência para tomar decisões de políticas públicas e essas decisões necessariamente implicam escolhas. Não é possível imaginar que só é possível restringir algo se tudo aquilo que guardar alguma semelhança com esse algo também for restringido. Isso implicaria uma eliminação total na liberdade de conformação de políticas públicas. Para se ter uma ideia do que isso significaria, basta um exemplo: seria como dizer

17 As medidas restritivas podem ser das mais variadas ordens – como dever de informar o consumidor de forma explícita, restrição à publicidade, restrição ao patrocínio de eventos destinados ao público infantil etc. Isso não é relevante nesse ponto do argumento.

que não seria possível proibir a venda e o consumo de drogas porque outras drogas, como o cigarro, são produzidas e vendidas livremente. Quem parte desse raciocínio simplista, só pode chegar a uma conclusão: ou se libera tudo, ou se proíbe tudo. Não me parece necessário argumentar que o mundo é um pouco mais complexo do que esse maniqueísmo pretende fazer crer.

2.2. Desmistificando alguns argumentos adicionais

A argumentação desenvolvida até aqui teve como objetivo afastar o principal argumento geral contra uma regulamentação mais incisiva na publicidade dirigida ao público infantil – o argumento do paternalismo¹⁸ – e analisar criticamente alguns argumentos comumente aceitos pela jurisprudência sobre o tema.¹⁹

Antes de entrar no debate sobre a restrição a direitos, o presente tópico pretende desmistificar alguns argumentos mais simples, mas que com frequência são utilizados nesse debate, especialmente pelo setor mais diretamente afetado, que é o setor de publicidade. Em livro publicado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, seu presidente, Gilbert Leifert, escreveu uma introdução intitulada "É preciso defender o óbvio". Nela se lê:

"[...] problemas complexos – como a obesidade infantil e outros – não podem ser tratados de forma maniqueísta; não é possível [...] eleger um único responsável por eles; leis e decretos não substituem a família, a escola, os psicólogos, e muito menos a liberdade de expressão, fundamento maior do Estado de Direito."²⁰

Mais adiante, no mesmo livro, argumenta-se que não há nexo de causalidade entre a publicidade e a obesidade.²¹ Não me parece ser necessário defender o óbvio. É claro que a publicidade de alimentos com baixo teor nutritivo, com excesso de sal, açúcar ou gordura, não pode ser considerada única responsável por nada. Muito menos é possível ver algum nexo de causalidade entre publicidade e obesidade. Mas isso não porque a publicidade não tem nenhum papel nesse problema de saúde pública, mas apenas porque "nexo de causalidade" é uma expressão tão sem sentido nesse contexto que é necessário desmistificá-la desde já. O

18 Tópico 1 e sub-tópicos.

19 Tópico 2 e sub-tópicos.

20 Gilberto Leifert, "É preciso defender o óbvio", in Rafael Sampaio (org.), *O fator publicidade de alimentos e refrigerantes e sua relação com a obesidade*, São Paulo: CONAR, 2009, p. 3.

21 Cf. Rafael Sampaio (org.), *O fator publicidade de alimentos e refrigerantes e sua relação com a obesidade*, São Paulo: CONAR, 2009, p. 102.

que pode *causar* obesidade é a ingestão desmedida de produtos com alto teor de gordura e açúcar, por exemplo. Nem mesmo a ausência de atividades físicas *causa* obesidade. Ela é apenas uma condição que, associada às verdadeiras causas do problema, potencializam-nas. O mesmo vale para algum tipo de ansiedade que faça com que alguém exagere na ingestão de alimentos e, em decorrência disso, tenha algum aumento significativo no seu peso: a ansiedade não é a *causa* do sobrepeso. A ansiedade pode ter potencializado a causa, mas não é a causa. Nesse sentido, a publicidade obviamente não *causa* nada. Mas se ela é um fator – não o único, saliente-se também – que pode influenciar alguém em seus hábitos de consumo de alimentos com alto teor de açúcar ou gordura, então ela é uma variável nesse problema complexo que é a obesidade infantil.

Com o que foi dito acima, quero também defender o óbvio: nem só o que é causa (em seu sentido estrito) e nem só o que é a única variável em um problema complexo merece atenção. Uma ilustração pode servir para esclarecer esse ponto: a desigualdade social em um país é um problema complexo. Há diversas causas, variáveis e condições relacionadas a ela. Não é possível ser maniqueísta nesse âmbito. No entanto, é necessário fazer algo. É possível adotar uma série de ações para tentar diminuir a desigualdade. Um sistema tributário mais justo é uma delas. Um sistema tributário mais justo necessariamente atingirá as pessoas com mais dinheiro. Essas pessoas não são a *causa* da desigualdade. Tampouco representam a única variável na questão. Daí não decorre que seria despropositado adotar um sistema tributário mais justo, que afete mais as pessoas mais ricas, para tentar diminuir a desigualdade social. Aplicado a esse exemplo, o argumento de Leifert levaria à conclusão de que um sistema tributário mais justo, de caráter redistributivo, não poderia ser adotado. Afinal, os ricos não são a *causa* de nada, não são os culpados; e, mesmo que o fossem, com certeza não seriam os únicos; logo, não deveriam ter que pagar pelo que não deram causa. Não há dúvida de que há pessoas que pensam assim. Se esse pensamento é justo e correto, essa é uma outra história...

Portanto, não é possível defender a ausência de regulamentação estatal nesse ou naquele âmbito por meio de afirmações como "esse ou aquele produto, essa ou aquela atividade, essa ou aquela situação não são a *causa* do problema..." ou "o problema é mais complexo e envolve diversas variáveis, logo não é possível regulamentar apenas uma delas..."

3. A ação estatal e a regulamentação e a restrição da publicidade

Até este ponto no parecer, o objetivo foi afastar o mito de que a regulamentação estatal da publicidade dirigida ao público infantil deveria ser vedada porque esse âmbito – a educação alimentar e sobre hábitos de consumo – é um âmbito da vida familiar que deve ser reservado exclusivamente aos pais e mães. O que se quis mostrar foi, de um lado, que o Estado sempre participou, participa e sempre participará de boa parte da educação das crianças e, de outro lado, que os principais argumentos – a maioria deles, intuitivos – acerca da desnecessidade da intervenção estatal não sobrevivem a uma análise um pouco mais detida.

Superada essa etapa, o que se pretende demonstrar daqui em diante é que a ação estatal como regulador da publicidade direcionada ao público infantil pode ser perfeitamente compatível com a Constituição. Dentre outras coisas, o que se procurará demonstrar é que a Constituição não veda a ação estatal nessa área.

3.1. Constituição, direito à publicidade e restrição a direitos

A Constituição não garante, expressamente, um direito à publicidade. Isso não significa, contudo, que alguns direitos fundamentais, de forma extensiva, não possam servir como garantia dessa atividade. Existem diversas maneiras de se determinar a extensão de um direito fundamental. Neste parecer, como de resto em toda a minha produção acadêmica,²² parto da premissa de que direitos fundamentais têm um suporte fático e um âmbito de proteção *amplos*.²³ No caso em análise, isso significa aceitar que existe, sim, um direito à publicidade. Esse direito pode ser fundamentado por meio das normas constitucionais contidas no art. 5º, IV (liberdade de expressão) e IX (liberdade de comunicação) e no art. 220 (liberdade de imprensa), além das normas sobre livre iniciativa, contidas, por exemplo, no art. 170, *caput*.

²² Cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009.

²³ Para outros autores que partem da mesma premissa, cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 321 ss.; Felipe de Paula, *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; Wolfram Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, p. 172 ss.; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 204 ss.; Wolfgang Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik", *Der Staat* 43 (2004), p. 167 ss.

Nesse sentido, pode-se afirmar que existe um direito *prima facie* à publicidade de tudo aquilo que é produzido ou vendido legalmente no país, independente da menção a esse ou aquele produto no texto constitucional. Seria no mínimo estranho pensar o contrário, ou seja, que o direito à publicidade de algum produto só existiria se isso fosse explicitamente previsto pela Constituição.

Assim, há um direito à publicidade de produtos alimentícios e brinquedos da mesma forma que há um direito à publicidade de outros produtos, sejam alimentícios ou não, sejam bens duráveis ou não, sejam produtos feitos de plástico, de ferro, de aço etc. Essa constatação, apesar de trivial, é de extrema importância, como se verá a seguir.

A Constituição faz menção expressa à publicidade de apenas alguns produtos e serviços (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias). O dispositivo constitucional que menciona essa publicidade (art. 220, § 4º) tem como objetivo disciplinar a restrição a essa mesma publicidade. O ponto de partida, portanto, é o seguinte:

(a) A Constituição garante um direito geral à publicidade (subsumido nos direitos à liberdade de expressão, de comunicação e de imprensa, e no direito à livre iniciativa).

(b) A Constituição expressamente prevê a possibilidade de que algumas formas de publicidade (de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias) sofram restrições.

Neste ponto, é necessário indagar o que significa a associação das duas premissas expostas acima. Duas respostas são possíveis: (1) O direito à publicidade de produtos e serviços não mencionados na exceção constitucional (art. 220, § 4º) é absoluto, já que restrições só seriam possíveis nos casos da publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias;²⁴ e (2) O direito à publicidade é restringível também em outros casos. Essas respostas, por sua vez, suscitam outros questionamentos, especialmente aqueles que dizem respeito à existência de direitos absolutos (no caso da resposta 1) e aqueles que dizem respeito à extensão das restrições possíveis (tanto no caso da resposta 1 quanto no caso da resposta 2). Esses questionamentos serão analisados a seguir.

²⁴ Essa parece ser a posição do Conar: "Fica mais do que evidente que o objetivo da norma constitucional não é o de suprimir a publicidade dos produtos mencionados, mas sim o de restringi-la, nos termos de legislação específica, em benefício da melhor informação do público consumidor de algumas categorias de produtos em particular, são aqueles expressamente referidos no texto constitucional. [...] Não há, portanto, previsão constitucional de restrições legais para a publicidade de alimentos ou a de refrigerantes. [...] Caso o legislador constitucional pretendesse afetar também os anúncios de alimentos e de refrigerantes o teria feito no § 4º do art. 220, o que não ocorreu" (Rafael Sampaio (org.), *O fator publicidade de alimentos e refrigerantes e sua relação com a obesidade*, p. 79–80 – sem grifos no original.).

3.2. A função das cláusulas de restrição

Talvez seja intuitivo pensar que, se um determinado dispositivo legal ou constitucional prevê expressamente a possibilidade de que um direito seja restringido em determinados casos, então nos casos não abarcados por essa previsão a restrição não seria permitida. Essa intuição decorre da ideia de que, se o direito pudesse ser restringido em todos os casos, a previsão explícita de restrição em apenas alguns casos seria inteiramente supérflua. Infelizmente, contudo, nem sempre a nossa intuição é capaz de perceber todas as nuances da interpretação constitucional. Dois exemplos simplórios podem ser úteis para demonstrar o quanto essa intuição é equivocada.

Primeiro exemplo: Um fabricante de armas decide fazer uma ampla campanha publicitária, no horário nobre das principais emissoras de TV e nas primeiras páginas dos principais jornais do país, com o intuito de divulgar o seu mais novo modelo de revólver. As autoridades públicas intervêm para impedir essa publicidade. O fabricante, e sua agência de publicidade, argumentam que a Constituição, que garante o direito à publicidade, não impõe nenhuma restrição à publicidade de armas, as quais, embora sejam produtos de venda e utilização estritamente controladas, não são produtos ilegais.

Segundo exemplo: Para quem imagina que o problema acima se resolve por meio do argumento "não se trata de um produto de venda livre", é possível pensar em um exemplo mais simples e direto. Um produtor de brócolis, produto saudável e de venda livre, cuja publicidade não está mencionada no art. 220, § 4º, da Constituição, como sujeita a restrições, resolve fazer uma intensa campanha de marketing, em diversos meios de comunicação. Nessa campanha, são usadas frases como "coma apenas brócolis, é tão saudável que você não precisa de mais nenhum alimento!" ou "dê suco de brócolis para o seu filho recém-nascido, é muito mais nutritivo do que leite materno!". Não há dúvida de que o exemplo é exagerado. É possível pensar em exemplos muito mais corriqueiros. O que importa é que uma campanha publicitária como essa dificilmente seria aceita. No mínimo, alguém diria que se trata de publicidade enganosa. E, de fato, não há dúvida de que se trata de publicidade enganosa. Mas como restringir a publicidade de brócolis se a Constituição menciona ser passível de restrição apenas a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias? A resposta mais imediata – e provavelmente aceita por muitos também como a mais correta – seria aquela que argumentasse que se trata de "publicidade enganosa", e que isso é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 37) e incompatível com o princípio constitucional de proteção ao consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V). Mas se essa é a fundamentação para se

aceitar a restrição à mencionada publicidade de brócolis, é fácil perceber que ela passa ao largo do art. 220, § 4º da Constituição. Em outras palavras: aceita-se a restrição à publicidade de determinado produto, ainda que esse produto não seja mencionado no art. 220, § 4º da Constituição. Mais: é a legislação ordinária – o Código de Defesa do Consumidor – que restringe o direito geral à publicidade, em uma seção inteira dedicada a isso (seção III do capítulo V).

Aquele que entende que uma restrição à publicidade de armas ou à referida publicidade de brócolis é constitucional – como provavelmente será o caso da maioria das pessoas que se debruçarem sobre o assunto – poderá chegar a essa conclusão ou (1) porque entende que não existe um direito geral à publicidade, ou (2) porque entende que esse direito, embora exista, pode ser restringido em alguns casos (como no caso da publicidade de armas ou no caso não apenas da mencionada publicidade de brócolis, mas de *todas* as publicidades consideradas enganosas). A primeira alternativa (a não-existência de um direito constitucional à publicidade), embora não seja de todo insustentável, traria consigo uma consequência de difícil aceitação, qual seja, a de que o exercício da publicidade, por não ter base constitucional, poderia ser restringido ao bel-prazer do legislador ordinário, sem necessidade de fundamentação constitucional, e essa restrição nunca poderia ser objeto de controle de constitucionalidade, já que o direito à publicidade não seria garantido pela Constituição. Essa não parece ser uma situação plausível, razão pela qual já foi rejeitada acima, ao se afirmar a existência de um direito à publicidade em nível constitucional. Resta a segunda alternativa.

A segunda alternativa, como foi visto acima, parte da existência de um direito à publicidade, garantido em nível constitucional, mas que pode ser restringido em alguns casos. Com isso, volta-se à pergunta inicial e o círculo se fecha: que casos são esses? Se esses casos são apenas aqueles mencionados na própria Constituição (art. 220, § 4º), então até a publicidade de armas e a publicidade enganosa deveria ser liberada. Se essa conclusão não parece plausível – e não é – então, de todas as alternativas possíveis, resta apenas uma: a Constituição garante um direito à publicidade, que pode, como todos os outros direitos, ser restringido em determinados casos, que não são apenas aqueles explicitamente previstos na Constituição.

Neste ponto, uma última pergunta retorna: se o direito à publicidade pode ser restringido também nos casos não previstos pela Constituição, não seria supérflua a cláusula restritiva, como se aventou no início deste tópico? A resposta é, e só pode ser, negativa. A função da cláusula de restrição é deixar explícito que o legislador, nos casos nela previstos,

tem um *menor ônus* de fundamentar o porquê de determinada legislação restritiva, já que esse porquê já é fornecido pela própria Constituição.²⁵ A função da cláusula não é, portanto, impedir outras restrições – como a que está sendo discutida neste parecer – mas apenas facilitar algumas restrições que o próprio poder constituinte já previu como necessárias.

Em suma, a relação entre o direito geral e a cláusula de restrição, que, no caso em análise, são representados pelo direito geral à publicidade e a cláusula de restrição do art. 220, § 4º, é a seguinte: (a) o direito geral à publicidade é um direito restringível em inúmeros casos, não havendo direito *absoluto* à publicidade; (b) a cláusula de restrição deixa explícitos objetivos que o próprio constituinte impôs ao legislador ordinário e o libera do ônus argumentativo nesses casos. Nos outros casos, o ônus é maior e qualquer restrição deve passar pelo teste da proporcionalidade.

3.3. Limites das restrições

A partir da análise desenvolvida nos tópicos anteriores, percebeu-se que, na medida em que não existem direitos absolutos, todos os direitos podem estar sujeitos a algum tipo de restrição. O que aqui importa é sobretudo analisar sob que condições tais restrições são possíveis e, especialmente, quais são os limites para essas restrições. No que diz respeito a essa última indagação, um ponto importante é: pode haver *restrição total* a algum direito?

Nos últimos tempos, vem se delineando um certo consenso na jurisprudência²⁶ e na doutrina²⁷ de que qualquer restrição infraconstitucional a direitos constitucionalmente

25 Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?", in Cláudio Pereira Souza Neto, Daniel Sarmento, & Gustavo Binbenjy (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 615–616.

26 Apenas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos últimos cinco anos, cf., por exemplo, AC MC 509/AP, AC MC QO 189/SP, ADI 1040/DF, ADI 1351/DF, ADI 1721/DF, ADI 2591/DF, ADI 2626/DF, ADI 2868/PI, ADI 3146/DF, ADI 3324/DF, ADI 3453/DF, ADI MC 1910/DF, ADI-MC 3090/DF, HC 82354/PR, HC 82788/RJ, HC 84270/SP, HC 84677/RS, HC 84862/RS, HC85379/SP, HC 85687/RS, HC 85692/RJ, HC 87223/PE, HC 87638/MT, HC 87827/RJ, HC 89417/RO, HC 89429/RO, HC 90232/AM, Inq 1957/PR, Inq-AgR 2206/DF, RE 346084/PR, RE 413782/SC, RE 418376/MS, RE 447584/RJ, RE 463629/RS, RE AgR 376749/PR, RE-AgR 364304/RJ, RHC 81057/SP, RHC 85656/MS, RHC 88371/SP, RMS 24699/DF, RMS 24901/DF, RMS 24956/DF. Para uma análise dessas decisões, cf. Bruno Ramos Pereira, *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Dissertação de Mestrado (FD-USP), 2009.

27 De forma apenas exemplificativa, cf., dentre outros, Humberto Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *Revista de Direito Administrativo* 215 (1999): 151-179; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000; Willis Santiago Guerra Filho, "Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade". *Revista dos Tribunais* 719 (1995): 57-63; Gilmar Ferreira Mendes, "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo* 14

garantidos deve passar pelo teste da proporcionalidade. A proporcionalidade seria, então, a resposta às indagações iniciais deste tópico, já que ela é *o instrumento apto a impor limites à atividade restritiva infraconstitucional*. Em outras palavras, as restrições legais a algum direito previsto constitucionalmente serão consideradas como constitucionais se, além de respeitarem os requisitos de forma e competência, passarem no teste da proporcionalidade.

4. Conteúdo essencial de direitos e regra da proporcionalidade

Visto que direitos não são absolutos, mas restringíveis e que os limites a essas restrições é definido pela aplicação da regra da proporcionalidade, faz-se necessário responder à última indagação feita no primeiro parágrafo do tópico 3.3: pode haver restrição total a algum direito? Em outras palavras, a indagação que aqui importa é: uma restrição *total* a um direito pode ser, em algum caso, considerada *proporcional* e, por conseguinte, *constitucional*? A resposta é afirmativa, como se verá a seguir, com base na análise do chamado conteúdo essencial dos direitos fundamentais.²⁸

A Constituição brasileira não contém previsão específica sobre a proteção de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Mesmo assim, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e alguns trabalhos acadêmicos²⁹ fazem menção à ideia. No chamado "Caso Ellwanger", por exemplo, o Min. Celso de Mello afirmou:

"Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, 'hic et nunc', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses *não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistério da doutrina".³⁰

(2000): 361-372; Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50; Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

28 Sobre o assunto, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009. A análise desenvolvida nos próximos parágrafos segue de perto o texto desse trabalho.

29 Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo: Malheiros, 1993, pp .67 e ss.; Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 111; Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 139 e ss.; Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 39 e Cláudia Perotto Biagi, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

A expressão "conteúdo essencial" não é, contudo, autoexplicativa. Ela não diz nada sobre qual é a amplitude desse conteúdo essencial, nem sobre como defini-lo. Neste ponto, a primeira indagação a ser enfrentada é aquela expressa pela dicotomia conteúdo essencial absoluto vs conteúdo essencial relativo.³¹

Aquele que eventualmente defenda que todo direito, fundamental ou não, tem um conteúdo essencial *absoluto* quer com isso dizer que há uma área de proteção desse direito que é *absolutamente infensa* a intervenções (estatais ou privadas) e a restrições. Essa posição, embora pareça bastante plausível, não encontra quase nenhuma acolhida nos trabalhos monográficos a respeito.³² Seu principal problema está ligado à forma como definir esse conteúdo absoluto. Qual seria, por exemplo, o conteúdo essencial absoluto e intangível da liberdade de expressão? Que tipo de restrição atingiria esse conteúdo essencial absoluto e seria, por conseguinte, inconstitucional? Embora não seja o caso de fazer uma análise minuciosa da questão aqui, uma pequena digressão é necessária.

A concepção de que cada direito fundamental tem um núcleo intangível absoluto pressupõe, necessariamente, que quanto mais intensa for a restrição a um direito, tanto mais esse núcleo estará ameaçado. Em outras palavras: restrições mais intensas seriam sempre, e necessariamente, mais perigosas. Por mais intuitiva que possa ser essa idéia, ela é equivocada. Um pequeno exemplo é suficiente para demonstrar esse equívoco.³³

Se uma lei vier a proibir manifestações de partidos social-democratas, nos dias 10 de fevereiro de cada ano, entre 14 e 15 horas, dificilmente tal lei seria considerada constitucional. Note-se, no entanto, que se trata de *restrição ínfima* – apenas um partido, apenas um dia por ano, durante apenas uma hora. Embora uma lei como essa estivesse longe de atingir um eventual "conteúdo essencial absoluto" do direito de reunião (não importa como esse conteúdo fosse definido), ela seria considerada *inconstitucional*. Já uma lei que não apenas proíba, mas considere também como *crime*, punível com detenção, manifestações de qualquer partido político em um determinado dia (o dia inteiro) poderá ser considerada constitucional, a despeito de ser uma restrição sensivelmente mais intensa do que a mencionada anteriormente.

30 RTJ 188, 858 (912) (sem grifos no original). Referências idênticas podem ser encontradas em: Inq. 1957 e MS 24.369.

31 A segunda indagação importante, que será abordada mais adiante (tópico 4.3, p. Erro: Origem da referência não encontrada), diz respeito à dicotomia conteúdo essencial objetivo vs conteúdo essencial subjetivo.

32 Para um resumo das posições e dos autores que as subscrevem, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 183 e ss.

33 Sobre esse exemplo, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 106 e ss.

É o que determina, no caso brasileiro, o art. 39, § 5º, I, da Lei Eleitoral (9.504/97), para os dias de realização de eleições.

Esse simples exemplo destaca duas variáveis importantes para o presente parecer: (1) a ideia de conteúdo essencial absoluto não é parâmetro para definir a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma medida, já que, como se viu, medidas que não passam nem perto desse conteúdo podem eventualmente ser consideradas *inconstitucionais*; (2) a intensidade de uma intervenção restritiva em um direito fundamental não é, sozinha, parâmetro suficiente para analisar sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, já que, como se viu, uma restrição mais intensa pode ser, em alguns casos, mais aceitável do que uma restrição menos intensa. Se isso é assim, então o conteúdo essencial de um direito só pode ser definido de forma relativa, porque essa definição depende de variáveis presentes nos casos concretos, não sendo possível de ocorrer em abstrato.

Como se viu no tópico 3.3, o parâmetro de análise de constitucionalidade é mais complexo e pressupõe a aplicação da *regra da proporcionalidade*, que envolve uma análise da adequação da medida restritiva adotada, de sua necessidade e, por fim, de um sopesamento entre os direitos envolvidos, o que, por sua vez, implica um exame comparativo entre os graus de restrição e realização desses mesmos direitos. A proporcionalidade é, portanto, dividida em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nos seguintes termos: uma medida estatal que restringe um direito fundamental é *adequada* se for apta a fomentar os objetivos perseguidos;³⁴ ela é *necessária* se a realização do objetivo perseguido não puder ser promovida, com a mesma eficiência, por meio de outro ato que limite em menor medida o direito fundamental atingido;³⁵ ela é, por fim, *proporcional em sentido estrito* se o grau de realização do direito a ser fomentado justificar o grau de restrição ao direito atingido.

4.1. A extensão da restrição

Em alguns dos quesitos deste parecer, fala-se em "restrição total à publicidade". Essa é, com certeza, uma expressão que desperta alguma atenção. E com razão. Uma restrição total

34 Cf., nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria processual da constituição*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, pp. 84 e 85; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 78; Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

35 Cf., nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 72 e Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 38.

a algum direito não é, obviamente, uma restrição irrelevante. Por isso, é necessário aqui fazer algumas explicações adicionais.

Em primeiro lugar, não se trata de uma restrição total a um direito fundamental protegido constitucionalmente como tal. Como foi dito acima, um direito à publicidade existe no nível constitucional se atribuído a outro direito fundamental mais amplo, como a liberdade de expressão ou a livre iniciativa. Assim, mesmo uma restrição total à publicidade de um determinado produto ou a um determinado público seria uma restrição apenas parcial (e pequena) desses dois direitos.

Isso não deve ser entendido, contudo, como uma carta branca para restrições como essas, como se o fato de ser de apenas um produto ou um público específico tornasse a restrição irrelevante. Como afirmado acima, uma restrição total à publicidade de um determinado produto ou a um público específico deve ser vista com muita cautela. Para usar o vocabulário corrente no debate sobre restrição a direitos, uma tal restrição tem que se provar proporcional para poder ser aceita. Para ser proporcional, a medida tem que ser adequada e necessária aos fins perseguidos e proporcional em sentido estrito em relação aos direitos restringidos.

Ainda que neles se fale em "restrições totais", nos quesitos deste parecer, não se indaga, contudo, sobre a possibilidade de restrição total à publicidade como um todo, nem mesmo de um determinado produto em todos os casos, mas tão somente da restrição da publicidade de um determinado tipo de produtos alimentícios e bebidas para um determinado público (o público infantil). Isso está longe de configurar restrição total.

Que a restrição à publicidade é um meio *adequado*³⁶ para diminuir o consumo desses produtos pelas crianças parece não haver dúvida. A razão é simples: se são gastos milhões anualmente com publicidade desses produtos para esse público, é possível assumir que esse investimento vale a pena, ou seja, é possível assumir que a publicidade implica mais vendas (e, portanto, maior consumo).³⁷ Se isso é assim, parece ser possível também supor que restringir a publicidade levaria a uma diminuição das vendas (e, portanto, do consumo).

³⁶ Com isso não se quer dizer que essa é a única maneira de lidar com o problema, tampouco que essa seja a forma mais adequada para tanto.

³⁷ Nesse sentido, cf. Jennifer Utter et al., "Associations Between Television Viewing and Consumption of Commonly Advertised Foods Among New Zealand Children and Young Adolescents", *Public Health Nutrition* 9:5 (2006), pp. 606 ss.

Mais complexa é a análise da *necessidade* da medida. Como foi visto acima, para que uma medida seja considerada necessária, não pode haver outra medida tão eficaz quanto e que, ao mesmo tempo, restrinja menos o direito atingido. Analisarei essa questão no tópico a seguir, em conjunto com a ideia de autorregulação.

4.2. Necessidade e autorregulamentação

Um dos mais frequentes argumentos contrários a qualquer forma de regulamentação estatal da publicidade é aquele que se baseia na ideia de autorregulamentação. O argumento é relativamente simples: regulamentação estatal de um direito fundamental é sempre algo delicado, que deveria ser evitado sempre que se puder recorrer a uma autorregulamentação feita pelos próprios agentes privados. Não há dúvida de que ideia é plausível. Mais do que isso, ela é compatível com a ideia de proporcionalidade, exposta acima, especialmente no que diz respeito ao teste da *necessidade* de uma medida estatal. Como foi dito, uma medida estatal que restrinja um direito fundamental não é necessária se houver uma medida alternativa, tão eficiente quanto, que restrinja menos (ou nada!) o direito atingido.³⁸

No entanto, no debate acerca da restrição à publicidade destinada a crianças, ao menos nos termos do teste da proporcionalidade, a autorregulamentação poderia ser pensada como uma alternativa à regulamentação estatal (incluindo a vedação total de alguns tipos de publicidade) apenas se se mostrar tão eficiente quanto a medida estatal cogitada. O simples fato de a autorregulamentação ser talvez menos restritiva de direitos do que a regulamentação estatal não é suficiente. A razão é trivial: se bastasse ser menos restritiva, toda medida estatal, em qualquer âmbito dos direitos de liberdade, seria desproporcional, porque sempre haveria uma alternativa – a omissão estatal – porque *a omissão é sempre a medida menos restritiva de todas*. Não fazer nada em relação à publicidade é, por razões óbvias, menos restritivo ao direito à publicidade do que fazer alguma coisa, não importa o quê. É por essa razão que o exame da necessidade de uma medida envolve *duas* variáveis e *ambas* têm que ser atendidas. Assim, uma medida só é uma verdadeira alternativa se for, ao mesmo tempo, tão eficiente quanto e menos restritiva do que a medida estatal adotada.

Diante disso, aqueles que entendem que a autorregulamentação é a melhor saída teriam que demonstrar de que forma ela seria tão protetiva em relação às crianças quanto uma

³⁸ Cf. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 38.

regulamentação estatal mais intensa. Essa não é, obviamente, a tarefa deste parecer. Aqui, parece ser suficiente salientar que é plausível supor que deixar a decisão sobre a restrição a um direito fundamental nas mãos exatamente daquele que terá o seu direito fundamental restringido não milita em favor de uma real ação nesse âmbito. E essa suposição não é apenas o produto de uma conjectura teórica, ela parece refletir também a realidade. Afinal, a autorregulamentação é a regra atualmente, ou seja, o atual *status quo* da publicidade dirigida ao público infantil – e todos os seus excessos – existe *a despeito da autorregulamentação*, que, portanto, não parece ser eficiente na proteção de um público extremamente vulnerável como é o público infantil.³⁹

4.3. A proporcionalidade em sentido estrito e a possibilidade de restrição total à publicidade de determinados produtos ao público infantil

Como já foi dito, a restrição total à publicidade de algum produto ou a sua restrição a um público determinado não são, obviamente, restrições irrelevantes. Ainda assim, não é difícil encontrar um sem-número de exemplos que demonstram que há casos de restrições muito mais intensas que, apesar disso, são consideradas como constitucionais: a pena de morte (no Brasil, apenas em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; a permissão legal de aborto (Código Penal, art. 128) restringe totalmente o direito à vida do feto;⁴⁰ qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados.⁴¹

Em todos os casos, a possibilidade de restrição total individual é justificada pela aplicação da regra da proporcionalidade. Se há razões suficientes para a restrição, ou seja, se o grau de realização do direito colidente justifica o grau de restrição ao direito atingido (vida, liberdade, propriedade), e assumindo a medida restritiva como adequada e necessária, as restrições são consideradas *constitucionais*.

³⁹ Em sentido semelhante, cf. Victor C. Strasburger, “Children and TV Advertising: Nowhere to Run, Nowhere to Hide”, *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics* 22:3 (2001), p. 186.

⁴⁰ Não é o caso aqui de adentrar a polêmica sobre se esse direito existe e quando ele começa. O exemplo é meramente ilustrativo.

⁴¹ Cf., nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 186.

Restrições totais, embora excepcionais, não são, portanto, algo impensável a partir da perspectiva que assume a proporcionalidade como forma de controle das restrições a direitos.⁴² E, como já se mencionou anteriormente,⁴³ *essa é a perspectiva dominante no Supremo Tribunal Federal e na doutrina constitucional brasileira contemporânea*.

Em suma: *restrições a direitos fundamentais (mesmo as totais) que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos*,⁴⁴ porque a aplicação desse teste de proporcionalidade está associada à ideia de que o grau de proteção ao direito não é definido em abstrato, de forma absoluta, mas *em concreto*, de forma *relativa*. Resta portanto, saber se uma eventual proibição total da publicidade de produtos alimentícios com altos teores de sódio, açúcar, gorduras saturadas e gorduras trans e de bebidas não alcoólicas com baixo valor nutritivo (refrigerantes), dirigida ao público infantil, passa nesse teste.

Não é o objetivo deste parecer testar toda e qualquer configuração possível, de todos os produtos possíveis. O passo mais importante, aqui, era o de demonstrar que não existe um direito absoluto à publicidade, o que leva à conclusão de que esse direito pode, como todo direito, ser restringido. Um passo importante daí decorrente foi a demonstração de que o ordenamento jurídico brasileiro admite restrições totais a determinados direitos em situações pontuais.

No caso da publicidade dos produtos aqui analisados, são várias as possibilidades de configuração de restrições. As mais promissoras delas são aquelas que não proíbem a publicidade de nenhum produto específico, proibindo apenas que a publicidade desses produtos seja dirigida às crianças. Nenhum desses produtos – gêneros alimentícios e bebidas – são produtos consumidos apenas por crianças. Assim, a publicidade dirigida aos adultos pode continuar livremente, afinal de contas, são os adultos, e não as crianças, que são consumidores no sentido técnico-jurídico da palavra. É esse público – os adultos – que deve ser o alvo da publicidade. Contudo, e como se sabe, não é essa a situação atual da publicidade no Brasil. A publicidade dos produtos aqui analisados dialoga com as crianças, usa personagens do imaginário infantil, é veiculada nos intervalos de programas infantis, assistidos quase que exclusivamente por crianças. Diante disso, e como já se afirmou, são possíveis diversas

⁴² Para posições nesse sentido na doutrina estrangeira, cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 297-298. Mais recentemente, cf., por exemplo, David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 81.

⁴³ Cf. nota de rodapé 26, acima.

⁴⁴ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 297.

configurações *mais restritivas do que a situação atual*. Seria possível, por exemplo, restringir a publicidade de alguns produtos aos horários em que praticamente só os adultos seriam atingidos (como o faz a Grécia), ou proibir o patrocínio comercial de programas infantis (como o fazem a Finlândia, a Dinamarca e a Suécia), ou restringir ou vedar publicidade de todos ou alguns produtos durante ou logo antes ou logo após programas de TV dirigidos a crianças (como o fazem a Áustria, o Reino Unido, a Austrália e a Bélgica), ou vedar o uso, na publicidade voltada à criança, de personagens do imaginário infantil ou de apresentadores de programas infantis (como o fazem a Holanda, a Finlândia e a Dinamarca), ou proibir a publicidade de alguns tipos de brinquedos (como o fazem a Alemanha e a Dinamarca), ou restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de determinados alimentos (como o faz o Reino Unido),⁴⁵ ou mesmo restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de qualquer produtos (como o fazem a Suécia e a Noruega), dentre várias outras medidas possíveis.

Somente com o caso concreto em mãos será possível avaliar a proporcionalidade da medida. *Nenhuma das suscitadas acima, contudo, pode, de antemão, ser considerada como incompatível com a ideia de proporcionalidade*. Em suma, se os poderes públicos e a sociedade civil estiverem engajados em uma política pública consistente de proteção às crianças, e se essa política, ainda que restritiva a alguns direitos de fabricantes e anunciantes, restrinjam esses direitos de forma proporcional, as normas constitucionais brasileiras estarão resguardadas.

* * *

⁴⁵ Para o caso do Reino Unido, cf. o documento da Agência Reguladora de Comunicação do Reino Unido (Ofcom): <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/tv-research/hfss-review-final.pdf>.

5. Resposta aos quesitos

À vista de todo o exposto, passo agora a responder sinteticamente aos quesitos da consulta.

Ao 1º quesito

A Constituição Federal, em seu artigo 220, § 4º, prevê restrições legais à publicidade de determinados produtos (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias). Esse dispositivo impede que haja restrições à publicidade voltada ao público infantil, ou seja, sobretudo aquela publicidade que fala diretamente com as crianças, utilizando alguns recursos como animações, desenhos animados, personagens do ideário infantil, celebridades do mundo infantil, crianças atuando, músicas infantis etc.?

Não. Como se demonstrou ao longo deste parecer, não há um direito absoluto à publicidade dos produtos não elencados nesse dispositivo constitucional. O que esse dispositivo constitucional faz é retirar um ônus do legislador ordinário para restringir a publicidade dos produtos nele elencados. Para todos os outros, continua a valer a tese de que direitos podem ser restringidos, desde que a restrição passe no teste da proporcionalidade.

Ao 2º quesito

O referido dispositivo impede que haja restrições à publicidade de produtos outros, como é o caso da publicidade de produtos alimentícios com altos teores de sódio, açúcar, gorduras saturadas e gorduras trans e de bebidas não alcoólicas com baixo valor nutritivo voltada ao público infantil?

Não. Como foi mencionado acima, desde que a restrição passe no teste da proporcionalidade (e, claro, respeite os requisitos de forma e competência), ela pode ser considerada como constitucional.

Ao 3º quesito

O referido dispositivo permite que haja restrição total, ou seja, a supressão da publicidade dirigida ao público infantil de produtos alimentícios com altos teores de sódio, açúcar, gorduras saturadas e gorduras trans e de bebidas não alcoólicas com baixo valor nutritivo [refrigerantes], considerando-se os danos que causa à saúde dessas pessoas?

Sim. Não foi o objetivo deste parecer analisar todas as configurações possíveis. Ainda assim, foi possível demonstrar que nenhuma delas pode ser considerada, de antemão,

como incompatível com a ideia de proporcionalidade. Mais do que isso, procurou-se demonstrar que a restrição à publicidade que essas medidas eventualmente implicariam não são tão intensas como pretendem fazer crer muitos dos seus críticos. Isso porque, uma restrição "total" à publicidade de um determinado produto ou a um determinado público não é uma restrição total à liberdade publicitária, mas uma restrição apenas parcial (e pequena) seja dessa liberdade, seja da liberdade geral de expressão. Diante disso, desde que se demonstre, com argumentos técnicos e de saúde pública (muito mais do que com argumentos jurídicos) que os ganhos dessas restrições claramente superam as eventuais perdas para os anunciantes, pode-se considerar que essas eventuais medidas são compatíveis com a proporcionalidade.

Ao 4º quesito

A atividade publicitária pode se valer da cláusula geral de liberdade de expressão e, sendo uma atividade comercial, tem a mesma garantia?

Não explicitamente. Mas a atividade publicitária é uma forma de expressão e, nesse sentido, pode ser considerada como protegida (por meio de atribuição) pelo direito geral de liberdade de expressão. Diante disso, a pergunta acerca da extensão de sua garantia exige uma resposta dupla. Em primeiro lugar, se considerarmos, como considerei neste parecer, que a liberdade publicitária é garantida constitucionalmente, isso significa que ela merece, em abstrato, a mesma proteção que merecem outros direitos também garantidos constitucionalmente. Mas, e essa é a segunda parte da resposta, isso não significa que a liberdade publicitária não possa ser restringida por medidas estatais. Significa apenas, como também foi mencionado várias vezes ao longo deste parecer, que qualquer restrição à liberdade publicitária deve passar no teste da proporcionalidade. Há diversas formas de restrição à liberdade de expressão publicitária que devem ser consideradas proporcionais e, por isso, constitucionais, como ficou demonstrado neste parecer.

Ao 5º quesito

A Constituição Federal asseguraria o direito de a indústria do setor alimentício fazer publicidade de seu produto? Mesmo que voltada diretamente ao público infantil, considerando que este público está em fase de desenvolvimento que não lhe permite a compreensão integral das mensagens comerciais?

Com relação à primeira pergunta, a resposta é afirmativa. É necessário partir do pressuposto de que a combinação de algumas normas constitucionais (liberdade de expressão,

livre iniciativa, por exemplo) são suficientes para justificar um direito à publicidade garantido em nível constitucional. Sustentar algo diverso teria como consequência ter que aceitar que qualquer restrição legal à publicidade teria que ser tolerada, o que não é plausível. Além disso, pensando os direitos fundamentais como direitos de suporte fático amplo, é necessário aceitar que, *prima facie*, o direito à publicidade também inclui o direito de vender produtos a crianças. Contudo, esse direito *prima facie* pode ser restringido, como já se salientou diversas vezes. Mais do que isso, ele já é restringido atualmente pelo Código de Defesa do Consumidor, que, em seu art. 37, § 2º, inclui no conceito de publicidade abusiva aquela que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança. Assim, embora o direito exista *prima facie*, medidas restritivas, mas proporcionais, já existem e outras poderão vir a ser tomadas.

Ao 6º quesito

O direito à vida, à saúde e à alimentação, direitos fundamentais, bem como o direito da criança de que sejam estes direitos fundamentais assegurados com absoluta prioridade, como preceitua o artigo 227 da Constituição Federal, podem justificar restrições ao direito à livre iniciativa e à atividade publicitária?

Sim. Desde que as restrições à livre iniciativa e à atividade publicitária se mantenham nos limites da proporcionalidade, essas restrições estarão justificadas.

É o meu parecer.

São Paulo, 26 de abril de 2012



Virgílio Afonso da Silva
Professor Titular de Direito Constitucional
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O conteúdo e as conclusões aqui apresentados são de exclusiva responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as opiniões da Universidade de São Paulo

redes sociais

www.criancaeconsumo.org.br • www.consumismoeinfancia.com
www.facebook.com/projetocriancaeconsumo • www.flickr.com/people/criancaeconsumo
www.youtube.com/criancaeconsumo • www.vimeo.com/criancaeconsumo
[@criancaeconsumo](#)