



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A limitação da liberdade de expressão comercial pelo Estado

Philippe Salomão Araujo

Rio de Janeiro
2014

PHILIPPE SALOMÃO ARAUJO

A limitação da liberdade de expressão comercial pelo Estado

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL PELO ESTADO

Philippe Salomão Araujo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: A liberdade de expressão se encontra dentro do rol de direitos fundamentais, mas, quando em confronto com outro direito fundamental, poderá vir a sofrer uma ponderação. O presente trabalho pretende abordar as concepções existentes acerca da liberdade de expressão em sede de direito comparado e a possibilidade de sua aplicação no Brasil, bem como a adoção de uma posição preferencial em relação à liberdade de expressão. Após ultrapassar-se isso, analisar-se-á a aplicabilidade da posição preferencial em conjunto com a concepção democrática, em especial na liberdade de expressão comercial, para então concluir-se que a limitação da publicidade e propaganda que nada mais é que uma forma de expressão, para que esteja em consonância com o sistema constitucional pátrio, deverá observar algumas peculiaridades.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Limitação. Núcleo essencial. Liberdade de informação. Direito de Informação. Posição Preferencial. Concepção libertária. Discurso comercial.

Sumário: Introdução. 1. A ponderação de direitos fundamentais em conflito. 2. A concepção libertária e a democrática. 3. A existência de uma hierarquia axiológica a determinados direitos constitucionais e a posição preferencial da liberdade de expressão no Brasil. 4. A liberdade de expressão comercial e sua limitação. 4.1 A pessoa jurídica como detentora de direitos fundamentais. 4.2 O direito à propaganda/publicidade como direito fundamental. 4.3. A restrição da propaganda/publicidade e seus limites. 4.4. A lei 9294/96 e sua (in)constitucionalidade – um exemplo de limitação exagerada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, cada vez mais as pessoas se conectam através de novos meios, a internet ampliou demasiadamente as possibilidades de expressão de ideias e pensamentos e isso, não deixa de se aplicar às pessoas jurídicas, que por sua vez, se expressam através de suas propagandas e assim, possuem novos meios de propagar seus produtos e captar clientes.

O presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade de uma intervenção do Estado no direito fundamental insculpido no artigo 5º, IV da Constituição Federal, a liberdade

de expressão, especialmente em relação à liberdade de expressão comercial.

Para atingir o fim pretendido, será analisado, ainda que de forma superficial, a ponderação de interesses, adotada quando se está diante de um conflito aparente entre direitos fundamentais. Será abordado, ainda, a concepção libertária e de cunho democrático, uma eventual hierarquia, ainda que tão-somente axiológica, da liberdade de expressão no Brasil, e a possibilidade de aplicarmos no ordenamento jurídico pátrio a posição preferencial contemplada no direito estadunidense, ainda que de forma mais temperada.

Por fim, será visto o discurso comercial e liberdade de expressão comercial, e até que ponto, poderia o Estado atuar de forma limitadora dessa liberdade, à luz da posição preferencial. Para analisarmos esse tema com maior profundidade e chegarmos à conclusão do presente trabalho, iremos antes fazer um digressão sobre a possibilidade de pessoas jurídicas serem detentoras de direitos fundamentais, e em quais dispositivos constitucionais se apoia o direito à propaganda e publicidade, para então analisarmos uma eventual limitação e até que ponto essas restrições podem ser feitas sem que isso viole a Constituição Federal.

Será analisado, portanto, como a limitação da liberdade de expressão é uma realidade, podendo ser feita pelo Estado através do legislador infraconstitucional, mediante autorização ou não da Carta Constitucional de 1988, e controlada pelo Judiciário, sempre à luz da incensurabilidade, mas, observando que diante da inexistência de direitos absolutos no sistema jurídico pátrio, e em aproximação a uma concepção democrática, o Estado tem a possibilidade de regular certas condutas e impor limites à liberdade de expressão, sempre atento para que se evite abusos e violação de direitos constitucionalmente previstos.

1. A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO

Destarte, vale destacar que a mesma técnica utilizada quando se há o confronto entre princípios será usada para os direitos fundamentais, e isso ocorre, porque, como leciona

André Vale, “o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios”¹.

Em relação ao conflito aparente entre regras, três são os critérios clássicos utilizados. Em primeiro lugar, pelo critério da hierarquia, a regra superior prevalece sobre a inferior. Assim, por exemplo, a regra constitucional é hierarquicamente superior à regra infraconstitucional. Em segundo lugar, pelo critério da cronologia, a regra posterior revoga a anterior, caso se encontrem em um mesmo nível hierárquico. Em terceiro lugar, pelo critério da especialidade, a regra especial prevalece sobre a geral.

Esses critérios clássicos, contudo, não serão o suficiente quando estivermos diante de conflito aparente entre princípios fundamentais ou direitos fundamentais, isso porque não há uma hierarquia normativa entre eles (adiante será analisado uma eventual existência de hierarquia axiológica a alguns princípios e direitos fundamentais), bem como não se mostra possível a aplicação do critério cronológico, posto que um não será posterior a outro (ressalvados os casos de emenda constitucional), bem como se mostra inviável a aplicação da especialidade em relação à princípios e direitos fundamentais.

Assim sendo, os conflitos entre princípios constitucionais devem ser resolvidos pelo uso da técnica de ponderação de interesses. Em síntese, a ponderação de interesses consiste na compressão recíproca entre princípios, devendo se considerar as circunstâncias fáticas que envolvem um caso concreto.

Não sendo absolutos, resta claro que quando em conflito, um direito fundamental deve ceder lugar ao outro. Nesse sentido leciona Daniel Sarmento ao dizer que “apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos,

¹ VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais”².

Quando se está diante desse conflito entre direitos fundamentais devemos, inicialmente, identificar quais são esses direitos e se há ou não a existência de reserva legal, ou seja, se a própria Constituição Federal antecipa esse conflito e estabelece previamente a solução, como ocorre no artigo 5º, XII da Constituição Federal de 1988, onde se lê:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Esse dispositivo já traz uma visualização de conflito entre um direito coletivo, a persecução criminal, e um direito individual, a intimidade, e em antecipação soluciona o conflito, fazendo sobrepor o direito coletivo, se atendidos os requisitos legais. Outro exemplo que se pode trazer é o do artigo 93, IX da Constituição Federal, que, visualizando um conflito entre o direito de informação e o da intimidade já traz a solução para o conflito.

Contudo, nem sempre haverá essa prévia solução legal, e nesses casos deve-se usar a técnica da ponderação, que nada mais é do que um sopesamento entre esses direitos em choque, para que um venha a ceder em relação ao outro, uma vez que os critérios utilizados para solucionar conflitos entre normas não se mostram suficientes, por se tratar de normas de igual hierarquia, editadas concomitantemente e sem relação de especialidade. Essa é a lição de Christiano Taveira, que em sua tese de doutorado afirma:

“Conforme já assinalado, na eventual hipótese de uma colisão aparente entre normas constitucionais, os critérios clássicos para resolução de conflitos entre regras podem se revelar insuficientes. Com efeito, em se tratando de normas de mesma hierarquia (ou seja, com estatura constitucional), editadas em um mesmo momento (em que não seria possível a aplicação do critério cronológico) e que não apresentem relação de especialidade (regra especial prevalecendo sobre a geral), não raramente vai se

² SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.293.

estar diante de tensões de difícil equacionamento para o intérprete e operador do Direito. A questão ganha contornos ainda mais especiais ao se considerar as características da Constituição da República Brasileira de 1988, de cunho analítico e compromissório, ou seja, marcada por um texto denso e aglutinador de diferentes ideologias.”³

Assim, na hipótese de eventual conflito aparente entre direitos fundamentais, devemos utilizar a técnica da ponderação, identificando os direitos em conflito, analisando o caso concreto para que assim, à luz da proporcionalidade ou razoabilidade seja escolhido o direito que irá preponderar naquele caso.

2. A CONCEPÇÃO LIBERTÁRIA E A DEMOCRÁTICA

Em sede de direito comparado há duas concepções acerca da liberdade de expressão e a possibilidade de uma intervenção do Estado. A mais tradicional, conhecida como concepção libertária, defende o direito à expressão do pensamento sem interferência externa, ou seja, o Poder Público teria o dever de se abster de praticar qualquer ato que viesse a atentar ou obstruir a liberdade de informação, o dever do Estado seria tão-somente o de proteger os direitos do emissor.

Já a segunda concepção, conhecida como democrática, defende o papel do Estado seria o de proteger e de incentivar um mercado livre de ideias (*marketplace of ideas*), por meio de uma regulação estratégica, ou seja, veem a liberdade de expressão como um princípio essencial ao regular funcionamento da democracia e permitem que o Estado intervenha na liberdade de expressão, em determinados casos.

Ambas as teorias sofrem intensas críticas no direito norte-americano, mas, doutrina estadunidense e jurisprudência da Suprema Corte Americana, atualmente, vêm adotado a

³ TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera comunicativa: Uma proposta de reformulação do papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. Tese (Doutorado)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

primeira concepção, a libertária.

Doutrina moderna⁴ vem sustentando, em relação à restrição da liberdade de manifestação do pensamento, que essas duas concepções – libertária e democrática – não se excluíam, mas sim poderiam ser complementares, defendendo que seria plenamente possível e constitucional que no Brasil se utilizasse de uma versão nacional da doutrina da equidade.

O artigo 5º, incisos IV e IX da CRFB/88 traz em seu bojo a concepção libertária, por não permitir o exercício de controle prévio, censura ou autorização para a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Essa é a regra geral no ordenamento, contudo, no Brasil, há uma aproximação à vertente democrática (até por não haver, no ordenamento, direito absoluto), visualizada pelas restrições autorizadas pelo legislador infraconstitucional, como por exemplo, os crimes contra honra previstos no Código Penal, que de impedem a liberdade de manifestação que atinja a honra de terceiros, e até mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente, ambos se mostrando, portanto, uma limitação à liberdade de expressão.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal, ao Julgar a ADPF número 187, declarou a constitucionalidade para a marcha da maconha, defendendo a liberdade de expressão e de reunião, contudo, estabeleceu alguns parâmetros, por exemplo, que não seria possível a presença de menores, armas e de apologia ao crime.

Corroborando o até então exposto, de que a liberdade de expressão, apesar de não aceitar limite prévio, encontra limites na própria Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, o ministro Luiz Fux, ao proferir seu voto em referida ADPF⁵ deixou consignado ser imperioso que “não haja incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes”. Ressaltou, ainda, que “se a Constituição cuidou de prever a proteção dos menores dependentes químicos, é corolário dessa previsão que se vislumbre um propósito

⁴ TAVEIRA, Christiano de Oliveira, op.cit. p. 6.

⁵ Íntegra do voto disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF_187__Voto_LF_.pdf>

constitucional de evitar tanto quanto possível o contato das crianças e dos adolescentes com a droga e com o risco de eventual dependência”.

Nessa linha de raciocínio, podemos afirmar que a censura previa é, e deve ser sempre, algo inadmissível em nosso ordenamento, e se mostra consubstanciado no princípio da incensurabilidade. Isso, contudo, não é o mesmo que elevar a liberdade de expressão a um direito absoluto, que, como já mencionado, não existe no ordenamento jurídico pátrio. Em casos excepcionais será possível o controle pelo Poder Público de determinadas manifestações de pensamento, como muito bem coloca Christiano Taveira:

[...] Importa esclarecer, desde já: o simples fato de, ao ângulo do denominado “princípio da incensurabilidade”, não se admitir um controle prévio do conteúdo da informação ou opinião a ser veiculada, não eleva a liberdade de expressão a um caráter absoluto. O infundado temor de “retorno à censura” não pode servir de sustentáculo para a emissão de qualquer conduta ou opinião. Adianta-se, nesse passo, que, em nosso ponto de vista, mesmo o conteúdo da regulação pode e deve – ainda que a título excepcional – ser regulado pelo Poder Público. Ademais, como demonstrar-se-á mais adiante, o princípio da liberdade de manifestação do pensamento pode ser restringido na hipótese de imperiosa proteção de outros interesses constitucionais, como a própria liberdade de expressão, em sua perspectiva objetiva. Exatamente nessa esteira de pensamento se ressalta a importância de uma análise de sua concepção democrática, objeto de exame na parte subsequente ⁶

Vê-se, portanto, que é possível em no ordenamento pátrio uma união entre as concepções libertária e democrática, não se podendo conferir à liberdade de expressão o status de direito absoluto, mas ao mesmo tempo, não se mostrando inviável que o Estado venha a intervir e até mesmo limitar a liberdade de expressão, em determinados casos⁷, ou seja, uma aproximação à concepção democrática não fulmina a existência de uma posição preferencial da liberdade de expressão.

O que se indaga é que, apesar de uma possibilidade da limitação da liberdade de expressão pelo Estado, até que ponto poderia tal limitação ser feita, ainda que prevista na

⁶ TAVEIRA, Christiano de Oliveira, op.cit. p. 6.

⁷ Na ADI 869-2 – Distrito Federal, proposta em face do artigo 247 §2º da Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente, que previa possibilidade de suspensão da programação, o Ministro Ilmar Galvão asseverou ser possível limitações à liberdade de manifestação do pensamento, desde que tais limitações estivessem estabelecidas de modo explícito ou implícito na própria Constituição Federal.

CRFB sua possibilidade, e em qual momento essa limitação se afastaria da concepção democrática e passaria a configurar uma violação aos direitos fundamentais da liberdade de expressão e informação.

3. A EXISTÊNCIA DE UMA HIERARQUIA AXIOLÓGICA A DETERMINADOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E A POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL.

No Direito Norte Americano, a liberdade de expressão se encontra na Primeira Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos da América. Em relação à essa liberdade de expressão, se adota a teoria da *preferred position*, ou seja, posição preferencial, que confere ao *free speech* um peso extra e posição de preferência em relação aos demais direitos constitucionais no processo de ponderação de bens e interesses. Assim sendo, somente se cogita tal restrição na hipótese de primazia de algum outro valor constitucional, e, para que haja a restrição da liberdade de expressão, deve ser demonstrada a necessidade de tal ponderação.⁸

A Carta de 1787 dos Estados Unidos da América contém um rol de direitos fundamentais estampados nas 10 primeiras emendas, isto é, a chamada “Carta de Direitos” (Bill of Rights). A primeira emenda, que consagra a liberdade de expressão e de religião, segundo a Suprema Corte, desfruta de uma posição preferencial no processo de ponderação de bens. Em outros termos, confere-se uma primazia em tese a tal liberdade.

Segundo a jurisprudência construída pela Corte norte americana, em casos de atos normativos que venham a mitigar, ponderar direitos consagrados na primeira emenda, há de se fazer um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), ou seja, a norma vai se presumir inconstitucional até prova em contrário. Em tais casos, o ônus argumentativo da ponderação

⁸ TAVEIRA, Christiano de Oliveira, op.cit. p. 6.

será imputado ao Poder Legislativo. Ou seja, por conta da posição preferencial conferida à liberdade de expressão, o controle de constitucionalidade exercido pelos julgadores deveria ser mais rígido. Sobre o tema discorre Daniel Sarmento:

[...] A partir de tal precedente, a jurisprudência americana desenvolveu critérios diferenciados para aferir a inconstitucionalidade das normas. Quando se trata de norma editada para regulamentar alguma atividade econômica, exerce-se um controle judicial menos rigoroso, mais tolerante com os critérios adotados pelo Legislativo e Governo na formulação das políticas públicas. Quando, porém, cuida-se de legislação que interfira com os direitos individuais clássicos, tais como a liberdade de comunicação e liberdade de religião, o controle é muito mais rígido (strict scrutiny), sendo consideradas suspeitas todas as restrições a tais liberdades. Não basta mais a simples razoabilidade da legislação para justificar a sua constitucionalidade. Só as restrições absolutamente indispensáveis para o atendimento das necessidades públicas essenciais e indeclináveis (compelling) são toleradas [...]"⁹

Questão importante é saber se seria possível aplicarmos no Brasil essa posição preferencial utilizada no direito norte americano, para que o direito à liberdade de expressão tenha uma dimensão de peso superior a outros direitos fundamentais.

É cediço que no Brasil vigora um princípio de interpretação constitucional conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa. Em virtude do princípio da unidade, não há de se cogitar, no ordenamento jurídico, superioridade normativa entre regras e princípios trazidos pelo constituinte originário.

Apesar de não haver essa hierarquia normativa entre regras e princípios trazidos no texto constitucional, há quem sustente ser possível atribuir a determinados comandos constitucionais a chamada hierarquia axiológica. Nesse sentido leciona Christiano Taveira:

Por outro lado, cabe ressaltar que, a despeito da ausência de superioridade normativa, parece evidente que determinados comandos constitucionais detêm um maior grau de importância valorativa na tábua constitucional. Não se nega, por exemplo, que os princípios fundamentais da República esculpidos no artigo 1º da Carta de 1988 – e.g., o princípio democrático, federativo (caput) e a dignidade da pessoa humana (inciso IV) – são dotados de maior relevância na tarefa de interpretação constitucional. Da mesma maneira, sobressai a eficácia interpretativa

⁹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 156.

dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais sensíveis (previstos no inciso VII do artigo 34), qualificados doutrinariamente como “preceitos fundamentais”, para fins de cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Não há como se refutar, portanto, a existência de uma hierarquia axiológica entre certas normas constitucionais.”¹⁰

Também nesse sentido, defende a existência da hierarquia axiológica, Diogo de Figueiredo:

“A solução está no reconhecimento de uma necessária hierarquização axiológica desses princípios, como regra de aplicação harmoniosa. Embora todos os dispositivos constitucionais tenham a mesma hierarquia normativa, obviamente não terão a mesma hierarquia axiológica.

Essa desigualdade decorre do fato, muitas vezes esquecido, de que a Constituição não é apenas um diploma legal a mais, no ordenamento jurídico do País, embora seja o de maior importância; mas é também, e sobretudo, um documento político, impregnado de valores metajurídicos, de distintos níveis e diversas abrangências, de modo que os princípios normativos, que os exprimem positivamente, carregam suas características políticas e têm, por isso, diferentes cargas de eficácia.

Exemplificando, sucintamente, essa hierarquia axiológica, podemos afirmar que os princípios que definem liberdades, preferem aos que as condicionam ou restringem; e os que atribuem poderes ao Estado, cedem aos que reservam poderes aos indivíduos, e os que reforçam a ordem espontânea têm preferência sobre os que a excepcionam.”¹¹

Veja que essa hierarquia axiológica que se confere à liberdade de expressão não é algo uníssono na doutrina nacional, havendo quem seja categórico em afirmar que a liberdade de expressão, como direito fundamental que é, apesar de sua relevância, não ostenta primazia sobre os demais direitos fundamentais¹². Também em sentido contrário à hierarquia axiológica, Luís Gustavo Grandinetti:

[...] Na verdade, não deve haver gradação alguma. Se todos os direitos mencionados têm previsão constitucional, se o constituinte entendeu de elevá-los todos à mesma categoria de direitos fundamentais, não há como estabelecer antecipadamente uma tabela para resolver os conflitos que podem surgir a esse respeito. Especialmente nesse campo, a sensibilidade do intérprete deve aflorar para sopesar, caso a caso, quando um direito deve preponderar e o outro ceder. Somente uma ponderação entre

¹⁰ TAVEIRA, Christiano de Oliveira, op.cit. p. 6.

¹¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Revista de Direito da Procuradoria- Geral do Estado do Rio de Janeiro n.º 42, p. 59.

¹² SOARES, Fábio Costa. *Curso de Direito Constitucional: normatividade jurídica*, 2012, Rio de Janeiro. Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. 308 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 11), p. 60 -71.

esses bens, procedida casuisticamente, pode levar a bom termo a tarefa [...]”¹³.

Ainda que se defenda uma hierarquia axiológica de determinados princípios fundamentais, na prática se mostra inexecutável enumerarmos quais princípios e valores constitucionais seriam dotados de tal hierarquia, e em qual medida essa hierarquia axiológica se daria.

Não fosse somente isso, por muitas vezes, os próprios princípios que poderiam vir a deter essa hierarquia axiológica entram em conflito, devendo um deles ceder em face do outro, aplicando-se novamente a técnica da ponderação, sem que haja uma dimensão de peso maior a ser garantida a esse ou aquele princípio em conflito, posto que ambos seriam igualmente relevantes.

Resta claro, portanto, que as circunstâncias do caso concreto serão sempre o principal meio de se atingir uma solução adequada na ponderação de interesses entre direitos fundamentais. Contudo, é possível conferirmos ao sistema de liberdades afetas à manifestação do pensamento, uma posição de prevalência em relação ademais bens da personalidade, por opção ideológica do constituinte originário¹⁴.

Essa posição de prevalência decorreria em primeiro lugar, do princípio da incensurabilidade, e em segundo lugar, pela função que exerce a liberdade de expressão, em todas suas vertentes, que serve de meio para que se exerça outros direitos.

Assim sendo, poder-se-ia trazer ao ordenamento jurídico pátrio, uma posição preferencial da liberdade de expressão. Não nos moldes do direito norte americano, em que uma lei que mitigue ou pondere os direitos que possuem essa hierarquia axiológica, se presumiria inconstitucional, recaindo o ônus de demonstrar sua constitucionalidade ao legislativo, mas, que ao ser analisada a constitucionalidade da lei limitadora de direito, seja

¹³ CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 107.

¹⁴ TAVEIRA, Christiano de Oliveira, op.cit. p. 6.

necessária uma demonstração de que a limitação é a *ultima ratio* e que os meios para tanto são extremamente necessários e adequados para se atingir o fim.

Nada impede, portanto, que no Brasil, ainda que qualquer lei se presuma constitucional, ao aplicar a ponderação, se confira a certos direitos, no caso, a liberdade de expressão, tema do presente texto, uma dimensão de peso superior. Nesse sentido leciona Luís Roberto Barroso:

[...] Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – preferred position – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a idéia de ponderação [...]¹⁵

No Brasil, no julgamento da ADPF 130, em que se reconheceu a revogação da lei de imprensa, o STF, expressamente, veio a consagrar a posição preferencial do bloco de direitos ligados à liberdade de expressão.

Veja que o fato de se aceitar no ordenamento jurídico pátrio a posição preferencial em relação à liberdade de expressão, não significa conferir a esse direito fundamental um absolutismo, posto que não existe no ordenamento pátrio direito absoluto.

Não haveria óbice algum a uma eventual restrição à liberdade de expressão quando em conflito com demais direitos constitucionais de igual relevância, também detentores de alta carga axiológica, que teriam o condão de anular a posição de preferência da liberdade de expressão, são os chamados *compelling interests*. Para melhor elucidar o tema, fazemos uso

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Liberdade de expressão e critérios de ponderação*. In. SARLET, Ingo (Org.) *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82-83.

novamente das lições de Christiano Taveira, que diz:

Em virtude do “princípio da unidade”, a doutrina brasileira é uníssona ao não admitir uma hierarquia normativa entre os dispositivos constitucionais. Distintamente do ordenamento alemão, o Supremo Tribunal Federal rejeita a tese de um direito suprapositivo, alicerçado em valores provenientes do Direito Natural. Não há, dessa forma, como se estabelecer previamente, de forma exata, uma escala de valores na tábua constitucional. Todavia, é possível assinalar que, em razão das opções do constituinte originário brasileiro, o sistema de liberdades afetas à manifestação do pensamento desfruta, em tese, preferencialmente, de uma posição de primazia em relação aos demais bens de personalidade.

Por outro lado, cumpre ressaltar a existência de interesses constitucionais de elevada carga valorativa (compelling interests) capazes de promover, na adoção da ponderação, um reequilíbrio dos bens em disputa, isto é, de “anular” a posição de primazia da liberdade de expressão.¹⁶

Pode-se afirmar, portanto, que é possível conferirmos, ao menos em tese, uma posição preferencial à liberdade de expressão, sem que isso confira a esse direito um caráter absoluto, sendo certo, ainda, que diante de outros interesses igualmente relevantes e de carga valorativa igual, encontramos um limite legítimo à liberdade de expressão que irá mitigar a sua posição preferencial, sendo aplicável a esses casos a velha técnica de ponderação (amplo escrutínio), em uma maior aproximação da concepção democrática, sem que um ou outro direito em tela tenha uma maior dimensão de peso.

4. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL E SUA LIMITAÇÃO

Antes de adentrar no tema foco do presente capítulo, vale destacar que a doutrina constitucionalista se utiliza do gênero “liberdade de expressão” para decompô-la em: liberdade de informação, relativa ao emissor da mensagem (liberdade de imprensa); e direito de informação, próprio dos destinatários da mensagem (além do art. 5º, XIV da CRFB, que contempla o acesso à informação).

Em relação à liberdade de expressão comercial, seria a forma pela qual as pessoas

¹⁶ TAVEIRA, Christiano de Oliveira, op.cit. p. 6.

jurídicas vêm a se manifestar, não havendo distinção entre a já conhecida liberdade de expressão das pessoas físicas, sendo ambas merecedoras de igual defesa.

4.1. A PESSOA JURÍDICA COMO DETENTORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, deve ser destacado, sem maior aprofundamento acerca do tema, que na doutrina moderna há o consenso em reconhecer que as pessoas jurídicas fazem jus aos direitos fundamentais. Para ilustrar esse consenso doutrinário, vale trazer as sempre valiosas lições de Gilmar Ferreira Mendes:

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 referencia 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.¹⁷

Partindo dessa premissa, podemos afirmar que as pessoas jurídicas possuem o direito fundamental à liberdade de expressão. E nesse momento merece destaque o artigo 220 *caput* da CRFB/88, pelo qual “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição [...]”.

4.2. O DIREITO À PROPAGANDA/PUBLICIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A publicidade ou a propaganda são a principal forma pela qual a pessoa jurídica se expressa, podendo ser feito uso das lições de Luís Roberto Barroso quanto a publicidade ou propaganda serem “... indisputadamente uma forma de comunicação social, estando

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 165.

expressamente protegida pelo dispositivo constitucional”¹⁸ acima trazido.

Não bastasse isso, muitos autores de renome colocam a propaganda como corolário da liberdade de iniciativa econômica. Expressamente, Alexandre Aragão assevera que “... o direito de fazer propaganda constitui um sub-princípio da liberdade de iniciativa econômica (...) relacionados diretamente à liberdade fundamental de manifestação e comunicação de ideias e pensamentos.”¹⁹

Podemos desde já notar que a liberdade de expressão comercial, consubstanciada na publicidade ou propaganda goza de relevante valor em no ordenamento nacional, e, não bastasse isso, podemos constatar que em relação à propaganda e a publicidade há outro direito fundamental conectado, qual seja, o direito de informação, que, “mais que uma liberdade individual, é um direito difuso da sociedade”.²⁰

Vê-se, portanto, que a propaganda e a publicidade não são apenas um direito das pessoas jurídicas, seja de propagar o seu produto no mercado e expor suas qualidades, e até mesmo de captar clientela (lembrando que a liberdade de iniciativa econômica é direito fundamental), mas sim direito da população como um todo, em especial os consumidores daquele produto, grupo indivisível e indeterminado de pessoas, daí o caráter transindividual da informação, direito difuso da sociedade como um todo, podendo ser qualificado como direito fundamental.

4.3. RESTRIÇÃO DA PROPAGANDA/PUBLICIDADE E SEUS LIMITES

A restrição da propaganda ou publicidade no Brasil, à primeira vista, pode parecer não comportar maiores debates, uma vez que a própria Carta Constitucional de 1988, no seu

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Liberdade de Expressão, Direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 224, 2001, p.36.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Liberdade de Expressão Comercial*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 15 de março de 2014.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto, op. cit. p.16.

artigo 220 §4º traz a possibilidade de restrições na propaganda de certos produtos. Vejamos:

§ 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.

Veja que a própria Constituição Federal traz a possibilidade de restrição na propaganda de alguns produtos, e isso não é algo que traz grandes problemas para os doutrinadores, na verdade, a questão tormentosa é saber até que ponto as limitações impostas à publicidade de referidos produtos não configuram total supressão da liberdade de expressão comercial, ou seja, até que ponto poderia o Estado, através do legislador infraconstitucional, limitar a propaganda comercial.

Essa limitação imposta pela Constituição Federal, ainda que se aproxime da concepção democrática, já previamente debatida, não retira, necessariamente, da liberdade de expressão, ainda que comercial, sua posição preferencial, defendida no presente trabalho.

Assim, ainda que seja possível essa restrição, para averiguar-se a sua constitucionalidade, deve-se sempre considerar a posição preferencial que a liberdade de expressão possui e se no caso concreto encontramos algum outro interesse constitucional de alta carga valorativa, apto a anular a posição de primazia da liberdade de expressão. Não sendo o caso de *compelling interests*, deve-se averiguar se aquela restrição atende ao seu intuito, ou se extrapola as limitações possíveis, à luz da posição preferencial da liberdade de expressão.

O artigo 220 §4º da CRFB/88 traz um rol dos produtos que poderão sofrer restrições na sua propaganda, mas questão interessante é saber se esse rol é taxativo. Iremos partir do pressuposto de que, como já explicitado, as pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais e, o direito à propaganda e publicidade é um direito fundamental, amparado na liberdade de expressão, em ambos ramos de sua decomposição, relativas à liberdade de

manifestação e o direito de informação e a livre iniciativa.

Diferente do que alguns autores sustentam, entende-se que o artigo 220 §4º da CRFB/88 não é o dispositivo constitucional que confere ao direito à propaganda seu status de direito fundamental, apesar de trazer, como veremos adiante, uma impossibilidade de supressão total da liberdade de expressão comercial em relação a tais produtos. Esses autores, com todas as vênias que merecem, partem de uma interpretação equivocada, de que a impossibilidade de restrição total à propaganda aos produtos do disposto no artigo constitucional em análise seria o garantidor do direito à publicidade.

O direito à propaganda se sustenta em muito mais que na impossibilidade de restrição total de certos produtos. Na verdade, o direito fundamental à propaganda nasce de uma liberdade de expressão, da qual as pessoas jurídicas também são titulares e da livre iniciativa privada. Para melhor elucidar a questão, faço uso das lições do professor Virgílio Afonso da Silva:

A garantia de um direito à propaganda de produtos derivados do tabaco não decorre, portanto, da sua menção expressa no § 4º do art. 220, que, de resto, não é um artigo que garante direitos, mas da interpretação de outros dispositivos constitucionais sobre manifestação do pensamento, comunicação e imprensa. Isso significa, e seria impensável que assim não fosse, que existe um direito à propaganda 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 propaganda de algum produto só existiria se isso fosse explicitamente previsto pela Constituição.²¹

Entendendo que a Constituição garante esse direito à propaganda de forma geral, a razão de ter colocado limitações expressas a determinados produtos se daria por uma razão simples, o constituinte previu que a propaganda de tais produtos, tendo em vista sua nocividade, poderia entrar em conflito com outros direitos fundamentais, e, antecipadamente, permitiu a limitação da propaganda desses produtos, o que de forma alguma significa

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Parecer Disponível na internet: <<http://www.propagandasemcigarro.org.br>> Acesso em 16 de março de 2014.

ausência de motivação para a restrição ou um afastamento da *preferred position* (salvo nos casos de colisão de direitos de igual carga axiológica – *compelling interests*). Ou seja, apesar do constituinte ter permitido tal limitação, isso não isenta o legislador infraconstitucional de demonstrar que a limitação é a *ultima ratio*.

Assim sendo, percebe-se que o rol de produtos trazidos pelo artigo 220 §4º da Constituição não é taxativo, é possível que o Estado, por meio do legislador infraconstitucional, possa fazer restrições à propaganda de outros produtos que não estejam elencados no dispositivo analisado, desde que essa limitação seja feita diante de uma colisão de direitos fundamentais, e sempre levando em conta a posição preferencial da liberdade de expressão, devendo o legislador aplicar o padrão rígido na ponderação de interesses (*strict scrutiny*) e assim, se aproximando da previamente mencionada concepção democrática sem aniquilar a posição preferencial da liberdade de expressão.

Em suma, pode ser feita a limitação de qualquer produto, não só dos elencados no artigo 220 §4º da CRFB/88, mas, tanto para os previstos nesse dispositivo, quanto para os não previstos, deverá ser observada a dimensão de peso que a liberdade de expressão possui, sendo adotada a posição preferencial, que somente poderá ser anulada se o conflito se der entre direitos de igual carga axiológica.

Contudo, é necessário destacar que apesar de ser possível a restrição de direitos como o direito à propaganda, até por não existirem direitos absolutos, para que assim seja feito, deverá ser observado não só a hierarquia axiológica da liberdade de expressão, como deverá tal restrição passar pelo teste da proporcionalidade.

Para que se encare uma medida do Estado como proporcional, ela deve passar por três testes, chamado de testes da proporcionalidade ou subprincípios da proporcionalidade. Esses testes são o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo teste da adequação, a medida estatal, para ser proporcional, deve ser adequada para atingir a finalidade perseguida, ou seja, o meio utilizado deve ser adequado ao fim

pretendido.

O teste da necessidade, ou menor ingerência possível, analisa a existência de outro meio que atingiria a mesma finalidade do meio tomado, e se esse meio diverso seria menos restritivo de direitos, assim o sendo, o meio mais gravoso não passaria pelo teste.

Por fim, pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito, o intérprete deverá analisar os bens jurídicos em conflito, de mesma hierarquia, e, a partir dessa análise e o caso concreto em tela, eleger qual deve ser aplicado, afastando o outro, e nessa etapa, observar o escrutínio estrito, ou seja, aplicando na ponderação um padrão mais rígido, por conta da posição preferencial, como previamente já explicado. Resumindo o exposto, Luís Roberto Barroso coloca:

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, visando a assegurar a racionalidade e o equilíbrio, impedindo o arbítrio e o capricho. Permite ao Judiciário invalidar atos emanados do Poder Público quando: (a) não haja relação de adequação entre o meio empregado e o fim visado; (b) a medida não seja necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado, com menor ônus para o direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a medida importe em sacrifício de bem jurídico tão ou mais relevante do que o protegido.²²

Então, se pode constatar que apesar da possibilidade da restrição ao direito à propaganda, seja dos produtos elencados ou não no artigo 220 §4º da CRFB/88, quando em conflito com outros direitos fundamentais, essa restrição deverá sempre, ainda que se trate dos produtos que dispensam maior fundamentação do legislador infraconstitucional para a restrição de sua propaganda, passar pelos testes da proporcionalidade e observar a posição preferencial conferida à liberdade de expressão.

Mais do que isso, essas restrições à liberdade de expressão comercial não poderão descaracterizar o seu núcleo essencial. Apesar da Constituição brasileira não possuir dispositivo que preveja assegurar o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais,

²² BARROSO, Luís Roberto, op. cit. p.16.

como previsto na constituição alemã em seu artigo 19, II, ou a constituição portuguesa, em seu artigo 18,3, o STF vem fazendo alusão à ideia, como o fez no caso Ellwanger, em que o ilustre ministro Celso de Melo asseverou que “...a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais...”²³

O artigo 220 §4º da CRFB/88 é uma norma de eficácia contida, ou seja, o legislador infraconstitucional poderá restringir a norma mediante lei, contudo, no mesmo passo que admitiu a restrição legal do direito, trouxe a impossibilidade de seu banimento.²⁴

Extraí-se disso, que, caso o legislador infraconstitucional venha a editar uma lei que restrinja a publicidade e propaganda, seja dos produtos enumerados ou não no artigo 220 §4º da Constituição, deverá observar o núcleo essencial da norma, sendo certo que uma restrição exagerada poderá vir a configurar o banimento de um direito constitucional, o que se mostraria inviável, uma vez que restrição não se confunde com supressão total de um direito.

Não obstante o entendimento de alguns doutrinadores, de que uma restrição total à liberdade de expressão em alguns casos se afigure constitucional, não me parece possível a sua supressão total. Primeiramente diante do próprio artigo 220 §4º da CRFB, que ao permitir a limitação da propaganda, trouxe de forma implícita seu banimento. Secundariamente, pelo fato de que a liberdade de expressão possui uma posição preferencial frente a determinados direitos fundamentais, e, em caso de conflito, a liberdade de expressão deverá gozar de uma primazia, sendo impossível suprimi-la por completo, servindo o próprio artigo 22 §4º da CRFB/88 como dispositivo constitucional que veda essa supressão, ou seja, o mesmo dispositivo que autoriza a limitação impossibilita o banimento da propaganda dos produtos lá enumerados.

²³ MELO, *apud* VÍRGILIO AFONSO DA SILVA, p. 16.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.* p.16.

4.4. A LEI 9294/96 E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE – UM EXEMPLO DE LIMITAÇÃO EXAGERADA

Atualmente está em vigor a Lei 9294/96 que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. O intuito dessa lei é proteger um outro valor constitucional, a saúde.

Apesar de a saúde ser um direito fundamental apto a anular a primazia da liberdade de expressão, uma vez que possui carga valorativa de igual relevância à liberdade de expressão, a lei 9294/96, ao regulamentar a limitação constitucional, tendo em vista a limitação intensa que trouxe em relação aos produtos fumíferos, se mostra inconstitucional, por violar a liberdade de expressão, a iniciativa privada e não observar o princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

Para melhor ilustrar vale trazer o teor do artigo 3º da Lei 9.294/96, alterado pela Lei nº 12.546, de 2011:

É vedada, em todo território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de venda, desde que acompanhada das cláusulas de advertência que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo e da respectiva tabela de preços [...]

Veja que o dispositivo acima transcrito proíbe em todo território nacional a veiculação de propaganda comercial de produtos fumíferos, apenas a permitindo nos locais onde já são vendidos. Resta claro que essa lei suprime por completo a liberdade de expressão comercial dos fabricantes e vendedores de tais produtos, e, por todo o já exposto nesse trabalho, se encontra em clara violação ao texto constitucional.

O decreto nº 2018/96, que regulamenta a Lei 9.294/96, em sua redação original, autorizava a propaganda comercial dos produtos de tabaco nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas, contudo, a própria Lei 9.294/96

foi alterada pela Lei 12.546/11 passando a ser vedada a propaganda comercial de tais produtos, e, posteriormente, o decreto 2018/96 foi alterado pelo decreto 8262/2014, cujas alterações, que ainda não estão em vigor, se coadunam com a redação do artigo 3º da Lei 9.294/96, ao dispor que “é vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, narguilé ou outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, ...”

Essa vedação, como já dito, vale para todo território nacional e apenas é autorizada em locais onde são vendidos os produtos, ou seja, fica proibida a propaganda em rádio, televisão, imprensa e internet, hoje, inegavelmente, os principais meios que uma pessoa jurídica tem de expor seu produto, informar sobre ele, informar e captar clientes.

Não se pretende defender as companhias de cigarro ou sustentar que os produtos fumíferos são inofensivos e não causam mal à saúde, contudo, não se pode permitir que o texto constitucional seja violado. Não se mostra razoável que a proibição seja tamanha.

Não só possível como louvável a limitação da propaganda desses produtos em meios como televisão, rádio, imprensa e internet, contudo, para que essa medida se mostre em acordo com o ordenamento constitucional, essas limitações jamais poderiam ser totais, e no caso da lei atual, a vedação é tamanha que fica cristalina a supressão da propaganda.

Fica claro, portanto, que alguns dispositivos da lei, como o acima transcrito, violam a constituição por suprimir por completo um direito fundamental, no caso a liberdade de expressão comercial e a iniciativa privada, como não atende ao princípio da razoabilidade, em nenhum de seus testes. Sintetizando o tema, Barroso expõe:

A Constituição assegura expressamente o direito subjetivo à publicidade, inclusive e sobretudo à propaganda comercial de tabaco (art. 220 §4º), permitindo, todavia, restrições legais. A proibição absoluta viola, naturalmente, o sentido e o alcance da exceção constitucional à liberdade de expressão. O tratamento da matéria no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220 a 224) evidencia que o direito é assegurado nos meios de comunicação ali previstos: rádio, televisão e imprensa.

Frustra ostensivamente a disciplina constitucional instituída confinar a publicidade do produto a meios rudimentares como pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda.

A ponderação de valores, no caso de colisão de direitos fundamentais, impõe o menor sacrifício de cada um deles, em concessões recíprocas, não sendo legítimo que se ignore um em favor de outro. Não pode o legislador, em nome do alegado interesse de impedir a divulgação de um produto lícito, por reputá-lo nocivo à saúde, suprimir o desfrute de outras situações constitucionalmente protegidas, dentre as quais a liberdade de expressão, o direito à informação e a livre concorrência.²⁵

Tem-se hoje em curso a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3311, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, tendo por objeto dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, dentre eles o *caput* do artigo 3º, acima transcrito, com os acréscimos e alterações que introduzidas pela Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e a Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001. Em apertada síntese, se discute nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade justamente a inconstitucionalidade de Lei que vem a regular a propaganda de cigarro de forma tão intensa, que suprime o direito à publicidade, atingindo o seu núcleo essencial.

Assim, parece seguro afirmar que o legislador infraconstitucional, ao criar uma lei que venha a restringir a publicidade de qualquer espécie de produto, deverá analisar os direitos fundamentais que se contrapõe à liberdade de expressão, e, não sendo o caso de direito com igual carga valorativa, como é a saúde, considerará a hierarquia axiológica da liberdade de expressão. Com isso, poderá o legislador editar a lei restringindo a publicidade de certo produto, desde que referida norma não venha a aniquilar por completo a possibilidade de propaganda, sob pena de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto nesse trabalho, ficou constatado que a liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais de maior relevância em no ordenamento jurídico, sendo

²⁵ BARROSO, Luís Roberto, op. cit. p.16.

elemento essencial da democracia. Dada a importância de tal direito fundamental, e, diante da inexistência de direitos absolutos, foi analisada a possibilidade de uma eventual limitação desse direito pelo Estado.

Para tanto, foi sugerido trazer-se ao ordenamento pátrio as concepções libertária e democrática, advindas do direito norte-americano. Pela primeira, o Poder Público teria de se abster de praticar qualquer intervenção na liberdade de expressão, já pela segunda, seria possível uma regulação estratégica na liberdade de expressão, por parte do Estado. No ordenamento jurídico pátrio, apesar de Constituição Federal não permitir o exercício de controle prévio, censura ou autorização para a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, aproximamo-nos de uma corrente democrática quando a Carta Magna e até mesmo leis infraconstitucionais trazem limites ao exercício da liberdade de expressão.

Sendo possível essa limitação ao direito fundamental à liberdade de expressão, e, diante da magnitude desse direito, defendeu-se a existência de uma hierarquia axiológica, que não se confunde com hierarquia normativa, à liberdade de expressão. Com isso, mostra-se plenamente possível a adoção da teoria da posição preferencial no ordenamento nacional, ainda que não nos moldes norte-americano, mas que, ao ser analisada a constitucionalidade da limitação, fique cabalmente comprovado que aquela é a *ultima ratio* e os meios para tanto são adequados para atingir o fim pretendido.

Apesar da existência dessa hierarquia axiológica e da adoção da posição preferencial à liberdade de expressão, outros direitos fundamentais também podem ter igual relevância e serem detentores dessa alta carga axiológica, e assim, em igualdade com a liberdade de expressão, afastaria sua posição de preferência.

Cediço que a liberdade de expressão é um direito fundamental de alta significância, e que as pessoas jurídicas também são detentoras de direitos fundamentais, e, tendo como meio de se expressar a publicidade e propaganda, temos como direito fundamental a liberdade de

publicidade e de propaganda, é a chamada liberdade de expressão comercial. Em consonância com o exposto, apesar de ser um direito fundamental de alto relevo, também é possível a restrição da publicidade, e, até mesmo em determinados casos, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 220 §4º, a possibilidade dessa restrição.

Esse rol de produtos elencados pela Constituição Federal não é taxativo, e de forma alguma a permissão à limitação da publicidade afasta a hierarquia axiológica e a posição preferencial da liberdade de expressão. Além disso, deverá sempre ser submetida aos testes da proporcionalidade. Assim, toda lei que venha a limitar a liberdade de expressão, ainda que comercial, deverá observar a posição preferencial desse direito fundamental e deverá ser feito o escrutínio estrito na ponderação, ressalvadas as hipóteses de conflito entre direitos de mesma carga axiológica. Além disso, pelo próprio teor do artigo 220 §4º da CRFB/88, fica evidenciada a impossibilidade de supressão total da liberdade de expressão comercial.

Exemplo atual que temos de lei que regulamenta a limitação da propaganda de produtos é a Lei 9294/96, que traz restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Referida lei traz em seu artigo 3º *caput* a vedação da propaganda comercial de alguns produtos em todo território nacional, com exceção apenas aos locais em que se vende os produtos. Resta claro que, apesar de tal lei proteger direito de igual carga valorativa à liberdade de expressão, qual seja, a saúde, o dispositivo legal referido, de forma indireta, acaba suprimindo por completo a liberdade de expressão comercial, e, além disso, não atende aos testes da proporcionalidade, se mostrando inconstitucional.

REFERÊNCIAS

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

15 de março de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de Expressão, Direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1998.

CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, *Revista de Direito da Procuradoria- Geral do Estado do Rio de Janeiro n.º 42*, pág. 59.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Parecer Disponível na internet: <<http://www.propagandasemcigarro.org.br>> Acesso em 16 de março de 2014.

SOARES, Fábio Costa. *Curso de Direito Constitucional: normatividade jurídica*, 2012, Rio de Janeiro. Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. 308 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 11), p. 60 -71.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera comunicativa: Uma proposta de reformulação do papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. Tese (Doutorado)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.