

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ALEITAMENTO MATERNO: SAÚDE DA
CRIANÇA E LIBERDADE ECONÔMICA**

NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA DANTAS

PIRACICABA - SP

2005

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ALEITAMENTO MATERNO: SAÚDE DA
CRIANÇA E LIBERDADE ECONÔMICA**

NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA DANTAS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Dimitri Dimoulis

Piracicaba – SP

2005

Dantas, Newton José de Oliveira
D192a Aspectos constitucionais do aleitamento
materno: saúde
da criança e liberdade econômica / Newton José
de Oliveira
Dantas. - Piracicaba, 2005.
230 f. ; 30 cm. ; v1, v2 - anexos

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de
Direito, Universidade Metodista de Piracicaba, 2005.

Bibliografia: f.218-229

Orientador: Prof. Dr. Dimitri Dimoulis

1. Direitos fundamentais. 2. Infância e juventude.
3. Aleitamento materno. 4. Direito à saúde. 5. Direito a
liberdade. I. Autor. II. Título.

CDD

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ALEITAMENTO MATERNO: SAÚDE DA
CRIANÇA E LIBERDADE ECONÔMICA**

NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA DANTAS

Trabalho defendido em _____, com nota _____, em ____ de _____ de
2005, pela Banca Examinadora constituída por:

Orientador: Prof. Dr. Dimitri Dimoulis

Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado - UNIMEP

Prof. Dr. Claudius Rothemburg– PUC/SãoPaulo

A minha filha Isadora, pela compreensão e pelo amor a mim dispensados, e a quem eu dedico todo o meu amor, carinho e admiração.

Agradecimento

Ao mestre, Prof. Dr. Dimitri Dimoulis, orientador por excelência, cientista por natureza e crítico imbatível, que, não obstante admirável e rara cultura jurídica, jamais se voltou aos seus alunos com arrogância ou vaidade, fazendo da humildade os passos de sua carreira.

RESUMO

A NBCAL - Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras (Portaria 2.051/01, do Ministério da Saúde e Resoluções RDC ANVISA n° 221/02 e RDC ANVISA n° 222/02), visando contribuir para a adequada nutrição dos lactentes e das crianças de primeira infância, trouxe limitações à liberdade econômica, conquanto regulamentou e limitou a promoção comercial, e orientou o uso apropriado dos alimentos para esta faixa etária, trazendo, assim, proteção e incentivo ao aleitamento materno, nos termos das recomendações da Organização Mundial da Saúde. Tais atos normativos são claros e objetivos, podendo, apenas, cogitar-se de eventual inconstitucionalidade material diante da restrição imposta à livre iniciativa. O presente trabalho sustenta que, mesmo sendo a liberdade econômica direito fundamental, a sua restrição legislativa é justificada diante da colisão com o direito à saúde da criança, também direito fundamental. Na sistemática constitucional, utilizou-se o princípio da proporcionalidade como mediador dos direitos colidentes, concluindo-se pela adequação e necessidade das restrições e pela constitucionalidade da Portaria 2.051/01, do Ministério da Saúde e Resoluções RDC ANVISA n° 221/02 e RDC ANVISA n° 222/02.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Infância e Juventude; Direito à Saúde; Direito à Liberdade Econômica; Aleitamento Materno; Princípio da Proporcionalidade; NBCAL; Portaria n° 2.051/01 do Ministério da Saúde; Resoluções ANVISA RDC 221/02 e RDC 222/02.

ABSTRACT

NBCAL - Brazilian Rule for the Marketing of Food for Products for Breastfeeding Babies and Infants, Pacifiers and Nursing Bottles (Administrative Order N° 2.051/01, by the Ministry of Health and Resolutions RDC ANVISA no. 221/02 and RDC ANVISA No. 222/02), aiming at contributing for the adequate feeding of breastfeeding babies and infants, brought limitations to the economic freedom, although it has regulated and limited commercial promotion, and oriented as for the proper use of food products for this age group, thereby protecting and stimulating breastfeeding, in the terms of the recommendations from the World Health Organization. Such rules are clear objective, and any unconstitutionality may only be considered in view of the imposed restriction of free initiative. This paper sustains that, even though economic freedom is a fundamental right, its legal restriction is justified in view of the collision with the child's right to health, also a fundamental right. In the constitutional system, the principle of proportionality was used as a mediator of colliding rights, and the conclusion favored the adequacy and need for restrictions and constitutionality of Administrative Act N° 2.051/01, by the Ministry of Health and Resolutions RDC ANVISA No. 221/02 and RDC ANVISA No. 222/02.

Keywords: Fundamental Rights; Childhood and Young Age; Right to Health; Right to Economic Freedom; Breastfeeding; Principle of Proportionality; NBCAL; Administrative Act n° 2.051/01 by the Ministry of Health; Resolutions ANVISA RDC n° 221/02 and RDC n° 222/02.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O ALEITAMENTO MATERNO E SEUS CONSECTÁRIOS	13
2. NORMA BRASILEIRA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS PARA LACTENTES E CRIANÇAS DE PRIMEIRA INFÂNCIA, BICOS, CHUPETAS E MAMADEIRAS.....	22
2.1 Origem da NBCAL	22
2.2 Apresentação do conteúdo da NBCAL.....	33
2.3 Casos concretos de violação à proteção do aleitamento materno	43
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS.	48
3.1 Direitos Fundamentais.....	49
3.1.1 Breve histórico	50
3.1.2 As diversas dimensões dos direitos fundamentais	60
3.1.3 Processo de incorporação de tratados e convenções internacionais e a emenda constitucional nº 45/04	64
3.1.4 Conceito e espécies	68
3.1.5 Restrição e configuração legislativas dos direitos fundamentais.....	79
3.1.6 Direitos fundamentais: necessidade para a solução do conflito entre saúde e liberdade econômica	82
3.2 Doutrina da Proteção Integral.....	85
3.2.1 Origem da doutrina da proteção integral e a promoção, proteção e apoio do aleitamento materno	85
3.2.2 Doutrina da proteção integral no Brasil	89
3.3 Direito à Saúde	100
3.3.1 Evolução histórica da saúde no Brasil	101
3.3.2 Classificação do direito à saúde (Teoria do Status)	104

3.3.3 Conceito e natureza jurídica da saúde	105
3.3.4 Direito à saúde: norma meramente programática ou dever?.	112
3.3.5 O dever do particular na promoção, proteção e recuperação da saúde	123
4. A LIBERDADE ECONÔMICA	127
4.1 Introdução	127
4.2 A ordem econômica	131
4.2.1 Conceito de ordem econômica: Estado Liberalista e Estado Intervencionista.....	131
4.2.2 A ordem econômica no Brasil.....	135
4.2.3 A justiça social e a dignidade humana na ordem econômica	138
4.2.4 Princípio da livre iniciativa	145
4.2.5 Princípio da livre concorrência	154
4.2.6 Princípio da defesa do consumidor	156
5. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA GM 2.051/01 E DAS RESOLUÇÕES RDC ANVISA Nº 221/02 E RDC ANVISA Nº 222/02	161
5.1 Princípios e regras	161
5.2 Colisão de princípios e sua solução	164
5.3 Análise dos atos normativos	174
5.3.1 Área de proteção de um direito fundamental	177
5.3.2 Intervenção na área de proteção de um direito fundamental	179
5.3.3 Justificativa constitucional da intervenção	182
5.3.3.1 Fundamento legal da portaria nº 2.051/01 e das resoluções RDC ANVISA nº 221/02 e RDC ANVISA nº 222/02.....	183
5.3.3.2 Conformidade constitucional da portaria nº 2.051/01 e das resoluções RDC ANVISA nº 221/02 e RDC ANVISA nº 222/02	183
5.3.3.3 Clareza e concretude da portaria nº 2.051/01 e das resoluções RDC ANVISA nº 221/02 e RDC ANVISA nº 222/02.....	189
5.3.3.4 Respeito ao princípio da proporcionalidade.....	190
5.3.3.4.1 Adequação	191
5.3.3.4.2 Necessidade.....	193
5.3.3.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	200
5.4 Conclusão da análise dos atos normativos	203

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS 211

REFERÊNCIAS215

ANEXOS EM SEPARADO.

INTRODUÇÃO

Diante da importância do aleitamento materno, e atentas às recomendações internacionais e aos direitos fundamentais das crianças, também incorporados na teoria da proteção integral, foram implementadas políticas públicas de incentivo à amamentação natural, através da edição da *Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras*, atualmente consubstanciada na Portaria GM¹ 2.051, de 08 de novembro de 2001, e nas resoluções RDC ANVISA² nº 221 e RDC ANVISA nº 222, ambas de 05 de agosto de 2002.

Estes instrumentos legais, com o objetivo precípua de manter a prática ótima do aleitamento materno, limitam a liberdade econômica na medida em que apenas permitem a propaganda condicionada de certos produtos e proíbem, na totalidade, a propaganda de outros.

O presente trabalho analisará esses dois direitos através da regra da proporcionalidade, respondendo-se a vários quesitos (área de proteção de um direito fundamental; intervenção nesta área; justificativa constitucional da intervenção; fundamento legal; conformidade constitucional; clareza e concretude; adequação e necessidade), que determinarão a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da NBCAL, problema jurídico ainda não enfrentado pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público, em sede de inquérito civil.

¹ Portaria do Gabinete do Ministro da Saúde. (anexo)

² Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (anexo)

O capítulo primeiro destina-se a demonstrar a importância do aleitamento materno no desenvolvimento da criança, evidenciando-o como integrante do direito à saúde.

No segundo capítulo, será feita uma abordagem da origem, do conteúdo e do amparo legal e constitucional da NBCAL, demonstrando o seu caráter de política pública, os seus objetivos, a sua abrangência e as limitações promocionais que interferem na área de proteção do direito de liberdade econômica.

Foram levantados casos concretos de violação à proteção do aleitamento materno, e, através dos mesmos, demonstrar-se-á que os inquéritos civis instaurados, perante várias Promotorias de Justiça, firmaram termo de ajustamento de conduta, sem, contudo, analisarem o cerne da questão, qual seja, a colisão de direitos fundamentais, sequer cogitando do princípio da proporcionalidade.

Ao capítulo terceiro ficará reservada a análise dos direitos fundamentais das crianças, especificamente o direito à vida saudável, que pode ser mantida através do aleitamento materno, à luz da teoria da proteção integral, constitucional e infraconstitucionalmente adotada, iniciando-se o tema, com breve enfoque dos direitos humanos originados na Declaração da Virgínia e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sempre procurando fazer uma análise crítica daquelas disposições com as características dos direitos fundamentais.

Alocado o direito à saúde da criança na categoria dos direitos fundamentais, bem delineados no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, será estudado o dever do Estado diante de tal direito, pois, ao contrário da atual Constituição, que, no seu artigo 196, erigiu a saúde a direito de todos e

dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, os textos constitucionais anteriores apenas tratavam a saúde como forma de medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantil.

A Ordem Econômica (art. 170, CF) será estudada no capítulo quarto, no qual o Constituinte atenta para os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF), bem como adota os fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político (art. 1º, CF), para concluir pelo Estado Democrático de Direito.

O último capítulo destina-se, exclusivamente, à análise da dicotomia entre o direito à saúde e o direito de liberdade econômica, invocando-se os argumentos da adequação e da necessidade (elementos do princípio da proporcionalidade), de forma a justificar a intervenção legislativa, ainda que por políticas públicas que limitam a ordem econômica, priorizando a saúde e chancelando a constitucionalidade da Portaria nº 2.051, de 08 de novembro de 2001, e das Resoluções RDC ANVISA nº 221 e RDC ANVISA nº 222, ambas de 05 de agosto de 2002.

1. O ALEITAMENTO MATERNO E SEUS CONSECTÁRIOS

A *International Baby Food Action Network – IBFAN*, entidade não governamental, vem desenvolvendo importante papel no cenário brasileiro em prol do aleitamento materno, participando ativamente no terceiro setor como coadjuvante nas políticas públicas, mormente naquelas ligadas à área materno-infantil.

Tal atuação despertou interesse diante das funções desenvolvidas junto à Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, de forma preventiva e difusa, no sentido de assegurar a proteção integral da criança.

Aprofundando-se no tema, descobriu-se a extensão mundial e a importância da matéria. Mais do que simples ideologia, a prática da alimentação natural, longe de fórmulas infantis e instrumentos que possibilitem a sua introdução, revelou-se verdadeiro direito fundamental, conquanto ligado à vida saudável da criança e, por muitas vezes, como garantidor da própria vida. A espécie humana está geneticamente programada para receber os benefícios da amamentação, por isto evoluiu e manteve sua existência ao longo dos anos. O aleitamento materno contribui para a saúde biológica e emocional tanto da mãe quanto do filho.³

Conforme recomendada pela OMS, em alguns países, a taxa de prevalência de aleitamento materno, exclusivo até o sexto mês, está em ascensão no Brasil, embora a taxa de duração mediana de aleitamento materno exclusivo seja extremamente baixa, apenas vinte e três dias contra 180 dias recomendados pela OMS.⁴

³ GUGLIANI, E.R.J. O aleitamento materno na prática clínica. *Jornal de Pediatria*, v. 76, supl. 3, p. 238-252, 2000 *apud* CARVALHO, M. R.; TAMEZ, R. N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 57.

⁴ BRASIL. Ministério da Saúde, Secretaria de Política de Saúde da Criança. *Prevalência de aleitamento materno nas capitais brasileiras e no Distrito Federal*. Brasília: Ministério da Saúde. 2001

Estudos científicos mostram a importância do aleitamento materno para a saúde da mãe e da criança. Estima-se que a vida de seis milhões de crianças, a cada ano, poderia ser salva se adotadas as recomendações da OMS/UNICEF no sentido de manter-se o aleitamento materno exclusivo até os seis meses de idade e complementado até dois anos ou mais. O processo, segundo a área médica, é de fácil percepção, já que a amamentação natural previne diarreias e infecções respiratórias agudas.⁵

Sabe-se, ademais, que a introdução de líquidos, que não o leite materno, nos primeiros seis meses de vida da criança, pode interferir negativamente na absorção de nutrientes e em sua biodisponibilidade, culminando com a diminuição da quantidade de leite materno ingerido, decorrendo, daí, menor ganho ponderal e aumento de risco para infecções, diarreias, desidratação e alergias.⁶

O leite humano é um alimento completo, resultante da combinação única de proteínas, lipídios, carboidratos, minerais, vitaminas e células vivas, cujos benefícios nutricionais, imunológicos, psicológicos e econômicos são bem reconhecidos e inquestionáveis.⁷ Sua composição percentual é, principalmente, de água (88%), carboidratos (principalmente a lactose – 7%), lipídios (principalmente triglicerídios – 3 a 4%), proteínas (principalmente lactalbumina e caseína – 1,5%), íons (sódio, potássio, cloro, cálcio e fosfato), vitaminas e anticorpos (imunoglobinas), sendo que, durante a lactação, há um aumento acentuado do número de plasmócitos e linfócitos no tecido conjuntivo em torno das unidades secretoras.

apud CARVALHO, M. R.; TAMEZ, R. N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 17.

⁵ VENÂNCIO, Sônia Isoyama et al. Frequência e determinantes do aleitamento materno em municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 36, p. 314, 2002.

⁶ Iden

⁷ NASCIMENTO, Maria Beatriz Reinert do. *Mães saudáveis, bebês saudáveis*. Disponível em <http://www.saudesc.org.br/saude_crianca_bebessaudaveis.html>. Acesso em: 26 fev. 2004.

Essas células sintetizam imunoglobulinas (IgA), que desempenham papel importante na defesa imunológica do recém-nascido.⁸

A OMS recomenda a introdução de outros alimentos, além do leite materno, após o sexto mês de vida, embora não haja vantagem alguma para a criança a introdução de outros alimentos, ao contrário, pode-lhe ser prejudicial. Uma revisão sistemática⁹ desta organização, publicada em 2002, avaliou os efeitos da saúde, crescimento e desenvolvimento de crianças amamentadas exclusivamente até os seis meses, comparadas com outras que receberam leite materno exclusivo apenas até os terceiro e quarto meses, quando, então era introduzida alimentação complementar. Foram realizados vinte estudos, nove em países em desenvolvimento e 11 em países desenvolvidos. A conclusão foi de que as crianças que mamaram exclusivamente até os seis meses adoeceram menos de infecção intestinal, tiveram menos hospitalização por infecções respiratórias, engatinharam mais cedo e tiveram maior chance de estarem caminhando aos 12 meses, além de não apresentarem déficits de crescimento, tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento.¹⁰

Estudo citado em pesquisa científica, desenvolvida pelo Instituto de Saúde da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, através do Departamento de Nutrição da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, intitulado *Freqüência e determinantes do aleitamento materno em municípios do Estado de São Paulo*, apontou que as crianças que não recebiam leite materno tinham riscos 14,2 vezes maiores de morrer por diarreia, 3,6 vezes maiores de

⁸ CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 07-08.

⁹ KRAMER, M. S., KAKUMA, R. Optimal duration of exclusive breastfeeding (Cochrane review). The Chrocane library. Oxford: Update Software; 2002 *apud* CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 16.

mortalidade por doenças respiratórias e 2,5 vezes maiores por outros tipos de infecções, comparadas àquelas que recebiam aleitamento materno exclusivo.¹¹

Pesquisas, no Peru e nas Filipinas, mostraram que a prevalência de diarreia dobrava quando água ou chá eram oferecidos às crianças menores de seis meses, quando comparadas àqueles que apenas recebiam o leite materno.¹²

Esses dados, considerando as condições sócio-econômicas brasileiras, ganham maior importância. Basta, para tanto, observar que a pobreza não permite que as pessoas tenham acesso à rede de água e esgoto canalizados, bem como à água potável. É justamente com a água contaminada que as mães pobres lavam as mamadeiras e prepararam as fórmulas infantis para alimentarem os seus filhos que, sem sistema imunológico adequado diante do desmame materno precoce, contraem infecções, desenvolvem diarreias crônicas, seguidas de desidratação e chegam a óbito.¹³

Importante, ainda, notar que essas famílias possuem outros filhos e, para alimentarem a todos, diluem menor quantidade do alimento em pó em maior proporção de água, propiciando, mais uma vez, a alimentação inadequada.

A este círculo vicioso denominou-se *epidemiologia da desnutrição*, sendo tratado como questão social em trabalho decorrente de tese de doutorado.¹⁴

¹⁰ CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 16.

¹¹ VENÂNCIO, Sônia Isoyama. et al. Frequência e determinantes do aleitamento materno em municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 36, n.3, p. 314,2002.

¹² BROWN, K. H., BLACK, R. E. ROMANÂ, G.L., KANASHIRO, H. C. Infant feeding practices and their relationship with diarrhea and other diseases in Hauscar (Lima), Peru. *Pediatrics*, 83:31-40, 1989 e POPKIN, B. M., ADAIR, L AKIN, J. S., BLACK, R., BRISCOE, J. , FLIEGER, W. Breastfeeding and diarrheal morbidity. *Pediatrics*, 86:874-82, 1990 *apud* CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 16.

¹³ GOLBENBERG, Paulete. *Repensando a desnutrição como questão social*. 2. ed. São Paulo : Cortez, 1989, p. 149.

¹⁴ *Ibid.* p. 15-16.

No mesmo sentido, afirmou-se que as chuquinhas ou mamadeiras são meios de contaminação, porque os líquidos ou leites artificiais podem ser preparados de forma não higiênica, usando água contaminada, diluindo excessivamente o pó, atrapalhando, dessa forma, a proteção imunológica fornecida pelo leite materno. Esta contaminação se dá por bactérias porque, com sua forma rosqueada, as mamadeiras tornam-se muito difíceis de serem higienizadas, principalmente entre o bico e a garrafa. Pesquisadores no Japão compararam a quantidade de bactérias da garganta de crianças saudáveis amamentadas e outras alimentadas com fórmulas. Detectou-se que 4,3% das crianças amamentadas e 36,0% das alimentadas artificialmente apresentavam bactérias patogênicas em suas gargantas, com maior frequência da bactéria *Streptococcus*.¹⁵

Da mesma forma, as chupetas são um perigoso meio de infecção pelo acúmulo de bactérias, podendo levar à diarreia, desidratação e morte de bebês. A maior parte da produção científica nacional e internacional afirma que a introdução de chupeta e mamadeiras é a principal causa de desmame precoce, atuando negativamente na oclusão dentária, nas estruturas moles e duras do sistema estomatognático, por fim, na saúde e, principalmente, na vida das crianças.¹⁶

Podem, ainda, interferir no aleitamento exclusivo, porque crianças que fazem uso de mamadeiras e chupetas, geralmente, vão ao peito com menos frequência, o que pode interferir na produção de leite, sendo certa a relação entre o uso de chupetas e mamadeiras e a menor duração do aleitamento materno.¹⁷

A priorização do aleitamento materno ainda é difundida por várias

¹⁵ CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 103.

¹⁶ *Ibid.* p.104.

¹⁷ VICTORA, C. G., TOMASI, E., OLINTO, M.T.A., BARROS, F.C. Use of pacifiers and breastfeeding duration. *Lancet*, v. 341, p.404-6, 1993 *apud* CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N.

pesquisas, que, em suma, afirmam que o recém-nato necessita de cuidados especiais, tais como boa higiene, local aquecido e introdução do aleitamento materno já na sala de parto, preferencialmente. As vantagens para o lactente e para as mães têm sido objeto de comprovação científica, detectando-se a diminuição do risco de contrair doenças agudas e crônicas, ainda, com importantes reflexos psicológicos e imunológicos.¹⁸

Estudos na América Latina demonstraram que, aproximadamente, 55% das mortes, no primeiro ano, são evitáveis pela amamentação exclusiva nas crianças de 0-3 meses e pela amamentação parcial durante o resto da infância. Entre as crianças de 0-3 meses, 66% das mortes são evitáveis através da amamentação exclusiva, concluindo a pesquisa que o número atual de mortes evitáveis é de 52.000 para a região.¹⁹

Do ponto de vista fisiológico, o organismo do recém-nascido está completamente apto para digerir o leite materno e absorver todos os nutrientes necessários ao seu adequado crescimento e desenvolvimento.²⁰ Assim, o aleitamento materno também é apontado como importante fator no desenvolvimento craniofacial adequado, permitindo ótimo exercício da musculatura orofacial, estimulando as funções de respiração e deglutição, o que não acontece quando a mamadeira é utilizada. Isto porque, quando o bebê suga corretamente o seio

Amamentação: bases científicas. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 103.

¹⁸ ALTO, Luciane A Monte; SOVIERO, Vera M; ALVES, Urânia; RAMOS, Maria Eliza B. *Aleitamento materno no rescimento e desenvolvimento de recém-nato.* Disponível em <http://www.tatianavieira.odo.br/recen_nato.htm> . Acesso em: 26 fev. 2004, p. 1. No mesmo sentido: KRAMER, Paulo Floriani. *Características do Padrão de Aleitamento Materno em Crianças de 0 a 36 meses de Idade* Disponível em < <http://www.terravista.pt/meço/5688/artigo%20paulo%20Kramer.htm> >. Acesso em: 26 fev. 2004, p. 1.

¹⁹ BETRAN, A. P. et Al.. Ecological study of effect of breastfeeding on infant mortality in Latin América. *BMJ* 2001; 323:303. In: IBFAN Periódico: *Atualidades em amamentação*, maio de 2003, nº 29, p. 2, Editores: Marina Ferreira Rea e Adriano Cattaneo, preparado por The Geneva Infant Feeding Baby Food Action Network-IBFAN.

²⁰ CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas.* Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed. 2005, p. 39.

materno, ocorre um perfeito vedamento da passagem de ar pela boca, o que o obriga a realizar a sucção e a deglutição sempre respirando pelo nariz.²¹

A mamadeira, por sua vez, favorece a entrada de ar pela boca e força a respiração bucal, sendo certo que o seu uso ensejará o mau desenvolvimento dos maxilares gerando maior probabilidade de uso de aparelhos ortodônticos, enquanto que o aleitamento materno propicia o crescimento harmonioso da face e da dentição. É certo, ainda, que o uso de mamadeiras induz à introdução de outros alimentos que possibilitam a má nutrição do bebê, bem como leva ao uso de chupetas, que pode provocar um desvio no crescimento dos maxilares, provocando “maloclusões” ou “má oclusão” (mordida aberta anterior).²² Não bastasse, constatou-se que a chupeta é mais um marcador de dificuldades na amamentação e causa verdadeira de desmame precoce.²³ Essas alterações e um grande número de distúrbios são conseqüências do uso de mamadeiras, chupetas e dos substitutos do leite materno e quem “respira mal, vive mal”.²⁴

Aliás, o recém-nascido normal apresenta sucção reflexa como resposta a qualquer objeto que lhe toque os lábios, já apresentando reflexo de sucção desde a trigésima segunda semana de gestação, o qual é modulado pela formação reticular do tronco encefálico. Assim, quanto antes o bebê tiver contato com a mãe, melhores serão os desenvolvimentos dos reflexos motores que garantirão uma

²¹ ALTO, Luciane A Monte; SOVIERO, Vera M; ALVES, Urânia; RAMOS, Maria Eliza B. *Aleitamento Materno no Crescimento e Desenvolvimento de Recém-nato*. Disponível em <http://www.tatianavieira.odo.br/recen_nato.htm,> . acesso em: 26 fev. 2004, p. 2. No mesmo sentido: KRAMER, Paulo Floriani. *Características do Padrão de Aleitamento Materno em Crianças de 0 a 36 meses de Idade*. Disponível em <<http://www.terravista.pt/meço/5688/artigo%20paulo%20Kramer.htm>.> Acesso em 26 fev. 2004, p. 1.

²² Ibid. p. 3 .

²³ KRAMER, M. S. et al. Pacifier use, early weaning, and cry/fuss behavior: a randomized controlled trial. JAMA 2001; 286:322-6 In: IBFAN Periódico: *Atualidades em amamentação*, maio de 2003, nº 29, p. 3. Editores: Marina Ferreira Rea e Adriano Cattaneo, preparado por The Geneva Infant Feeding Baby Food Action Network-IBFAN.

²⁴ CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 89-90.

amamentação adequada. Ademais, estudos comportamentais e hormonais demonstram a importância dos primeiros contatos do bebê com a mãe e do toque da boca da criança com o mamilo e a aréola. Este contato físico é primordial para o relacionamento mãe e filho. Afirma-se que a mãe, estimulada pelo contato com o seu bebê, apresenta alterações neuro-endócrinas positivas, dedicando mais tempo a ele, sempre de forma carinhosa. Já na criança, há estímulos nas terminações nervosas periorais e intra-orais, que modulam regiões do tronco encefálico, aprimorando, dessa forma, o reflexo de sucção e permitindo uma amamentação quantitativamente melhor, trazendo-lhe, inclusive, efeito analgésico.²⁵

Relacionou-se o aleitamento materno exclusivo à ausência de parasitoses, sendo que nenhuma criança em aleitamento materno apresentou este diagnóstico.²⁶ Um estudo de duzentos e catorze casos de diarreia em um hospital de Adis Ababa, Etiópia, mostrou que os ovócitos de *Cryptosporidium* foram encontrados nas fezes de 7% das crianças, nenhuma amamentada exclusivamente mostrou evidência desta infecção.²⁷ O risco da Síndrome de Morte Súbita foi reduzido à metade nas crianças amamentadas.²⁸

Por fim, foram apontados os benefícios do aleitamento materno à qualidade de vida, demonstrando que os adolescentes amamentados, quando crianças, apresentavam pressão sanguínea mais baixa – fator, este, de proteção para doença cardiovascular. O estudo revela, pois, os efeitos benéficos da

²⁵ CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2ª. ed., 2005, p. 13.

²⁶ COSTA MACEDO, Leda Maria; REY, Luis. Aleitamento e parasitismo intestinal materno-infantil. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical*, v. 33, n. 4, p. 1, 2000, p. 1. Disponível em < <http://www.igp.com.br/MedHoje7/pages/aleitamento01.htm>.> . Acesso em: 26 fev. 2004.

²⁷ ARDRAN, G. M., KEMP, F.H., LIND, J. A. Cinematographic study os breastfeeding. *B. J. Radiol.*, 31:156-162, 1958 *apud* CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 103.

²⁸ KLPS, MC Vea; PD, Turner, DK, Pepler. *The role of breastfeeding in sudden death syndrome*. *Journal of Human Lactation* 16(1):13-20,2000 In: IBFAN Periódico: *Atualidades em amamentação*,

amamentação em longo prazo.²⁹

dezembro de 2001, nº 26, p. 3. Editores: Nancy-Jo Peck e Tessa Martyn, preparado por The Geneva Infant Feeding Baby Food Action Network-IBFAN.

²⁹ A, Singhal; TJ, Cole; A, Lucas. Early nutrition in preterm infants and later blood pressure: two cohorts after randomised trials. In: IBFAN Periódico: *Atualidades em amamentação*, dezembro de 2002, nº 27/28, p. 4. Editores: Marina Ferreira Rea e Adriano Cattaneo, preparado por The Geneva Infant Feeding Baby Food Action Network-IBFAN.

2 NORMA BRASILEIRA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS PARA LACTENTES E CRIANÇAS DE PRIMEIRA INFÂNCIA, BICOS, CHUPETAS E MAMADEIRAS

2.1 Origem da NBCAL

A importância do aleitamento materno começou a ser discutida há, aproximadamente, 32 anos³⁰, quando se notou a queda dos seus índices e o aumento da mortalidade infantil com círculo vicioso de diarreia, desidratação e desnutrição, mormente nos casos de alimentação com mamadeira em condições inadequadas. A isto se denominou “síndrome do bebê de mamadeira”.

Esta correlação foi demonstrada pela pediatra Cicely Williams, em Singapura, em 1939, durante a palestra intitulada *Milk and Murder*, quando, então, foram denunciadas mortes infantis, asseverando-se que a “propaganda enganosa sobre alimentação infantil deveria ser punida como a mais criminosa forma de perturbação da ordem pública e que estas mortes deveriam ser consideradas como assassinatos”³¹. A importância do aleitamento materno chegou à ONU quando Cicely Williams assumiu, em 1948, a diretoria de Saúde Materno Infantil da Organização Mundial da Saúde.

Na década de 70, a necessidade da amamentação passou a ser preconizada por outros médicos. Derrick Jelliffe, do Instituto de Alimentação e Nutrição da Jamaica, acabou por criar o termo **desnutrição comerciogênica**, assim

³⁰ SOKOL, Ellen J., *Manual del código: guía para la redación de medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna*. La Paz: Sticking ICDC, 1997, p. 5.

³¹ WILLIAMS, Cicely D. Palestra proferida no Clube Rotariano de Singapura, 1939 *apud* Sokol, Ellen J., *Manual del código: guía para la redación de medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna*. La Paz: Sticking ICDC, 1997, p. 5.

denominada a influência da indústria na saúde infantil, demonstrando os problemas causados pela alimentação através de mamadeiras³². Antes, porém, no final dos anos 60, Catherine Wennen, pediatra holandesa, durante trabalho desenvolvido na Nigéria, fez publicar artigo sobre propaganda e outras práticas promocionais das indústrias de leite³³.

Em novembro de 1970, em reunião realizada a pedido do Dr. Derrick Jelliffe, na Colômbia, o Grupo Consultivo sobre Proteínas e Calorias da ONU - *PAG* – *Protein-Calorie Advisory Group* - e representantes do UNICEF, da Organização para Alimentação e Agricultura (FAO), da indústria de alimentos infantis e pediatras, discutiram as práticas da comercialização de seus produtos e o declínio da amamentação, culminando em um relatório completo, mas nunca divulgado. Outros debates se realizaram chegando-se à elaboração da Declaração do PAG nº 23, em junho de 1972, revisada em novembro de 1973.

Todavia, tal declaração disciplinou, de forma modesta, apenas dois itens sobre a comercialização, limitando-se a consignar que qualquer coisa que pudesse desencorajar a amamentação deveria ser evitada, e que a promoção de produtos para as mães nos hospitais, logo após o parto, era imprópria³⁴. Assim, ao contrário do que se pretendia, esta Declaração acabou incentivando a introdução de substitutos do leite materno em países antes não explorados pelas indústrias; promovia o subsídio do governo para fórmulas infantis e a distribuição gratuita para

³² JELLIFFE, D.B., *Commerciogenic malnutrition?*, Food Technology, 1971, p. 25. *apud* Sokol, Ellen J., *Manual Del Código: guía para la redación de medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna*. La Paz: Sticing ICDC, 1997, p. 5.

³³ *The Decline of Breastfeeding in Nigeria*, Tropical and Geographical Medicine, 1969, pp.93/96. *apud* Sokol, Ellen J., *Manual del código: guía para la redación de medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna*. La Paz: Sticing ICDC, 1997, p. 5

³⁴ Protein-Calorie Advisory Group of the United Nations, Promotion of Special Foods (infant formula and processed protein foods) for Vulnerable Groups, PAG Statement nº 23, 18 de julho de 1972 *apud* Sokol, Ellen J., *Manual del código: guía para la redación de medidas para la aplicación del Código*

famílias pobres; e permitia a promoção de produtos, procurando demonstrar ao consumidor a existência de alimentação, supostamente, nutritiva para crianças.

As tentativas de regulamentar a comercialização dos substitutos do leite materno continuaram e, em 1972, a *IOCU – Internacional Organization of Consumers Unions*, atualmente denominada *Consumers Internacional (CI)*, propôs a redação de um código de práticas para a publicidade de alimentos infantis à Comissão do *Codex Alimentarius*³⁵, que suscitou a sua incompetência para o assunto, apontando a Organização Mundial da Saúde e o UNICEF como legitimados.

A importância do aleitamento materno ganhou maiores proporções quando, em 1973, a revista britânica *New Internationalist* publicou matéria baseada em dados dos pediatras David Morley e Ralph Hendrickse, enfatizando a promoção comercial como responsável pelo declínio da amamentação e aumento da desnutrição infantil³⁶.

Iniciou-se, assim, uma campanha para mudar as práticas de comercialização das indústrias de substitutos do leite materno. Tomando conhecimento deste movimento, a *War on Want*, organização não governamental, sediada em Londres, fez publicar um relatório demonstrando os métodos promocionais dos fabricantes de fórmulas infantis e seus efeitos negativos, mormente na África³⁷.

Internacional de Comercialización de Sucedâneos de la Leche Materna. La Paz: Sticking ICDC, 1997. p. 6.

³⁵ Comissão pertencente às Nações Unidas, que trata dos padrões internacionais de qualidade e rotulagem de produtos alimentícios.

³⁶ GEACH, H. "The Baby Food Tragedy". Agosto de 1973, *apud* Sokol, Ellen J., *Manual del código: guía para la redación de medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedaneos de la Leche Materna*. La Paz: Sticking ICDC, 1997. p. 6.

³⁷ MÜLLER, Mike; 'War on Want'. *The baby killer*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1995. Anota-se, outrossim, que, embora pesquisados, não foram encontrados dados que mostrassem a oposição das indústrias de fórmulas infantis aos argumentos expostos contra os seus produtos.

A Assembléia Mundial da Saúde reconheceu o declínio da amamentação, pela primeira vez, em 1974, quando passou a estimular os Estados Membros a “rever as atividades de promoção de vendas de alimentos infantis e introduzir medidas corretivas adequadas para a publicidade, incluindo códigos e legislação quando fosse necessário”³⁸. A problemática, então, atingiu importância mundial, recomendando-se normatização.

Enquanto isto, a imprensa continuava a divulgar relatórios de grupos independentes, principalmente aqueles voltados para o terceiro mundo, a exemplo do *Arbeits-gruppe Dritte Welt* – Grupo de Atuação para o Terceiro Mundo, que, utilizando-se do mesmo relatório publicado pela revista *New Internationalist*, voltou-se contra a indústria suíça Nestlé, através do livro “A Nestlé Mata Bebês”.³⁹

Inconformada, a empresa propôs ação em face daquele grupo, buscando a sua responsabilização pela difamação. Foram realizadas três audiências, sendo a primeira em novembro de 1975, quando se formou um conselho agregando oito empresas de alimentos infantis, denominado *International Council of Infant Food Industries – ICIFI*.⁴⁰ Este conselho foi responsável pela elaboração do Código de Ética⁴¹, que também não fez qualquer restrição ao comércio e à propaganda de substitutos do leite materno, possibilitando que as práticas promocionais continuassem, desde que fosse mencionado o aleitamento materno como primeira opção para a alimentação infantil.

Na Suíça, o interesse da sociedade era grande em relação à ação promovida pela Nestlé, chegando a ponto de contar com o depoimento de vários

³⁸ Resolução nº 27.43 da Assembléia Mundial da Saúde, Genebra, 1974. (anexo)

³⁹ HELSING, Elisabet; TRAYLOR, Julianne Cartwright. WHO and the Right to Food: Infant Nutrition Policy as a Test Case In: *Food as a human right*. Tokyo: The United Nations University, 1984, p. 219-232.

⁴⁰ Empresas integrantes do ICIFI: Cow & Gate, Dumex, Meiji, Morinaga, Nestlé, Snow Brand, Wakado e Wyeth.

profissionais da área de saúde, de localidades diversas, muitas vezes feitos às próprias expensas, contra as táticas promocionais realizadas pela empresa para convencer as mães a adotarem mamadeira, deixando de praticar o aleitamento materno⁴².

A sentença foi proferida em junho de 1976 e o *Arbeits-gruppe Dritte Welt* foi considerado culpado, pois não conseguiu provar que a Nestlé “matava” crianças, no sentido penal da palavra, contudo, consignou-se que a empresa deveria repensar suas práticas publicitárias, nos países em desenvolvimento, para evitar futuras acusações de conduta imoral e antiética⁴³.

Ainda nesse ano, nos Estados Unidos, foi proposta ação em face da empresa norte-americana, *Bristol Meyer*, que terminou com acordo extrajudicial⁴⁴.

A trigésima primeira Assembléia Mundial da Saúde recomendou que os Estados Membros dessem “a mais alta prioridade” para a prevenção da má nutrição em bebês e crianças pequenas, apoiando e promovendo o aleitamento, adotando, inclusive, as ações legislativas e sociais para facilitar a amamentação de mães que trabalham, bem como regulamentando a venda e a promoção inadequada de alimentos infantis que podem ser utilizados para substituir o leite materno⁴⁵.

A OMS e o UNICEF, em outubro de 1979, realizaram a *Reunião Conjunta sobre a Alimentação de Lactentes e Crianças Pequenas*, da qual participaram representantes de governos, de organizações não governamentais, de indústrias e especialistas em nutrição, pediatria, sociologia, saúde pública e comercialização, debatendo temas como o estímulo e apoio à amamentação

⁴¹ ICIFI- International Council of Infant Food Industries. *Code of Ethics and Professional Standards for Advertising, Product Information, Advisory Services for Breastmilk Substitutes*, Zurique, 1975.

⁴² SOKOL, Ellen J., *Manual del código: guía para la redación de medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedâneos de la Leche Materna*. Sticking ICDC, 1997, p. 07.

⁴³ Ibid. p. 08

complementar; educação; treinamento e informação sobre alimentação de lactentes e crianças pequenas; melhoria da condição social e da saúde da mulher; e comercialização e distribuição adequada de fórmulas infantis e alimentos para desmame. Uma das recomendações finais foi a de que deveria haver um código internacional de comercialização de fórmulas lácteas e outros produtos usados como substituto do leite materno⁴⁶.

O Código Internacional sugerido foi apresentado à trigésima terceira Assembléia Mundial da Saúde, em 1980, que lembrou as resoluções AMS 27.43 e AMS 31.47, reafirmando que:

o aleitamento materno é ideal para o desenvolvimento harmonioso físico e psicossocial da criança, que é preciso ação urgente dos governos e do Diretor-Geral para intensificar as atividades de promoção do aleitamento e o desenvolvimento de ações relacionadas ao preparo e uso de alimentos de desmame com base em produtos locais, e que há necessidade urgente de revisão pelos países das atividades de promoção de vendas de alimentos para bebês e para introduzir medidas corretivas apropriadas, incluindo códigos de publicidade e legislação, bem como medidas adequadas de apoio social para as mães que trabalham fora de casa durante o período de lactação⁴⁷,

por fim, **endossou** a declaração e recomendações feitas pela Reunião Conjunta da OMS/UNICEF, no sentido de elaborar código internacional de “mercadização” de substitutos do leite materno, e **solicitou** ao Diretor-Geral da Assembléia que fosse submetida à Diretoria Executiva, a versão do código, então apresentada, para as considerações necessárias e, após, fosse encaminhada à trigésima quarta Assembléia Mundial de Saúde para aprovação e implementação como regulamento

⁴⁴ Ibid p. 07

⁴⁵ Resolução 31.47 da Assembléia Mundial da Saúde, Genebra, 1978 (anexo)

⁴⁶ OMS/UNICEF, *Reunião Conjunta OMS/UNICEF sobre a Alimentação de Lactentes e Crianças Pequenas: Declaração e Recomendações*, Genebra, 1979, p. 29.

⁴⁷ Resolução 33.32 da Assembléia Mundial da Saúde 33.32.(anexo)

ou recomendação, nos termos dos artigos 21, 22 e 23 da Constituição da Organização Mundial da Saúde, e não como convenção⁴⁸.

Submetido à votação, o *Código Internacional de Mercadização de Substitutos do Leite Materno*⁴⁹ foi adotado em 20 de maio de 1981, pela Assembléia Mundial da Saúde, na forma de recomendação⁵⁰, que concitou os Estados Membros a darem total e unânime apoio à implementação das disposições daquele código, como expressão da vontade coletiva dos membros da Organização Mundial da Saúde, e a transformarem-no em legislação, regulamento ou outra medida nacional adequada⁵¹.

Outras resoluções da Assembléia Mundial da Saúde seguiram-se, sempre instando os Estados Membros a implementarem, na forma antes mencionada, o código de proteção ao aleitamento materno, não raras vezes esclarecendo terminologias e o âmbito de abrangência das recomendações da OMS e UNICEF, como se verifica das resoluções AMS 35.26 (1982), AMS 37.30 (1984), AMS 39.28 (1986), AMS 41.11 (1988), AMS 43.3 (1990), AMS 45.34 (1992), AMS 47.5 (1994), AMS 49.15 (1996), AMS 54.2 (1998), AMS 55.25 (2002) e, a mais recente, AMS 58.32 (2004).

Posteriormente, em 1º agosto de 1990, a *Declaração de Innocenti*⁵² reconheceu que a amamentação é o meio de nutrição ideal para o bebê,

⁴⁸ SOKOL, Ellen J., *Manual del código: guía para la redación de medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna*. La Paz: Sticing ICDC, 1997, p. 11-15.

⁴⁹ “Mercadizar significa promover a venda de um produto no mercado em condições competitivas, adequadas e atraentes para o consumidor. Igual a *merchandising*”. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*: Instituto Antônio Houaiss. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 1897. Ainda assim, terminologia original utilizada pela Assembléia Mundial de Saúde, daí o nome do Código Internacional de Mercadização, correspondente, outrossim, à terminologia “comercialização”, mais usual.

⁵⁰ Nos termos do art. 23 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (anexo)

⁵¹ Resolução 34.22 da Assembléia Mundial da Saúde, Genebra, 1981. (anexo)

⁵² A *Declaração de Innocenti*, Florença/Itália, 1990, foi elaborada e adotada pelos participantes da reunião de formuladores de políticas da OMS/UNICEF sobre “A amamentação nos Anos 90: Uma Iniciativa Global”, patrocinada pela USAID – Unidet States Agency for International Development e pela SIDA – Swedish International Development Authority

descrevendo os seus benefícios. É um compromisso incisivo que fixou metas para os governos implementarem o *Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno*, assumido pelos Estados representados no Encontro Mundial de Cúpula pela Criança⁵³, realizada em setembro do mesmo ano, em Nova Iorque, sendo, depois, também acolhida pela quadragésima quinta Assembléia Mundial da Saúde⁵⁴ e, também, pela Convenção dos Direitos da Criança, em 1990.

O UNICEF endossou essa Declaração em maio de 1991, através da Resolução 1991/22 do seu Conselho Executivo e, em seguida, deu início ao programa IHAC – Iniciativa Hospital Amigo da Criança, instituindo a aplicação de “Dez Passos para o êxito da Amamentação” em hospitais do mundo⁵⁵.

Diante desse contexto mundial, o Brasil, atento ao disposto no art. 11.1 do Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno⁵⁶, passou a desenvolver medidas visando garantir o direito à vida e ao desenvolvimento físico e mental adequado da criança, através da amamentação.

⁵³ *Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento das Crianças nos anos 90 e Plano de Ação para Implementação*. Compromisso assumido por 71 presidentes e chefes de Estado, além de representantes de 80 países durante o Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, realizado nos dias 28 e 29 de setembro de 1990, na sede das Nações Unidas, em Nova Iorque, através do qual os líderes mundiais se comprometeram a melhorar a saúde de crianças e mães, combater a desnutrição e o analfabetismo e erradicar as doenças que vêm matando milhões de crianças a cada ano.

⁵⁴ AMS 45.34 (1992), item 2. “INSTA aos Estados Membros:
(1) que dêem plena expressão no plano nacional para os objetivos operacionais contidos na Declaração de Innocenti da seguinte forma:

(a).....

(b).....

(c) agindo para efetivar os princípios e o objetivo do Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno e resoluções subseqüentes relevantes da Assembléia Mundial da Saúde na sua totalidade;

(d)

⁵⁵ Projeto apresentado durante reunião da Associação Internacional de Pediatria em Ancara, Turquia, em junho de 1991.

⁵⁶ “Os governos devem tomar medidas para implementar os princípios e o objetivo deste Código, conforme seja adequado à sua estrutura social e legislativa, adotando até legislação ou regulamentos nacionais, ou outras medidas pertinentes. Para este fim, quando necessário, os governos devem solicitar a cooperação da OMS, do UNICEF e de outras agências das Nações Unidas. As políticas e medidas nacionais, incluindo leis e regulamentos, que forem adotadas para implementar os princípios

Segundo recente artigo publicado na revista *IBFAN International Report/ Cases Studies*, sobre o tema “*Using international tools to stop corporated malpractice – does it work? Checks and balances in the global ecomomy*”, intitulado de “*Brazil – building ever stronger regulations*”⁵⁷, já em 1979, antes da Assembléia Mundial de Saúde adotar o Código Internacional (1981), como antes mencionado, o Governo brasileiro iniciou uma discussão sobre o tema com o apoio da Organização Pan-americana de Saúde e UNICEF, formando, em 1981, um corpo técnico nacional para estudar a forma de adoção do Código no sistema jurídico brasileiro. Neste mesmo ano, foram apresentadas duas propostas, uma para proibir a propaganda de fórmulas infantis no rádio e na televisão, e a segunda para regulamentar a apresentação, promoção e propaganda dos alimentos substitutivos do leite materno. Mas tais medidas não foram aprovadas pelo Ministério da Saúde.

Os trabalhos foram reiniciados em 1987, após efetivo desempenho de uma rede não governamental (*IBFAN – International Baby Food Action Network*) que mapeou, em 1985, as infrações cometidas pelas indústrias em relação ao Código Internacional no Brasil.

Formou-se, então, uma comissão de estudos para implementação daquele Código, ligada ao departamento de alimentos e nutrição do Ministério da Saúde, composta por representantes do governo (Ministério da Saúde e da Agricultura), da sociedade civil (inclusive entidades não governamentais), das indústrias, da Associação Brasileira das Indústrias de Alimentos, da Sociedade de Pediatria Brasileira, da Federação Brasileira de Nutrição, da Associação Brasileira

e o objetivo deste Código, devem ser amplamente divulgados e devem se aplicar da mesma forma a todos os envolvidos na produção e mercadização de produtos abrangidos por este Código.”

⁵⁷ BRADY, Mike; BRADY, Sonia de Oliveira. “*Brazil – building ever stronger regulations*”. In: *IBFAN International Report/ Cases Studies - “Using international tools to stop corporated malpractice – does it work? Checks and balances in the global ecomomy*”, Cambridge: Baby Milk Action, jan/2004, p.26.

de Saúde Pública, da Confederação Nacional do Comércio, do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, do UNICEF e da própria IBFAN.

Um ano mais tarde, o Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde, em 20 de dezembro de 1988, aprovou as *Normas de Comercialização de Alimentos para Lactentes*.

A Resolução CNS (Conselho Nacional de Saúde) nº 05, de 20 de dezembro de 1988⁵⁸, portanto, foi o primeiro instrumento legal para efetivação das recomendações do *Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno*.

Em 12 de outubro de 1992, após novos debates com aqueles mesmos seguimentos governamentais e não governamentais, essa norma foi revisada, culminando na edição da Resolução CNS nº 31/92 do Ministro da Saúde, que implementou a Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes - NBCAL.

Atualmente, as recomendações da OMS/UNICEF estão incorporadas na *Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes, Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras*, formada pelo conjunto da Portaria GM⁵⁹ 2.051, de 08 de novembro de 2001, e das resoluções RDC ANVISA⁶⁰ nº 221 e RDC ANVISA nº 222, ambas de 05 de agosto de 2002, que revogou a Resolução CNS 31/92.

Paralelamente aos debates sobre as recomendações e forma de implementação do Código Internacional, O Ministério da Saúde, em 1981, instituiu o PNIAM - Programa Nacional de Incentivo ao Aleitamento Materno, e, desde 1998, tem se voltado para programas de promoção, proteção e apoio ao aleitamento

⁵⁸ "Normas para Comercialização de Alimentos para Lactentes" (anexo)

⁵⁹ Portaria do Gabinete do Ministro da Saúde. (anexo)

materno para reduzir a desnutrição, a mortalidade infantil e melhorar a qualidade de vida das crianças através do aumento dos índices de amamentação.

Por fim, há de se frisar que, em 08 de julho de 1992, por iniciativa do então deputado federal, José Maria Eymael, foi apresentado o Projeto de Lei nº 3059/1992, cuja ementa dispunha sobre a obrigatoriedade de uso de tarja com expressão que ressalte a importância do aleitamento materno nas embalagens e propagandas dos produtos utilizados no aleitamento artificial.

Na justificativa do referido projeto, foi argumentado o “abuso das propagandas, que levaram milhões de mães brasileiras a abandonarem o aleitamento natural”, atrelando-se o aleitamento artificial a distorções sociais profundas, resultando em alto índice de mortalidade infantil no Brasil. Chamou-se, ademais, a atenção para a necessidade de suprir-se a lacuna legislativa na área de saúde pública, em particular a saúde infantil, seguindo-se, para tanto, as orientações da OMS.⁶¹

Durante a sua tramitação, de acordo com o procedimento legislativo constitucional, o Projeto de Lei nº 3059/92 sofreu emenda no Senado Federal, em 18 de março de 1996, para excluir a expressão “propaganda”, porque este termo, no contexto do artigo, estava em dissonância com a Resolução 31/92 do Ministério da Saúde, antes mencionada, e com as determinações da Assembléia Mundial de Saúde, prevalecendo, apenas, a necessidade de inscrição de tarja advertindo a importância do aleitamento materno nas embalagens dos produtos utilizados no aleitamento artificial.

⁶⁰ Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (anexo)

⁶¹ Projeto de lei nº 3059/92. Diário do Congresso Nacional (Seção I), 26 de junho de 1993, p. 13619.

Aprovada a emenda, o mencionado Projeto de Lei encontra-se, desde 11 de maio de 2000, pronto para a ordem do dia e, até 09 de fevereiro de 2005, não foi colocado em pauta.

Embora louvável a iniciativa do Deputado da bancada do PDC/SP em prol da proteção da saúde materno-infantil, é de se consignar que o projeto apresentado não atende às recomendações da OMS/UNICEF, sendo por demais sucinto e desprovido de abrangência e técnica necessárias, tanto que procura regulamentar a matéria em apenas um único artigo.⁶² Basta superficial exame dos atuais atos que normatizam a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, bicos, chupetas e mamadeiras (NBCAL) e as orientações da Organização Mundial de Saúde, para se ter noção de eventual ineficácia do projeto comentado, caso aprovado e promulgado pelo Congresso Nacional.

2.2 Apresentação do conteúdo da NBCAL

No Brasil, Estado Membro da 34^a Assembléia Mundial de Saúde, a proteção ao aleitamento materno, como dito no item anterior, está incorporada na Portaria 2.051/01, do Ministério da Saúde, e nas Resoluções 221/02 e 222/02, da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a quem coube, por sua vez, a fiscalização da rotulagem e dos meios de promoção dos produtos abrangidos pela

⁶² Redação final do Projeto de Lei nº 3059/92:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. As embalagens e propagandas de produtos utilizados no aleitamento artificial devem estampar tarja com expressão que ressalte a importância do aleitamento materno.

Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras - NBCAL.

A Constituição Federal atribuiu aos Ministros de Estado a competência para exercerem a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal, na sua respectiva área (artigo 87, parágrafo único, inciso I). A organização dos ministérios está prevista na Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, e no Decreto nº 4.118, de 07 de fevereiro de 2002.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA é autarquia criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, com regimento interno aprovado pelo Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999, desempenhando a função de agência reguladora, independente administrativamente, com responsabilidade centralizada em uma Diretoria Colegiada composta por cinco membros. No quadro da Administração Pública, localiza-se na denominada Administração Indireta, vinculada ao Ministério da Saúde através de contrato de gestão.

Sua origem constitucional repousa nos artigos 197 e 198, *caput*, que criaram o **Sistema Único de Saúde** (SUS), integrando as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

A execução destas ações e serviços integrados em uma rede regionalizada e hierarquizada deve ser efetivada, diretamente, pelo Poder Público ou, então, por terceiros, admitindo-se, inclusive, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Ao SUS foram repassadas, entre outras, a competência para “controlar e fiscalizar procedimentos, **produtos** e substâncias de **interesse para a saúde**”, “executar as ações de vigilância sanitária”, além de **fiscalizar e inspecionar**

alimentos e bebidas, conforme disposto no artigo 200, incisos I, II e VI, da Constituição Federal (grifo nosso).

A lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990, regulou o Sistema Único de Saúde repetindo essas atribuições constitucionais e afirmando a sua competência para a vigilância nutricional e orientação alimentar.

Ao conjunto de ações definidas nos artigos 6º e 15 a 18 da Lei nº 8.080/90 deu-se o nome de **Sistema Nacional de Vigilância Sanitária** (art. 1º da Lei nº 9.782/99)⁶³, ficando a ANVISA responsável em assegurá-lo mediante atividades de regulamentação, controle e fiscalização de produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, sempre com finalidade institucional de **proteger a saúde da população**, competindo-lhe, ainda, disciplinar sobre a embalagem dos alimentos e bebidas, conforme artigos 6º e 8º da lei que a criou⁶⁴.

A lei nº 9.782/99, nesses termos, reforça a competência da União para definir a política nacional e o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, e para normatizar, controlar e fiscalizar produtos de interesse para a saúde, cujas atribuições serão do Ministério da Saúde, no tocante à formulação daquela política e das diretrizes gerais do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e, da ANVISA, no

⁶³ Lei nº 9.782/99. “Art. 1º. O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária compreende o conjunto de ações definido pelo § 1º do art. 6º e pelos arts. 15 a 18 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que exerçam atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária.”

⁶⁴ Lei nº 9.782/99. “Art. 6º. A Agência terá por finalidade institucional promover a **proteção da saúde da população**, por intermédio do controle sanitário da **produção e da comercialização de produtos e serviços** submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionadas, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.”

“Art. 8º. Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, **regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.**”

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;

II - **alimentos, inclusive bebidas**, águas envasadas, seus insumos, **suas embalagens**, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;”

que se refere à normatização, ao controle e à fiscalização dos produtos de interesse para saúde.⁶⁵

No âmbito da sua competência, o Ministro de Estado da Saúde, à época, Barjas Negri, editou a Portaria 2.051, de 08 de novembro de 2001, estabelecendo os novos critérios da *Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras*, conforme anexo que a acompanha, com diretrizes gerais, entre elas a proibição de promoção comercial ou promoção condicionada a certas advertências, assim como a necessidade de rotulagens específicas para cada grupo de produto abrangido pela Norma.

O artigo 5º do Anexo vinculado na Portaria nº 2.051/01 remete as condições da promoção comercial e a rotulagem dos produtos à regulamentação específica da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, consubstanciada nas Resoluções nº 221 e 222, de 05 de agosto de 2002, da sua Diretoria Colegiada.

Compete, ainda, nos termos do artigo 14 do referido Anexo, aos órgãos do Sistema Único de Saúde, no qual se inclui a ANVISA, sob orientação nacional do Ministério da Saúde, a divulgação, aplicação e vigilância do cumprimento da NBCAL.

A autorização legal para a edição das medidas consolidadas na NBCAL, dessa forma, fica esclarecida e determinada na Constituição Federal, que criou o Sistema Único de Saúde; na Lei nº 8.080/90, que o regulamentou, e na Lei 9.782/99, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. As resoluções da ANVISA (nº 221 e 222) ainda foram editadas por expressa determinação de ato normativo do Ministro da Saúde (Portaria nº 2.051/01), a quem compete orientação, coordenação e supervisão dos

⁶⁵ Art. 2º da Lei 9.872/99.

órgãos e entidades da administração federal na área de saúde, conforme disposto no artigo 87 da Constituição Federal.

Dessa forma, a NBCAL revela a atuação do Estado na prática de políticas públicas amparadas na Constituição Federal e nas legislações de saúde, e também em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Defesa do Consumidor, portanto, de caráter cogente. Seu objetivo é contribuir para a adequada nutrição dos lactentes e das crianças de primeira infância, porquanto regulamenta a promoção comercial e orienta o uso apropriado dos alimentos para esta faixa etária, trazendo, mais proteção e incentivo ao aleitamento materno, nos termos das recomendações da OMS.

As Resoluções da ANVISA voltam-se para as infrações de promoção comercial e rotulagem dos produtos, enquanto a Portaria do Ministério da Saúde centra-se em aspectos gerais, proibitivos e orientadores, destinados às pessoas que atuam na área de saúde e nos setores de industrialização e comercialização, dos produtos, fabricados ou não no país, assim considerados: fórmulas infantis para lactentes e fórmulas infantis de segmentos para lactentes; fórmulas infantis de segmento para crianças de primeira infância; leites fluidos, leites em pó, leites modificados e similares de origem vegetal; alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes e/ou crianças de primeira infância, bem como outros alimentos ou bebidas, à base de leite ou não, quando comercializados ou de outra forma apresentados como apropriados para alimentação de lactentes e de crianças de primeira infância; fórmulas de nutrientes apresentadas e/ou indicadas como apropriadas para alimentação de lactentes e de criança de primeira infância; fórmulas de nutrientes apresentadas e/ou indicadas para recém-nascido de alto risco e, por fim, mamadeiras, bicos, chupetas e protetores de mamilo.

Neste diapasão, deve-se atentar para as regras de promoção comercial e de produção de material educativo, entendido como tal o material escrito ou áudio-visual destinado ao público em geral (folhetos, livros, artigos em periódico leigo, fitas cassete, fitas de vídeo, internet ou qualquer outra forma que vise orientar sobre a adequada utilização de produtos destinados a lactentes e a crianças de primeira infância), bem como de material técnico-científico (elaborado com informações técnico-científicas comprovadas sobre produtos ou relacionadas ao domínio de conhecimento da nutrição e da pediatria, destinado a profissionais e pessoal da saúde).

Relativamente à possibilidade de promoção comercial, a **NBCAL** divide os produtos por ela abrangidos em dois grupos. O primeiro, que comporta as fórmulas infantis e de segmento para lactentes, as fórmulas de nutrientes apresentadas e/ou indicadas para recém-nascido de alto risco e as mamadeiras, bicos, chupetas e protetor de mamilo, e que jamais pode ser objeto de promoção comercial em quaisquer meios de comunicação, inclusive no que diz respeito às estratégias promocionais para induzir venda ao consumidor no varejo, como exposições especiais, cupons de descontos ou preço abaixo do custo, prêmios, brindes, vendas vinculadas a produtos, ainda que não cobertos pela Norma, como sói acontecer em farmácias, supermercados e lojas de departamentos.

A segunda categoria de produtos admite a promoção comercial, mas se sujeita à regulamentação específica, publicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Resolução RDC nº 222/02). É o caso das fórmulas infantis de segmento para crianças de primeira infância, leites fluidos, leites em pó, leites modificados e similares de origem vegetal; alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes e/ou crianças de primeira infância, bem

como outros alimentos ou bebidas, à base de leite ou não, quando comercializados ou de outra forma apresentados como apropriados para alimentação de lactentes e de crianças de primeira infância.

Na promoção comercial dos produtos que a admitem devem constar as advertências: “O Ministério da Saúde adverte: O aleitamento materno evita infecções e alergias e é recomendado até os dois anos de idade ou mais.” e “O Ministério da Saúde adverte: Após os seis meses de idade continue amamentando seu filho e ofereça novos alimentos.”, conforme o produto promovido, nos termos do item 4.2.1 e 4.2.2 da RDC 222/02.

As embalagens e rótulos dos produtos seguem específicos requisitos, trazendo advertências e limitações de ilustração, ou seja, apresentação visual do produto⁶⁶.

⁶⁶ Resolução – RDC nº 221/02, item 5.1.4. “Os rótulos de chupeta, bico e mamadeira devem exibir no painel principal, ou nos demais painéis, em moldura, de forma legível, de fácil visualização, em cores contrastantes e em caracteres idênticos, em corpo, à designação de venda do produto, além de atender à legislação específica, a seguinte advertência:

‘O Ministério da Saúde adverte:

- A criança que mama no peito não necessita de mamadeira, bico ou chupeta.
- O uso de mamadeira, bico ou chupeta prejudica a amamentação e seu uso prolongado, prejudica a dentição e a fala da criança’

Item 5.1.5 Os rótulos de protetores de mamilo devem exibir no painel principal, ou nos demais painéis, em moldura, de forma legível, de fácil visualização, em cores contrastantes e em caracteres idênticos, em corpo, à designação de venda do produto, além de atender à legislação específica, a seguinte advertência:

‘O Ministério da Saúde adverte:

- O uso de protetor de mamilo prejudica a amamentação’.

Item 5.1.6 Além do conteúdo indicado no item 5.1.1, o rótulo de chupeta, bico, mamadeira ou protetor de mamilo pode conter outras informações, estando, entretanto, vedado incluir:

- (a) Ilustrações, fotos ou imagens de crianças;
- (b) Quaisquer figuras, ilustrações ou personagens infantis que se assemelhem a lactentes e crianças de primeira infância, humanos ou não, que estejam utilizando, ou não, mamadeiras, bicos e chupetas;
- (c) Frases ou expressões que possam pôr em dúvida a capacidade das mães de amamentar seus filhos ou sugiram semelhança do produto com a mama ou mamilo;
- (d) Expressões ou denominações que identifiquem o produto como apropriado para uso infantil, tais como a palavra ‘baby’ ou similares, exceto quando utilizadas como marca registrada da empresa ou do produto;
- (e) Informações que induzam o uso do produto baseado em falso conceito de vantagem ou segurança;
- (f) A promoção do produto ou de outros produtos de que trata este Regulamento, pertencentes ao fornecedor ou outros fornecedores.

Os materiais educativo e técnico-científico devem conter informações claras sobre os benefícios e a superioridade da amamentação em relação a outras formas de alimentação, orientação sobre alimentação adequada da gestante e da nutriz, efeitos negativos do uso das mamadeiras, dos bicos e das chupetas e implicações econômicas decorrentes da opção pelos alimentos utilizados em detrimento do leite materno ou humano, além dos prejuízos causados ao lactente pelo desnecessário e inadequado uso de tais alimentos, destacando, inclusive, a possibilidade de alterações de crescimento e desenvolvimento crânio-oro-facial e das funções orais⁶⁷.

Importante notar que também são proibidas doação ou venda a preços reduzidos dos produtos abrangidos pela NBCAL, quaisquer que sejam, às maternidades e a outras instituições que prestem assistência à criança.

Às pessoas ligadas ao comércio, tais como representantes dos fabricantes ou importadores dos produtos ora analisados, não é permitida a comercialização nas unidades de saúde, salvo para contatos com pediatras e nutricionistas, devendo se limitar aos aspectos técnico-científicos, com as restrições impostas à elaboração do material respectivo. A estes profissionais poderá ser distribuída amostra, restrita a uma unidade do produto quando do seu lançamento.

Ao consumidor final não podem ser prescritas fórmulas infantis e de segmento para lactentes, senão por médicos ou nutricionistas, e, em hipótese alguma, poderá ser fornecida amostra de qualquer tipo de produto.

A violação desses regramentos sujeita os infratores às sanções previstas na Lei nº 6.437/77, que regulamenta a atuação dos fiscais da Vigilância

Vide também Resolução – RDC nº 222/02, itens 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17, 4.19 e seus subitens.

Sanitária, cujas penalidades serão aplicadas de forma progressiva, de acordo com a gravidade e a frequência da infração, podendo, inclusive, chegar à apreensão do produto, imposição de multa e interdição do estabelecimento. Não pode ser esquecido que a conduta também pode ser criminosa, de acordo com a regra do Código de Defesa do Consumidor que exige estrito cumprimento das normas técnicas de comercialização de produtos, sem prejuízo de eventual condenação à reparação civil de danos causados ao destinatário dos produtos, quando comprovada conduta, nexo de causalidade e resultado.

Diante de tal conteúdo, é inquestionável que a NBCAL tenha imposto limitações à liberdade econômica, de forma que as empresas não mais possam dispor de total liberdade para a apresentação e colocação de seus produtos no mercado, como antes ocorria, ao contrário, devem ostentar advertências que alertem os consumidores sobre as conseqüências de sua utilização, inibindo, assim, a compra.

Essa limitação é de fácil visualização, porque a venda do produto está intimamente ligada à sua embalagem⁶⁸ e à maneira como o mesmo é disposto no mercado, trabalho este reservado ao marketing desenvolvido pelas agências de publicidade, que não foram esquecidas pela NBCAL⁶⁹, com a precípua função de chamar o público alvo ao consumo.

Com o objetivo de demonstrar a influência da embalagem no comportamento do consumidor brasileiro, em dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Relações Públicas, Propaganda e Turismo da Universidade de

⁶⁷ Resolução RDC 221, item 6.4, (b). ((anexo)

⁶⁸ VENDRAMINI, Luiz Carlos. A new packaging look bursts forth in Latin America, *Package Engineering Magazine*, Chicago: Cahners Publishing, abril, p. 40, 1975.

⁶⁹ Portaria nº 2.051/01, Art. 22. Os fabricantes deverão informar a todo o seu pessoal de comercialização, incluindo as agências de publicidade que contratam, sobre esta Portaria e as responsabilidades no seu cumprimento. (anexo)

São Paulo⁷⁰, afirmou-se que a embalagem sempre foi considerada como uma das melhores formas de se divulgar o produto e teve seu poder de persuasão substancialmente aumentado com o sistema “auto-serviço”⁷¹, já que o vendedor, que se encarregava do processo de convencimento do consumidor, desapareceu, assumindo, o produto, tal função. O produto fala por si.

Assim, a “embalagem, sob o ponto de vista mercadológico, tem como objetivo último vender o produto e, portanto, funciona como ferramenta de vendas”⁷², revelando-se a principal forma de se identificar a marca no local de compra e de se decidir por um produto: “Se a embalagem é bonita, chama a atenção, a gente pára pra ver e acaba levando”⁷³. É, sem dúvida alguma, um poderoso meio de comunicação e convencimento que, quando elaborado adequadamente, conclui Luiz Carlos Vendramini, influencia o comportamento do consumidor.

As conseqüências de eventual conduta passiva das empresas no mercado, também lhes trazem dificuldades adversas no campo econômico, fazendo com que, para evitar tal situação, as mesmas adotem estratégias de concorrência e crescimento, podendo gerar, inclusive, comportamento oportunista com divulgação de informações incorretas, incompletas ou dúbias que exaltam as vantagens dos produtos, dando-lhes maiores propriedades do que realmente possuem, fato que, aliado a outras técnicas de marketing, convencem as pessoas a consumi-los sem a sua efetiva necessidade, fixando-lhes, subliminarmente, a marca do produto que será, finalmente, decisiva na escolha do consumidor.

⁷⁰ VENDRAMINI, Luiz Carlos. A Influência da embalagem e o comportamento do consumidor. Aspectos e considerações do marketing e merchandising em ação. 1987. Dissertação (Mestrado) Departamento de Relações Públicas, Propaganda e Turismo - USP , 1987.

⁷¹ Expressão utilizada pelo autor para se referir aos estabelecimentos self-service.

⁷² Op. cit. p. 31.

⁷³ Op. cit. p. 40.

Este comportamento abusivo é explicado na tese de Livre Docência em Economia, apresentada ao Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo⁷⁴, ao afirmar que o número de empresas, especificamente de **leites infantis modificados**, é reduzido, contando, no Brasil, com apenas cinco empresas deste segmento entre os anos de 1998 e 1999, o que faz com que este mercado tenha estrutura concentrada, com elevada barreira à entrada de outras empresas e com forte interdependência entre as existentes.

Neste contexto, as empresas acabam desenvolvendo acirrada concorrência para proteger sua imagem e garantir espaço no mercado com crescimento absoluto, agindo, pois, da forma mencionada nos parágrafos anteriores. Caso contrário, serão eliminadas do mercado.

2.3 Casos concretos de violação à proteção do aleitamento materno

Estudos do UNICEF – United Nations Children’s Fund - demonstram elevado índice de mortalidade infantil em função da alimentação inadequada. Com base em dados desta instituição, o jornal francês *Le Mond Diplomatique*, de dezembro de 1997, informou que, naquela época, um milhão e meio de crianças morriam a cada ano em razão dos efeitos diretos ou indiretos da alimentação por mamadeira.

A mortalidade infantil pode ser minimizada quando assegurado o aleitamento materno exclusivo até os seis meses de idade e, complementado, até

⁷⁴ CYRILLO, Denise Cavalli. *Reconstruindo Instituições: O caso da Norma Brasileira para Comercialização de Alimentos para Lactentes 2001 (NBCAL)*. Tese (Livre Docência em Economia), Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2001, p. 28-29.

dois anos ou mais⁷⁵, consoante recomendação internacional da OMS – Organização Mundial de Saúde⁷⁶, segundo a qual, a prática da amamentação, atualmente, salva a vida de seis milhões de crianças a cada ano, prevenindo diarreias e infecções respiratórias agudas⁷⁷. Trata-se, portanto, referida recomendação, de uma diretriz para que Estados Membros possam garantir os direitos fundamentais das crianças, como o direito à saúde, assegurando-lhes dignidade através de boa nutrição, mormente aleitamento materno adequado.

O Brasil, Estado Membro da 34ª Assembléia Mundial de Saúde, adotou essa recomendação e editou, primeiramente, a Resolução CNS 05/88, substituída pela Resolução CNS 31/92 e, posteriormente, pela Portaria 2.051/01, do Ministério da Saúde, e pelas Resoluções 221/02 e 222/02, da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

No Estado de Santa Catarina foram documentados casos específicos de violação da Resolução 31/92, vigente à época, solucionados mediante compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, conforme artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985⁷⁸.

O procedimento nº 065/95, instaurado na Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor da Comarca de Florianópolis, apurou que a empresa Lacesa S/A – Indústria de Alimentos, de nome fantasia PARMALAT, desrespeitava o artigo 5º daquela Resolução, não incluindo, no seu leite esterilizado integral vitaminado com ferro, a advertência visual de que o produto não deveria ser utilizado na

⁷⁵ OMS/UNICEF, *Innocenti Declaration on the Protection, Promotion and Support of Breastfeeding*, Florença, Itália, 1º de agosto de 1990.

⁷⁶ Código Internacional de Mercadização de Substitutos do Leite Materno da OMS/UNICEF. Adotado pela 34ª Assembléia Mundial da Saúde, em 21 maio de 1981- AMS 34.22 (1981).

⁷⁷ World Health Organization. *Breast-feeding. The technical basis and recommendations for action*. Geneva; 1993.

⁷⁸ Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências.

alimentação de lactentes nos seis primeiros meses de vida, salvo sob orientação médica ou de nutricionista. Além disso, fazia publicidade atribuindo ao produto a qualidade de “indispensável para o crescimento do filho”, “saudável como nenhum outro”, mencionando, também, a frase: “bastam dois copos por dia para o filho crescer forte saudável”.

Em abril de 1996, novo caso foi registrado na Promotoria de Justiça de Joinville, agora contra a Indústria Hiborn do Brasil S/A, fabricante dos produtos *Lillo*. O procedimento instaurado nesta Promotoria, além de investigar o emprego de materiais inadequados na confecção de chupetas e mamadeiras, apurou a existência de estratégias promocionais para induzir vendas ao consumidor no varejo, tais como exposições especiais, cupons de descontos, prêmios, bonificações, vendas vinculadas a produtos não cobertos pela norma, embalagens ou apresentações especiais. Segundo consta no procedimento nº 55/96, a empresa chegou a criar o “Kit de mamadeiras Meu Juguinho”, com a imagem de um bebê, mais uma vez violando a resolução.

Comprovou-se, mais, a publicidade por meio de folhetos promocionais sem as advertências impostas na Resolução CNS nº 31/92, feita pelo Supermercado Angeloni, na comarca de Joinville⁷⁹.

Na capital de Minas Gerais, o procedimento administrativo nº 14/98, perante o PROCON – Programa de Defesa do Consumidor, coordenado pela Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, coibiu a publicidade, em televisão, veiculando a imagem de mamadeira, obrigando a Drogaria Araújo S/A a cumprir os estritos termos do artigo 4º da Resolução CSN 31/92, retirando a peça publicitária de

⁷⁹ Procedimento de ofício nº 220/96. Centro das Promotorias da Coletividade. Requerido: Supermercados Angeloni

circulação, e aplicando multa administrativa, consoante art. 57 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990⁸⁰.

Esses casos apresentaram, em comum, violações expressas à norma que visa garantir nutrição adequada às crianças, e foram solucionados com base no Código de Defesa do Consumidor, sem, contudo, invocar o fundamento primeiro que é constitucional: direito à saúde.

Ao contrário desses casos, verificou-se junto ao procedimento administrativo nº 2104/989, que tramitou perante o PROCON de Florianópolis, que atuou em parceria com a organização não governamental IBFAN – International Baby Food Action Network/Brasil e com a Vigilância Sanitária Municipal, a menção aos fundamentos constitucionais estatuídos nos artigos 5º, XXXII e 170, V, e artigo 48 das Disposições Transitórias, ressaltando o caráter de ordem pública e de interesse social da Resolução nº 31/92.

Conquanto importante solução tenha sido dada aos casos mencionados, denota-se que não foram confrontados os princípios fundamentais da criança e o princípio da liberdade econômica, que poderiam ser equalizados através do princípio da proporcionalidade.

A relação desses princípios foi logo acenada na Reunião Conjunta OMS/UNICEF sobre Alimentação de Bebês e Crianças Pequenas⁸¹, realizada em Genebra, nos dias 09 a 12 de outubro de 1979, quando, então, recomendou-se fosse desenvolvido um código internacional para assegurar a alimentação infantil em favor da vida e da saúde das crianças, declarando que:

⁸⁰ Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências – Código de Defesa do Consumidor.

⁸¹ Endossada pela 33ª Assembléia Mundial de Saúde, em maio de 1980 – MAS 33.32 (1980).

As práticas inadequadas de alimentação infantil e suas conseqüências constituem um dos principais problemas mundiais e são um sério obstáculo ao desenvolvimento social e econômico. Sendo, em grande parte, um problema criado pelo ser humano, devem ser consideradas uma desonra para a nossa ciência e tecnologia e para nossas estruturas sociais e econômicas, assim como uma mácula para o que chamamos de realizações desenvolvimentistas. Não é apenas problema exclusivo do mundo em desenvolvimento: também ocorre em muitas partes do mundo desenvolvido⁸².

⁸² Sokol, Ellen J., *Manual del código*: guía para la redacción de medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedâneos de la Leche Materna, La Paz: Sticking ICDC, 1997, p. 1.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS

A Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras, reporta-se, exclusivamente, à garantia e incentivo do aleitamento materno como forma de garantia de uma vida materno-infantil saudável.

O núcleo de proteção dessa norma, evidentemente, é o direito à saúde, assim considerado direito fundamental. Todavia, não deixa, por outro lado, de apresentar uma área de intervenção na livre iniciativa, porquanto regulamenta a promoção comercial, limitando-a ou excluindo-a, conforme o produto, como já explicado em item anterior. Mais uma vez, então, depara-se com outro direito fundamental, qual seja: liberdade econômica.

Dessa forma, pretende-se, no presente capítulo, apresentar a origem dos direitos fundamentais, demonstrando que estes direitos subjetivos, por se encontrarem no mais elevado patamar de hierarquia das fontes do direito – a Constituição Federal – revelam extremo grau de importância, não podendo, via de regra, sofrerem restrições.⁸³

Ainda nesta linha, será demarcado, na Constituição Federal, o direito à saúde, com enfoque específico ao aleitamento materno, traçando-se um paralelo com a legislação da infância e juventude (Estatuto da Criança e do Adolescente), ressaltando-se a similar linha de raciocínio do Constituinte e do legislador infraconstitucional no tocante à doutrina da proteção integral.

⁸³ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 249.

Este capítulo, particularizado, servirá para justificar a intervenção estatal na área de proteção regulamentada pelo direito à liberdade econômica.

3.1 Direitos fundamentais

A doutrina alemã apresenta três teorias a respeito dos direitos fundamentais: 1. Histórica, que cuida de explicar o surgimento de tais direitos; 2. Filosófica, voltada para a sua fundamentação e, por fim, a 3. Sociológica, que se encarrega do estudo dos direitos fundamentais na sociedade. Reunidas estas três características, já que há existentes pontos de intersecção, formulou-se a Teoria dos Direitos Fundamentais e da Lei Fundamental. Nela, destaca-se a importância de um dos seus elementos, a fundamentação, que serve como marco na determinação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma ou para se saber por que se deve obedecer à Constituição. Esta teoria fica mais restrita quando os direitos em discussão reportam-se, isoladamente, à liberdade, à igualdade e aos direitos de prestação, quando, então, tem-se a teoria particular de cada um desses direitos, que se contrapõe à *teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la ley fundamental*.⁸⁴

Esse estudo torna-se primordial neste trabalho, já que o seu cerne é a colisão de dois direitos fundamentais. O conflito será solucionado através da proporcionalidade que demanda a análise da fundamentação acima referida, levando à afirmação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da portaria e das resoluções apresentadas em item anterior.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 27-35.

3.1.1 Breve histórico

Essas breves notas sobre a perspectiva histórica dos direitos fundamentais são de grande importância não só para um mecanismo hermenêutico como também pelo fato de que estes direitos levaram ao surgimento do Estado constitucional, cuja estrutura e essência residem exatamente na posituação e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Não deixa de ser, como se verá, uma limitação do poder.⁸⁵ Revela, ainda, importância, conquanto os direitos humanos, na sua conceituação e amplitude, se universalizam, de forma que sua natureza atravessa fronteiras geográficas e sistemas de governo, ideologias e teorias econômicas, sobrepondo-se a tudo.⁸⁶

O movimento de posituação ou codificação do direito é resultado do desenvolvimento do racionalismo iluminista, base do pensamento jusnaturalista, que entendia a necessidade de se criar um sistema a ser posto pelo Estado. A idéia primordial desta proposição era a simplificação e racionalização formal do direito para assegurar as expectativas de direito em uma economia capitalista em expansão, além de fornecer ao Estado um instrumento eficaz de intervenção na vida social, sem retirar a proteção do particular.⁸⁷

A “Declaração dos Direitos da Virgínia”, de 12 de janeiro de 1776, e a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” da França, de 1789, são exemplos de direito natural positivados, expressão de autoridade (porque vale pelo

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 42.

⁸⁶ GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 140.

⁸⁷ SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. A afirmação histórica dos direitos humanos em Norberto Bobbio. *Cadernos de Direito – caderno do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba, v. 3, n° 5, p. 217, dez. 2003.

que for posto e feito pelo Estado) e de razão (porque, embora direito emanado do Estado, é expressão da própria razão).⁸⁸

Estudos demonstram que a origem mais próxima dos direitos fundamentais reporta-se a esses textos internacionais, embora haja sustentação no sentido de que as suas primeiras manifestações apareceram no direito da Babilônia, aproximadamente, 2.000 a.C.⁸⁹ O certo, porém, é que somente se pode falar em direitos fundamentais quando reunidos três indispensáveis elementos: Estado, indivíduo e texto escrito que regula as relações entre ambos,⁹⁰ embora não se descarte a possibilidade da existência de territórios sem a efetiva existência de um Estado, mas que, ainda, assim, faz valer, em prol da população que o habita, seus direitos fundamentais.

A afirmação dos direitos humanos nesses territórios é decorrente do próprio processo de consolidação da Declaração Universal, que ingressou na esfera internacional, concretizando a Doutrina dos Direitos Fundamentais, com base nos direitos naturais, de forma a torná-los inalienáveis aos homens e superiores ao Estado⁹¹ ou a qualquer território ocupado, ainda que não se constitua na legítima expressão de Estado. Isto porque os direitos humanos “transcendem para o Direito Público Internacional, figurando nas declarações conjuntas dos povos civilizados

⁸⁸ Idem op. cit. p. 217.

⁸⁹ Segundo citação feita por MARIA GARCIA, *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004, p. 147, os direitos do homem “Alcança os tempos mais recuados das Revoluções Paralelas como refere Georgers Gustof: inscreve-se no desenvolvimento da doutrina do direito natural, herdada da Antigüidade, firmada na tradição estoíca e formulada pelos teóricos de Roma. Mais anteriormente ainda, no Egito do século IV de nossa era, Amenófis IV pretende uma reforma religiosa, fundamentadora da estrutura social, associada a uma ideologia universalista de fraternidade humana, justificada pelo fato de que todos os homens têm um mesmo pai”. Ainda MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24.

⁹⁰ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações: Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba*, ano 5, nº 2, p. 11, jan. 2001.

⁹¹ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 41.

como condição para manutenção da ordem e da harmonia internacionais.⁹² Daí a possibilidade de organizações mundiais, como a ONU, fazerem as vezes de Estado e garantir a concretização dos direitos fundamentais nos territórios sem governo reconhecido. No mesmo sentido, destaca-se que os direitos fundamentais também são direitos humanos, ainda que destinados a entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado).⁹³

É nessa linha de pensamento que a nova ordem internacional revelou o reconhecimento incondicional dos direitos humanos, de forma que todas as organizações de âmbito internacional, pós Segunda Guerra Mundial, trazem consignada em seus documentos constitutivos a preocupação com os direitos de liberdades fundamentais do homem, consubstanciados em uma série de declarações, pactos e convenções, todos materializados em um conjunto de órgãos e agências encarregados de sua execução.⁹⁴

Norteados por esses elementos caracterizadores dos direitos fundamentais, um exame crítico da Declaração de Direitos da Virgínia, emanada dos “representantes do bom povo”, em 12 de janeiro de 1776, quando ainda contavam treze colônias inglesas na América,⁹⁵ revela que ela se consubstanciava na igualdade e liberdade do homem, acenando para a existência de direitos personalíssimos, que não poderiam ser privados ou renunciados, assim

⁹² MALUF, Sahid. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, v.2, 1970, p. 314.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 34-36.

⁹⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 84.

⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep*, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 11, jan. 2001.

compreendidos: o direito à vida, à liberdade e à propriedade⁹⁶, como objetivo de alcançar o bem comum e o mais alto grau de felicidade e segurança.

Revela mais, a vida, como direito fundamental, é logo percebida no artigo 1º da Declaração de Direitos da Virgínia⁹⁷, mormente pelas características da inalienabilidade e irrenunciabilidade, porquanto, como dito, vedava qualquer forma de pacto, presente ou futuro, que limitasse ou permitisse a sua livre disposição, impedindo, inclusive, a intervenção do governo neste âmbito sem o consentimento do titular do poder⁹⁸.

Denota-se, ainda, do referido texto, que os pressupostos político-jurídicos dos direitos fundamentais começaram a ser delineados nessa época: indivíduo, Estado e supremacia do direito (considerados como soberanias: soberania do indivíduo – autonomia, soberania do Estado e soberania do direito – supremacia do Estado de Direito), dada à idéia da necessidade de garantia dos direitos pelo Estado, mediante a existência de um mecanismo sociológico e politicamente eficaz em todo território.⁹⁹

O reconhecimento dos direitos dos indivíduos é a marca do *Bill of Rights* da Virgínia, que utilizou a expressão “todos” referindo-se ao ser humano,

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27-28.

⁹⁷ “Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, possuem alguns direitos inerentes, dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade quando entram no estado social: estes são o direito de gozar a vida e a liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade, de procurar e obter felicidade e a segurança.”

⁹⁸ Art. 7º da Declaração da Virgínia: “Qualquer poder de suspender as leis ou sua execução, exercido por qualquer autoridade sem consentimento dos representantes do povo é um atentado aos seus direitos e não pode ser exercido.”

⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 11, jan. 2001.*

expressão antes nunca utilizada, nem mesmo no direito romano ou grego, conforme breve exposição histórica apresentada no texto já citado.¹⁰⁰

O Estado não é esquecido. A preocupação com a forma de governo democrático, dotada de um sistema de limitação de poderes é proeminente nos artigos 2º, 3º, 5º e 6º da Declaração, visando, assim, “limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento”¹⁰¹.

Por fim, a supremacia do direito escrito abstrato, que traz a certeza do direito e a garantia de abrangência geral (a todos os indivíduos), também é notada na Declaração da Virgínia, a exemplo dos direitos nela própria previstos.

A idéia de direitos fundamentais positivados no texto da Virgínia foi encampada pelos demais Estados, seguindo-se, após, a Declaração Norte-Americana, consubstanciada na Constituição Federal dos Estados Unidos da América, aprovada na Convenção de Filadélfia, em 17 de setembro de 1787, que, todavia, somente passou a consagrar os direitos fundamentais em 1791, com o advento das dez primeiras Emendas à Constituição, às quais outras foram acrescentadas até 1975.¹⁰²

A despeito das declarações antecessoras (Virgínia e França), as declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades, guardando características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, com eficácia reconhecida perante a população e com vinculação do poder público,

¹⁰⁰ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações*-Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 11-12, jan. 2001.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 13.. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p.142.

¹⁰² DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações*: cadernos do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba, ano 5, nº 2, p. 12, jan. 2001.

somente sendo incorporada com status constitucional a partir da declaração de 1791, como acima mencionado.¹⁰³

Em 27 de agosto de 1789, a Assembléia Constituinte francesa adotou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, durante a Revolução, marcada pelo “excesso de uma violência descontrolada – denunciada por Edmund Burke (*Reflexões sobre a Revolução Francesa. 1790*)”.¹⁰⁴ Trata-se de um texto sucinto, composto por dezessete artigos que enfocam os princípios básicos que evidenciam a dignidade humana (liberdade, igualdade, propriedade e legalidade) e a existência de garantias individuais. A precisão com que foi redigida faz com que a Declaração francesa seja até hoje aplicada, inclusive orientando a jurisprudência.¹⁰⁵

A Declaração dos Direitos dos Homens é fruto do idealismo (social e moral) e da filosofia humanitária reinante no cenário político do século XVIII, com a nítida intenção de afastar o sofrimento causado ao povo pelas regras opressivas do absolutismo e do sistema feudal, preocupando-se em defender o indivíduo contra o Estado. A proclamação destes direitos surge “quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes”, representando “um anseio muito compreensível de proteção, pois os indivíduos não se sentiam mais seguros de sua igualdade diante de Deus.”¹⁰⁶

Logo, no preâmbulo, foram reconhecidos os direitos naturais do homem, considerados inalienáveis e “sagrados”. A vida, a liberdade e a igualdade são asseguradas de forma elegante pelo artigo primeiro: “Os homens nascem e

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos Direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 52-51.

¹⁰⁴ GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 148.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 13.. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.144. No mesmo sentido: MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28-29.

permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundamentadas na utilidade comum”.

A soberania, pressuposto do direito fundamental, está evidente quando a nação é considerada como elemento único no exercício do poder, não podendo qualquer indivíduo exercer autoridade que não emane diretamente dela (artigo terceiro). Para a “Declaração Francesa”, o titular dos direitos fundamentais é o homem, assim considerado o ser humano.

A supremacia do direito escrito é bem marcada no artigo dezesseis, que demonstra a necessidade de se ter uma **constituição escrita**, considerando o seu conceito normativo como o texto legal que assegure a garantia dos direitos e a separação dos poderes como conteúdo mínimo.

Neste sentido, reportando-se aos elementos dos direitos fundamentais, afirma-se que as relações entre o indivíduo e o Estado são reguladas por texto escrito, papel este,

desempenhado pela Constituição que declara e garante determinados direitos fundamentais permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação, livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impedem as invasões da esfera privada.¹⁰⁷

Os direitos fundamentais, seguindo o caráter universal da Declaração Francesa de 1789, foram abarcados por organismos de várias nações, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, precedida da Carta das Nações Unidas de 1945.¹⁰⁸

¹⁰⁶ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 123.

¹⁰⁷ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações* - Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 11, jan. 2001.

¹⁰⁸ Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, a Declaração francesa é mais abstrata e “universalizante” do que a Declaração de Virgínia, atribuindo-lhe a caráter de *mundialismo*, “no sentido de que os

Composta de trinta artigos, a Declaração Universal de 1948, além dos valores básicos universais (vida, liberdade e igualdade), cataloga direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, indissociáveis da dignidade humana,¹⁰⁹ chegando a afirmar o direito à saúde e ao bem-estar, inclusive à alimentação adequada, resguardando o direito a cuidados e assistências especiais à maternidade e à infância¹¹⁰, valores estes também visados pela NBCAL (Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras).

Tamanho o valor da Declaração Universal, chegou-se a afirmar que foi a partir dela que se teve certeza histórica de que a humanidade (toda ela) compartilha de certos valores comuns, entendendo-a universal e concluindo que “os direitos do homem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.¹¹¹

Outros Pactos e Convenções internacionais foram elaborados e firmados por vários países¹¹², procurando sempre fazer com que os direitos

princípios enunciados no texto da Declaração pretendem *constitucional positivo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, p.145 e 149.

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 36-37.

¹¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), art. XXV – 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28 e 30.

¹¹² “A Declaração Universal de 1948 abriu efetivamente caminho à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos”, demonstrando, assim, uma efetiva diversidade de meios e identidade de propósitos, e exercendo fundamental papel de interpretação na proteção internacional dos direitos humanos. CANÇADO, Antonio Trindade. O Legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: PERRONE-MOISÉS, Cláudia (org.). *O Cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 22.

fundamentais reconhecidos pela ONU fossem adotados por todos os Estados. Aliás, neste aspecto, o próprio preâmbulo da Declaração Universal fixa o seu objetivo em **promover** o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais mencionados pela Carta da ONU, donde se conclui pela característica de instrumentalidade deste documento.

Importância e influência da Declaração Universal nos pactos e convenções que se seguiram – a atenção nesses documentos, sempre voltada para a dignidade humana, - fizeram com que fosse preservado o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos que “compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual”.¹¹³ Note-se que diante deste conceito, a criança tem assegurado o direito à saúde e ao adequado desenvolvimento físico e mental.

Guiado por este objetivo e frente às recomendações internacionais, como a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, e a Declaração sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, a **Convenção sobre os Direitos da Criança** veio positivar e especificar os direitos fundamentais das crianças¹¹⁴, em 20 de novembro de 1989, através da Resolução nº L 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, ratificada por cento e noventa e dois países¹¹⁵ até 14 de novembro de 2003, entre eles o Brasil.

¹¹³ CASSIN, René. El Problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal. Viente Años de Evolución de los Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 397, *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 142.

¹¹⁴ Para efeitos da Convenção sobre os Direitos da Criança “entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.” (Art. 1º).

¹¹⁵ UNICEF – Fundo das Nações Unidas para Infância. Disponível em <<http://unicef.org.br>>. Acesso em: 11 fev. 2005.

A Convenção sobre os Direitos da Criança nada mais é do que uma resposta à necessidade de a comunidade internacional garantir e aperfeiçoar o conteúdo da Declaração de 1948, articulando-o, especificando-o e atualizando-o, pois, em seu preâmbulo, a referida Convenção reporta-se à Declaração Universal e, em seguida, apresenta os seus problemas como “especificação da solução dada aos problemas dos direitos do homem”. A proteção particular e os cuidados especiais à criança tornam-na “*ius singulare* com relação a um *ius commune*”, revelando uma especificidade originada da proteção genérica: o homem.¹¹⁶

No Direito brasileiro, os direitos fundamentais estiveram presentes na Constituição do Império (1824) e nas Constituições Republicanas de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 (1969) e 1988.

A atual Constituição brasileira apresenta um rol específico desses direitos nos artigos 5º a 17, sob a rubrica do Título II: “Dos direitos e garantias fundamentais”, mas não esgota a sua enumeração, podendo ser encontrados outros tantos em topografia diversa do texto constitucional, a exemplo do disposto nos artigos 201, 203, 205, 208 e 227, ressaltando-se o direito à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) e, como direitos fundamentais sociais, a saúde e a proteção à maternidade e à infância (artigo 6º da Constituição Federal), além do direito individual das presidiárias permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação (artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal).

O constituinte atribuiu aos direitos humanos especial significado, colocando-os, na sua maioria, no início da Constituição Federal, ressaltando, ainda, a sua imediata aplicação e a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos,

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 35.

com estrito dever de observância, como se verifica nos incisos e parágrafos do art. 5º do texto constitucional.¹¹⁷

Tal conduta é elogiada pela doutrina pátria, afirmando-se que os direitos fundamentais receberam o *status* merecido ao longo da evolução constitucional, resultado de uma discussão de redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. Neste diapasão, a mais significativa inovação foi a do art. 5º, § 1º, da CF, que atribui às normas definidoras de direitos e garantias constitucionais aplicação imediata. Esta maior proteção fica ainda mais clara com a sua inclusão nas cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, CF, impedindo a supressão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pelo Constituinte derivado.¹¹⁸

Diante dos inúmeros direitos fundamentais e do objetivo proposto, o presente trabalho ficará limitado à análise dos direitos fundamentais da criança, especificamente os direitos à saúde e à amamentação¹¹⁹, todos voltados para o desenvolvimento físico e mental em condições de dignidade, respaldados no direito social de proteção à maternidade e à infância.

3.1.2 As diversas dimensões dos direitos fundamentais

Desde o surgimento dos direitos humanos, como asseverado no item referente ao seu histórico, várias transformações e enfoques foram renovando os direitos já existentes e acrescentando outros, assim como garantias, no que concerne aos seus titulares, eficácia e efetivação. Fala-se, então, em quatro

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 1.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 73-77.

¹¹⁹ Neste trabalho, entende-se o direito à amamentação como direito fundamental, conforme razões expostas em item próprio.

dimensões, as quais, logicamente, são decorrentes da própria mutação história destes direitos.¹²⁰

Não se afasta a discussão terminológica deste momento de mutação. Alguns autores chamam-na de dimensões, outros, ao contrário, de gerações, e o ponto de tal divergência reside no fato de que, na verdade, os direitos humanos sofreram um processo progressivo cumulativo e não de alternância ou substituição. Falar-se em gerações, leva-se à idéia de que os direitos de cada época apresentam-se estanques e somente se referem à época em que surgiram, quando, na verdade, se aplicam a todas as gerações de pessoas, de forma expansiva e complementar, encontrando-se em visível estado de positivação tanto nas constituições como no Direito Internacional. Esta é a posição que se perfilha na mais moderna doutrina.¹²¹

Os direitos de primeira dimensão são aqueles decorrentes do pensamento liberal-burguês do século XVIII, com raízes na doutrina iluminista e jusnaturalista, inspirado por Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. Direitos sempre individualistas em face do Estado, mais conhecidos como direitos de defesa, deixando claros os limites do indivíduo e da não intervenção do Estado. Assim, são apresentados como direitos negativos, pois visam uma abstenção do poder público e não uma conduta positiva. Nesta classificação encontram-se os direitos à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei e à propriedade.¹²²

Os da segunda dimensão caracterizam-se pela positividade, já que os direitos surgiram com o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e

¹²⁰ Neste sentido: A.E. Perez Luño, *RCEC* nº 10 (1991) *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 53.

¹²¹ A complementaridade das dimensões é adotada por V. Brega Filho, *in* E. Riebel, *in*: EuGRZ, p 11 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 34-36. Também assim entendida, no direito pátrio, por BONAVIDES, Paulo *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 525.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 54-55.

econômicos dela decorrentes. Proliferam-se os movimentos reivindicatórios no século XIX seguidos do reconhecimento progressivo de direitos atribuídos ao Estado, fazendo com que o mesmo assumisse comportamento ativo na realização da justiça social. Trata-se, portanto, como dito, de uma dimensão positiva onde não mais se quer a não intervenção do Estado, mas sim a sua atuação para promoção do *bem-estar social*.¹²³ Não mais se trata de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade pelo e através do Estado. São direitos caracterizados pela entrega de prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, que foram conagraçadas em várias constituições do século XX. Há de se atentar que os direitos de segunda dimensão vão além de meras prestações de cunho positivo, culminam por abranger as *liberdades sociais*, a exemplo da liberdade de sindicalização, do direito de greve e reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores. Devido a esta especificidade que os diferencia dos direitos da primeira dimensão – cunho social – é que eles foram rotulados de direitos de segunda dimensão, iniciando outra fase da história. Insta frisar que, apesar de intitulados direitos sociais, ainda assim são individuais, não se confundindo com direitos coletivos e/ou difusos, estes de terceira dimensão.¹²⁴

Por fim, a terceira dimensão reporta-se aos direitos de solidariedade e fraternidade. Desprendem-se do homem-indivíduo para destinarem-se à proteção de homem enquanto entidade familiar, povo, nação – diga-se grupos humanos. Caracterizam-se, assim, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.¹²⁵

¹²³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 127.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 55-56.

¹²⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 131.

Afirma-se, também, que os direitos de terceira dimensão possuem por destinatário “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.¹²⁶

Esses direitos de terceira dimensão nasceram da necessidade de novas reivindicações fundamentais do ser humano, decorrentes do sobressalto tecnológico, bem como do estado de beligerância e do processo de descolonização do segundo pós-guerra, seguido de suas conseqüências. Assim se revelam o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.¹²⁷

Fala-se, por fim, em direitos de quarta dimensão como uma tendência que ainda aguarda reconhecimento no âmbito do Direito Internacional e das ordens constitucionais. A existência desta quarta geração estaria embasada na globalização dos direitos fundamentais visando à perfeição do Estado de Direito, como o direito à democracia e à informação, não se esquecendo, porém, do grande avanço da ciência em experiências genéticas, dando origem à manipulação genética, mudança de sexo que se mostram com nítida intenção de iniciar nova dimensão: a quinta.¹²⁸

Do exposto, conclui-se que, diante da complexidade do seu processo de formação histórica e social, os direitos fundamentais mostram-se indissociáveis uns dos outros e passam por transformações, revelando a sua afirmação como tais, quer sejam em textos internacionais, quer sejam em textos constitucionais, integrando-se ao conteúdo essencial democrático do Estado.¹²⁹ Assim,

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 523.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 57-58.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 59.

¹²⁹ *Ibid.* p. 60-66.

direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.¹³⁰

3.1.3 Processo de incorporação de tratados e convenções internacionais e a emenda constitucional nº 45/04

Embora a Declaração Universal não esteja representada em tratado ou convenção internacional, e a despeito da consagração dos direitos fundamentais na Constituição Federal e de outros direitos subjetivos no Estatuto da Criança e do Adolescente, com o fim de realçar a importância deste documento, já se afirmou a sua “força jurídica obrigatória e vinculante” porque “constitui a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’ constante dos artigos 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas”¹³¹, cujo compromisso de assegurar sua obediência foi assumido pelos Estados signatários. Ademais,

a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter se transformado, ao longo de mais de cinquenta anos de sua adoção, em Direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional.¹³²

A posição hierárquica dos textos internacionais, sempre discutida pela doutrina, fazia a distinção material dos tratados e convenções. Se se tratasse de direito material, sua inserção no Direito brasileiro seria sob *status* constitucional ou

¹³⁰BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

¹³¹ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, na obra *Direito das organizações internacionais*. 2. ed. atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 27, discorrendo sobre a natureza da Carta da ONU, informa que tal documento “não é um tratado como qualquer outra convenção multilateral nem tampouco uma ‘constituição’; é um tratado *sui generis*, a ser interpretado como tal, que dá origem a uma complexa entidade internacional que passa a ter ‘vida própria’.”

supraconstitucional, o que se dava através do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, caso contrário, sua posição legal se dava como legislação ordinária.¹³³

A essa tese denominou-se *pré-compreensão interacionalista*, pois se tratava de uma corrente preocupada com a proteção dos direitos humanos, colocando-os a salvo de eventuais abusos do legislador nacional, não podendo uma lei posterior restringir ou abolir tratados relativos a direitos humanos.¹³⁴

Parte da doutrina, todavia, acenava em sentido contrário e justificava a divergência de entendimento embasada em três elementos. O primeiro fundava-se no fato da Constituição de 1988 ser omissa quanto à validade dos tratados e dos demais textos internacionais, ao contrário da tendência de outros textos constitucionais modernos¹³⁵. O segundo elemento, de ordem normativa, é a absoluta prevalência das normas constitucionais em relação às regras de direito internacional público, decorrente da própria natureza do poder constituinte, criador das normas de maior força jurídica e política no âmbito de sua soberania. Esse entendimento é confirmado por dispositivos constitucionais próprios, que estabelecem a competência do STF para decidir sobre a validade de tratados internacionais, declarando ou não a sua constitucionalidade (art. 102, III, b). Assim, conclui a doutrina, que, se o Supremo Tribunal Federal, que exerce a guarda da Constituição, conforme artigo

¹³² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 151.

¹³³ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: precedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 204. No mesmo sentido: ROTHENBURG, Walter Claudius. A convenção americana de direitos humanos no contexto constitucional brasileiro. *Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 1 n. 4, p. 76, jul/set. 2002. TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 393-397; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 86;

¹³⁴ DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lúcia. Tribunal penal internacional e direitos fundamentais: problemas de constitucionalidade. *Cadernos de direito*. Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 246, dez. 2003.

¹³⁵ Neste sentido, algumas Constituições são citadas por TAVARES, André Ramos. *Reforma do Poder Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40-42, como as constituições da Argentina, de Portugal, dos Países Baixos e a do Peru.

102, *caput*, pode declarar a inconstitucionalidade de um tratado, é certo afirmar que na classificação constitucional dos textos internacionais, ele é inferior às normas da Constituição. O terceiro elemento, por fim, é justamente o entendimento do STF,¹³⁶ abaixo apontado.

Tal divergência, como dito, chegou ao Supremo Tribunal Federal e o entendimento firmado era o de que, mesmo em se tratando de direito fundamental, a incorporação do tratado ocupava o *status* de lei ordinária. Assim foi decidido no HC n. 72.131-1 RJ, de 20/11/1995, publicado no DJ de 01/08/2003, Min. rel. Marco Aurélio de Mello, quando se decidiu sobre o pacto de São José da Costa Rica, que proibia a prisão civil em alienação fiduciária.

Em decisão mais recente àquela, a Suprema Corte brasileira, através do relatório do Ministro Moreira Alves, explicou-se que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal pretendeu constitucionalizar os tratados internacionais sobre direitos humanos promulgados anteriormente à Constituição de 1988, uma vez que os posteriores a ela não poderiam ser equiparados à emenda constitucional.¹³⁷

Depreende-se, portanto, que, para a jurisprudência e parte da doutrina nacional, o tratado firmado pelo Brasil, para ter força obrigatória na ordem jurídica interna, necessitava de ratificação do Presidente da República após referendo do Congresso Nacional, integrando ao Direito Positivo brasileiro como lei ordinária, mas não afastava a responsabilidade do Governo perante a comunidade internacional.¹³⁸

¹³⁶ DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lúcia. Tribunal penal internacional e direitos fundamentais: problemas de constitucionalidade. *Cadernos de direito: cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, v. 3, n. 5, p. 245-246, dez. 2003.

¹³⁷ Recurso Ordinário do HC n. 79.798-7/RJ, 29/03/2000, publicado no DJ de 22/11/2002.(anexo)

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. *Reforma do poder judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36-39.

Malgrado esse entendimento, a discussão da posição hierárquica de documentos internacionais no direito brasileiro tomou novos contornos e suscitou outro questionamento em razão da Emenda Constitucional n° 45, de 08 de dezembro de 2004, que incluiu o § 3° no artigo 5°, disciplinando que

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Denota-se do referido dispositivo constitucional que somente está regulada a posição hierárquica dos tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados naqueles termos, após a vigência da Emenda Constitucional n° 45/04. Equivocada a idéia de que, com esta emenda, estaria ratificada a posição constitucional dos tratados **anteriores** sobre direitos humanos, como preconizado pelos autores já mencionados em nota própria. A interpretação vai além de simples silogismo, pois são necessários três requisitos para erigir um tratado de direito humano a título de emenda constitucional: 1. Aprovação formal via emenda constitucional; 2. só são considerados incorporados após aprovação formal; e 3. a incorporação se dá como emenda constitucional, portanto, eventual conflito com cláusula pétrea será resolvido através da eliminação da contradição e não da harmonização, como ocorre com as normas constitucionais originárias.¹³⁹

Indaga-se, portanto, sobre a situação dos tratados internacionais de direitos humanos integrados no sistema jurídico brasileiro pelo rito anterior. Devem permanecer com o *status* de lei ou passaram, automaticamente, a ter o *status* de emenda constitucional pelo fenômeno da recepção?

¹³⁹ Ibid. p. 42.

É cediço que para uma norma ser recepcionada pela Constituição ou por uma Emenda Constitucional, deve ser verificada a sua compatibilidade material, de forma a permitir a sua absorção, conferindo-lhe o *status* que a nova Constituição ou Emenda der à respectiva matéria. Neste sentido:

se a nova 'regra' constitucional continua a permitir que os tratados e, agora, também as convenções, versando (e adotando) direitos humanos, possam ser incorporados ao Direito positivo brasileiro, há total compatibilidade com esses documentos que, anteriormente, já haviam sido editados como Direito vigente no Brasil. Só que, a partir de então, seu *status* passará, automaticamente, a ser o de emenda constitucional (e, pois, necessariamente, nesses casos, o de norma constitucional), não só porque não poderão ser alterados senão por nova emenda, mas também porque não poderão ser abolidos ou restringidos, em hipótese alguma (proibição do retrocesso).¹⁴⁰

Conclui-se, dessa forma, que, a partir de 08 de dezembro de 2004, todos os tratados sobre direitos humanos que foram internalizados no ordenamento jurídico brasileiro e que ocupavam a posição de lei ordinária foram recepcionados pela Emenda Constitucional ora estudada e apresentam-se, agora, pela compatibilidade material, com o *status* de Emenda Constitucional.¹⁴¹

3.1.4 Conceito e espécies

¹⁴⁰ Ibid. p. 48.

¹⁴¹ Quanto à recepção mencionada por André Ramos Tavares, Sarlet adverte que "No que diz com as restrições de direitos fundamentais oriundos de normas internacionais, ainda que não se cuide de matéria de cunho constitucional, poder-se-ia cogitar, ao menos em tese, da aplicação de disposto no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942), de acordo com o qual 'as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes'. Aqui, embora não se trate de restrição efetuada pela Constituição à recepção de normas internacionais, cuida-se de limites expressos ao reconhecimento da eficácia interna de normas alienígenas no âmbito do direito positivo nacional." SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 147.

Primeiramente, insta consignar que, entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental, existe uma tênue diferença, no sentido de que a todo direito fundamental há uma norma que o assegure, donde se conclui que o conceito de norma de direito fundamental abarca o próprio conceito de direito fundamental, não se confundindo, ainda, a norma, com seu enunciado, que nada mais é do que a representação escrita da norma. “Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo”.¹⁴²

Diante da evolução histórica apresentada e da sua finalidade, os direitos fundamentais foram conceituados como prerrogativas e instituições capazes de assegurar uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.¹⁴³

Esta idéia encontra semelhança na definição de que direitos fundamentais são

un conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.¹⁴⁴

Embora estejamos diante de uma definição aberta, ampla, o seu conteúdo deve ser buscado com o auxílio da análise de expressões sinônimas de direitos fundamentais, citadas pelo próprio autor, e da forma como são empregadas, tais como: direitos naturais, direitos individuais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos e liberdades públicas. Ainda se refere-se aos direitos fundamentais, outro

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 47-53

¹⁴³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁴⁴ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 49.

autor, como direitos humanos, direitos do homem, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais.¹⁴⁵

A própria Constituição de 1988 utiliza-se de uma diversidade semântica, usando termos diversos para se referir aos direitos fundamentais. A exemplo, encontram-se, no texto constitucional, expressões como: 1. direitos humanos no art. 4º, inc. II; 2. direitos e garantias fundamentais na epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º; 3. direitos e liberdades constitucionais no art. 5º, inc. LXXI; e 4. direitos e garantias individuais no art. 60, § 4º, inc. IV). Em que pese a esta divergência de terminologia, há de se levar em consideração a opção pelo termo *direitos fundamentais* feita pelo Constituinte na epígrafe do Título II, quando se refere aos *Direitos e Garantias Fundamentais*, deixando claro que este termo genérico abrange todas as categorias ou espécies de direitos fundamentais, inclusive os direitos e deveres individuais e coletivos expostos no Capítulo I, os direitos sociais do Capítulo II, a nacionalidade, os direitos políticos e o regramento dos partidos políticos, respectivamente nos Capítulos III, IV e V.¹⁴⁶

Estas espécies de direitos fundamentais acolhidos pela Constituição brasileira demonstram diversas funções exercidas pelo direito fundamental, de acordo com as diretrizes da doutrina e jurisprudência alemã, sendo certo que o Constituinte brasileiro inspirou-se na Lei Fundamental alemã e na Constituição de Portugal de 1976. Vale ressaltar que direitos fundamentais também são direitos humanos, ainda que os seres humanos sejam representados por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Todavia, faz-se uma **distinção acadêmica** quando os direitos fundamentais estão positivados no texto constitucional de um

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 33.

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 34.

determinado Estado e os direitos humanos guardam relação com o direito internacional.¹⁴⁷

Dentre essas inúmeras denominações, manifestou-se que o critério mais adequado para determinar as diferenças das terminologias seria a *corrente positiva*, de forma que os direitos humanos revelam contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de forma que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, portanto, pode-se dizer que são direitos limitados espacialmente e temporalmente. Sua denominação seria, dessa forma, fundamentada no seu caráter estruturante do ordenamento jurídico do Estado de Direito.¹⁴⁸

A propósito das garantias das liberdades individuais, Loewenstein alude a determinados âmbitos de auto determinação individual

nos quais o Leviatã não pode penetrar e, embora submetidas a interpretações que variam com a diversidade de ambientes onde vigoram, tais garantias fundamentais são o núcleo inviolável dos sistema político da democracia constitucional regendo, como princípios superiores, a ordem jurídica positiva, *ainda quando não estejam formulados em normas constitucionais expressas*.¹⁴⁹

Assim, liberdade é um

referencial da existência humana, da vida e da convivência em conjunto do homem, tendo como pólo oposto o detentor da autoridade, para a obtenção do necessário ponto de equilíbrio...

¹⁴⁷ Ibid. p. 34-36

¹⁴⁸ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 46-47.

¹⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, Barcelona: Editora Ariel, 1986, p. 390 *apud* GARCIA, Maria. *Desobediência Civil, Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 178

pode-se proceder à experiência da regressão a fim de encontrar o momento em que, titulares da sua liberdade, os homens passam a obedecer, delineando-se desde então o âmbito específico em que se juridiciza esse fenômeno no quadro da convivência social, dada como sociedade política.¹⁵⁰

Reportam-se, ainda, ao surgimento de uma nova concepção de direitos fundamentais, com a previsão de **direitos sociais**, através das primeiras Constituições Republicanas alemã e espanhola – a de Weimar (1919) e a da Espanha (1931), além da Constituição do México (1917), a Constituição russa de 1918, e subseqüentes Constituições soviéticas. Só, então, em 1934, a Constituição brasileira consubstanciou direitos fundamentais sociais.¹⁵¹

Outro enfoque, porém, é dado aos direitos fundamentais quando conceituados como “direitos subjetivos dos indivíduos que vinculam (e limitam) o exercício do poder do Estado através de disposições de nível constitucional,”¹⁵² possibilitando aos seus titulares impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados.¹⁵³

Esta definição alberga elementos materiais e estruturais, semelhantes à definição de Carl Schmitt, segundo a qual “direitos fundamentais são somente aqueles direitos que pertencem ao mesmo fundamento do Estado e que, portanto, são reconhecidos como tais na Constituição”.¹⁵⁴ Robert Alexy, por sua vez, acrescenta a este conceito, o elemento formal, que aponta a forma de positivação do

¹⁵⁰ GARCIA, Maria. *Desobediência civil, direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 29

¹⁵¹ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves *apud* GARCIA, Maria. *Desobediência civil, direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 165.

¹⁵² DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações*- Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 13, jan. 2001

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 2. No mesmo sentido Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 55.

direito fundamental, por exemplo, designando um capítulo aos direitos fundamentais.¹⁵⁵

Dessa forma, cada carta constitucional pode dispor sobre os direitos fundamentais, prevendo e reunindo-os de acordo com a sua estrutura organizacional, agrupando-os em capítulo específico ou deixando-os esparsos no texto. Trata-se, na verdade, de elemento meramente formal relativo à disposição de tais direitos na Constituição, sem qualquer interferência na sua aplicação, senão na forma de interpretação a ser adotada levando em conta a forma de positivação dos direitos fundamentais.

Afora tal análise dos elementos conceituais formais, é certo que, tomando-se como paradigma a Declaração francesa de 1789, os direitos fundamentais, na sua gênese, visavam à proteção das pessoas contra a arbitrária e totalitária intervenção estatal. Mas não se trata de simples limitação particular à atividade estatal, e, sim, do efetivo exercício da soberania, consolidada na vontade popular, como elemento integrante do próprio direito fundamental (soberania individual, ou seja, exercício do direito a título subjetivo) em busca do bem comum, princípio este, contemplado no art. 1º da Constituição Federal brasileira, que afirma ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade de pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Assim, além de considerados direitos fundamentais na Constituição de 1988, os direitos humanos assumem a posição de

¹⁵⁴ SCHMITT, C. *Grundrechte und Grundpflichten*. 1932, e, do mesmo autor *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. 2. ed. Berlin, 1973, p. 190 *apud* ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 63.

elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, formando a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-lo (art. 60, § 4º).¹⁵⁶

A Constituição brasileira optou pelo sistema misto de princípios, o qual fundamenta a construção do ordenamento jurídico interno e, paralelamente, enumera uma série de direitos e garantias detalhados no texto constitucional. Este sistema misto¹⁵⁷ coexiste com dois outros que dão uma noção mais fechada para os direitos fundamentais. O primeiro, que é o sistema das cláusulas gerais, corresponde apenas ao enunciado de grandes princípios e, o segundo, o denominado sistema casuístico, é marcado por leis especiais que proclamam liberdades ou direitos mais concretos e individualizados.

A importância dos direitos fundamentais, indissociável do seu conceito, é destacada pela *Teoria Estruturante do Direito*, que atribui relevância às garantias conquistadas durante anos e normatizadas com caráter de obrigatoriedade (*verbindlich normiert*), fixando os seus conteúdos, funções e limites, concluindo-se, outrossim, que não há “Sistema Político civilizado” sem os direitos fundamentais, que funcionam, na Constituição, como o centralizador e fomentador dos objetivos estatais: paz, Estado Social de Direito (*sozialer Rechtsstaat*) e democracia.¹⁵⁸

No mesmo sentido, afirma-se a teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, como teoria estruturante porque investiga o conceito de direitos fundamentais, sua influência e fundamentação no sistema jurídico, possibilitando a

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 27-35 e p. 65.

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-2.

¹⁵⁷ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 65.

formação da base desses direitos através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.¹⁵⁹

Esses objetivos estatais são atingidos com diversas funções que os direitos fundamentais cumprem no ordenamento jurídico, dando origem a variadas classificações, podendo, pois, ser entendidos como: 1. direitos de defesa; 2. normas de proteção de institutos jurídicos e 3. garantias positivas do exercício de liberdades.¹⁶⁰

Enquanto direito de defesa, os direitos fundamentais protegem o particular contra interferências ilegítimas do Poder Estatal, quer seja do Legislativo, Executivo ou Judiciário. No caso de violação desses direitos, o indivíduo dispõe de meios legais para fazer valer os seus direitos, consistentes, basicamente, na pretensão de abstenção, de revogação, de anulação, de consideração – assim entendido o dever do Estado de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações – e, por fim, através de uma pretensão de defesa ou de proteção, que impõe ao Estado o dever de agir contra terceiros.¹⁶¹

Essa idéia de direito de proteção¹⁶² apresenta duas vertentes. Primeiro, obriga o Estado a observar os direitos específicos de cada titular específico, deixando-o ileso de intervenções inconstitucionais e/ou ilegais. Segundo, visa garantir os direitos fundamentais contra agressão originadas de terceiros. Essa forma de proteção será satisfeita através dos órgãos estatais, de forma que o Estado

¹⁵⁸ MÜLLER, Friedrich. *Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais*: especialmente com base na teoria estruturante do direito. (Manuscrito. 3ª parte).

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 39.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 2.

¹⁶¹ Ibid. p. 3

¹⁶² Expressão utilizada como sinônimo de direito de defesa por MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 11. No mesmo sentido SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 211.

deixa a posição de adversário para assumir a postura de guardião dos direitos fundamentais.¹⁶³

Por outras palavras, o Estado se obriga não só a controlar o excesso, mas, também, a suprir a omissão do próprio Estado quando houver intervenção indevida de terceiro. Assim, se abstém de praticar ingerências nos direitos fundamentais, além de se obrigar a protegê-los contra intervenção de particulares.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã classificaram o dever de proteção em: 1. dever de proibição (consistente no dever de se proibir determinada conduta); 2. dever de segurança (dever de proteção do indivíduo contra intervenção de terceiros mediante adoção de medidas diversas) e 3. dever de evitar riscos para o cidadão (editando medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico).¹⁶⁴

Já como normas de proteção de institutos jurídicos, os direitos fundamentais apresentam-se como garantidores de institutos constitucionalmente previstos que dependam de disciplina normativa, através da intervenção do legislador, para a sua concretização. Nesse diapasão, não se pode conceber, destarte, por si só, o direito à herança ou à propriedade, sem a intervenção do legislador disciplinando-os normativamente.¹⁶⁵ Neste mesmo rol, são encontrados os direitos previdenciários, os de proteção da criança, da família e da saúde, que também necessitam da intervenção legislativa para sua concretização.

¹⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004, p.11. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 211.

¹⁶⁴ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke, *Casebook Verfassungsrecht*, 3. ed., München: C. H. Beck, 1996, p. 35-36 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 12. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 430.

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 4-5.

O direito fundamental, neste caso, assinala autêntica garantia constitucional, exigindo a obrigação de implementar medidas positivas com vista a garantir e proteger, efetivamente, a sua fruição, sendo que o meio de realização desta proteção pode se por “meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos.”¹⁶⁶

Por fim, não raras vezes, determinado direito fundamental não pode ser concretizado por ausência de elementos materiais e normativos. Para tanto, deve ser invocada a função de garantia positiva do exercício de liberdades, última função do direito fundamental, como antes mencionado. Neste diapasão, denota-se a impossibilidade de se fazer valer o direito à saúde, se o Estado não cumprir o programa traçado constitucionalmente, deixando de propiciar estrutura física básica, medicamentos e instrumentos necessários às consultas e às intervenções médicas ou, então, deixa de regulamentar o sistema de saúde através de atos normativos, possibilitando a descentralização do sistema.

Incumbe ao Estado, destarte, além de não intervir na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos - função que lhe é clássica - o dever de colocar-lhes à disposição os meios materiais e implementar condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício dos seus direitos fundamentais.¹⁶⁷ O Estado assume verdadeira postura ativa, no sentido de colocar prestações de natureza jurídica e positiva.¹⁶⁸ Forma-se, então, a chamada *relação trivalente*¹⁶⁹ entre um titular de direito fundamental, o Estado e a ação positiva do Estado.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 212.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 6.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 211-212.

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de obrigar o Estado a fornecer ao titular o direito de dispor de prestações para satisfação do direito constitucional que lhe é assegurado.

Como é cediço, a função dos direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa, às vezes, não é suficiente para assegurar a pretensão de eficácia emanada do texto constitucional. Por exemplo, podem faltar, para a perfeita concretude do direito, os elementos material ou normativo. Não se cuida apenas de “ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit vom...*), mas de desfrutar essa liberdade mediante a atuação do Estado (*Freiheit durch...*)”.¹⁷⁰ Esta situação leva a entender o direito às prestações positivas, que devem ser dispostas pelo Estado.

No direito brasileiro, porém, esta discussão é minimizada pelo fato do Constituinte ter reservado um capítulo aos *direitos sociais*, que também vinculam o Estado às prestações necessárias para sua efetivação. A exemplo, encontra-se o direito à educação, à assistência social, à previdência social e o direito à saúde, sempre dependentes da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.¹⁷¹

Ainda assim, fala-se em direitos fundamentais sociais como aqueles que exigem, do poder público, certas prestações materiais, através da implementação de políticas sociais que possibilitem a concretização dos direitos constitucionais.¹⁷²

Destarte, direitos fundamentais são direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional, pois asseguram a implementação por seus

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 431.

¹⁷⁰ KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, p. 617 (624) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 7.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 7.

titulares, exigindo efetiva atuação estatal, bem como formando a estrutura do ordenamento jurídico do Estado, através das funções de defesa, proteção das normas, proteção dos institutos e garantias positivas do exercício de liberdades, além de bem distinguirem os direitos sociais, merecedores, da mesma forma, de prestações positivas.

É neste sentido que os direitos fundamentais

não restringem, mas sim ampliam, aprimoram e fortalecem o *corpus* dos direitos humanos já reconhecidos; revelam novas dimensões de implementação dos direitos humanos e contribuem para clarificar o contexto social em que todos os direitos humanos se inserem.¹⁷³

Aliás, como afirmado na doutrina, um das bases da democracia é a garantia de certos direitos fundamentais do homem, além da valorização do indivíduo e da personalidade humana integrada, assim como o compromisso entre idéias opostas para uma solução pacífica.¹⁷⁴

3.1.5 Restrição e configuração legislativas dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, no plano infraconstitucional, podem se concretizar levando em consideração três aspectos materiais: 1. ausência de restrição; 2. restrição (intervenção ou limitação); e 3. configuração (conformação).¹⁷⁵

Essas últimas modalidades se manifestam através de lei, daí dizer-se em normas

¹⁷² CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 03.

¹⁷³ CANÇADO, Trindade, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 41-42.

¹⁷⁴ GARCIA, Maria. Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil. In: _____. (coord.) *A democracia e o modelo representativo*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, 41/82.

¹⁷⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

legais restritivas e normas legais conformadoras. As normas restritivas limitam posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais. As outras, conformadoras, pretendem complementar, densificar, concretizar o conteúdo aberto, abstrato ou incompleto dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais.¹⁷⁶

Dentro desse espectro de limitações ou intervenções em direitos fundamentais, destacam-se as hipóteses de *reserva de lei ordinária* (simple reserva legal ou simple restrição legal), *reserva de lei qualificada* (reserva legal ou restrição legal qualificada) e *reserva de lei geral*.¹⁷⁷

A reserva de lei ordinária autoriza o legislador infraconstitucional a impor restrições a direitos fundamentais, sem qualquer pressuposto. Mas é evidente que a competência do legislador não é ampla, mas sim vinculada, material e formalmente, à própria Constituição e aos direitos fundamentais.¹⁷⁸ Nesses termos, pode-se citar, como exemplos, as limitações aos direitos individuais de inviolabilidade de liberdade de consciência e de crença, ficando assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias; é assegurada, *nos termos da lei*, a prestação de assistência social religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; e ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir a liberdade provisória*, com ou sem fiança (art. 5º, incisos VI, VII e LXVI, CF, entre outros).¹⁷⁹

A segunda espécie de reserva, denominada reserva de lei qualificada, é a autorização para concretizar restrições, exigindo, para tanto, determinados

¹⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1131.

¹⁷⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 34-35.

¹⁷⁸ *Ibid.* p. 34.

pressupostos ou objetivos a serem atingidos,¹⁸⁰ ou seja, a Constituição não se limita a exigir que a limitação seja prevista em lei, mas, também, que possuam condições especiais a serem perseguidas. Assim ocorre com o art. 5º, CF, que garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*.¹⁸¹

A reserva de lei geral assemelha-se à reserva de lei ordinária, porém, não ao objetivo específico. Sua existência é discutida por Karl August Bettermann e Robert Alexy, afirmando, o primeiro, que a lei geral não tem a função de restrição ou limitação direta, mas, sim, caráter acessório indireto.¹⁸² Alexy, por sua vez, rejeita a reserva de lei geral ao afirmar que a “Lei Fundamental” renunciou, expressamente, às cláusulas restritivas gerais ao dotar as diferentes garantias de direitos fundamentais com restrições muito variadas.¹⁸³

Afora a reserva geral, o assunto foi tratado sob outro aspecto, enfocando-se os direitos fundamentais sem expressa previsão legal. A constituição foi silente neste aspecto. Todavia, não se nega a existência de abusos decorrentes do titular do direito fundamental, gerando, assim, verdadeiro conflito com outro direito fundamental. A Corte Alemã, instada a pronunciar-se sobre o tema em caso relacionado com as recusas à prestação de serviço militar, manifestou que

Apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional pode excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e à sua ordem de valores,

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 33.

¹⁸⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 37.

¹⁸² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 36.

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 117.

legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal.¹⁸⁴

Conclui-se, assim, que somente uma colisão de direitos fundamentais legitimaria o estabelecimento de restrição a um direito não submetido à reserva legal expressa, quando, então, poder-se-ia justificar esta intervenção em direitos de terceiros ou em outros princípios de hierarquia constitucional.¹⁸⁵

Diz-se, ainda, que toda restrição será válida se, de alguma maneira justificada constitucionalmente, afirmar-se que ela é uma necessidade que se impõe em razão da unidade da Constituição e da harmonização dos direitos e bens por ela protegidos, sempre submetidos a controles formal (competência, procedimento, forma) e material (princípio da proporcionalidade e proteção do núcleo essencial).¹⁸⁶

3.1.6 Direitos fundamentais: necessidade para solução do conflito entre saúde e liberdade econômica

Logo no primeiro capítulo do trabalho enfocou-se a importância do aleitamento materno, anotando as suas bases anátomo-piso-fisiológicas, a bioquímica, os elementos nutricionais e sua incrível capacidade imunológica. Demonstrou-se, ainda, como uma equipe multidisciplinar pode atuar como ferramenta para o êxito do manejo clínico da lactação.

Por fim, concluiu-se que, para que haja o efetivo aumento da prevalência da amamentação, esses conhecimentos devem ser aliados a uma

¹⁸⁴ BVerfGE 28, 243 (26). Cf. também, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 108 apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 40.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 40.

¹⁸⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37-39.

estratégia de políticas públicas, voltadas para a saúde coletiva e, principalmente, com normas de comercialização de alimentos infantis.

O objetivo final é contribuir para que gerações futuras cresçam e se desenvolvam de forma mais saudável, pois o meio de

alimentação da criança nos primeiros meses de vida continua sendo um dos grandes problemas de saúde pública. O número de mortes que resultam de práticas inadequadas supera de longe a mortalidade causada por guerras mundiais. Além do elevado número de mortes, a alimentação inadequada da criança nos primeiros meses de vida também resulta em custos elevados com o tratamento de patologias associadas e expõe a criança ao risco de subnutrição, que pode afetar definitivamente o seu desenvolvimento mental e a sua qualidade de vida.¹⁸⁷

A proteção pretendida, embora amparada em textos legais, destacou, à primeira vista, dois direitos constitucionais em tensão: o direito à saúde e o direito à liberdade econômica - ambos direitos fundamentais - já que para proteção, incentivo e promoção do aleitamento materno houve a edição de atos normativos do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Tais atos, porém, limitam a liberdade do fabricante, comerciante e distribuidor de fabricar, comercializar e promover os seus produtos como melhor lhe aprouvesse.

Flagrante, portanto, o autêntico conflito de direitos fundamentais, cuja solução será sugerida em capítulo próprio, utilizando-se de metodologia alemã adaptada ao direito brasileiro.

Para tanto, necessário se faz entender o que é direito fundamental dentro das teorias existentes, principalmente a Teoria dos Direitos Fundamentais, de

¹⁸⁷ Trecho extraído do prefácio assinado por Alberto Carvalho da Silva, Professor Catedrático de Fisiologia e Professor Emérito, Faculdade de Medicina da USP; Professor Honorário, Instituto de Estudos Avançados, USP; e Consultor do Banco Mundial em Programas de Nutrição, ao livro

Robert Alexy. A história do direito fundamental foi apresentada, remontando-se à Declaração de Virgínia, de 12 de janeiro de 1776, seguindo-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, de 1789, explicitando a natureza jusnaturalista desses direitos. Chegou-se, assim, à Declaração Universal de 1948 que, além de valores básicos universais (vida, liberdade e igualdade), abarca direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, indissociáveis da dignidade humana, afirmando o direito à saúde e o bem estar, inclusive à alimentação adequada e do resguardo dos direitos de cuidado e assistência à maternidade e à infância.

Pacificou-se que direito fundamental é um direito subjetivo que vincula e, ao mesmo tempo, limita o exercício do Poder Estatal, consignado em texto constitucional. Essenciais à estrutura da Constituição, tornam-se elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição. Seus importantes elementos levaram à criação da Teoria Estruturante do Direito, que atribui relevância às garantias conquistadas durante anos e normatizadas com caráter de obrigatoriedade.

Os objetivos estatais são alcançados através de diversas funções que os direitos fundamentais cumprem no ordenamento jurídico, dando, assim, origem a várias classificações, como direitos de defesa, normas de proteção de institutos jurídicos e garantias positivas do exercício de liberdades.

Com base nesse estudo, mormente nas classificações dos direitos fundamentais, será feita a análise dos direitos colidentes (saúde e liberdade econômica), quando, então, procurar-se-á alocar cada um deles, verificando-se a existência ou não de reservas legais, de justificativas das intervenções estatais e da proporcionalidade do ato normativo, que levarão à constitucionalidade ou

Amamentação: bases científicas, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S/A, 2. ed., 2005, de autoria de Marcus Renato de Carvalho e Raquel N. Tamez.

inconstitucionalidade da NBCAL - Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras.

3.2. Doutrina da proteção integral

3.2.1 Origem da doutrina da proteção integral e a promoção, proteção e apoio do aleitamento materno

Impossível falar-se em *Doutrina da Proteção Integral* sem antes se reportar à *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Com a afirmação dos direitos humanos ou direitos fundamentais, conforme mencionado no item anterior, reconheceu-se a dignidade não só do homem enquanto pessoa única, mas de toda a família - nela integrada a criança, ficando expressa a necessidade de proteger a infância e promover-lhe os cuidados e a assistência especial¹⁸⁸, assegurando-lhe, dessa forma, desenvolvimento pleno e adequado, respeitada a sua condição peculiar de ser em formação, preparando-lhe para o exercício da cidadania adulta.

Nesse sentido afirmou-se que

A Convenção sobre os Direitos da Criança incorporou toda a gama de direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – e proveu-lhes o respeito e a proteção de todos os direitos das crianças, sendo o ponto de partida para o completo desenvolvimento

¹⁸⁸ Neste sentido: Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança (1924); Carta das Nações Unidas, de 1945; Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Declaração sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Regras Mínimas para a Administração da Justiça Juvenil das Nações Unidas (“Regras de Beijing” – Res. 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29/11/85); Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar da Criança (Resolução da Assembleia Geral n. 41/85, de 03 de dezembro de 1986) e Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situações de Emergência e de Conflito Armado (25/05/2000).

do potencial individual em uma atmosfera de liberdade, dignidade e justiça.¹⁸⁹

O aparecimento de diversos textos internacionais (Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança; a Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral dos Direitos em 20 de novembro de 1959; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e os estatutos e instrumentos das Agências Especializadas e organizações internacionais voltadas para o bem estar das crianças) determinou um progresso dessas normas esparsas, contidas em textos não específicos do bem estar das crianças, levando, assim, à tentativa de uma legislação específica e adequada a tais conceitos. O raciocínio foi deixar uma norma genérica dotada de regras especiais para criar uma norma conceitual, de objetivo único, compatível com diversas culturas e sociedades, encampando os termos da Convenção. Definiu-se, então, a base do que seria a “doutrina da proteção integral da criança”.¹⁹⁰

O cerne dessa doutrina está na atribuição de prerrogativas e privilégios concernentes à seguridade social, educação, trabalho e convívio, assegurando às crianças o dever de beneficiar-se e dispor de oportunidades e serviços, através de lei ou por outros meios, permitindo o seu desenvolvimento saudável e normal, tanto no plano físico, intelectual, assim como em condições de liberdade e dignidade, sendo que, em todos os dispositivos legais criados com estas intenções, será considerado, fundamentalmente, o superior interesse da criança.¹⁹¹

¹⁸⁹ MATERSON, Jan. Sub-secretário Geral das Nações Unidas para os Direitos Humanos, durante a cerimônia de assinatura da Convenção, em 26 de janeiro de 1990. Disponível em < <http://www.unesco> >. Acesso em: 26 fev. 2004.

¹⁹⁰ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os Direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre : Fabris Editor. 2001, p. 71-72.

¹⁹¹ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre : Fabris Editor. 2001, p. 72.

Concebida à luz da *Declaração sobre os Direitos da Criança*, de 20 de novembro de 1959¹⁹², a Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990¹⁹³, tem esse objetivo bem marcado em seus cinquenta e quatro artigos. Acolhe a idéia de desenvolvimento integral da criança, atribuindo-lhe a condição de sujeito de direitos, e não objeto de intervenção do direito, exigindo-lhe, ainda, proteção especial e absoluta prioridade, dando, assim, origem ao que, doutrinariamente, denominou-se “Doutrina da Proteção Integral”.¹⁹⁴

A proteção da criança, na Convenção de 1989, está contida em um espectro variável de direitos e garantias, partindo do direito à igualdade e chegando à garantia da reserva legal, do estado de inocência, do amplo direito de defesa, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição e da privacidade.¹⁹⁵ Neste diapasão, ficou reconhecido o “**direito inerente à vida**”,¹⁹⁶ devendo o Estado assegurar, “**ao**

¹⁹² Destaque feito à Declaração de 1959 porque faz menção específica à “proteção e cuidados especiais” da criança, bem como afirma, no PRINCÍPIO 2º, que “A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, **a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade.**” (g.n.), enunciado, este, adotado integralmente na segunda parte do art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não se rechaça, evidentemente, a importância dos demais textos internacionais mencionados na nota acima. Ressalta-se, ainda, a extensão do preâmbulo da referida Declaração quando afirma “**que a Humanidade deve à criança o melhor de seus esforços**” . Sem dúvida alguma, constitui evidente pacto de responsabilidade humana universal que, aliás, foi bem compreendida pelo Constituinte de 1988, ao consignar que “**É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação...**” (g.n.), entre outros tantos direitos fundamentais (Art. 227 da Constituição Federal).

¹⁹³ Decreto de ratificação nº 99.710, de 21/11/90.

¹⁹⁴ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 21; CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: 2003. p. 15, ; CURY, GARRIDO & MARÇURA. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 19. No mesmo sentido: MENDEZ, Emílio Garcia & COSTA, Antônio Carlos Gomes da Costa. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994, 71.

¹⁹⁵ Artigos 2º a 40 da Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989. (anexo)

¹⁹⁶ “Artigo 6º - 1. Os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito à vida.

2. Os Estados-partes assegurarão **ao máximo** a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.” (g.n.)

máximo”,¹⁹⁷ a sobrevivência e o desenvolvimento da criança, proporcionando-lhe, para tanto, o “**melhor padrão possível de saúde**”.

Sintetizando a doutrina da proteção integral, já se afirmou que ela deve “ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade”,¹⁹⁸ ou seja, a proteção integral da criança busca propiciar e garantir o desenvolvimento saudável e integridade à criança e ao adolescente.¹⁹⁹

A plena satisfação desses dois direitos fundamentais (vida e melhor padrão possível de saúde), indissociáveis por natureza, pois sem saúde não há vida digna e sem vida não há o que ser protegido, é importante, pois obriga os países partícipes da Convenção a adotarem medidas necessárias para **reduzir a mortalidade infantil, combater a desnutrição**, assegurar às mães adequada assistência pré e pós-natal, assegurar o conhecimento básico de saúde e nutrição das crianças, **as vantagens do aleitamento materno** e a adoção de medidas eficazes e adequadas para **abolir práticas prejudiciais à saúde da criança**.²⁰⁰

A importância da proteção da criança ganhou relevo com a *Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento das Crianças nos Anos 90*, fruto do Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, realizado nos dias 28 e 29 de setembro de 1990, na sede das Nações Unidas, em Nova Iorque, que colheu o compromisso de líderes mundiais na melhoria da saúde e da nutrição de crianças e mães, intitulado a saúde e a adequada nutrição como causas da morte de

¹⁹⁷ A expressão (“ao máximo”), utilizada no item 2 do artigo 6º da Convenção sobre os Direitos da Criança, epigrafado na nota 63, dá a perfeita idéia de proteção integral, devendo o Estado empenhar todos os esforços para garantia de uma sobrevivência longa e perfeito desenvolvimento da criança.

¹⁹⁸ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 2.

¹⁹⁹ DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

²⁰⁰ Artigo 24, itens 1; 2, a, c, d, e; e 3, da Convenção sobre os Direitos da Criança

milhares de crianças²⁰¹, instituindo, ainda, plano de ação para sua efetivação. Mais do que isso, **compromissou os seus signatários a implementarem a Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Como ação básica na estratégia de erradicação da fome e da desnutrição infantil, afirmou a necessidade de uma alimentação familiar segura e adequada, mediante **promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno** e às práticas complementares de alimentação²⁰².

3.2.2 Doutrina da proteção integral no Brasil.

O Brasil, todavia, não necessitou dessa advertência formulada no Encontro Mundial de Cúpula pela Criança. Antes de ratificar a Convenção sobre os Direitos da Criança (24.09.90), até mesmo antes da adoção desta Convenção pela própria ONU (20.11.89), os direitos fundamentais dos infantes estavam consagrados na Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988.

O artigo 227 da Magna Carta, pois, diante de todos os precedentes internacionais humanitários já mencionados, e voltado ao valor máximo da vida humana: a dignidade, atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de

assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão,

tal como preconizaria a Convenção sobre os Direitos da Criança um ano mais tarde.

²⁰¹ Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento das Crianças nos Anos 90, item 10.

²⁰² Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento das Crianças nos Anos 90, item 13 e 14.

Note-se que, em momento algum, é retirada da criança a sua existência como pessoa, ao contrário, afirma a doutrina da proteção integral, que se trata de pessoa em condição especial de desenvolvimento, assegurando-lhe, também, direitos fundamentais, como explicitado no parágrafo anterior.

Assim, enquanto pessoa, a criança tem os seus direitos assegurados, inclusive os fundamentais, e mantém uma relação com o Estado, que a qualifica, dando-lhe *status*, conforme asseverado por George Jellinek na sua *teoria do status*.

Esta relação pode se dar em várias dimensões: *status pasivo* (o indivíduo encontra-se em uma relação de submissão ao Estado, dentro da esfera do dever individual), *status negativo* (relação na qual o indivíduo age com liberdade – liberdade individual -, vedada a intervenção estatal), *status positivo* (relação na qual o Estado confere ao indivíduo o *status civitatis* – ‘status de la civilidad’²⁰³, garantindo prestações e atividades, bem como facilitando as medidas jurídicas para sua satisfação) e, por fim, *status activo* (relação em que o Estado outorga ao indivíduo capacidades que estão fora das suas liberdades naturais, como o direito ao sufrágio).²⁰⁴

Nessa classificação, o art. 227 da CF revela um direito de *status positivus* ou social, que permite à criança exigir prestações do Estado. Sua essência reside na obrigação de atuação estatal em favor da melhoria das condições de vida da população, por outras palavras, traduz-se em política social,²⁰⁵ principalmente em favor da criança que possui absoluta prioridade.

Tão clara a adoção da *doutrina da proteção integral* na Constituição Federal que o seu artigo 227 “é reconhecido na comunidade internacional como a

²⁰³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 256.

²⁰⁴ Ibid. p. 247-261.

síntese da Convenção da ONU de 1989, ao declarar os direitos especiais da criança e do adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado”.²⁰⁶

A mobilização para a reforma do sistema aplicado às crianças e aos adolescentes foi de caráter, inegavelmente, democrático e humanitário, tanto que a Constituição Federal destaca a priorização dos direitos humanos, cuja proteção configura um dos cinco fundamentos do Estado Democrático de Direito da Nação Brasileira.²⁰⁷

A Convenção de 1989 foi, sem dúvida, o instrumento que chamou a atenção dos movimentos sociais relativos, requisitando a implementação de políticas públicas para melhorar as condições de vida da infância.²⁰⁸

A partir de então, o sistema jurídico infanto-juvenil iniciava profunda transformação. O Código de Menores de 1979²⁰⁹ deu lugar ao Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de outubro de 1990, obedecido o período de *vacatio legis* de noventa dias. A criança e o adolescente não eram mais objeto de intervenção dos direitos e interesses dos adultos, mas sim sujeito de direitos, devendo a interpretação da lei levar em consideração a sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.²¹⁰ A *Doutrina da Situação Irregular* dá lugar à *Doutrina da Proteção Integral*.²¹¹

Note-se que, somente no século XX, surgiram as primeiras leis específicas para *menores*, isto em decorrência da decadência dos estabelecimentos,

²⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução do estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 250.

²⁰⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. A proteção da infância e adolescência no Brasil. *Revista de Direito Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 60, p. 22-39 1992.

²⁰⁷ MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção constitucional de crianças e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 55.

²⁰⁸ MENDEZ, Emílio Garcia & COSTA, Antônio Carlos Gomes da Costa. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.72.

²⁰⁹ Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. (anexo)

²¹⁰ Art. 6º do Estatuto da criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

que abrigavam adolescentes e adultos, em manifesta promiscuidade, leis, estas, consubstanciadas na *doutrina da situação irregular*. De caráter visivelmente assistencialista, inspirou os primeiros códigos de menores nos países latino-americanos (Argentina, em 1921; Brasil em 1923; México em 1927; Chile 1928;²¹² e Venezuela em 1939). A sua essência era a livre intervenção estatal para tutelar as crianças e adolescentes abandonados, quer sob o aspecto material, quer sob o aspecto moral.²¹³

Diante deste contexto surgiram os primeiros tribunais de menores e a figura do juiz de menores, com competência penal e tutelar (diga-se assistência social), cabendo-lhe, ainda, resolver as deficiências do sistema.²¹⁴

Todavia, como se vinha ocorrendo, com base na Convenção Internacional dos Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989, instalou-se uma nova pedagogia das garantias em substituição à pedagogia da discricionariedade.²¹⁵

O Estatuto da Criança e do Adolescente, atendendo ao novo dispositivo constitucional, confirmou a *Doutrina da Proteção Integral* e transcreveu, *ipsis litteris*, o artigo 227 da Constituição, incluindo, assim, na legislação infraconstitucional, a prioridade absoluta na efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, conforme se verifica no seu artigo 4º.

Já no seu artigo 1º, o Estatuto deixa evidente a adoção da doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes, afirmando tal disposição na

²¹¹ MENDEZ, Emílio García & COSTA, Antônio Carlos Gomes da Costa. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.51.

²¹² Ibid. p. 18.

²¹³ OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de. *Ato infracional e direitos fundamentais: um novo paradigma para a aplicação de medidas sócio-educativas*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) Curso de Direito - Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba. 2004, p. 18.

²¹⁴ MÉNDEZ, Emílio García. *Derecho de la infancia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Colômbia ; Santa Fé de Bogotá: Fórum Pacts, 1994, p. 17-18

²¹⁵ MENDEZ, Emílio García. *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*, 1988. p. 18. ; MENDEZ, Emílio García; BELLOF, Mary. Buenos Aires: Temis, 1988. p. 27.

condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, com direitos próprios e especiais.²¹⁶

Por se acharem nesta condição peculiar, de maior vulnerabilidade, é que se procurou criar um sistema que permitisse à criança e ao adolescente desenvolverem suas potencialidades humanas em plenitude. “Crianças e adolescentes são *pessoas* que ainda não desenvolveram completamente sua *personalidade*”.²¹⁷ Daí a legislação específica.

Não se restringiu, porém, a afirmar tais direitos, garantiu também, através do artigo 3º, “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, cujas oportunidades e facilidades devem ser asseguradas por **lei** ou por **outros meios** que instrumentalizem o alcance desses direitos como, por exemplo, as medidas de política pública, que podem se expressar através de atos normativos do Poder Executivo, que possuem a finalidade de estabelecerem parâmetros para fiel execução da lei.

Ao referir-se a “outros meios” o legislador quis deixar claro que a lei não é a única forma de garantir os direitos fundamentais das crianças. A concretização desses direitos não se esgota na edição de leis, mas se operacionaliza, também, através de políticas públicas e atitudes efetivas da sociedade.^{218 e219} Por sua vez, as políticas públicas são implementadas através de atos administrativos decorrentes do poder normativo do Estado.

²¹⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2003, 7. ed., p. 13.

²¹⁷ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 109.

²¹⁸ COELHO, João Gilberto Lucas Coelho. Comentário ao artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. IN: CURY, Munir. (coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*:. Comentários jurídicos e sociais, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36.

²¹⁹ A expressão “programática”, aqui, é utilizada para designar o conjunto de medidas a serem praticadas, de forma obrigatória. O princípio constitucional da prioridade absoluta não é norma de eficácia contida de caráter programático, mas sim de eficácia plena e imediata. Ora, afirmando direitos constitucionais, o art. 227 da Constituição federal deve ser analisado em consonância com o

Cita-se, como exemplo do poder normativo da Administração, o decreto regulamentar, privativo do Chefe do Executivo, e as “resoluções, portarias, deliberações e instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo”.²²⁰ Vale lembrar que a NBCAL é formada pelo conjunto de uma portaria do Ministro da Justiça e de duas resoluções da ANVISA, órgãos integrantes da Administração Pública no âmbito do Executivo, e tem por objetivo o incentivo do aleitamento materno, como forma de reduzir a mortalidade infantil, garantindo o direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento físico e mental da criança.

Seguindo o estudo dos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são mais uma vez afirmados pelo Estatuto, no Título II, que reservou o Capítulo I ao direito à vida e à saúde, disciplinando-os nos artigos 7º a 14, com menção expressa ao aleitamento materno no artigo 9º.

Conclui-se, dessa forma, que a *Doutrina da Proteção Integral*, de origem imediata constitucional, foi bem entendida pelo legislador ordinário que, em dois artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 3º e 4º), conjugou os termos “**proteção integral**” e “**absoluta prioridade**”, respectivamente, referindo-se, no primeiro, ao conjunto de direitos atribuídos às crianças e aos adolescentes, que exige, primordialmente, não um comportamento negativo do Estado, mas uma postura positiva de implementação “programática”²²¹ e ²²² da satisfação dos direitos fundamentais, de forma obrigatória e não meramente sugestiva ou exemplificativa.

artigo 5º, parágrafo 1º, CF, que atribui imediata aplicação às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Assim, é dever do Estado garantir o efetivo acesso à saúde materno-infantil, no presente caso, implementando as políticas públicas necessárias através dos órgãos competentes.

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 1993. p. 71.

²²¹ VERCELONE, Paolo. Comentário ao artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*, 6. ed. São Paulo: 2003. p. 35.

²²² A expressão “programática”, aqui, é utilizada para designar o conjunto de medidas a serem praticadas, de forma obrigatória, não se confundindo com as normas constitucionais programáticas

Fala-se, então, em uma pretensão política de proteger juridicamente a criança e o adolescente, diante de um sistema que lhes atribui a titularidade de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado, os quais, não raras vezes, sob o pretexto de proteger a criança, acabam por negar os seus mais básicos direitos. Tal proteção é integral porque atinge a totalidade das relações, inclusive, interpessoais.²²³

A idéia de proteção integral está estritamente ligada aos direitos fundamentais, entre eles os sociais, fixados na Constituição Federal. Trata-se, na verdade, da proteção integral aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, que, por sua vez, não se materializará sem a efetivação dos direitos sociais (saúde, educação, profissionalização e alimentação). Daí a necessidade de implementação de políticas públicas para concretização desses direitos, com o fito de alcançar a proteção integral da infância e juventude²²⁴, de forma igualitária.

Importante destacar a série de perguntas formuladas por Paulo Afonso Garrido de Paula²²⁵, que esclarece a essência da proteção integral e insere, no seu contexto, sem dúvida alguma, o direito à saúde e a obrigação do Estado em garanti-lo:

Em resumo, proteger de quem? Da família, da sociedade e do Estado. E proteger como? Através de direitos e garantias expressos pelo legislador mediante um sistema jurídico que revele, pelo seu valor intrínseco, crianças e adolescentes. E proteger o quê? Os

que, se não tiverem lei infraconstitucional consoante roteiros de ação gizados na Constituição, não são aplicáveis, resumindo-se em normas desprovidas de valor normativo com aplicação possível. O princípio constitucional da prioridade absoluta não é norma de eficácia contida de caráter programático, mas sim de eficácia plena e imediata. Ora, afirmando direitos fundamentais, o artigo 227 da Constituição Federal deve ser analisado em consonância com o artigo 5º, parágrafo 1º, CF, que atribui aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

²²³ DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23-24.

²²⁴ MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção constitucional de crianças e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 136-137.

²²⁵ DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da criança e do Adolescente e tutela jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

interesses fundamentais da criança ou adolescente à vida, saúde, educação, liberdade, lazer, convivência comunitária, integridade física, mental, espiritual etc.

A segunda expressão (absoluta prioridade), por sua vez, traduz a obrigatoriedade, nas prioridades do Governo, de assumir e concretizar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, que devem ser rigorosamente observados através das tarefas do Estado, mormente através da formulação e execução de políticas públicas, tais como, por exemplo, de ensino, trabalho, saúde e segurança social, além de outras primazias enumeradas no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente²²⁶. Aliás, esta é a função de uma constituição dirigente.²²⁷

A efetivação do interesse juridicamente protegido da criança ou do adolescente ganha frente em relação aos interesses adultos, ocupando espaço primordial no mundo jurídico, isto porque a rapidez das transformações do dinamismo da criança exige a imediata concretude dos seus direitos, sob pena de torná-los ineficazes se mais tarde realizados. A presteza nestes direitos é condição de validade para que se dêem no tempo certo, assegurando o desenvolvimento pessoal e garantindo a integridade, sob pena de conseqüências irreparáveis, representadas, muitas vezes, pela morte ou debilidade física ou mental. Nesse conjunto de necessidades infanto-juvenis, que precisam ser priorizadas, pressupõem-se condições materiais e fundamentais como a alimentação, saúde, educação, liberdade, cultura, lazer.²²⁸

²²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Comentário ao artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir. (coord.) *Estatuto da criança e do Adolescente Comentado*. Comentários jurídicos e sociais, 6. ed. São Paulo: 2003. p. 37-44.

²²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.; participantes Agostinho Ramalho Marques Neto... [et al.]. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Resenha do Prefácio da 2ª edição, item 06, da obra *Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2. ed.: resenha de um prefácio (Eros Roberto Grau).

²²⁸ DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da Criança e do adolescente e tutela jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39-40.

E outra não foi a intenção do Constituinte de 1988 ao dispor sobre o objetivo fundamental da República, assim considerada a garantia do desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, visando ao bem de todos. Esta finalidade constitucional específica revela a necessidade de realizar inúmeras tarefas de incumbência ao Estado, tanto de caráter econômico, como social, entre elas a promoção da infância,²²⁹ incluídas a alimentação adequada e saúde.

Este dever de desenvolvimento nacional, não apenas econômico-financeiro, mas também humano, guiado pelas liberdades fundamentais, do qual não pode mais o Estado se afastar,²³⁰ é justamente alcançado com a implementação de políticas públicas, que, por estarem previstas no texto constitucional, tornam-se instrumento jurídico normativo colocado à disposição da República para atingir os seus objetivos constitucionais.²³¹

Neste sentido, exatamente, conceituou-se política pública como

instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o Executivo e o Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário.²³²

É de se frisar que, apesar de flagrante o caráter programático das disposições do artigo 3º da Constituição Federal, acima analisado, como também o

²²⁹ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004, p. 97-102 e 171-240.

²³⁰ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 67.

²³¹ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Os direitos fundamentais são absolutos? A tendência inflacionária do processo de positivação e o paradoxo da dispersão dos enfoques. *Caderno do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 238, dez. 2003.

são, via de regra, os dispositivos constitucionais que tutelam direitos sociais, tais normas não perdem os seus efeitos jurídicos obrigatório e vinculante.²³³

A distinção entre as normas programáticas e as demais normas decorre da sua densidade normativa. Assim, existem normas mais densas, completas, concretas, que não deixam qualquer margem de interpretação. Outras, porém, mostram-se mais abertas, deixando um espaço discricionário para que o aplicador possa concretizá-las. Essas que possuem um menor grau de densidade necessitam de normas inferiores que afirmem o seu sentido e modo de execução, ficando a autoridade estatal competente incumbida deste dever, adotando as estratégias necessárias,²³⁴ como a formulação de políticas públicas a serem implementadas, tal como acima descrito.

A doutrina da proteção integral refere-se, portanto, a todos os direitos inerentes às crianças e adolescentes, observada e respeitada a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, e que devem ser garantidos através de lei ou de políticas públicas integradas entre a família, a sociedade e o Estado,²³⁵ concretizando a finalidade das normas constitucionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente está estruturado em três grandes sistemas de garantia: **a. sistema primário**, voltado para as políticas públicas de atendimento (art. 4º e arts. 85/87); **b. sistema secundário**, que visa ao atendimento de crianças e adolescentes vítimas, em situação de risco pessoal ou social decorrente de ação ou omissão da sociedade ou do Estado; falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável e, ainda, em razão da própria conduta da criança ou

²³² SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004, p. 97.

²³³ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução do estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80.

²³⁴ *Ibid.* p. 78-79.

adolescente, como disciplinado nos arts. 98, 101 e 136, I); **c. sistema terciário**, referente às medidas sócio-educativas para adolescentes autores de atos infracionais (arts. 103 e 112).²³⁶

Desses sistemas, merece destaque o primário, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs, de forma harmônica, o acionamento de cada um deles, ficando, o primeiro, no âmbito preventivo. Assim, devem ser acionadas, com prioridade, as políticas públicas de proteção à infância e juventude e, gradualmente, se necessário, os demais sistemas, como se fosse uma engrenagem destinada à concretização da teoria da proteção integral.

Resume-se, pois, a *proteção integral*, na doutrina que afirma a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, sujeitas à vulnerabilidade, razão pela qual devem ser-lhes proporcionadas, com absoluta prioridade, todas as facilidades e oportunidades para a sua plena formação, garantindo-lhes, inclusive, os direitos fundamentais e promovendo a proteção igualitária,²³⁷ agindo sempre de forma preventiva e deixando o Sistema de Justiça (terciário: medidas sócio-educativas) para aplicação em casos excepcionais.

Diante do exposto, conclui-se que, na verdade,

o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é era mais fundamentá-los, e sim o de protegê-los... o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim

²³⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 25-26.

²³⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61.

²³⁷ COSTA, Antônio Carlos Gomes. *Pedagogia y Justicia*. In: MENDEZ, Emílio García; BELLOF, Mary. Buenos Aires: Temis, 1988, p.60. No mesmo sentido: BRUNOL, Miguel Cillero. *El interes superior del niño em el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, p. 77. In: MENDEZ, Emílio García; BELLOF, Mary. Buenos Aires: Temis, 1988, p.27.

qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.²³⁸

O desenvolvimento saudável, dentro dessa perspectiva da doutrina da proteção integral da criança, é de suma importância, já que se apresenta como pilar para uma vida harmoniosa em um meio de espectros variáveis. Mais do que isso, a extensão dos benefícios médicos, psicológicos e outros semelhantes são essenciais para atingir o mais elevado grau de saúde, a começar pelo natural meio de alimentação: aleitamento materno.

Importante frisar que uma população esclarecida e a atuação estatal, através de órgãos competentes, são os meios de se atingir o melhor grau de saúde. Ora, o Estado tem o dever de implementar a saúde da sua população, o que se dá por meio de medidas sanitárias e sociais adequadas, conforme ficará demonstrado no próximo item.

3.3 Direito à saúde

Denota-se do texto constitucional a proteção à vida. Tal direito, porém, foi adjetivado , tornando-se *direito à qualidade de vida*. Durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, a Declaração de Estocolmo/72 ressaltou que o homem tem o direito fundamental a “[...] adequadas condições de vida [...]”. Na Declaração do Rio de Janeiro/92, afirmou-se que os seres humanos “têm direito a uma vida saudável” (Princípio I).²³⁹

²³⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

²³⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47.

Assim, não basta viver, é necessário que se resguarde a *qualidade de vida*. Visando ao controle deste objetivo, a Organização Mundial de Saúde, anualmente, apresenta uma classificação dos países com qualidade de vida mediana. Os critérios para esta definição são três: 1. saúde; 2. educação; e 3. produto interno bruto.²⁴⁰

Disso decorre que esta “qualidade de vida é um elemento finalista do Poder Público, onde se unem a felicidade do indivíduo e o bem comum, com o fim de superar a estreita visão quantitativa, antes expressa no conceito de nível de vida”.²⁴¹

Assim, vários são os fatores que interferem na saúde dos homens, como a seguir detalhado.

3.3.1 Evolução histórica da saúde no Brasil

Em breve retrospecto jurídico, verifica-se que o direito à saúde somente foi reconhecido como direito social fundamental na Constituição de 1988, demonstrando um atraso na adoção constitucional do direito à saúde em relação à evolução da legislação sanitária internacional.²⁴²

A Constituição imperial (1824), embora permeada pelo liberalismo, em momento algum normatizou o direito à saúde, fato explicado em razão do contexto histórico-político do Brasil no século XIX, que,

²⁴⁰ Ibid. p. 48.

²⁴¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVIII/125-147, 1994, *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 48.

recém declarado independente, iniciava a construção de uma nova sociedade nos trópicos. Escassos eram os hospitais e os serviços de vigilância sanitária – para não dizer inexistentes. Entender a saúde, à época, era visualizá-la como uma (des)graça das divindades. Não cabia ao Estado interferir nessa questão, quanto mais um Estado liberal como aquele apregoado pela Constituição do Império.²⁴³

Mesmo no início do período republicano (1891)²⁴⁴, a saúde não era reconhecida constitucionalmente, vindo, porém a tomar novos contornos com a industrialização do país quando associada à força de trabalho, que deveria ser a máxima possível, livre de doenças. Daí a concepção liberal de saúde com a forma de repor o indivíduo ao trabalho²⁴⁵.

As preocupações sanitárias foram retratadas na Constituição de 1934, que estampava um pretense Estado Social de Direito. Contudo, não mencionou a saúde com princípio constitucional, mas apenas revelou, pela primeira vez, a preocupação na **adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantil**, e de higiene pessoal para impedir a propagação das doenças transmissíveis, conservando-se, ainda, a saúde mental.²⁴⁶

A Carta de 1937, assim como a Constituição de 1946 silenciaram sobre o tema. Mas logo, em seguida, o cenário internacional começou a experimentar a

²⁴² SCHWARTZ, Germano André D. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

²⁴³ SCHWARTZ, Germano André D. A efetivação do direito à saúde. *Revista do Direito do Departamento de Direito da UNISC*. Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado. Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas: Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC. N.13, p.115-128, jan/jun, 2000.

²⁴⁴ SCHWARTZ, Germano André D. *Direito à Saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 44.

²⁴⁵ SCHWARTZ, Germano André D. A efetivação do direito à saúde. *Revista do Direito do Departamento de Direito da UNISC*. Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado. Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas: Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC. N.13, p.115-128, jan/jun, 2000.

²⁴⁶ Constituição de 1934. Art. 138. “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

.....
f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais;”.

concretização dos direitos humanos, em especial do direito à saúde, de forma mais incisiva, o que acabou resvalando na legislação brasileira.

A exemplo, a saúde passou a ser considerada como fenômeno social e protegida como direito fundamental na Constituição italiana, em vigor a partir de 01 de janeiro de 1948, na Parte I (Direitos e Deveres do Cidadão), Título II (Relações Ético-Sociais), artigo 32:

A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa,

revelando efetiva responsabilidade do Estado, não só o impedindo de intervir em desfavor deste direito individual, mas obrigando-o a uma prestação gratuita perante os menos favorecidos economicamente.

O reconhecimento internacional, todavia, se deu com a criação da OMS – Organização Mundial da Saúde, em 1946²⁴⁷, e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, que proclamou, no seu artigo 25, o direito universal a um padrão de vida suficiente para assegurar ao indivíduo e a sua família “a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários”, afirmando, ainda, que toda pessoa tem “direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias, independentes da sua vontade”.

²⁴⁷ Constituição da OMS – Organização Mundial da Saúde. Disponível em <<http://www.onuportugal.pt/oms.dc>>. Acesso em: 30.set. 2005

O Brasil, mesmo diante da Declaração Universal, da qual era signatário, e de toda mudança nas constituições de outros países²⁴⁸, manteve texto singelo de proteção à saúde na Constituição de 1967, enfocando-a como objeto de políticas públicas, limitando-se a estabelecer a obrigação de implementação de planos nacionais de saúde, cuja competência era da União, mas nunca a reconhecendo como princípio.

Hoje, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito (fundamental) de todos (universal) e dever do Estado (com prestações negativas e positivas), garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

3.3.2 Classificação do direito à saúde (*Teoria do Status*)

Reportando-se à *teoria do status*, de Georg Jellinek²⁴⁹, o indivíduo mantém uma relação com o Estado que o qualifica, ou seja, para o autor *status* é uma relação do indivíduo com o Estado, qualquer que seja a sua natureza. Esta relação pode se dar em várias dimensões: *status pasivo* (o indivíduo encontra-se em uma relação de submissão ao Estado, dentro da esfera do dever individual), *status negativo* (relação onde o indivíduo age com liberdade – liberdade individual -, vedada a intervenção estatal: ‘Al miembro del Estado le corresponde, pues, un estatus em el cual es señor, una esfera libre del Estado, que niega el Imperium’²⁵⁰),

²⁴⁸ A exemplo as constituições espanhola, guatemalteca e portuguesa, conforme citadas por SCHWARTZ, Germano André D. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46.

²⁴⁹ *Apud* ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 247.

²⁵⁰ *Ibid.* p. 251.

status positivo (relação na qual o Estado confere ao indivíduo o *status civitatis* – ‘*status de la civilidad*’²⁵¹, garantindo prestações e atividades, bem como facilitando as medidas jurídicas para sua satisfação) e, por fim, *status activo* (relação em que o Estado outorga ao indivíduo capacidades que estão fora das suas liberdades naturais, como o direito ao sufrágio).²⁵²

Nessa classificação, a saúde revela um direito de *status positivus* ou social, que permite ao indivíduo exigir determinadas prestações por parte do Estado. Sua essência reside na obrigação de atuação estatal em favor da melhoria das condições de vida da população, por outras palavras, traduz-se em política social.²⁵³

A preocupação do Constituinte de 1988 é bem diversa do de 1934, que se voltava para a saúde como fator de produtividade e não como direito do cidadão, tanto que mereceu destaque nos artigos 5º a 7º, 21 a 24, 30, 127, 129, 33, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197 a 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230. A criança, neste espectro jurídico, recebeu proteção específica no artigo 227, com a já mencionada *Doutrina da Proteção Integral*, incorporada também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.3.3 Conceito e natureza jurídica da saúde

Nesse contexto, é fácil observar que a abordagem da saúde no direito passou por uma transformação conceitual e, atualmente, é entendida como direito social fundamental “própria ao Estado do Bem-Estar Social, além de propô-la como

²⁵¹ Ibid. p. 256.

²⁵² Ibid. p. 247-261.

²⁵³ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução do estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 250.

inserida no novo âmbito dos direitos humanos de 3ª geração, ou seja, como vinculada ao caráter de *solidariedade*, que os identifica.”²⁵⁴

Embora não se concorde com a classificação da saúde como direito de 3ª geração, mesmo porque, na verdade, conforme doutrina dominante, os direitos fundamentais não se dividem em gerações, mas são analisados em dimensões diversas²⁵⁵, a categoria mencionada, no parágrafo anterior, também encontra amparo em outra obra que entende que o direito à saúde entrelaça-se em todas as gerações. Assim, seria de primeira geração porque é um dos componentes da vida, seja como elemento agregado para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Dir-se-ia de segunda geração porque o art. 6º da Constituição Federal o prevê como direito social, passando a exigir do Estado prestações positivas, apontando as vertentes curativa e preventiva, extensiva a toda e qualquer pessoa. Assim, coletiva, a saúde adquire a característica de direito transindividual (coletivo e difuso), além de deixar transparecer a idéia de solidariedade, portanto, direito de terceira geração na busca da melhor qualidade de vida. De quarta geração, porque o direito à saúde envolve, atualmente, questões de biotecnologia e bioengenharia. E, por fim, os direitos de quinta geração - aqueles relativos à revolução cibernética - dado que a busca da melhor qualidade de vida pressupõe que o indivíduo possa ter acesso a todos os instrumentos de satisfação de seu particular estado de bem-estar.²⁵⁶

²⁵⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 187.

²⁵⁵ “O termo gerações não se justifica não apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma nova ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p.39.

²⁵⁶ SCHWARTZ, Germano André D. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53-55.

Não obstante tal discussão e o entendimento particular de que o direito à saúde encontra-se dentre aqueles de 2ª dimensão, a sua efetivação depende, evidentemente, de se saber o que é saúde.

Nesse sentido, afirma-se que o direito à vida apresenta duas vertentes. A primeira assegura a todos o direito de permanecer vivo até que sobrevenha uma causa de interrupção natural. A segunda busca garantir um nível mínimo de vida compatível com a dignidade humana, comportando, assim, o direito à alimentação adequada, à moradia, ao vestuário, **à saúde**, à educação, à cultura e ao lazer.²⁵⁷

Já se demonstrou, em estudo específico, a existência de épocas em que o cotidiano da pessoa e do meio ambiente em que vive influenciavam no conceito de saúde. Hipócrates dizia, no século V a.C., que o médico não erraria ao tratar as doenças de determinada localidade se compreendesse, adequadamente, a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde.²⁵⁸ Do mesmo modo, na primeira metade do século XVI, Paracelso frisou a importância do mundo exterior na saúde utilizando-se da sua experiência como mineiro para demonstrar a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho.²⁵⁹ Durante a Revolução Industrial, Engels, após análise das condições de vida de determinados trabalhadores, concluiu que tais condições, aliadas à cidade e ao ambiente de trabalho são responsáveis pela qualidade de saúde da população.²⁶⁰

²⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2.ed.. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 399.

²⁵⁸ HIPPOCRATES. *The Medical Works of Hippocrates: A New translation from de Original Greek Made Especially for English Readers by the Collaboration of John Chadwick and W.N. Mann*. Springfield, Ill. Thomas, 1950, p. 90-111 *apud* DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995. p. 17.

²⁵⁹ PARACELSUS. *On Miner's Sickness and Other Miner's Disease*. In: PARACELSUS. *Four Treatises of Theophrastus von Hohenheim Called PARACELSUS*. Baltimore, Johns Hopkins Press, 1941, p. 43-126 *apud* DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995, p. 18.

²⁶⁰ ENGELS. F. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Global, 1986 *apud* DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995. p. 18.

Outra corrente entendia a saúde como a ausência de doenças, tendo como marco os trabalhos de Descartes (1596-1650), que traçou uma comparação entre o corpo humano e a máquina, através da qual poderia descobrir uma forma de garantir a saúde.

Este caráter mecanicista, que entendia a doença como circunstância que exigia reparo especializado, foi mantido no século XIX, sendo coroado com as pesquisas de Pasteur e Koch, os quais, fundados na teoria da etiologia específica das doenças, explicavam a causa daqueles “defeitos que exigiam reparo especializado”.²⁶¹

Essas duas correntes, ao que parece, foram unificadas e deram origem ao conceito de saúde formulado pela OMS – Organização Mundial da Saúde, no preâmbulo da sua Constituição (1946),²⁶² que, considerando ainda as marcas do pós-guerra, asseverou que a saúde “**é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos**”. Neste conceito, pode-se perceber a preocupação com as variáveis que influenciavam na saúde da pessoa (meio ambiente, condições de trabalho e de vida), - quando o conceito se refere ao bem-estar físico, mental e social – assim como a idéia de ausência de doença, o que se tornou possível com a descoberta de microrganismos causadores de doenças e seu isolamento, seguido do desenvolvimento dos remédios, a exemplo das pesquisas de Pasteur e Koch.

Note-se que a saúde não se confunde, em momento algum, com a integridade física da pessoa. Enquanto esta dá suporte à vida, instrumentalizando-a,

²⁶¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995. p. 18. No mesmo sentido WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 119.

²⁶² Constituição da OMS – Organização Mundial da Saúde. Disponível em <<http://www.onuportugal.pt/oms/dc>>. Acesso em: 30.set. 2005

a saúde é analisada no aspecto social e traduz um direito preventivo e reparador²⁶³, visando permitir que a pessoa mantenha o seu corpo íntegro (integridade física e psíquica), quer seja impedindo a ação de agentes nocivos, quer seja expurgando-os, tanto assim que a Constituição da OMS afirma que “A posse do melhor estado de saúde que o indivíduo pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano.”

A Constituição de 1988 não se distanciou desse conceito. Mais do que isso, orientou o seu intérprete, através de princípios e diretrizes correlatos, sobre o que se deve entender por saúde, a exemplo do princípio do acesso universal e igualitário e do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais e promover o bem-estar de todos (artigos 1º, III e artigo 3º, III e IV), tornando obrigatória a sua viabilização e assegurando a sua aplicação imediata (artigo 5º, XXIII, LXXI e § 1º, CF). Vejamos.

Sabe-se que a saúde, como dito anteriormente, está relacionada com a ausência de doenças e com o bem-estar físico, mental e social. Para correta implementação deste direito (saúde), o Constituinte determinou a realização de políticas públicas sociais e econômicas, garantindo o acesso, universal e igualitário, às ações e serviços destinados à sua promoção e proteção, conforme artigo 196 da Constituição Federal.

Esse princípio (acesso universal e igualitário) exprime valores sociais fundamentais do homem e revela a essência do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, que busca assegurar a todos o exercício dos direitos sociais, o bem-estar e a igualdade, sempre fundado na dignidade humana, sendo que apenas a vida saudável é compatível às exigências da dignidade humana.

²⁶³ Segundo Sulei Gandolfi Dallari, trata-se de um “direito ao cuidado”. *Os estados brasileiros e o*

Conclui-se, portanto, que a saúde é reconhecida igualmente a todos, é obrigatória e possui aplicação imediata, revelando-se, diante do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, verdadeiro mandado de otimização, exigindo dos órgãos estatais a maior eficácia e efetividade possível dos direitos fundamentais.

As diretrizes constitucionais, por sua vez, vão orientar a operacionalização do direito à saúde e se mostram através do sistema de seguridade social, com a universalização da cobertura e do atendimento, e com a afirmação do caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa (a exemplo da ANVISA na edição das resoluções discutidas), devendo ser implementadas ações e serviços públicos destinados a garantir o direito à saúde, com participação da comunidade (artigos 194 e 198 da CF).

Incluem-se, ainda, no conceito de saúde, ainda que não exclusivamente, nos termos do artigo 200 da Constituição Federal, as

atividades de controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, de participação na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos sanitários;

as atividades de

execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica e de saúde do trabalhador; de ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; de participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; de incremento do desenvolvimento científico e tecnológico na área da saúde; de fiscalização e inspeção de alimentos, bebidas e água para o consumo humano e de controle do teor nutricional dos alimentos, de participação no controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psico-ativos, tóxicos e

radioativos; e de colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.²⁶⁴

Comporta, por fim, no seu conceito, a garantia do artigo 227 da Constituição Federal, no sentido de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à saúde, ficando reservada a aplicação de percentual dos recursos públicos na sua efetivação.

Diante desses princípios e diretrizes constitucionais, a saúde, na Constituição de 1988,

implica na definição de uma política pública que vise seu cuidado, sua defesa e sua proteção (C.F., art. 23, II e 24, XII), ou seja, reforça-se, como requisito da legalidade, a obrigação de prestar serviços de atendimento à população (C.F., art. 30, VII) que incluam ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde.²⁶⁵

Assim, a Constituição não se limitou a prever um Sistema Único de Saúde. Preocupou-se, mais, em fixar princípios e regras para a concretização da saúde, conforme artigos 198 e 199.

Como asseverado, embora o preceito enfatize a perspectiva do direito à saúde enquanto direito a prestações públicas (ações e serviços de promoção e recuperação), não exclui a primeira perspectiva do cidadão não ter a sua saúde agredida por ações do Estado ou de particulares. Há, pois, um direito a prestações negativas do Poder Público e da sociedade que devem se abster de praticar atos que ponham em risco a saúde.²⁶⁶

²⁶⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995, p. 18. No mesmo sentido WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 122-123.

²⁶⁵ Segundo Sueli Gandolfi Dallari, trata-se de um "direito ao cuidado". *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995, p. 32.

3.3.4 Direito à saúde: norma meramente programática ou dever?

A questão posta em discussão é se o Estado, a teor do artigo 196 da Constituição Federal, tem contra si um direito subjetivo oponível pelo indivíduo, que o obrigue a determinadas prestações.

Primeiramente, é certo que a necessidade de definição de políticas públicas pelo Estado torna o artigo 196 da Constituição Federal uma norma programática que se limita a enunciar um fim público a ser alcançado pelo Estado.

Todavia, tal fato não lhe retira a característica primordial de direito público subjetivo, vinculando o Estado numa relação de **dever** perante os titulares do direito à saúde, como afirmado no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal.

Sem embargo de posterior aprofundamento da questão, cumpre, desde logo, colocar que

Somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde (art. 64).²⁶⁷

Isto porque a concepção de um sistema público de saúde se insere no contexto constitucional de uma Estado Social. Este Estado de perfil social, não mais mero garantidor de direitos e liberdades, mas, sim, autor de prestações positiva na área dos direitos fundamentais sociais, exige a implementação de mediante

²⁶⁶ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na constituição brasileira. Rio de Janeiro Lumen Juris. 2004, p. 123.

²⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, V. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 130.

políticas e ações estatais consoante programa traçado na Constituição Federal. Fala-se, então, em direitos através do Estado e não contra o Estado.²⁶⁸

Embora já se tenha negado qualquer tipo de eficácia às normas programáticas, a doutrina, atualmente, reconhece tal efeito a todas as normas constitucionais ainda que em graus diversos,²⁶⁹ sendo que esta irradiação de efeitos ou “força normativa”²⁷⁰ tem relevante importância na afirmação de alguns direitos fundamentais, como o direito à saúde, fato este advindo das situações jurídicas subjetivas criadas pelas normas programáticas.²⁷¹

Essas situações jurídicas subjetivas decorrem da existência de um ordenamento jurídico, que comporta normas jurídicas em geral e normas programáticas, permitindo que os sujeitos desfrutem dos direitos por elas criados.

Assim, a relação jurídica pressupõe a existência de uma *relação intersubjetiva* entre duas ou mais pessoas ligadas através de uma *hipótese normativa* capaz de gerar conseqüências obrigatórias.²⁷²

Desta intersubjetividade própria da relação jurídica, decorrem a garantia do sujeito ativo - segundo Miguel Reale²⁷³, beneficiário principal da relação, e a obrigação do sujeito passivo (positiva ou negativa), responsável pela satisfação do interesse, que dependendo da sua natureza, caracteriza-se pelo binômio *direito-dever*. Ao sujeito ativo (titular do interesse reconhecido pela norma) confere-se a

²⁶⁸ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na constituição brasileira. Rio de Janeiro Lumen Juris. 2004, p. 113.

²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 117.

²⁷⁰ Segundo HESSE, Konrad, A Constituição adquire “força normativa” na medida em que realiza a sua pretensão de eficácia, traçando uma relação de “dever ser” entre “Constituição real” “Constituição jurídica”. *A Força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 15-16.

²⁷¹ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Algumas Reflexões sobre o Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. Nova Série. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Instrução – SBI, Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, v. 1, n. 1., p. 66, dez., 1996.

²⁷² *Ibid.* p. 67.

²⁷³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

possibilidade de exigir do sujeito passivo (titular do dever) que se comporte da forma necessária. É justamente este *direito-dever* que exige melhor análise no âmbito das relações jurídicas decorrentes das normas constitucionais de caráter programático.

Por instituírem um programa a ser cumprido pelo Estado, sem indicarem as medidas específicas a serem adotadas para a consecução deste fim ou as prestações devidas, as normas programáticas acabam investindo os seus titulares “em uma posição jurídica menos consistente do que as normas de conduta típicas, de vez que não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação”.²⁷⁴ O seu objetivo, *a priori*, não é criar um direito subjetivo através da regulamentação de uma determinada matéria, mas sim regulamentar e direcionar a atuação estatal.

Ao determinar a conduta a ser tomada pelo Estado, a norma programática insere o sujeito ativo numa situação jurídica subjetiva positiva, permitindo, assim, que sejam exigidas as prestações devidas. Não se trata, na verdade, de uma situação genuína de direito subjetivo, mas de uma forma de qualificar uma situação jurídica que, se não tivesse sido protegida pela Constituição, consistiria mero interesse de fato. Em razão da norma programática, este mero interesse de fato passa a se revestir de interesse constitucionalmente protegido e, portanto, juridicamente relevante, que transcende o interesse de um único indivíduo para atingir a categoria do interesse público sem, contudo, se dissociarem, posto

²⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 109-110, apud REIS, José Carlos Vasconcellos. Algumas reflexões sobre o direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. Nova Série, Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Instrução – SBI, Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, v. 1, n. 1., dez., 1996.

que o interesse do indivíduo se ampara no interesse público, possibilitando, assim, que o seu titular insurja-se contra a indevida atuação do Estado.²⁷⁵

A esta possibilidade de insurgência do particular contra o Estado, Crisafulli²⁷⁶ referiu-se como *interesse legítimo*, definindo-o como “vantagem que deriva para determinados sujeitos como resultado do cumprimento de uma norma que impõe ao titular de um poder a observância de certas modalidades e condições de exercício”, demonstrando, assim, que a norma programática também irradia efeitos na órbita jurídica.

Assim, o *interesse legítimo* representa a satisfação do interesse individual através do atendimento do interesse público, revelando a existência de uma conduta reflexa do Estado, que não importa na criação de um direito subjetivo propriamente dito, senão de um *efeito reflexo do direito objetivo*, conquanto o indivíduo passa a ter benefícios decorrentes da busca do interesse geral (público), que norteia a conduta do Estado gizada pela norma programática. Quando o Estado descumpre este mandamento constitucional a que está obrigado, ocorre violação do direito objetivo e não do direito subjetivo, porque o que o indivíduo possui é apenas *interesse legítimo*, que exige do Estado uma contraprestação reflexa decorrente do dever geral de obediência ao Direito.²⁷⁷

Ao lado deste entendimento, que traz eficácia e exigibilidade para as normas programáticas, tem-se, também, que a teoria dos princípios foi aperfeiçoada por Vezio Crisafulli, que distinguiu e lapidou as funções interpretativa, integrativa e programática dos princípios, dando sustentação à tese de eficácia das normas

²⁷⁵ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Algumas Reflexões sobre o Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Nova Série*, Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Instrução – SBI, Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes. v. 1, n. 1., dez., 1996

²⁷⁶ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1952 apud José Carlos Vasconcellos dos Reis, op. cit., p. 74.

programáticas, afirmando que as mesmas possuem elementos característicos dos princípios gerais e, portanto, de aplicação imediata, apesar da programaticidade.²⁷⁸

Em sentido semelhante

Os dispositivos constitucionais que enunciam ditos direitos fundamentais não comportam somente força normativa e, por conseqüência, uma norma; mas em virtude de seu valor, como fundamental por óbvio, assumem verdadeira condição de princípios, sendo fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora (s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.²⁷⁹

Em que pese a este entendimento que afasta, a primeira vista, em análise superficial, a idéia de criação de direito subjetivo, como acima mencionado, as normas programáticas podem consagrar a existência de direitos que se revelam como condição mínima de existência da dignidade humana, impondo ao Estado o dever de abster-se de qualquer ingerência lesiva ao titular do interesse, assim como de prover, efetivamente, prestações positivas²⁸⁰. São os chamados “mínimo

²⁷⁷ Cf. José Carlos Vasconcellos dos Reis. *op. cit.*

²⁷⁸ LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38-40.

²⁷⁹ *Ibid.* p. 45

²⁸⁰ Nesse sentido, colacionam-se algumas decisões: “Entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, é certo que prevalece aquela cujo bem tutelado tenha maior relevância. Assim, é insofismável a necessidade de proteção à vida, bem maior. Sobretudo quando a previsão constitucional assegura `à criança e ao adolescente, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde,´ (grifei, art. 227, caput, CF). Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário... Parece também, desse modo, a alegação de que a liminar não poderia ser concedida porque não está cientificamente comprovada a eficácia do tratamento por transplante de células mioblásticas. É que basta a perspectiva, a esperança passível de concreção, a real possibilidade, enfim, de que se tenha a melhora no estado de saúde do agravado para que se imponha a tutela, no mínimo, do direito à saúde e à vida.” (Agravo de Instrumento nº 97.0005111-3, da Comarca de Criciúma, rel. Des. Sérgio Paladino, em 18.9.97). Decisão encontrada no site www.tj.sc.gov.br
Ainda assim: “AGRAVO REGIMENTAL. SAÚDE. DISTROFIA MUSCULAR DE DUCHENE. LESÃO PROGRESSIVA DAS FIBRAS MUSCULARES. PATOLOGIA INCURÁVEL. MORTE PREMATURA. EXPECTATIVA DE VIDA EM TORNO DE VINTE ANOS. TRATAMENTO EM CLÍNICA ESPECIALIZADA NOS EUA. TRANSPLANTE DE CÉLULAS MIOBLÁSTICAS. CONTROVÉRSIA CIENTÍFICA QUANTO AOS RESULTADOS MATERIAIS. MENOR IMPÚBERE. FAMÍLIA DE

existencial” ou “mínimos sociais”²⁸¹ ou “mínimo social” ou “direitos constitucionais mínimos”.²⁸² Assim, imagine-se, como mínimo social, a alimentação adequada, da qual ninguém pode estar desprovido. Em se tratando de criança, esta alimentação adequada deve atender a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, acolhendo, pois, a diretrizes do UNICEF/ONU e outros documentos internacionais que recomendam o aleitamento materno até seis meses de idade e complementado até dois anos ou mais, como dito em capítulo anterior.

Este mínimo necessário para a dignidade humana são autênticos direitos fundamentais e não carecem de reconhecimento na Constituição, já que se inferem, implicitamente do ordenamento jurídico como um todo (da declaração de direitos, dos princípios da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa.

A idéia de mínimo existencial apresentada por Rawls nos faz imaginar um sistema formado por quatro setores que se desenvolvem harmonicamente, cada qual com a sua competência. O ponto inicial é a existência de justiça social. Para tanto, pressupõe-se a liberdade de cidadania, centrada e incorporada na constituição, abrangendo liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade

ESCASSOS RENDIMENTOS MATERIAIS. Sendo a saúde ‘ direito e dever do Estado ’ (CF, art. 196; CE art. 153, torna-se o cidadão credor desse benefício, ainda que não haja serviço oficial ou particular no País para o tratamento reclamado. A existência de previsão orçamentária própria é irrelevante, não servindo tal pretexto como escusa, uma vez que o Executivo pode socorrer-se de créditos adicionais. A vida, dom maior, direito natural, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido de solidariedade, num mundo marcado pelo egoísmo, hedonista e insensível. Contudo, o reconhecimento do direito à sua manutenção – prioridade, tratando-se da saúde de uma criança – não tem balizamento caritativo, posto que carrega em si mesmo o selo da legitimidade constitucional e está ancorado em legislação obediente àquele comando.” (Agravo regimental decorrente do Agravo de Instrumento nº 96.012721-6, de Araranguá. Rel. Xavier Vieira). UBALDO, Edson. *Responsabilidade do Estado pela Saúde da Criança*. Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, ano 4, v. 5, p. 321, nov. 1998.

²⁸¹ Ao estudar as instituições básicas da justiça distributiva, Rawls afirma o estabelecimento de instituições básicas através de quatro setores, ficando o mínimo social (bem-estar) ao encargo do setor de transferência. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. trad. almiro Pisetta e Lenita Maia Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 303-324.

²⁸² Expressões sinônimas citadas por Ricardo Lobo Torres em *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Renovar, 1999.

individual e a igualdade dos direitos políticos.²⁸³ Esta é, então, a estrutura de uma instituição básica de justiça distributiva, com fundamento em uma constituição que assegura as liberdades de cidadania. Neste contexto, é pressuposta a forma habitual de despesas básicas, além da necessidade do governo manter oportunidades iguais de educação e cultura. Reforça, também, a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho. Por fim, o governo garante um mínimo social, seja através de um salário-família ou de subvenções especiais em casos de doença e desemprego.²⁸⁴

O setor de transferência, integrante do sistema anteriormente mencionado, é encarregado de gerenciar o mínimo social, dentro da idéia de que as necessidades sociais são analisadas e recebem um peso apropriado, respeitando as outras reivindicações. Por outras palavras, enquanto o setor alocação procura manter a competitividade, preservando as condições econômicas e sociais, o setor de transferência garante um certo nível de bem-estar e atende às exigências dos necessitados.²⁸⁵ É nesse sentido que se coloca, neste trabalho a saúde, em si, inclusive com alimentação adequada, como mínimo social diante do bem-estar que ele visa manter.

O fato de esses artigos constitucionais apresentarem um *núcleo mínimo exigível* para a dignidade humana, qual seja: a saúde, diga-se, direito fundamental, traçando planos diretores para o Estado, faz com que essas normas programáticas alterem a essência das situações jurídicas subjetivas, transformando o *interesse legítimo em direito público subjetivo*.

²⁸³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução. Almiro Pisetta e Lenita Maia Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 213.

²⁸⁴ . RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução. Almiro Pisetta e Lenita Maia Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 304.

²⁸⁵ . RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução. Almiro Pisetta e Lenita Maia Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 305.

Justamente porque direcionadas à proteção do *mínimo existencial*, trata-se de normas programáticas diante das quais os indivíduos são investidos, não apenas num interesse legítimo, como simples reflexo do direito objetivo e do interesse público nele tutelado, mas num verdadeiro *direito público subjetivo*.²⁸⁶

Dessa forma, a saúde, como decorrência do próprio direito à vida²⁸⁷, exige o cumprimento de prestações negativas e positivas atribuídas ao Poder Público, assegurando a vida saudável no grau máximo.²⁸⁸ E, em assim sendo, a saúde é mais do que direito fundamental positivado na Constituição Federal, é um dever do Estado - como, aliás, se depreende do seu artigo 196, mas não só do Estado, apresenta-se, também, como uma dever de respeito, proteção e promoção atribuído ao particular em geral, vinculado como destinatário dos direitos fundamentais²⁸⁹, por conseguinte as normas garantidoras da saúde devem ser cumpridas por todos, ainda que limitem outros direitos, no âmbito de sua “eficácia horizontal”.

Neste contexto, o direito à saúde pode ser classificado como direito fundamental de defesa (negativo) e de prestações (positivo). Entende-se como direito fundamental negativo aquele que não admite a ingerência do Estado e de

²⁸⁶ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Algumas reflexões sobre o direito à saúde na constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. Nova Série, Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Instrução – SBI, Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, v. 1, n. 1, p. 78, dez. 1996.

²⁸⁷ Nesse sentido, o STF já reconheceu que o “direito à saúde (...) representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento institucional.” (AgRg no RE 271.268-8-RS, rel. Min Celso de Mello, j. 12-9-2000, *Boletim de Direito Administrativo*, p. 641, ago. 2001. *apud* André Ramos Tavares, op. cit. p. 399).

²⁸⁸ RUIZ, Manuel Maria Zorrilla. Perspectiva Constitucional Del Derecho a La Proteccion de La Salud. *Estúdios de Deusto*, *Revista de la Universidad de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, ano 2 v. 48 n. 1 p. 108, 2001.

²⁸⁹ REIS, José Carlos Vasconcellos. Algumas Reflexões sobre o Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. Nova Série, Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Instrução – SBI, Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, v. 1, n. 1, p. 66, dez., 1996.

terceiros na esfera individual, afastando toda e qualquer conduta violadora do direito.²⁹⁰ No âmbito aqui discutido, poder-se-ia considerar a saúde como direito de defesa, conquanto não é permitida a intromissão do Estado, com medidas legislativas e políticas públicas prejudiciais à saúde (que seriam inconstitucionais)²⁹¹, tampouco a intervenção do particular na saúde dos indivíduos, a exemplo da promoção comercial de produtos potencialmente lesivos, incumbindo ao Estado a implementação de políticas públicas que impeçam tal prática.

Esta natureza defensiva do direito à saúde ainda recebe proteção constitucional máxima ao ser considerado cláusula pétrea, de modo que nem mesmo uma emenda à Constituição poderá abolir ou impor restrições desproporcionais e invasivas do núcleo essencial do direito à saúde²⁹².

Por outro lado, direito positivo ou de prestações é o direito à efetiva atuação em favor do titular do direito. Neste diapasão, o direito à saúde exige auxílio material do Estado, como por exemplo, fornecimento de determinado tratamento médico, exame laboratorial, medicação e meios adequados para alimentação de crianças, mormente para aquelas que se encontram cerceadas do acesso ao leite materno construindo-se bancos de leite humano, isto porque,

relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à Saúde Pública na Constituição de 1988*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Porto Alegre: Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional. v. 25, n. 56, p. 51, 2002.

²⁹¹ Para fundamentar tal posicionamento, Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit. P. 54, invoca o “princípio da vedação de retrocesso”, segundo o qual o legislador infraconstitucional não pode “desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade, em outras palavras, para serem aplicadas e cumpridas pelos órgãos estatais e particulares.”

²⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do direito fundamental à saúde pública na Constituição de 1988*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Porto Alegre: Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional. v. 25, n. 56. p. 55, 2002.

é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se.²⁹³

Isso nos leva à afirmação de que o Estado de perfil social não possui apenas a incumbência de mero garantidor de direitos e liberdades individuais, mas sim, assume o dever de prestações positivas na área dos direitos fundamentais sociais, a serem implementadas mediante políticas e ações estatais, conforme determinado no texto constitucional.²⁹⁴ Daí a classificação do direito fundamental de prestações ou de quota-parte, que se distinguem dos demais por exigirem comportamentos estatais positivos, sem obstar a contra-posição de indivíduo-Estado porque, na verdade, não são, em si, direitos contra o Estado, mas que se efetivam através do Estado.²⁹⁵

Nesta relação indivíduo-Estado-direito de prestações, há uma complementação do papel estatal que, então, passa, efetivamente, a agir para garantir um direito fundamental, quando, antes, tinha que se abster de qualquer ação para garantia dos direitos de liberdade.

Conclui-se, portanto, que o artigo 196 da Constituição Federal, direito fundamental, é norma programática que gera um direito subjetivo, como antes explicado, sendo que as políticas públicas de saúde são o meio através do qual aquele direito subjetivo se efetiva, havendo sempre inúmeros instrumentos e garantias referentes ao direito à saúde, legitimando o próprio indivíduo a buscar a efetivação deste direito. Assim, sempre existirá “a previsão formal - escrita na

²⁹³ TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 600.

²⁹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução Gilberto Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, 170.

²⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 50.

Constituição do Estado ou da União – de uma instituição que deverá efetivar a garantia do direito à saúde, inclusive pelo Poder Judiciário”.²⁹⁶

Verifica-se, ainda, que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, já que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade. Dessa forma, os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos estatais, mas, além disso, constituem decisões valorativas, de natureza jurídico-objetiva, da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Segundo Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar um complexo de valores constitucionais, objetivos e básicos, com fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.²⁹⁷

Essa perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais leva à eficácia dirigente que estes direitos desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Justamente neste sentido é que se afirma que os direitos fundamentais contêm uma ordem dirigida ao Estado atribuindo-lhe a obrigação permanente de concretização e realização dos próprios direitos fundamentais, impondo ao legislador a concretização de determinadas tarefas, fins ou programas genéricos,²⁹⁸ como as normas de caráter programático.

Insta anotar que, justamente na área da saúde, é que a efetivação do direito assume as mais trágicas situações, não sendo raro o caso em que a falta de

²⁹⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995, p. 116.

²⁹⁷ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 20-21.

²⁹⁸ Nesse sentido, v. a lição de K. Hesse. In: EuGRZ 1978, p. 433 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 161.

prestação material ceifou a vida de titulares do direito diante da escassez de recursos e o desafio da efetividade do direito fundamental por falta de elementos normativos sociais, devendo, assim, o legislador ater-se aos critérios previstos na norma constitucional, editando atos normativos concretizadores.²⁹⁹

3.3.5 O dever do particular na promoção, proteção e recuperação da saúde

Além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também perante a esfera privada. A isto denomina-se eficácia privada, eficácia externa, eficácia em relação a terceiros ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais.³⁰⁰ Nada mais é do que a incidência dos direitos humanos no espectro das relações sociais entre os particulares, de forma que além de exigir que os particulares obedeçam aos direitos fundamentais, pode-se cobrar deles a participação na implementação desses direitos.³⁰¹

Como já mencionado, a Constituição brasileira de 1988, no seu artigo 196, consagrou a saúde como direito fundamental social, asseverando que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁹⁹ Ibid. p. 314.

³⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 603 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 371.

³⁰¹ LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47.

Por promoção, entende-se o vínculo estabelecido entre a qualidade de vida e saúde, entendendo-a, não apenas como a cura, mas também a prevenção de doenças. É, na verdade, um sistema que se constrói e que se modifica, influenciado por todos os demais sistemas sociais. Esta qualidade de vida possui uma série de direitos afins, como alguns especificados no art. 3º da Lei nº 8.080/90, como já dito em item anterior, além do próprio art. 225, CF, que atrela a qualidade de vida com a do meio ambiente.

O caráter protetivo da saúde está, indiscutivelmente, ligado à redução dos riscos de doenças e outros agravos, o qual somente poderá ser atingido através da implementação programática de um sistema de medidas.

Por fim, a saúde como recuperação é verificada em momento posterior ao infortúnio e exige políticas básicas, de natureza curativa.

Todas essas ações – promoção, proteção e recuperação – explicadas por Germano Schwartz³⁰² - são definidas pelo artigo 197 da Constituição Federal como ações e serviços de saúde de relevância pública.

Embora possa parecer clara a interpretação desse artigo, dele decorre, imperceptivelmente, a vinculação do particular na concretização do direito à saúde, quer seja promovendo, protegendo ou recuperando a saúde.

A lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990, regulou o Sistema Único de Saúde, repetindo as atribuições constitucionais e afirmou, no artigo 2º, § 2º, que “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

O Estado e a sociedade, portanto, devem abster-se de praticar atos que ponham em risco a saúde, assumindo, porém, a obrigação de fiscalizar e

controlar atividades que sejam nocivas à saúde, de modo a proteger o ser humano contra o risco de doenças e outros agravos. Por outras palavras, pode-se afirmar que não é permitida ao Estado a prática de atividades nocivas, também como lhe compete zelar para que particulares também não as exerçam.³⁰³

Frise-se que, para além da sua condição de direito fundamental, a saúde é também dever. Tal afirmativa decorre, no que diz respeito ao Estado, diretamente da dicção do texto constitucional, sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz respeito a sua efetivação. Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo direito de defesa, impondo ao Estado,³⁰⁴ assim como ao particular, a realização de políticas públicas que busquem efetivação deste direito para a população, credora de prestações materiais e normativas.

Fala-se em prestações materiais e normativas, porque os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem ser considerados tanto direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade. O seu sentido não se mostra como reverso da medalha do direito subjetivo, mas, sim, que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada uma função que transcende este carácter subjetivo, comportando o reconhecimento de conteúdos normativos, com funções distintas aos direitos fundamentais.

³⁰² SCHWARTZ, Germano André D. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 98-99.

³⁰³ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004, p. 123.

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 95-98.

Neste diapasão, partindo do pressuposto de que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza ou de princípios ou de regras meramente objetivos. Este desdobramento, sob a perspectiva objetiva-valorativa dos direitos fundamentais, demonstra como se desencadeia a relação com dos órgãos estatais. Assim é que se afirma que os direitos fundamentais possuem uma ordem dirigida ao Estado, no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. Vale ressaltar que tal relação – direito fundamental subjetivo-objetivo – não afasta a existência de norma de cunho impositivo que consagra o direito subjetivo individual, impondo ao legislador a concretização de determinadas tarefas, fins ou programas mais ou menos genéricos.³⁰⁵

Da leitura do artigo 196 da Constituição Federal, é certo, portanto, que a promoção, proteção e recuperação da saúde, de forma universal e isonômica, é dever do Estado e do particular, podendo aquele editar leis e atos administrativos para impor obrigações, e este, de agir positivamente em prol da saúde, quer seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa. É o que ocorre com a Portaria n° 2.051/01, do Ministério da Saúde, e com as Resoluções RDC ANVISA n° 221/02 e 222/02, segundo as quais o Estado, através de seus órgãos competentes, exige que as empresas ajam de forma a promover e proteger a saúde das crianças, porquanto incentivam o aleitamento materno, diminuindo os riscos de infecções, diarreias, desidratação e morte.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto

4. A LIBERDADE ECONÔMICA

4.1 Introdução

A liberdade econômica, neste trabalho, assume importante papel diante do tratamento dispensado pela Constituição Federal, devendo ser dimensionada sem se perder de vista as demais normas, já que o texto constitucional apresenta regras e princípios que traduzem realidades ideológicas diversas³⁰⁶, a exemplo da dignidade humana e do sistema capitalista no ordenamento econômico.

No âmbito estrito do Direito Econômico, visto como reflexo da realidade de uma sociedade, o sistema não se desenvolverá sem conflitos. Ao mesmo tempo em que se defronta com diferenças e divergências sociais, incorpora, tal direito, um papel político que objetiva o bem-comum da sociedade, transitando pelas mais distintas esferas sociais. Assim, imprescindível a sua dupla função de garantidor da iniciativa econômica privada e de implementador do bem-estar social.³⁰⁷

Estas funções são melhor esclarecidas quando se entendem os valores constitucionais diante de uma tripla dimensão. Há a dimensão *fundamentadora* do conjunto de disposições e instituições constitucionais, assim como do ordenamento jurídico como um todo. Constitui-se de valores fundamentais (superiores), formando um núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político. A dimensão *orientadora* traça metas e fins predeterminados, validando qualquer medida editada para o fim especificado nesta dimensão e, por outro lado, tornando ilegítimas

Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 155-165.

³⁰⁶ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 114.

³⁰⁷ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 66.

aquelas que se orientem em sentido axiológico diverso.³⁰⁸

Assim, denota-se que o sistema constitucional econômico comporta preceitos fundamentais que deverão direcionar sua interpretação, sem se perder de vista a diferença entre preceito e preceito fundamental. Enquanto o primeiro refere-se a qualquer norma, no sentido estrito, contemplando, inclusive regras de princípios que formam o corpo constitucional, o segundo – preceito fundamental – comporta parcela dos próprios princípios constitucionais, bem como regras norteadoras (“cardeais”) de um sistema constitucional, essencialmente, pelo conjunto normativo assecuratório dos direitos humanos. São estes critérios que tornam possível o controle jurisdicional acerca da constitucionalidade das normas restantes, porquanto se analisa sua conformidade, ou não, com os valores constitucionais.³⁰⁹

Assim, a Constituição revelou-se dirigente, porque orientadora do Estado e voltada à justiça social, bem como por ser delimitadora dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam:

construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³¹⁰

Para alcançar estes objetivos, o Constituinte adotou os fundamentos da soberania, cidadania, **dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**, e o pluralismo político, consoante disposto no artigo 1º da Constituição Federal, que afirma ser a República Federativa do Brasil um Estado

³⁰⁸ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 288.

³⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 122.

Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana, os valores sociais e a liberdade (sociedade livre e justa), logo se vê, assumiram posição de destaque nos artigos 1º e 3º da Carta Magna. A liberdade é ainda enfatizada no artigo 5º. Os valores sociais foram desdobrados em valores sociais do trabalhador e da livre iniciativa (inciso IV, art. 1º, da Constituição Federal).

Todas essas diretrizes (**dignidade humana, valor social dos trabalhadores, valor social da livre iniciativa e sociedade livre e justa**) são conjugadas em um só artigo quando a Constituição dispõe sobre a ordem econômica e financeira, tanto que referendadas pelo art. 170, Constituição Federal.³¹¹

Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o **livre exercício** de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo nosso)

A estrutura adotada pelo Constituinte, sempre voltada para o bem-estar, fixou uma direção para todo o complexo normativo, abrangendo os objetivos

³¹⁰ Artigo 3º da Constituição Federal.

³¹¹ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 163.

da República - entre tantos, a promoção do bem de todos -; os artigos que fundamentam a Ordem Econômica na existência digna (artigo 170 e seguintes); e o artigo 193, que aponta como objetivo da Ordem Social o bem-estar. Ao estampar no seu preâmbulo e em todo o complexo de normas o bem-estar, denota-se a determinação de condutas adequadas à consecução da vida digna e o afastamento daquelas contrárias a este objetivo.³¹²

Segundo se afirma, a Constituição de 1988 foi a primeira, na história do constitucionalismo pátrio, a destinar um título próprio aos princípios fundamentais na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Assim agindo, o Constituinte expressou de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material. Da mesma forma, reconheceu o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF). Conclui-se que, mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170, caput. CF), seja quando, no âmbito da ordem social, instituiu o planejamento familiar nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput). Impossível, pois, negar que o princípio da dignidade humana mereceu a devida atenção na esfera do Direito Constitucional.³¹³

³¹² BORGES, Alexandre Walmontt. *Preâmbulo da constituição & a ordem e econômica*. 2ª tiragem. Curitiba: Juará, 2004, p. 57-58.

³¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 107-111.

Destarte, é de suma importância o estudo do princípio da Liberdade Econômica à luz do princípio da dignidade humana, dos valores sociais e do ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, já que são “idéias-chave no Direito Econômico nacional, que devem presidir a elaboração, compreensão e interpretação de todas as regras jurídicas próprias desse ramo do direito”.³¹⁴

Neste sentido, o presente capítulo visa ao conhecimento da Ordem Econômica na Constituição Federal, analisando-se os seus sentidos (liberal e intervencionista) e a sua transformação de acordo com as necessidades sociais. Em seguida, serão estudadas a dignidade humana, a livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor para, após, passar-se à análise da constitucionalidade da NBCAL - Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras.

4.2 A Ordem Econômica

4.2.1 Conceito de ordem econômica: Estado Liberalista e Estado Intervencionista

A expressão *ordem econômica* pode ser entendida sob três aspectos³¹⁵. O primeiro refere-se ao modo pelo qual uma determinada economia se desenvolve. Trata-se de uma concepção fática, sem qualquer conotação normativa ou valorativa, exprimindo o *mundo do ser* diante dos fatores econômicos concretos inerentes à sociedade organizada. O segundo aspecto designa o conjunto de normas (ou regras de conduta), de qualquer natureza, analisada sob o aspecto

³¹⁴ RIOS, Roger Raupp. *Ordem econômica, sociabilidade e os “Mass Media” na Constituição da República de 1988*. Disponível em < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina.htm> >

sociológico, que regula o comportamento dos sujeitos econômicos. Por fim, a expressão ordem econômica é utilizada como ordem jurídica da economia, concepção esta que norteará o presente estudo.

Neste diapasão, ordem econômica é

conjunto de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)³¹⁶,

opondo-se, assim, ao entendimento primário, segundo o qual a ordem econômica não passava de uma busca da otimização de ações e resultados econômicos na realidade fática, que poderia até mesmo existir sem a tutela jurídica.³¹⁷

Há quem afirme, ainda, que “Ordem Econômica (ou ordenamento econômico) é o conjunto de elementos que agem e interagem no âmbito da economia de um país, independentemente do maior ou menor grau de normatização a que estejam submetidos”³¹⁸ os agentes ou sujeitos econômicos privados ou públicos que, direta ou indiretamente, realizem a produção, distribuição, circulação, ou consumo de bens e serviços. Dessa forma, pode ser aquilatada a intensidade da presença do Estado na economia, tanto na função participativa ou protagonista ou, ainda, regrador dessa atividade diante da mencionada intensidade normativa.

Em sentido semelhante, conceituou-se *ordem econômica* como a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente, e *ordem econômica constitucional* como o

³¹⁵ MOREIRA, Vital. *A Ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha. 1973. p. 67-71.

³¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 – Interpretação e Crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 74.

³¹⁷ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2000. p. 31.

conjunto de normas que integram uma determinada ordem econômica concreta, dispondo sobre a forma econômica a ser adotada.³¹⁹

A ordem econômica, como parcela integrante da ordem jurídica, em decorrência da complexidade crescente das relações econômicas, foi incorporada no direito a partir da primeira metade do século XX, ganhando realce com a Constituição de Weimar (1919),³²⁰ que deu nova aparência ao capitalismo, substituindo a ordem jurídica liberal por uma ordem intervencionista³²¹, fazendo inserir valores e princípios de dignidade humana, bem como mecanismos de controle, incentivos e projeções, criando, assim, o que se denominou *ordem econômica constitucional*.³²² Houve, assim, uma mudança de concepções ideológicas, passando-se da concepção liberal-democrática para a social-democrática.³²³ Dessa forma, inaugurou uma fase inédita de estruturação do Estado alemão, enfocando o seu papel ativo no desenvolvimento social, visando a busca de uma sociedade com “justiça social”.³²⁴

Esta passagem do liberalismo para o intervencionismo é visível, porquanto é certo que as Constituições Liberais deixavam a organização da economia às próprias leis, fazendo com que a mesma ficasse dispersa entre os inúmeros agentes que nela interferiam, sem apresentarem normas expressas de

³¹⁸ TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 109.

³¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 87.

³²⁰ Segundo Eros Roberto Grau, (op. cit. P. 60), a Constituição de Weimar, 1919, era programática e apresentava um jeto ideológico de amortecimento dos conflitos de classes, encaminhando, ainda, para uma organização coletivista – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos – introduzindo, assim, um modelo de organização econômica corporativista.

³²¹ Para Eros Roberto Grau (op. cit. p. 63.) a ordem econômica é usada para referir uma parcela da ordem jurídica, que, além da ordem econômica, também comporta uma ordem pública, uma ordem privada e uma ordem social.

³²² SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2000. p. 31.

³²³ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A Ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

³²⁴ GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e ordem econômica e social: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição de brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 02.

regulamentação das atividades econômicas e impedindo, outrossim, a intervenção do Estado na economia.

O intervencionismo, ao contrário, atribuiu ao Estado a dupla função, na economia, de suprir as deficiências do sistema de mercado e de implementar objetivos de política econômica, mantendo o bom funcionamento do mercado e dos mecanismos de concorrência, assegurando o bem-estar social (*Welfare State*).³²⁵

As Constituições liberais não precisavam de regras explícitas para disciplinar a ordem econômica, pois o sistema econômico já existente (*mundo do ser*) estava amparado na propriedade privada, na liberdade contratual e em algumas normas infraconstitucionais confirmadoras do capitalismo concorrencial, formando assim a *ordem econômica liberal*.³²⁶

Esta ordem econômica liberal, porém, influenciada principalmente pelo direito fundamental da dignidade humana, sofreu transformação e adotou a postura de instrumento de implementação de políticas públicas para busca do bem-estar. Assim, na condição de *ordem econômica*, parcela da *ordem jurídica*, reconhecida constitucionalmente, este conjunto de normas (*mundo do dever ser*) passou a aprimorar o *mundo do ser*, através de valores antes não existentes, visando garantir a sua sobrevivência. É o que ocorre com a previsão expressa da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa no artigo 170 da Constituição Federal. Daí afirmar-se “A *ordem econômica liberal* é substituída pela *ordem econômica intervencionista*.” Esta nova ordem comporta normas de ordem pública e de intervenção.³²⁷

³²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004, p. 79-85.

³²⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 – Interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 75.

³²⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 76 e 77.

Note-se, contudo, que esta transmutação não significa um rompimento absoluto das duas ordens econômicas (liberal e intervencionista), senão, como dito acima, um aperfeiçoamento da ordem econômica diante das necessidades individuais sem se desligar das exigências do capitalismo. Neste contexto, fica afirmado o aspecto social da ordem econômica³²⁸ que, como se verá abaixo, na maioria das Constituições brasileira foi tratada em único título “da ordem econômica e social”.

Diante desse processo de transformação (ordem econômica liberal/ordem econômica intervencionista), passou-se a considerar **Constituição Econômica**

o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.³²⁹

Quanto à interpretação, afirma-se que as constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou de garantia, possuem a função de *promover*, de forma que o ordenamento jurídico não se presta apenas a controlar o comportamento dos indivíduos, mas também de dirigir este comportamento para certos objetivos preestabelecidos, alcançando-os através de ações de política pública. Vale dizer, trazem, em si, particularmente, normas programáticas também na área econômica.³³⁰

4.2.2 A ordem econômica no Brasil

³²⁸ Ibid. p. 76.

³²⁹ MOREIRA, Vital. *Economia e constituição* apud .GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 – Interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 81.

No Brasil, a expressão "ordem econômica e social" foi rubricada na Constituição de 1934,³³¹ permanecendo até a de 1967, com exceção da Constituição de 1937 que apenas fez menção à "ordem econômica",³³² silenciando-se quanto à ordem social. A Constituição de 1988, por sua vez, apresentou tais ordens separadamente: a ordem econômica no Título VII e a social no Título VIII,³³³ contudo, pela primeira vez, adotou o título específico: VII – Da ordem econômica e financeira.³³⁴

O regramento constitucional econômico brasileiro, atualmente, mostra-se “multifacetado”, estando a ordem econômica constitucional, considerada em seu sentido estrito (Título VII), destinada a estabelecer as linhas principiológicas e as regras gerais que presidem sua interpretação, bem como da ordem econômica em sentido amplo, ambas fundamentando a ordem jurídico-econômica nacional.³³⁵

Ademais, há de se frisar que princípios e objetivos fundamentais não podem ser interpretados separadamente, sendo, ambos, como já se disse, de grande relevância para elucidar a interpretação da atuação ou intervenção do Estado na esfera econômica, haja vista sua densidade normativa (princípios e preceitos), tomados, pois, como vetores primordiais na exegese do texto legal.³³⁶

Os artigos 170 a 192 da Constituição Federal brasileira tratam, especificamente, da ordem econômica e financeira, fundada na livre iniciativa e em

³³⁰ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51.

³³¹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p.97.

³³² *Ibid.* p.116-117

³³³ Segundo Eros Roberto Graus, (op. cit. p. 73) a divisão ou a junção da ordem econômica e da ordem social representa modismo jurídico e reproduz um equívoco semântico que supõe econômica a produção e social a repartição, porque toda norma, ainda que de natureza econômica, também é social na medida que voltada à ordenação social.

³³⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 128.

³³⁵ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 111.

princípios como a livre concorrência e a defesa do consumidor, além de outros tantos, a exemplo dos previstos nos incisos do artigo 170.³³⁷

Tais princípios apresentam valores ora de caráter liberalista, ora socialista que, na verdade, instituem um compromisso de duas proposições ideológicas,³³⁸ procurando, assim, minimizar as injustiças decorrentes das opressões sociais e econômicas do regime liberal clássico, forçando a criação, pelo legislador, de instrumentos jurídicos para a defesa e emancipação, bem como de condições infraconstitucionais de desenvolvimento de uma ordem sócio-econômica justa.³³⁹

É certo que a Constituição adotou o sistema de produção capitalista, sustentado nos princípios da propriedade privada, da liberdade de contratação, da livre iniciativa e da livre concorrência, porém, direcionou o capitalismo para um fim específico: a formação de um Estado Social,^{340/ 341} dando, assim, amparo constitucional para a atuação normativa e reguladora do Estado na atividade

³³⁶ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 165.

³³⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I- soberania nacional;
- II- propriedade privada;
- III- livre concorrência;
- IV- defesa do consumidor;
- V- defesa do meio ambiente;
- VI- redução das desigualdades regionais e sociais;
- VII- busca do pleno emprego;
- VIII- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

³³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 666-667.

³³⁹ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2000. p. 93.

³⁴⁰ Eros Roberto Grau (op. cit. p. 321-333), questiona se a ordem econômica na Constituição de 1988 era condizente com uma nova realidade social e se estava apta a instrumentar mudanças sociais voltadas à construção desta nova realidade. Ao concluir o seu raciocínio, afirma que “Por certo pode, a ordem econômica na Constituição de 1988 – Constituição dirigente, dinamismo – instrumentar a busca da realização, em sua plenitude, do interesse social”, mais do que isso, afirma que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção pelo sistema capitalista que, apesar de aberto, descreve um modelo de bem-estar.

econômica em busca do bem-estar.³⁴²

Ao editar a NBCAL - Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras, o Estado não só se valeu da sua ação normativa e reguladora, como também cumpriu o dever de adotar políticas públicas que assegurassem o efetivo direito à saúde.

Nesse diapasão, resta a análise da dicotomia de interesses travados entre o direito fundamental da saúde e a liberdade econômica, não se esquecendo de que o texto constitucional referente à ordem econômica está adequado a uma social democracia, onde a adoção do capitalismo, com apropriação dos meios de produção e liberdade de iniciativa, mescla-se com os princípios da função social da propriedade, defesa do consumidor, respeito ao meio ambiente, tudo com o fito de buscar uma justiça social, onde a dignidade da pessoa e a redução das desigualdades dão a conotação social àquela economia. Desviado tal fim, permite-se ao Estado a intervenção para as correções necessárias, seja como agente normativo, como agente regulador ou no exercício de funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Esta a visão hermenêutica da ordem econômica constitucional.³⁴³

4.2.3 A justiça social e a dignidade humana na ordem econômica

A justiça social, na Constituição, é enfocada como fonte de inspiração

³⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 129

³⁴² SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 55.

³⁴³ PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 145.

para alcançar a existência digna, revelando-se, também, objetivo fundamental da República, conforme artigo 3º da Constituição Federal que afirma a existência de uma sociedade livre, justa e solidária, pugnando pela redução das desigualdades sociais e regionais.³⁴⁴

O seu significado não é preciso, mas vem sendo mencionado desde a Constituição de 1946.³⁴⁵ Pode-se, porém, entender justiça social como uma das formas de se expressar o desejo de obtenção de uma melhor distribuição da renda nacional com vistas à diminuição das desigualdades sociais, relacionando-a, ainda, com a existência do *mínimo necessário à satisfação das necessidades humanas*,³⁴⁶ já mencionado em item anterior. Por esta razão, é justamente considerada ponto de partida para dignidade humana e existência digna nos artigos 1º e 170 da Constituição Federal, concretizando tais dispositivos legais.

Aliás, se a expressão *existência digna* está estritamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerada na sua individualidade, a *justiça social* remete-nos a uma dignidade coletiva, de forma que não basta alguém possuir digna existência se o seu próximo não possui dignidade alguma.³⁴⁷ Daí a correlação com a distribuição igualitária da renda nacional, com a diminuição das diferenças sociais e com o oferecimento de idênticas oportunidades, impondo que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência.³⁴⁸

Em razão do fundamento constitucional da justiça social, pode-se afirmar a aplicação do princípio da dignidade humana diante das relações entre

³⁴⁴ TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 169.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 114, p. 353-354.

³⁴⁶ TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 172. No mesmo sentido: SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 90.

³⁴⁷ PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 181.

particulares e não só em face do Estado, já que fundamentada na natureza igualitária e na idéia de solidariedade, que dele decorrem.³⁴⁹

Dessa forma, a dignidade humana, inspirada na justiça social, é elemento essencial para solução de conflitos entre princípios e/ou direitos constitucionais, ainda que fundamentais, quer seja entre Estado e particulares ou entre particulares apenas, diante da importância que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, sem embargo de toda sua evolução histórica como direito fundamental, donde decorrem direitos subjetivos.

Assim, afirma-se que “os direitos humanos *refluem, na sua essência, a um único princípio* – a dignidade da pessoa – o qual lhes dá fundamento e justificativa [...]” considerando-se, tal princípio, como “a dignidade da pessoa humana correspondente à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”.³⁵⁰

A dignidade, portanto, abrange valores físicos e psíquicos, como a saúde e outros de ordem material, para os quais deve-se voltar a Ordem Econômica, ou, por outras palavras, a existência digna (integridade física e psíquica do ser humano) é o seu objetivo, embora permitida a livre iniciativa e liberdade de concorrência.

Assim, já se afirmou que

no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até

³⁴⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 139.

³⁴⁹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 173.

³⁵⁰ GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana - a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 196 e 211.

mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental.³⁵¹

Seguindo-se, a expressão *dignidade humana* é empregada na Constituição em dois momentos. O artigo 1º, III, refere-se à dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil e, também, como fim da Ordem Econômica, no artigo 170, *caput*.

Em qualquer desses sentidos, a dignidade é tida como valor intrínseco do ser humano, traduzindo a noção de igualdade de todas as pessoas, exigindo a promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades individuais e coletivas. Implica, assim, na obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa) diante de um feixe de deveres e direitos relativos aos bens indispensáveis para o desenvolvimento humano.³⁵²

Isso significa que o Brasil, Estado Democrático de Direito, é entidade política constitucionalmente organizada e estruturada na dignidade humana, ao lado da soberania, cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político, sendo certo, ainda, que a atividade econômica deve nortear-se pela existência digna de que todos devem gozar,³⁵³ conforme os ditames da justiça

³⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed., ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 114. O autor ainda menciona J.González Pérez, *La dignidad de la persona*, p. 91 e ss., que, cuidando da dignidade como limite dos direitos alheios, inclusive citando decisões do Tribunal Constitucional da Espanha no sentido de o exercício dos direitos fundamentais encontrar seus limites nos direitos fundamentais e na dignidade de terceiros. No mesmo sentido, destacando que o princípio da dignidade da pessoa (por ser a dignidade, em princípio, irrenunciável) atua até mesmo como limite ao exercício de direitos próprios, vide M.A. Alegre Martínez, *la dignidad de la persona...*, p. 81 e ss.. Pela doutrina italiana, ver F. Bartolomei, *La dignità umana...*, p. 23 e ss., desenvolvendo o ponto no que diz com as restrições da liberdade pessoal em prol da dignidade.

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. ed., ver. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 51-53.

social.

Percebe-se, pois, que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para a existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade, e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, esta, por sua vez, não passará de mero objeto de arbítrio e injustiça.³⁵⁴

Na verdade, a justiça social, entendida como a “possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazerem às suas necessidades fundamentais, tanto físicas como espirituais, morais e artísticas”,³⁵⁵ serve de instrumento para a concretização de uma vida digna, no mundo em que o trabalho e a livre iniciativa são fundamentos.³⁵⁶

A este fim público, portanto, encontram-se obrigados o Estado e os particulares, de forma que qualquer atividade econômica que não vise à promoção da dignidade humana estará violando, duplamente, a Constituição Federal.³⁵⁷

Vale ressaltar que a dignidade humana, como dito anteriormente, não se apresenta como direito fundamental, mas sim como princípio fundamental, sendo que esta terminologia que lhe é dada possui a função específica de limitar a criação de tantos outros direitos fundamentais com apoio em qualquer outra disposição contida na constituição, especialmente nas normas de caráter organizacional e

³⁵³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 217.

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed., ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 59.

³⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004. p. 128-129.

³⁵⁶ RIOS, Roger Raupp. *Ordem econômica, sociabilidade e os “Mass Media” na Constituição da República de 1988*. < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina.htm> >

programático, que não são poucas. E isto porque

Á luz das considerações tecidas, parece razoável o entendimento de que o citado preceito constitucional se refere às disposições contidas no Título I, arts. 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais), onde também se encontram delineados os contornos básicos do Estado Social e Democrático de Direito que identifica a nossa República. Neste título, além do regime da democracia social (ou simplesmente democrático, para utilizar terminologia menos sujeita a controvérsias), consagrado pela nossa Carta, encontram-se expressos os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, seja em nível interno, seja na esfera das relações internacionais. Somente nesta acepção, salvo melhor juízo, as expressões 'regime' e 'princípios' podem ser inseridas no contexto de um conceito material.³⁵⁸

Assim, se por um lado tem-se violações à Constituição quando se desvia desse fim, não mesmo certo é afirmar que, direcionado pela dignidade humana, o Estado tem o dever de promover medidas tendentes a tornar efetivo este princípio fundamental – dignidade humana -, que, por sua vez, abrange a existência de vida saudável.

Isso porque a concretização da justiça social ou justiça distributiva pressupõe a criação de condições materiais e procedimentais, como a implementação de políticas sociais (saúde, educação, entre outras), políticas compensatórias (previdência e assistência sociais), políticas de fomento (industrial, agrícola, etc.) e reformas estruturais (urbana, agrária, etc.).³⁵⁹

Neste sentido, o conceito de dignidade humana como

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano e

³⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004. p. 218.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 107-108.

³⁵⁹ RIOS, Roger Raupp. *Ordem econômica, sociabilidade e os "Mass Media" na Constituição da República de 1988*. Disponível em < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina.htm> >

o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁶⁰

São esses princípios, pois, que guiam a ordem econômica e devem orientar a atuação do Estado Social, no qual o interesse comum prevalece sobre o interesse individual,³⁶¹ levando, dessa forma, a uma nova leitura da livre iniciativa no direito pátrio.

Como já se advertiu,

Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos interesses pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.³⁶²

Na verdade, o desenvolvimento econômico não é um fim em si mesmo, devendo, outrossim, estar relacionado com a melhoria da qualidade de vida das pessoas e com as liberdades de que podem desfrutar. Foi nesta linha de raciocínio que a Constituição disciplinou a ordem econômica, fundando-a no capitalismo e

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed., ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 59-60.

³⁶¹ Segundo Toshio Mukai, esta base teórica é a adotada por Goldschmidt e Buwert. In: *Participação do Estado na Atividade Econômica – Limites Jurídicos*. São Paulo: RT, 1979, p. 35. No mesmo sentido: "é o princípio da dignidade da pessoa humana que confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional, existindo redobradas razões para constituir o fim mesmo da ordem econômica." PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 174.

³⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 70.

orientando-a com o fim de assegurar *existência digna* a todos, conforme artigo 170 da Constituição Federal.³⁶³

4.2.4 A livre iniciativa

A expressão *liberdade*, ao longo da história das civilizações teve várias atribuições conceituais, ora confundindo-se com poder (autoridade), ora distanciando-se deste, como afirmado por Celso Lafer e José Afonso da Silva, respectivamente. A expressão, contudo, pode ser entendida como “ato voluntário, como ausência de coação ou interferência externa, como possibilidade de escolha, como possibilidade de autodeterminação”. Seu horizonte é ampliado de acordo com o âmbito de aplicação. Dentro da ordem econômica,

liberdade seria a possibilidade de escolher seus próprios caminhos profissionais ou suas próprias atividades econômicas, com ausência de coação ou interferência do Estado; seria a possibilidade de iniciativa, sem interferência do Estado no jogo de mercado, como meio de se atingir o máximo de eficiência na produção e de justiça na repartição do produto.³⁶⁴

Mais do que isso, é elemento fundamental sobre o qual se ampara a Ordem Econômica e Financeira porque nele se encontram os valores que personalizam a capacidade de cada indivíduo, pois pressupõe-se que todo homem é dotado, o suficiente, para escolher o seu trabalho ou atividade econômica. Isto implica em imputar ao homem a racionalidade visando atingir a própria felicidade,

³⁶³ PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 83.

³⁶⁴ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A Ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 64-65.

embora possa incidir em erros.³⁶⁵

Fala-se, ainda, que a liberdade constitui uma dimensão essencial da pessoa, razão pela qual assume um valor superior no ordenamento jurídico. Esta liberdade, dita substancial, sofre diversos desdobramentos de acordo com o direito fundamental a que esta ligada. Assim, foi classificada em cinco grandes grupos por José Afonso da Silva: 1. liberdade da pessoa física (direito de ir e vir, de permanecer, de ficar e de circular); 2. liberdade de pensamento, abrangendo a opinião, a religião, a informação, a artística e a comunicação do conhecimento; 3. liberdade de expressão coletiva (reunião e associação); 4. liberdade de ação profissional, comportando a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão e o seu correspondente exercício e, finalmente, 5. liberdades de conteúdo econômico e social, aqui incluída a **livre iniciativa**, a liberdade contratual, a liberdade de ensino e de trabalho.³⁶⁶

A Constituição Federal tratou da livre iniciativa em dois momentos. No art. 1º, observa-se que a livre iniciativa é mais do que um princípio da ordem econômica, como previsto no art. 170 do texto constitucional, é, sim, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, vale dizer, como um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, revelando-se um dos fins da estrutura política brasileira.³⁶⁷

Como visto no item anterior, a ordem econômica visa à garantia de uma existência digna, pautando-se nas diretrizes da justiça social e fundada em princípios da organização econômica, sistematizando o setor empresarial com o

³⁶⁵ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 174.

³⁶⁶ PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem Econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 75/76.

objetivo de reduzir as desigualdades e anomalias diversas, através de medidas que deveriam corrigir as contradições de interesses privados.

A liberdade de iniciativa, afirmada no art. 170, *caput*, da Constituição Federal e no seu parágrafo único, assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei”.³⁶⁸

A iniciativa, na acepção devida, é imaterial. Comporta a idéia de uma situação que não pode reduzir o trabalho nem o capital, mas também exige a soma de conhecimentos necessários para, reunida mão-de-obra e capital, possa haver o lançamento da empresa e o seu desenvolvimento. É esta a liberdade assegurada pela Constituição Federal.³⁶⁹

O seu conteúdo, porém, não se limita a tal aspecto, é endossado por uma idéia vasta, assumindo todas as demais formas de organização econômica, individuais ou coletivas, a exemplo das cooperativas (art. 5º, XVIII, e art. 174, §§ 3º e 4º, CF), além da iniciativa pública (arts. 173, 177 e 192, II, CF).³⁷⁰

Destaca-se a sua densidade normativa, porquanto garante a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado, sem sujeição a qualquer restrição estatal, salvo em virtude de lei.³⁷¹ Daí a sua densidade normativa positivada que somente se curva diante de disposições legais, formal e materialmente constitucionais.

Destarte, embora se fale em livre iniciativa, tal liberdade nada mais é

³⁶⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 246.

³⁶⁸ Art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

³⁶⁹ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A Ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 65.

³⁷⁰ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 247.

³⁷¹ ARAÚJO, Luís Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 375.

do que um direito subjetivo sujeito a limitações do legislador infraconstitucional, já que a expressão “salvo casos previstos em lei” demonstra a presença de reserva legal.

Assim, impossível, invocando a liberdade de iniciativa, a exploração do ser humano, o fechamento de empresas sem justificativa, a concorrência até extenuar o adversário etc, mesmo porque tal liberdade está direcionada a realizar a justiça social e o bem-estar coletivo. Está, ademais, guiada pela dignidade humana e pelo princípio da valorização do trabalho humano, que, embora princípios, possuem a prioridade de orientar a intervenção estatal na economia, fazendo valer os valores sociais do trabalho.³⁷²

Trata-se, outrossim, de direito fundamental não previsto na categoria daqueles do artigo 5º da Constituição Federal, mas assim considerado por ser uma extensão do direito à liberdade nele previsto, entendido em seu sentido amplo,³⁷³ envolvendo as liberdades de indústria, de comércio, de empresa e de contrato.³⁷⁴

Afirma-se, ainda, como direito fundamental, por ser um meio de materializar a dignidade humana, realizando o homem, plenamente, ao assegurar-

³⁷² TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 251-252.

³⁷³ Semelhante raciocínio é feito por Manoel Afonso Vaz ao estudar o art. 61 da Constituição Portuguesa, na obra *Direito Econômico e a Ordem Econômica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra, 1984, p. 86 e 87: “A inclusão do preceito sobre a iniciativa econômica privada, no âmbito dos direitos econômicos quer significar a consagração da iniciativa econômica privada como direito fundamental dos cidadãos [...] É certo que o direito à iniciativa econômica privada não é entendido formalmente com um ‘direito de liberdade’, tal como são entendidos os ‘direitos e liberdades e garantias pessoais’, os ‘direitos, liberdades e garantias de participação política’ e os ‘direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores’ consagrados no título II da parte I da Constituição. Tal pretende significar que o direito à iniciativa econômica privada não pode hoje ser entendido, à maneira liberal, como um direito ‘absoluto’, inviolável, de conteúdo naturalmente determinado, ou seja, como um direito ‘de defesa’ do cidadão perante o poder que não permite limitações à sua esfera de afirmação e realização [...] Todavia, e no entanto, o direito à iniciativa econômica privada é, a nosso ver, ainda um direito fundamental de natureza análoga aos ‘direitos de liberdade’, quando pretenda defender um âmbito de afirmação e realização autônoma do indivíduo enquanto tal [...] Sendo assim, é-lhe aplicável, por força do artigo 17º da CRP, o regime jurídico dos ‘direitos, liberdades e garantias’ expressos no artigo 18º da Constituição”.

³⁷⁴ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68-69.

lhe o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal.³⁷⁵

Por outras palavras, é o direito subjetivo através do qual se consubstanciam e se realçam valores do homem, incentivando-o a desfrutar da capacidade individual de que é dotado para a escolha da profissão,³⁷⁶ podendo ser traduzida no direito subjetivo que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por conta e risco próprios.³⁷⁷

Sua origem remonta ao rompimento do sistema feudal e dos princípios do mercantilismo (séculos XVII, na Inglaterra, e XVIII, no resto da Europa), demonstrando suas raízes liberais, já que a liberdade de iniciativa representava, à época, o destino da vida do homem, focando a individualidade de cada um e revelando a expressão da sua capacidade.³⁷⁸

Até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a livre iniciativa foi vista como garantia absoluta de usar e trocar bens com autonomia jurídica e, portanto, com plena liberdade de regular e controlar as relações econômicas de acordo com a própria conveniência, daí a “garantia de desenvolver livremente a atividade escolhida”.³⁷⁹

Contudo, a suposta *harmonia natural dos interesses*³⁸⁰ do Estado Liberal, premida pelo desenvolvimento do sistema de produção, não suportou as necessidades sociais³⁸¹ (melhores condições de vida aos trabalhadores, p.ex.),

³⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004, p. 117. No mesmo sentido: FARIA, Werter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 107

³⁷⁶ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito onstitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 174.

³⁷⁷ PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem Econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 161.

³⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*, São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004, p. 116.

³⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, p. 673.

³⁸⁰ Expressão utilizada por José Afonso da Silva, op. cit., p. 673.

³⁸¹ Conforme já explicado no item anterior, relativamente à transformação da ordem econômica liberal para a ordem intervencionista.

fazendo com que a liberdade de iniciativa econômica se condicionasse a certos mecanismos voltados à realização da justiça social.

É com este fim específico que deve ser analisado o princípio da livre iniciativa, mormente diante de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem estar coletivo, como a de 1988.

Denota-se, portanto, que, embora direito fundamental, a livre iniciativa fica condicionada, limitada ao princípio fundamental da dignidade humana, tendo assim de considerar os valores sociais, entre eles o bem-estar coletivo. Tem-se, pois, a máxima de que o fim condiciona o meio.

Tal raciocínio é de fácil aceitação porque a livre iniciativa é desdobramento do direito de liberdade e a todo exercício de liberdade corresponde uma responsabilidade. Até mesmo a liberdade jurídica, reconhecida como qualidade humana, sofre tal limitação.

Neste sentido

“Se as normas servem para motivar condutas, cabe indagar de que maneira e até onde se concilia essa funcionalidade normativa com os atos livres do ser humano, com essa qualidade humana: a liberdade. Qualidade que se não é apenas inerente à criatura humana, somente por esta pode ser pensada e ideada. Desde a liberdade total, natural e parcialmente circunscrita pelo domínio da lei segundo Rousseau até ‘um mínimo de liberdade’ admitido no âmbito do direito e da moral.³⁸²”

Diante desse contexto, a *liberdade de iniciativa econômica privada* significa o exercício de uma liberdade humana voltada para o “desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo

mesmo”,³⁸³ sendo **legítima** apenas quando exercida no interesse da justiça social e **ilegítima** quando destinada à satisfação exclusiva do lucro e das ambições pessoais dos empresários.³⁸⁴

De forma mais incisiva, conceituou-se a livre iniciativa como a “liberdade dos privados de disporem dos recursos materiais e humanos”, ou seja, “liberdade dos privados de organizar a atividade produtiva e, conseqüentemente, é a liberdade dos privados de decidir o que produzir, quando produzir, onde produzir”³⁸⁵ ou, então, como liberdade de iniciar, gerir e atuar em uma atividade econômica³⁸⁶, devendo, porém, o agente econômico, ao optar por fazer ou não fazer algo – livre que é – subordinar-se aos condicionamentos que lhe são impostos, consistentes, inclusive, “na obrigação de realizar dados negócios, de não os realizar, de os celebrar com dado conteúdo ou dada forma.”³⁸⁷

É, de fato, o suporte econômico das empresas, que se projeta em vários ângulos do ordenamento jurídico, servindo, ainda, de base para o processo de desenvolvimento.³⁸⁸

Estes conceitos expostos parecem mais adequados para o entendimento da Ordem Constitucional Econômica. Note-se que, a priori, a liberdade é ampla, somente após estudo do texto constitucional é que se encontram as

³⁸² GARCIA, Maria. Considerações sobre a relação entre liberdade jurídica e a norma permissiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 3, n. 12, jul./set., p. 53, 1995.

³⁸³ Cf. Vittorio Ottaviano, “Il governo dell’economia: i principi giuridici”, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, v. 1^o: *La Costituzione Economica*. apud José Afonso da Silva, op. cit. p. 673.

³⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, p. 673.

³⁸⁵ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra le còdice e Costituzione*. p. 125. apud PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 199.

³⁸⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 328.

³⁸⁷ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 199.

³⁸⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 249-250.

limitações existentes e bem justificadas: o ideal de alcançar uma sociedade livre, justa e solidária.

Mais do que isso, é através desta *livre iniciativa social*³⁸⁹, da qual decorrem políticas públicas constitucionalmente legitimadas, que serão fornecidas prestações positivas à sociedade³⁹⁰, alcançando-se o objetivo constitucional previsto no preâmbulo do Texto.³⁹¹

Dentro deste conceito de livre iniciativa social, conclui-se que tal liberdade pode, portanto, ser limitada através de reserva legal.³⁹² Assim, afirma-se que as leis podem restringir a liberdade econômica, porém, devem ater-se ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, atuando como limite negativo em face do legislador e garantindo a proteção da pessoa humana.³⁹³

De um modo ou de outro, o âmbito de limitação do princípio da livre iniciativa pelo Estado e sua intervenção na economia sempre será constitucionalmente circunscrito, de forma que, se de um lado permite tal intervenção, do outro, impõe regras delimitadoras da ação estatal.³⁹⁴

Essas limitações são de fácil visualização. A primeira, como dito, é a reserva legal do parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal. Em seguida,

³⁸⁹ Expressão adotada neste trabalho para conceituar a liberdade de desenvolvimento da empresa e do trabalho humano, sempre voltada para a consecução da dignidade humana e busca do bem comum.

³⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 – Interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 234.

³⁹¹ Nesse sentido: “a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, informa a indispensabilidade de sempre se estar vigilante em relação à preservação desta liberdade, tomando-se em consideração um ponto de vista eqüitativo, mais consentâneo com os ideais democráticos e de justiça social, também fundamentos do Estado brasileiro.” PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 167.

³⁹² Sobre restrição e configuração legislativa dos direitos fundamentais vide item próprio (3.1.4) e, especificamente, sobre a reserva legal do art. 170, parágrafo único, CF, vide item específico no decorrer do trabalho (5.3.3.2).

³⁹³ PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 163.

³⁹⁴ TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 177.

como já dito anteriormente, seguem-se os fundamentos norteadores do caput do mesmo dispositivo (valorização do trabalho humano e livre iniciativa, visando assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, todos já estudados). Por fim, encontramos as limitações principiológicas do art. 170, incisos I/IX, CF, que foram analisados de acordo com a pertinência com o trabalho (livre concorrência e defesa do consumidor).

Destarte, as exigências impostas pela Portaria do Ministério da Saúde n° 2.051/01 e pelas Resoluções da ANVISA n° 221/02 e 222/02, embora limitadoras da livre iniciativa, estão amparadas na Constituição Federal, conquanto revelam verdadeiras medidas de políticas públicas tendentes a garantir o desenvolvimento sadio das crianças, mantida a sua dignidade e alcançado o bem comum: justiça social.

Trata-se, portanto, de um conjunto de atos normativos que vale *prima facie*, incluindo-se no domínio de proteção dos direitos fundamentais (direito à saúde e liberdade econômica), mas, contudo, deve submeter-se ao exame dos seus exatos limites.

Nesse diapasão, afirma-se que eventual restrição a esse direito *prima facie* implicará uma modificação normativa ou factual, justificada na Constituição ou não contrária a ela, de um ou de alguns dos elementos configuradores do direito fundamental, já vistos, tais como: 1. sujeitos dos direitos fundamentais (titulares e destinatários); 2. âmbito de proteção material, definido e delimitado com base no objeto de proteção e nos limites que tenha o direito fundamental; e 3. a justificação constitucional dos limites, que se funda na reserva de lei, no princípio da proporcionalidade e no conteúdo essencial do direito fundamental.³⁹⁵

³⁹⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 28.

4.2.5 Princípio da livre concorrência

A livre concorrência é contemplada na Constituição Federal como princípio decorrente da própria liberdade de iniciativa (fundamento da ordem econômica e da República), já que inconcebível um Estado Democrático assegurar a livre iniciativa, mas não assegurar que o mercado se desenvolva sem entraves jurídicos justificáveis, de forma a manter a produção, a circulação e o consumo de bens e serviços. A livre concorrência reporta-se aos agentes da ordem econômica, colocando-os em posição de igualdade em uma situação de liberdade econômica.³⁹⁶

Conceituada como “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico das leis de mercado”,³⁹⁷ na verdade, representa, por outras palavras, “livre jogo das forças de mercado, na disputa da clientela”,³⁹⁸ vencendo aquele que tiver maior poder de persuasão, papel, este, atribuído, no caso em estudo, ao marketing das empresas dos produtos abrangidos pela NBCAL. Aliás, o abuso do poder econômico é tão previsível que até regramento constitucional existe para coibi-lo (artigo 173, § 4º, Constituição Federal. “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise [...] à eliminação da concorrência”).

Note-se, mais, que o sistema adotado na Constituição Federal não é voltado à proteção do consumidor, embora também previsto como princípio da ordem econômica. O texto constitucional traz como regra a livre concorrência,

³⁹⁶ TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 194.

³⁹⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 255.

³⁹⁸ PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 221.

desencadeando uma rivalidade entre as empresas para conquista do mercado, sem ater-se aos interesses do consumidor, senão ao de conquistá-los. A intervenção legal nesta concorrência é exceção e só se efetivará conquanto houver abusos. “Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor.”³⁹⁹

O princípio da livre concorrência não tem, em si mesma, um fim, mas, sim, um caráter instrumental, através do qual são extraídas importantes conclusões, por exemplo: o preço dos produtos e serviços será estipulado pelo livre jogo do mercado, regido pelo sistema da oferta e procura. Diante deste regramento, as empresas, visando à captação de consumidores, tendem a oferecer mais, e cada vez mais, benefícios ao consumidor.⁴⁰⁰

Justamente nesse sentido é que as empresas de fórmulas infantis, mamadeiras e chupetas se respaldam na livre concorrência para disputar os consumidores, apresentando vendas casadas, embalagens especiais e flagrante abuso dos meios de propaganda, atuação esta em prejuízo do aleitamento materno e conseqüente saúde da criança, necessitando de um regramento como o da NBCAL.

Note-se a inversão de valores e a afirmação, antes mencionada, de que ordem econômica não é voltada, à primeira vista, para a proteção do consumidor. As empresas, como dito alhures, se preocupam com o fim mediato de lucro e não com fim imediato constitucional do direito à saúde.

³⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 230.

⁴⁰⁰ PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 223. No mesmo sentido: SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 126.

Para evitar tais abusos, a Constituição prevê os fundamentos da justiça social e da existência digna, bem como a atribuição ao Estado da tarefa de zelar pela regularidade do mercado, mediante edição de regras que possam garantir a competição das empresas de forma não abusiva e ilusória do consumidor, com atividades normativas e reguladoras, a exemplo da NBCAL.

Como bem ressaltado, ainda

que a competitividade no mercado, por mais importante que possa ser, não é valor absoluto que justifique, por si só, o sacrifício de todos os outros relevantes valores que compõem a ordem constitucional econômica, dentre eles a própria expansão e universalização da dignidade entre as pessoas e a busca incessante da justiça social, fins constitucionalmente adotados e que não são meros preceitos enxertados em uma carta de intenções.⁴⁰¹

Ora, considerando-se que a Constituição comporta valores de inspiração liberal e socialista, necessária a sua harmonização, nunca se esquecendo de que a ordem econômica tem a finalidade de justiça social, pressupondo a distribuição igualitária da renda, de forma a garantir a todos e a cada indivíduo condição de existência digna, embora organizada sob o regime capitalista, com atuação precípua do particular, que possui liberdade de iniciativa e livre concorrência, permitindo-se, porém, a intervenção estatal para coibir e corrigir abusos.

4.2.6 Princípio da defesa do consumidor

A finalidade do ordenamento econômico constitucional é propiciar o justo equilíbrio entre as empresas através da equação oferta e procura (livre

iniciativa e livre concorrência). Igual finalidade também é buscada em relação ao consumidor.⁴⁰²

A dignidade da pessoa, mais uma vez, ressaltada como fundamento constitucional e diretriz de interpretação constitucional, vem cumprir a dupla função do princípio da defesa do consumidor, quais sejam: 1. de instrumento para assegurar a todos existência digna, e 2. de objetivo particular a ser alcançado, justificando a reivindicação de políticas públicas.⁴⁰³

É um princípio que, no contexto, se concretiza juntamente com as regras inscritas nos art. 5º, XXXII, art. 24, VIII e art. 150, § 5º, todos da Constituição Federal, representando uma ideologia contemporizada que afeta todo o exercício da atividade econômica, atribuindo ao Estado a função de zelar pelo consumidor, amparando-o com eventual indenização em caso de danos.

A proteção principiológica do consumidor decorre do seu próprio conceito, que o coloca em posição de hipossuficiência em relação ao produtor do bem ou serviço. Neste diapasão, a sua defesa deve ser promovida através de normas específicas e de medidas dotadas de caráter interventivo.⁴⁰⁴

A relação de consumo pode ser considerada perfeita quando regida pela boa-fé entre produção e consumo, e imperfeita quando presente o abuso para garantir maior lucratividade.⁴⁰⁵

No mundo econômico, a disputa acirrada pela conquista do consumidor, provoca um intenso sistema de propaganda geradora de novos hábitos

⁴⁰¹ PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 227.

⁴⁰² PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 230.

⁴⁰³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 252-253.

⁴⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 255.

de consumo (por vezes publicidade enganosa e abusiva⁴⁰⁶), deixando bem estabelecido o potencial de grave lesividade a que está exposto o consumidor,⁴⁰⁷ o qual, muitas vezes, por exemplo, deixa de seguir orientação de alimentação natural e saudável (aleitamento materno) para valer-se de alimentos artificiais, desnecessários, de elevado custo final e sem a mesma eficiência nutricional.

Devida a essa vulnerabilidade do consumidor, exige-se a interferência do Estado nas relações privadas, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90⁴⁰⁸), que fortalece o indivíduo enquanto consumidor, dando maior solidez ao princípio da dignidade humana e à solidariedade, que também são observados no âmbito econômico. Isto implica no respeito à saúde, segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria na qualidade de vida, transparência e harmonia nas relações de consumo.⁴⁰⁹

Por outro lado, como mencionado no estudo do princípio da livre concorrência, os mecanismos do mercado, naturalmente, são voltados à direta ou à dissimulada obtenção de lucro, priorizando-a, inclusive, em relação à saúde do consumidor. A exemplo, pode-se citar a atuação de famosa rede de hipermercado na comercialização de alimentos perecíveis com prazos vencidos, que foi objeto de

⁴⁰⁵ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 141.

⁴⁰⁶ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 141.

⁴⁰⁷ PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 231.

⁴⁰⁸ Legislação esta que representa uma política nacional, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado; a necessidade de ação governamental, no sentido de proteger efetivamente o consumidor, além prever direitos básicos como a proteção à saúde; direito de informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, preço e risco que apresentam; e direito à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, entre outros direitos. Nesse sentido: SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A Ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 145-146.

⁴⁰⁹ PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 234. No mesmo sentido: SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 141.

ação civil pública na comarca de Vinhedo, publicada recentemente em revista jurídica especializada.⁴¹⁰

Farta, ainda, a exemplificação de abusos de poder econômico de toda ordem, mormente pelas “agressivas políticas de *marketing* que a todo instante geram novas necessidades para o consumidor”,⁴¹¹ necessidades, estas, muitas vezes, criadas pelas próprias empresas, as quais pretendem satisfazê-las. Este círculo vicioso pode se dar através da informação (pressupostamente independente) ou pela propaganda (dependente e parcial).

Sabe-se, ainda, que o no gerenciamento de empresas se faz pelas necessidades econômicas da própria empresa e não pelas necessidades vitais ou essenciais dos cidadãos. O ser humano perde esta qualidade para transformar-se em mero receptor da *demanda empresarial*, fazendo, assim, surgir a sociedade do consumo de massa. A demanda acumulativa de capital da empresa é medida através das vendas e da aceitação de seus produtos ou serviços. O ato de consumo se exaure em si mesmo, sem se cogitar do que ou para que se consome, submetendo-se à lógica do desejo e não da necessidade.⁴¹²

Inegável, portanto, as dificuldades para assegurar a defesa do consumidor, tanto no aspecto político e econômico, como no jurídico, exigindo, pois, a imposição de políticas sociais corretivas, a exemplo da NBCAL, que objetiva sanar as distorções do marketing e fomentar a saúde através do aleitamento materno, garantindo a existência digna da criança e justiça social.

⁴¹⁰ CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini; DANTAS, Newton José de Oliveira. Hipermercado. atuação da vigilância sanitária. Infração de natureza gravíssima e reincidência. Diversas irregularidades. Perigo de dano à saúde pública. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, jan/mar., p. 345-358, 2004.

⁴¹¹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 232.

⁴¹² TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 184.

Note-se que a proteção do consumidor inserida na Constituição Federal, por se revelar de extrema importância para o consumidor e para a própria dignidade da pessoa, não pode ficar apenas no campo normativo.⁴¹³ Deve, sim, extrapolar este limite e atingir a seara de um “princípio-programa”, tendo por objeto uma ampla política pública (*public policy*).⁴¹⁴

Insta frisar, ainda, que o princípio constitucional da defesa do consumidor demonstra, efetivamente, que determinada política pública pode garantir os direitos do consumidor, não se fixando apenas no Código de Defesa do Consumidor, mas permitindo outras políticas, como textos legais debatidos neste trabalho.

Dessa forma, a política de proteção do consumidor deve harmonizar-se com os interesses dos agentes econômicos e com os do consumidor, mantendo-se o desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sem embargo da coibição e repressão dos abusos praticados no mercado de consumo.⁴¹⁵

⁴¹³ Ibid. p. 185-186.

⁴¹⁴ COMPARATO, Fábio. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 80, p. 70. No mesmo sentido: Newton de Lucca, *Direito do consumidor*, p. 35, ambos *apud* TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 186.

5. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA GM 2.051/01 E DAS RESOLUÇÕES RDC ANVISA N° 221/02 E RDC ANVISA N° 222/02

5.1 Princípios e regras

Primeiramente, há de determinar o que vem a ser princípios. No contexto doutrinário, a distinção é feita tomando-se por parâmetro o conceito de regra. Várias teorias foram desenvolvidas para conceituar princípios. Algumas enfocavam o caráter quantitativo, outras o qualificativo. Tal estudo, porém, não será objeto deste trabalho, senão a já adoção da definição exposta por Robert Alexy, por apresentar um critério de ponderação, possível de determinar a reserva do que é jurídica, social, e economicamente possível, delimitando, assim, os direitos *prima facie* (aqueles previstos na Constituição) e definitivos (direito escolhido após a ponderação) e os princípios.

Neste diapasão, considera-se o princípio *mandatos de otimização* (mandamentos de otimização), porque são normas que ordenam que algo seja realizado da melhor forma possível, diante das possibilidades jurídicas e circunstâncias concretas existentes. Assim, podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que as medidas decorrentes do seu cumprimento estão estritamente ligadas às situações fáticas e jurídicas.⁴¹⁶ Estas situações jurídicas referem-se às possibilidades abertas pelo direito, cuja área é delimitada pelo conjunto de princípios e regras.⁴¹⁷

⁴¹⁵ PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 239. No mesmo sentido: TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 187.

⁴¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.

⁴¹⁷ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 44-45.

As regras, por sua vez, são normas que podem ou não ser cumpridas. Se válidas, deve-se fazer o que elas exatamente exigem, sem extrapolar seus limites. Enquanto os princípios são mandamentos que ordenam a realização de algo, as regras são determinações inseridas no âmbito fático e juridicamente possível.⁴¹⁸

A diferença também é demonstrada sob o aspecto lógico e deontológico, asseverando-se que as regras possuem uma descrição fática com previsão da consequência jurídica de sua incidência, enquanto que os princípios não trazem esta situação jurídica de hipótese de incidência, mas sim um valor, de forma que adquire positividade, ou seja, validade jurídica objetiva.⁴¹⁹

Citando Dworkin, afirma-se que as regras são aplicadas de modo *all-or-nothing*, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e aceita juridicamente, ou ela não é considerada válida. Os princípios, por sua vez, não impõem uma determinada decisão, mas apresentam fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos oriundos de princípios diversos. Assim, enquanto as regras instituem obrigações definitivas, que não aceitam normas contrapostas, os princípios instituem obrigações *prima facie*, porquanto podem ser superadas ou derogadas em razão de outros princípios colidentes.⁴²⁰

Essa forma de aplicar as regras (“tudo ou nada”) é contestada, pois elas também necessitam de um prévio processo de interpretação, por vezes longo e complexo como o dos princípios, que demonstre quais as consequências que serão implementadas. Isto só ocorre, contudo, diante do caso concreto, de forma que as

⁴¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 87.

⁴¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Basto Editora, 2001, p. 52.

⁴²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

regras, em vez de se estremarem, se aproximam. Conclui-se, diante do exposto, que a única diferença entre regras e princípios é o grau de abstração que se dá anteriormente à interpretação. No caso, o grau de abstração dos princípios é maior em relação às regras, já que não se vinculam abstratamente a uma situação específica.⁴²¹

Denota-se, portanto, que o espectro de interpretação e aplicação dos princípios é muito mais amplo que o das regras. Aqueles buscam o melhor cumprimento possível de um determinado interesse. Estas, apenas o fazer ou não fazer, sem a nuance da otimização.⁴²²

Daí falar-se que a diferença entre princípios e regras é qualitativa e não de hierarquia, com pesos e graus diversos, embora ambos sejam normas. A ordem jurídica, dessa forma, compreende normas que se situam em patamares diversos, de acordo com o seu maior ou menor grau de abstração ou concretude, demonstrando a existência de um ordenamento jurídico escalonado. Na base deste ordenamento, com maior grau de concretude, encontram-se as normas individuais, como a sentença, que disciplina determinada e específica situação jurídica. O grau de abstração vai crescendo até transcender as regras e atingir os princípios, que, por sua vez, estão em diversos níveis de abstração.⁴²³

O entendimento do princípio somente se dá quando se consegue encontrar os seus limites através da contraposição a outros princípios e à realidade

⁴²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

⁴²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29. Segundo o autor, “quando dois princípios entram em conflito, deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação.”

⁴²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Basto Editora, 2001, p. 52-53.

a que se refere.⁴²⁴ A exemplo, no presente trabalho, a liberdade econômica vem limitada por vários outros princípios e fundamentos que traçam o seu objetivo, como antes mencionado. Da análise desse conjunto, é extraído o conteúdo do princípio da liberdade econômica no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, tem-se que os princípios constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, possuem uma condição de abertura normativo-material, possibilitando a expansão da sua capacidade e do seu comando, conforme a situação concreta a ser dirimida, o que, doutrinariamente, é definido como *eficácia irradiante*.⁴²⁵

5.2 Colisão de princípios e sua solução

No item anterior foi feita a necessária distinção entre princípios e regras, pois a solução de conflitos entre princípios e regras e a colisão entre princípios apenas, encontram formas diversas de solução. Enquanto o confronto de princípios e regras se dá através da introdução de uma cláusula de exceção, a colisão de princípios segue metodologia diversa⁴²⁶, como será, abaixo, demonstrado.

Fala-se em colisão de princípios quando duas normas trazem resultados inconciliáveis, ou seja, concretizam dois juízos normativos que se contradizem. Quando dois princípios se colidem, um precisa ceder lugar ao outro, não significando, isto, porém, que o princípio afastado é inválido. O que ocorre, na

⁴²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87 e 99. No mesmo sentido: DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 45-46.

⁴²⁵ LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 37.

⁴²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 87-88.

verdade, é a prevalência de um sobre o outro diante do caso concreto, devendo ser sopesados na justa medida.⁴²⁷

Por outras palavras, surge a colisão quando algo é proibido por um princípio e permitido por outro. Neste caso, um tem que ceder ao outro⁴²⁸ ou, então, pode ocorrer uma limitação mútua. No caso, em estudo, a promoção comercial é permitida pelo princípio da liberdade econômica, porém, é limitada em certas circunstâncias e proibida em outras (como propaganda de chupetas, bicos e mamadeiras) em razão do direito à saúde da criança, ambos direitos fundamentais.

Não há, porém, a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre o outro, mas sim a aplicação de sistema de ponderação entre os princípios colidentes, do qual, então, diante de determinadas circunstâncias concretas, decorrerá a prevalência de um deles.⁴²⁹ Esta prevalência não se dá na dimensão de validade do princípio, que já é pressuposta quando se fala na sua colisão. Isto porque se não houvesse validade, sequer se cogitaria de conflito porque somente existe colisão de princípios válidos. A priorização de um princípio, portanto, é decorrente do seu *peso*⁴³⁰ em relação aos interesses protegidos pelo princípio que a ele se contrapõe.

Essa idéia de *peso* é sustentada por Dworkin, no sentido de que os princípios, ao contrário das regras, trazem, em si, uma dimensão de peso que se

⁴²⁷ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 46-47.

⁴²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89.

⁴²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29. Segundo o autor, “quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação”. (p. 44). No mesmo sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89.

⁴³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89

exterioriza quando em colisão com outro princípio. Nesta hipótese, o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.⁴³¹

De forma mais pormenorizada, explica-se que, na verdade, não são os princípios portadores de *peso*, mas, sim, às razões e aos fins a que eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância e preponderância. Assim, é a decisão que atribuiu aos princípios um peso em função das condições do caso concreto, o que se dá em razão da atuação do intérprete, revelando o juízo valorativo do aplicador.⁴³²

O chamado conflito autêntico de direitos fundamentais somente ocorre quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual. A doutrina divide esta colisão de direitos em sentido estrito e amplo, referindo-se, o primeiro, apenas aos conflitos de direitos fundamentais e, em sentido amplo, aos conflitos que envolvem direitos fundamentais e outros princípios ou valores de caráter coletivo. A colisão dos direitos fundamentais, por sua vez, pode se dar entre princípios idênticos ou não. É certo, ainda, que em razão de haver a restrição de um direito fundamental em relação a outro, a colisão somente deve ser suscitada em casos excepcionais, sob pena de banalizar a limitação de direitos, em princípio, não limitáveis.⁴³³

Daí falar-se em “limites imanentes” ou “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*). Não se pode chegar ao equívoco de afirmar que as restrições são ilimitadas. Os direitos, liberdades e garantias são restringíveis, mas estas restrições são limitadas e seus limites decorrem da própria Constituição Federal, e referem-se

⁴³¹ Taking Rights Seriously, 6ª tir., p. 26 *apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43.

⁴³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

⁴³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 77-82.

tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.⁴³⁴

Afirma-se, ainda, que os limites imanentes podem ser considerados um fenômeno diverso da colisão de direitos fundamentais, se adotado tal fenômeno para justificar a restrição legislativa dos direitos fundamentais que não possuem reserva de lei. Assim, em tese, o legislador pode instituir restrições não previstas na Constituição porque esses limites são imanentes ao sistema dos direitos fundamentais e à Constituição. Esta dogmática preconiza que os limites derivam de uma ligação interna entre os diferentes direitos fundamentais e antevê a existência de tensão entre eles e/ou entre bens constitucionais, quando de suas materializações na vida social.⁴³⁵

Isso porque o entendimento dos direitos fundamentais enquanto garantias institucionais, tal como previstos na Constituição Federal, tem por finalidade assegurar formas preexistentes de determinadas áreas da vida social.⁴³⁶

Como já se disse, os direitos fundamentais surgiram em face da repressão e do abuso estatal, colocando o indivíduo em posição de segurança, possibilitando-lhe impedir a atuação arbitrária do Estado (prestação negativa) ou exigir a satisfação dos interesses mínimos de sobrevivência e dignidade (prestações positivas).

As intervenções e limitações, portanto, devem ocorrer por meio de lei ou por outro ato nela respaldado, denominando-se, tais intervenções, de *limite legal*,

⁴³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 41.

⁴³⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

⁴³⁶ SCHLINK, Bernhard. *Liberdade mediante resistência estatal – Reconstrução da função clássica dos Direitos fundamentais*. Tradução inédita Leonardo Martins.

ou seja, aquele que o Estado impõe, legalmente, aos indivíduos. Diante dos direitos fundamentais, afirma-se que os mesmos contêm reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*)⁴³⁷ ou, em outros casos, reserva qualificada, falando-se, ainda, em reversa geral de lei, como antes mencionado em item próprio.

Esta reserva, apenas administrativa na época em que o Superior Tribunal prussiano começava a impor o controle da polícia, em data não esclarecida nas fontes pesquisadas, não vinculava o legislativo. Tratava-se de critério que descrevia a ação necessária para atuação estatal, mas não informava detalhes para a sua execução. O Tribunal Administrativo prussiano, a exemplo, passou, então, a analisar a legalidade das medidas, dada a falta e a regulamentação pormenorizadas das competências, através da sua proporcionalidade, tomando por base, para tanto, dois requisitos: a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*).⁴³⁸

O Tribunal Constitucional alemão seguiu no mesmo sentido e, a partir da sentença de 11 de junho de 1958 (BverfGE 7, p. 377 (409s0s)), reuniu os três elementos no princípio da proporcionalidade em sentido lato: idoneidade, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.⁴³⁹

Dessa forma, vinculou-se também o Legislativo aos direitos fundamentais, transformando a reserva legal em **reserva da lei proporcional** (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*). Com esta reserva qualificada, o

⁴³⁷ SCHLINK, Bernhard. *Liberdade mediante resistência estatal*: – Reconstrução da função clássica dos Direitos Fundamentais. Tradução inédita Leonardo Martins.

⁴³⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 36. Ainda: SCHLINK, Bernhard. *Liberdade mediante resistência estatal* – Reconstrução da função clássica dos Direitos Fundamentais. Tradução inédita Leonardo Martins.

⁴³⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104-105.

indivíduo viu-se protegido das intervenções administrativa e legal, injustificadas ou desproporcionais, nos direitos fundamentais.⁴⁴⁰

Já na década de 1960, com o conceito firmado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, com os primeiros contornos dogmáticos, o princípio da proporcionalidade resultaria da própria substância dos direitos fundamentais. Pouco mais tarde, o mesmo tribunal afirmava que, embora não positivado na constituição, o princípio da proporcionalidade teria *status* constitucional.⁴⁴¹

A idéia da proporcionalidade foi muito bem entendida e reproduzida por Peter Lecher, em sua tese de livre-docência. Para o autor, a proporcionalidade tratava de um princípio constitucional coexistente com o princípio da necessidade que tinha por fim impedir o excesso na medida estatal legislativa que interferisse na liberdade individual. Assim, a liberdade individual era resguardada quando fosse proibido o excesso da medida estatal. Dessa forma foi construída a dogmática do *Übermaßverbot* (Proibição de excesso), cujos elementos seriam a necessidade (*Erforderlichkeit*) e a proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*).⁴⁴²

O entendimento da intervenção e do limite interventivo é aplicável, do mesmo modo, quando ao Poder Executivo é atribuída a função discricionária a respeito das prioridades políticas e das preferências estatais na consecução dos

⁴⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 116. No mesmo sentido: SCHLINK, Bernhard. *Liberdade mediante resistência estatal – Reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais*. Tradução Leonardo Martins, LL.M.

⁴⁴¹ “BVerfGE 19, p. 342 (348). Esta decisão foi repetida no início da década de oitenta, mais precisamente na Decisão sobre o controle abstrato da Lei do Censo, de 1983: BVerfGE 65, 1, 44 (Volkszählungsurteil)” e BVerfGE 23, p. 127 (133) *apud* MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito*: – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP, n. 5, p. 18, dez. 2003.

⁴⁴² MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito* – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP, n. 5, p. 19, dez. 2003.

direitos de prestação, ou seja, na concessão de tutelas de prestação estatal. Não se questiona a aplicação, de forma vinculativa, dos direitos fundamentais também aos órgãos integrantes da Administração direta e aos entes que compõem a Administração indireta.⁴⁴³

A proporcionalidade, neste caso, vem, não de forma arbitrária, mas sim na medida em que a atuação do Estado seja conforme com a dependência do indivíduo às necessidades desta atuação e da possibilidade de, por meio dela, viabilizar a existência da prestação devida,⁴⁴⁴ podendo-se admitir uma maior ou menor intensidade do seu controle.⁴⁴⁵

Pode-se transpor tal raciocínio para o presente trabalho, uma vez que a criança tem direito à saúde, com absoluta prioridade, devendo tal direito ser assegurado por lei ou qualquer outro meio, vale dizer, políticas públicas, como já citado. Para a concretização deste direito, norma programática, a autoridade administrativa deverá utilizar-se dos meios necessários e adequados, legitimando, assim, a sua ação, sob pena de, não atendendo aos limites da intervenção ou agindo de forma desproporcional, intervir, injustificadamente, em direito fundamental, no caso a liberdade econômica.

Note-se que a proporcionalidade, aqui, está exatamente delimitando a discricionariedade do legislador através da necessidade da atuação estatal, para garantir o direito à saúde da criança, e da sua adequação, no sentido de possibilitar a existência deste direito, mesmo porque a “proporcionalidade é imanente à essência dos direitos fundamentais, que, enquanto expressão da pretensão geral à

⁴⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 117.

⁴⁴⁴ SCHLINK, Bernhard. *Liberdade mediante resistência estatal – Reconstrução da função clássica dos Direitos Fundamentais*. Tradução Leonardo Martins, LL.M.

⁴⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 118.

liberdade do cidadão perante o Estado, podem ser limitados somente na medida em que sejam indispensáveis à defesa do interesse público.”⁴⁴⁶

Na doutrina brasileira, conceituou-se proporcionalidade como

uma regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.⁴⁴⁷

O seu objetivo é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais, o que se dá através do exame da adequação do ato impugnado, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, embora os Tribunais brasileiros insistam em negar tais elementos, confundindo a regra da proporcionalidade com a razoabilidade, entendendo proporcional tudo aquilo que não excede o razoável,⁴⁴⁸ quando, na verdade, a expressão razoabilidade enseja, de forma mais restrita, apenas a idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, traduzindo aquilo que não é absurdo, ou seja, aquilo que é admissível, sendo considerado, às vezes, como subprincípio da proporcionalidade.⁴⁴⁹

Pressupõe-se, ainda, a existência de uma relação de meio e fim, ou seja, de uma medida concreta destinada à realização de uma finalidade. Sem esta relação, impossível a aplicação da regra da proporcionalidade, pois a sua essência

⁴⁴⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

⁴⁴⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, p. 22, abr 2002

⁴⁴⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, p. 22, 32, 34, abr 2002.

⁴⁴⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38. Segundo a autora, essa forma de decisão é adotada nos sistemas norte-americano e italiano.

está, justamente, na forma como são utilizados os meios e como é definido o fim a que se destina a medida.⁴⁵⁰

O critério adotado para a análise da constitucionalidade da Portaria GM 2.051/01 e das Resoluções RDC ANVISA Nº 221/02 e RDC ANVISA Nº 222/02 seguirá forma pré-ordenada, iniciando-se pelo exame da adequação, seguida da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, eis que tais elementos relacionam-se, entre si, de forma subsidiária, e eventual conclusão dos primeiros pode levar à desnecessidade do estudo dos demais pela já afirmação da inconstitucionalidade do ato impugnado. Isto porque a necessidade é considerada como parâmetro de avaliação da proporcionalidade somente quando houver mais de um meio idôneo ao fim pretendido.

Não se duvida da divergência que pode advir da análise ora proposta, dada à racionalidade⁴⁵¹ a que está sujeito o critério adotado. Porém, o resultado, com certeza, será juridicamente fundamentado e possibilitará a crítica por outros autores, mesmo porque a análise final de inconstitucionalidade incumbe ao Poder Judiciário, o qual decidirá de forma fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Como já se disse, para decidir se determinada intervenção na área de um direito fundamental é permitida ou constitui violação, portanto, contraria a Constituição Federal, devem ser analisadas as normas que garantem o direito, os interesses e as condições de atuação do Estado. O roteiro adotado é o elaborado

⁴⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

⁴⁵¹ Cabe destacar a diferença das expressões razoabilidade e da racionalidade. Enquanto o primeiro se refere ao equilíbrio e medida existentes entre o meio e o fim pretendido, o segundo afirma a idéia de decisão provida de razão, ou seja, de conformidade com um critério racional. Neste sentido: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39.

pela doutrina alemã, adaptado ao direito constitucional brasileiro, conforme sugerido pela doutrina pátria, respondendo-se às seguintes perguntas:⁴⁵²

A. O comportamento contemplado pela medida situa-se na área de proteção de um direito fundamental?

B. A medida em questão intervém na área de proteção de um direito fundamental?

C. A intervenção é justificada constitucionalmente (intervenção permitida) ou trata-se de uma violação de direitos fundamentais (intervenção proibida)?

a. A medida possui fundamento legal? A medida aplica a lei (fundamento legal) em conformidade com a Constituição?

b. A medida é clara e concreta?

c. A medida respeita o princípio da proporcionalidade?

d. A medida respeita todas as disposições da Constituição?

A pesquisa inova no mundo jurídico porquanto identifica uma colisão de direitos fundamentais *prima facie*, cotejando-se o direito à saúde, identificando o desenvolvimento sadio e adequado da criança como bem constitucionalmente protegido, e o direito de liberdade econômica, direcionado pela livre iniciativa. Discussão, esta, não encontrada após exaustiva procura nos tribunais brasileiros, senão os casos solucionados junto às Promotorias de Justiça, conforme mencionado no início deste estudo, mas que, em momento algum, procedeu-se a este tipo de exame, racionalmente fundamentado, agindo-se sem qualquer análise

⁴⁵² DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba*, ano 5, n. 2, p. 28-29, jan. 2001; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 108-109.

da possibilidade ou não de limitação legal da liberdade econômica em prol da saúde da criança, garantida através do aleitamento materno e implementada através de atos administrativos que revelam verdadeiras medidas de políticas públicas.

5.3 Análise dos atos normativos

A Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras é um conjunto de atos normativos, consubstanciado na Portaria GM 2.051/01 e nas Resoluções RDC ANVISA n° 221/02 (relativa a chupetas, bicos, mamadeiras e protetores de mamilos) e RDC ANVISA n° 222/02 (relativa a alimentos para lactentes e crianças de primeira infância).

Várias são as matérias disciplinadas, sempre com o objetivo de garantir a adequada nutrição dos lactentes e das crianças de primeira infância. O presente trabalho, porém, se limitou a analisar apenas os artigos referentes à regulamentação da promoção comercial (propaganda e publicidade), um dos meios adotados para atingir aquele objetivo (art. 1º, inciso I, da Portaria n° 2.051/2001).

Os dispositivos legais que regulamentam a promoção comercial, tanto na Portaria quanto nas Resoluções, estabelecem as mesmas limitações e proibições, apenas diferenciando o tipo de produto disciplinado. Assim, desnecessária uma análise individual de cada artigo, pois os argumentos defendidos neste estudo são os mesmos para todos os produtos.

O primeiro grupo, que comporta as fórmulas infantis e de segmento para lactentes, as fórmulas de nutrientes apresentadas e/ou indicadas para recém-nascido de alto risco e as mamadeiras, bicos, chupetas e protetor de mamilo, jamais

pode ser objeto de promoção comercial em quaisquer meios de comunicação, inclusive no que diz respeito às estratégias promocionais para induzir venda ao consumidor no varejo, como exposições especiais, cupons de descontos ou preço abaixo do custo, prêmios, brindes, vendas vinculadas a produtos, ainda que não cobertos pela Norma, como sói acontecer em farmácias, supermercados e lojas de departamentos.

O segundo grupo de produtos admite a promoção comercial, mas se sujeita à regulamentação específica, publicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Resolução RDC nº 222/02). É o caso das fórmulas infantis de segmento para crianças de primeira infância, leites fluidos, leites em pó, leites modificados e similares de origem vegetal; alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes e/ou crianças de primeira infância, bem como outros alimentos ou bebidas, à base de leite ou não, quando comercializados ou de outra forma apresentados como apropriados para alimentação de lactentes e de crianças de primeira infância.

Nos produtos que admitem promoção comercial devem constar as advertências: “O Ministério da Saúde adverte: O aleitamento materno evita infecções e alergias e é recomendado até os dois anos de idade ou mais” e “O Ministério da Saúde adverte: Após os seis meses de idade continue amamentando seu filho e ofereça novos alimentos”, conforme o produto promovido, nos termos do item 4.2.1 e 4.2.2 da RDC 222/02.

As embalagens e rótulos dos produtos seguem específicos requisitos, trazendo advertências e limitações de ilustração, ou seja, apresentação visual do produto.

Os materiais educativo e técnico-científico devem conter informações claras sobre os benefícios e a superioridade da amamentação em relação a outras formas de alimentação, orientação sobre alimentação adequada da gestante e da nutriz, efeitos negativos do uso das mamadeiras, dos bicos e das chupetas e implicações econômicas decorrentes da opção pelos alimentos utilizados em detrimento do leite materno ou humano, além dos prejuízos causados ao lactente pelo desnecessário e inadequado uso de tais alimentos, destacando, inclusive, a possibilidade de alterações de crescimento e desenvolvimento crânio-oro-facial e das funções orais⁴⁵³.

Importante notar que também são proibidas doação ou venda a preços reduzidos dos produtos abrangidos pela NBCAL, quaisquer que sejam, às maternidades e a outras instituições que prestem assistência à criança.

Às pessoas ligadas ao comércio, tais como representantes dos fabricantes ou importadores dos produtos ora analisados, não é permitida a comercialização nas unidades de saúde, salvo para contatos com pediatras e nutricionistas, devendo se limitar aos aspectos técnico-científicos, com as restrições impostas à elaboração do material respectivo. A estes profissionais poderá ser distribuída amostra, restrita a uma unidade do produto quando do seu lançamento.

Ao consumidor final não podem ser prescritas fórmulas infantis e de segmento para lactentes, senão por médicos ou nutricionistas, e, em hipótese alguma, poderá ser fornecida amostra de qualquer tipo de produto.

Vide também Resolução – RDC nº 222/02, itens 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17, 4.19 e seus subitens.

⁴⁵³ Resolução RDC 221, item 6.4, (b).

5.3.1 Área de proteção de um direito fundamental

Cada direito fundamental destina-se a regulamentar uma situação ou uma relação real, um conjunto de fatos que acontecem por razões que podem ser biológicas ou sociais.⁴⁵⁴

Não raras vezes, a área de proteção é determinada através de um sistema ou, às vezes, até mesmo extraído do próprio confronto com a suposta restrição. A doutrina, visando a essa sistematização, recomenda a análise da norma constitucional sob dois aspectos: 1. identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma), e 2. verificação das possíveis restrições contempladas na Constituição, expressamente, e identificação das reservas legais.⁴⁵⁵

Assim, o direito de liberdade econômica trata da proteção ao livre exercício da atividade econômica, assegurando a liberdade de produzir, apresentar e vender produtos sem intervenção.

Dentro dessa área de regulamentação do direito fundamental, encontra-se a área de proteção, ou seja, aquilo que efetivamente está sendo protegido pelo texto constitucional, sempre menor e mais específico que a área de regulamentação. Exemplificando, a liberdade econômica, norteadas pela livre iniciativa, garante a apresentação do produto por qualquer meio publicitário. A livre escolha do marketing, mais especificamente da propaganda, caracteriza a área de proteção do direito fundamental.

⁴⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep*, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 24, jan. 2001. No mesmo sentido: MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP*, n. 5, p. 24, dez. 2003.

Dessa forma, a publicidade e promoção comercial de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, bicos, chupetas e mamadeiras estão abrangidas pela área de proteção.

Embora se fale em livre escolha, há de se frisar que esta liberdade vem circundada e norteadada por fundamentos e princípios de ordem social que apontam a finalidade da ordem econômica, não podendo ser ignorada na interpretação e aplicação da norma constitucional. A existência digna e a justiça social, como marcados em item anterior, foram enfatizadas já nos primeiros artigos do texto constitucional e, agora, na ordem econômica voltam a ganhar destaque.

Se adotada a teoria do peso dos princípios, esses fundamentos (existência digna e justiça social), aliados aos princípios da defesa do consumidor, serão determinantes na priorização do direito à saúde em relação à liberdade econômica, já que a saúde é pressuposta da existência digna, não como se falar em dignidade se ausente o mínimo necessário para tanto.

A justiça social também se apresenta como corolário da existência digna, tal como a saúde, pois entendida como a “possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazerem às suas necessidades fundamentais, tanto físicas como espirituais, morais e artísticas”,⁴⁵⁶ serve de instrumento para a concretização de uma vida digna, no mundo em que o trabalho e a livre iniciativa são fundamentos.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 14-15.

⁴⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004. p. 128-129.

⁴⁵⁷ RIOS, Roger Raupp. *Ordem econômica, docibilidade e os “Mass Media” na Constituição da República de 1988*. Disponível em < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina.htm> >

5.3.2 Intervenção na área de proteção de um direito fundamental

A intervenção na área de proteção do direito fundamental pode ser conceituada como a “ação ou omissão do Estado que impossibilita, em parte ou totalmente, um comportamento correspondente a um direito fundamental”.⁴⁵⁸ Neste ponto, começam a surgir os problemas jurídicos e a colisão de interesses, dos quais decorre a impossibilidade de ampla concretização de um direito fundamental, que leva o prejudicado a pleitear a tutela jurisdicional para assegurar o direito que julga ser amplo e irrestrito.

Esta intervenção se dá através de uma invasão normativa do Estado, direta ou indiretamente, que atinja a liberdade garantida, e não de um simples comportamento particular, pois a intervenção privada é cuidada pelo direito infraconstitucional, ao contrário da intervenção estatal em direito fundamental que se disciplina no âmbito constitucional.⁴⁵⁹

A intervenção estatal na área de proteção de um direito fundamental, na hipótese em estudo, está presente. A portaria do Ministério da Saúde e as resoluções da ANVISA, ora em discussão, limitam a publicidade de alguns produtos e vedam, totalmente a de outros.

A intervenção é logo verificada uma vez que, para garantir o direito à saúde da criança, o Estado interveio na ordem econômica, de modo que o comerciante, o distribuidor, o fabricante e o importador tiveram limitado o direito de

⁴⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-cadernos do programa de pós-graduação em direito da Unimep, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 25, jan. 2001;*

⁴⁵⁹ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP, n. 5, p. 25, dez. 2003.*

liberdade econômica, no sentido de apresentar, vender e promover os seus produtos como melhora lhes aprouvessem.

Note-se, como já se disse em item anterior, que a **NBCAL** divide os produtos por ela abrangidos em dois grupos. O primeiro, que comporta as fórmulas infantis e de segmento para lactentes, as fórmulas de nutrientes apresentadas e/ou indicadas para recém-nascido de alto risco e as mamadeiras, bicos, chupetas e protetor de mamilo, jamais pode ser objeto de promoção comercial em quaisquer meios de comunicação, inclusive no que diz respeito às estratégias promocionais para induzir venda ao consumidor no varejo, como exposições especiais, cupons de descontos ou preço abaixo do custo, prêmios, brindes, vendas vinculadas a produtos, ainda que não cobertos pela Norma, como sói acontecer em farmácias, supermercados e lojas de departamentos.

A segunda categoria de produtos admite a promoção comercial, mas se sujeita à regulamentação específica, publicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Resolução RDC nº 222/02). É o caso das fórmulas infantis de segmento para crianças de primeira infância, leites fluidos, leites em pó, leites modificados e similares de origem vegetal; alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes e/ou crianças de primeira infância, bem como outros alimentos ou bebidas, à base de leite ou não, quando comercializados ou de outra forma apresentados como apropriados para alimentação de lactentes e de crianças de primeira infância.

Na promoção comercial dos produtos que a admite devem constar as advertências: “O Ministério da Saúde adverte: O aleitamento materno evita infecções e alergias e é recomendado até os dois anos de idade ou mais.” e “O Ministério da Saúde adverte: Após os seis meses de idade continue amamentando seu filho e

ofereça novos alimentos.”, conforme o produto promovido, nos termos do item 4.2.1 e 4.2.2 da RDC 222/02.

As embalagens e rótulos dos produtos seguem específicos requisitos, trazendo advertências e limitações de ilustração, ou seja, apresentação visual do produto⁴⁶⁰.

Os materiais educativo e técnico-científico devem conter informações claras sobre os benefícios e a superioridade da amamentação em relação a outras formas de alimentação, orientação sobre alimentação adequada da gestante e da nutriz, efeitos negativos do uso das mamadeiras, dos bicos e das chupetas e implicações econômicas decorrentes da opção pelos alimentos utilizados em detrimento do leite materno ou humano, além dos prejuízos causados ao lactente pelo desnecessário e inadequado uso de tais alimentos, destacando, inclusive, a

⁴⁶⁰ Resolução – RDC nº 221/02, item 5.1.4. “Os rótulos de chupeta, bico e mamadeira devem exibir no painel principal, ou nos demais painéis, em moldura, de forma legível, de fácil visualização, em cores contrastantes e em caracteres idênticos, em corpo, à designação de venda do produto, além de atender à legislação específica, a seguinte advertência:

‘O Ministério da Saúde adverte:

- A criança que mama no peito não necessita de mamadeira, bico ou chupeta.
- O uso de mamadeira, bico ou chupeta prejudica a amamentação e seu uso prolongado, prejudica a dentição e a fala da criança’

Item 5.1.5 Os rótulos de protetores de mamilo devem exibir no painel principal, ou nos demais painéis, em moldura, de forma legível, de fácil visualização, em cores contrastantes e em caracteres idênticos, em corpo, à designação de venda do produto, além de atender à legislação específica, a seguinte advertência:

‘O Ministério da Saúde adverte:

- O uso de protetor de mamilo prejudica a amamentação’.

Item 5.1.6 Além do conteúdo indicado no item 5.1.1, o rótulo de chupeta, bico, mamadeira ou protetor de mamilo pode conter outras informações, estando, entretanto, vedado incluir:

- (g) Ilustrações, fotos ou imagens de crianças;
- (h) Quaisquer figuras, ilustrações ou personagens infantis que se assemelhem a lactentes e crianças de primeira infância, humanos ou não, que estejam utilizando, ou não, mamadeiras, bicos e chupetas;
- (i) Frases ou expressões que possam pôr em dúvida a capacidade das mães de amamentar seus filhos ou sugiram semelhança do produto com a mama ou mamilo;
- (j) Expressões ou denominações que identifiquem o produto como apropriado para uso infantil, tais como a palavra ‘baby’ ou similares, exceto quando utilizadas como marca registrada da empresa ou do produto;
- (k) Informações que induzam o uso do produto baseado em falso conceito de vantagem ou segurança;
- (l) A promoção do produto ou de outros produtos de que trata este Regulamento, pertencentes ao fornecedor ou outros fornecedores

possibilidade de alterações de crescimento e desenvolvimento crânio-oro-facial e das funções orais⁴⁶¹.

Assim, impossível negar que a interferência da Portaria 2.051/01 e das Resoluções RDC ANVISA nº 221/02 e RDC ANVISA nº 222/022 no direito fundamental de liberdade econômica.

5.3.3 Justificativa constitucional da intervenção

A justificativa constitucional da intervenção revela a análise da constitucionalidade formal e material dos limites dos direitos fundamentais. Estará justificada a intervenção se for reconhecida a existência de um limite constitucional concretizado pelo legislador infraconstitucional (formal) ou se for reconhecido que o limite emanou de autoridade competente, buscando-se, assim, o seu vínculo com os direitos fundamentais (material).⁴⁶²

As intervenções consideradas permitidas enquadram-se, via de regra, em uma das seguintes situações:⁴⁶³

1. quando o comportamento não se situa na área de proteção do direito fundamental;

2. quando a própria Constituição, expressamente, autoriza que uma lei restrinja o direito fundamental, doutrinariamente chamado de “reserva legal”;

Vide também Resolução – RDC nº 222/02, itens 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17, 4.19 e seus subitens.

⁴⁶¹ Resolução RDC 221, item 6.4, (b).

⁴⁶² MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP*, n. 5, p. 28, dez. 2003.

⁴⁶³ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 78.

3. quando dois direitos fundamentais ou um direito fundamental e um princípio de interesse geral ou bem constitucionalmente protegido entram em conflito no caso concreto.

O caso em estudo amolda-se perfeitamente tanto na segunda quanto na terceira hipótese porque é identificada a colisão de dois direitos fundamentais: 1. Saúde da criança e 2. Liberdade econômica. O aleitamento materno, bem juridicamente protegido, que garante a saúde da criança, é preservado pela portaria e resoluções analisadas, invadindo, outrossim, a área de proteção de direito fundamental diverso.

Por outro lado, a liberdade econômica possui reserva legal no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, porquanto limita o livre exercício de qualquer atividade econômica nos casos previstos em lei. Daí a dicotomia entre direito à saúde e liberdade econômica.

A intervenção, assim, necessita ser examinada sob dois aspectos: 1. se possui fundamento legal e 2. se este fundamento legal está em conformidade com a Constituição Federal, o que se fará nos itens seguintes.

5.3.3.1 Fundamento legal da portaria 2.051/01 e das resoluções RDC ANVISA 221/02 e RDC ANVISA 222/02

O fundamento legal para a edição das medidas consolidadas na NBCAL tem origem na Constituição Federal, que criou o Sistema Único de Saúde; na Lei nº 8.080/90, que o regulamentou, e na Lei 9.782/99, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

As resoluções da ANVISA (nº 221 e 222) ainda foram editadas por expressa determinação de ato normativo do Ministro da Saúde (Portaria nº 2.051/01), a quem compete orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de saúde, conforme disposto no artigo 87 da Constituição Federal.

5.3.3.2 Conformidade constitucional da portaria 2.051/01 e das resoluções RDC ANVISA 221/02 e RDC ANVISA 222/02

A presença de fundamento legal, que levaria os atos normativos à conformidade com a Constituição Federal, está estritamente ligada à concretização dos direitos fundamentais, no plano infraconstitucional, considerando três aspectos: 1. ausência de restrição; 2. restrição (intervenção ou limitação); e 3. configuração (conformação).⁴⁶⁴ Essas últimas modalidades se manifestam através de lei, daí dizer-se em normas legais restritivas e normas legais conformadoras. As normas restritivas limitam posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais. As outras, conformadoras, pretendem complementar, densificar, concretizar o conteúdo aberto, abstrato ou incompleto dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais.⁴⁶⁵

Nesse diapasão, já foram abordadas as hipóteses de *reserva de lei ordinária* (simple reserva legal ou simple restrição legal), *reserva de lei qualificada* (reserva legal ou restrição legal qualificada) e *reserva de lei geral*.⁴⁶⁶ Ainda assim,

⁴⁶⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

⁴⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1131.

⁴⁶⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 34-35.

falou-se, também, em direitos fundamentais sem expressa previsão legal de restrição, afirmando-se que, embora a constituição tenha se quedado silente, neste aspecto, não se nega a existência de abusos decorrentes do titular do direito fundamental, gerando verdadeiro conflito com outro direito fundamental.

Ademais, afirmou-se, neste âmbito, que somente uma colisão de direitos fundamentais legitimaria o estabelecimento de restrição a um direito fundamental não submetido à reserva legal expressa, quando, então, poder-se-ia justificar esta intervenção em direitos de terceiros ou em outros princípios de hierarquia constitucional.⁴⁶⁷

Enfatizou-se, outrossim, que toda restrição será válida se justificada, de alguma forma, constitucionalmente, afirmando-se que a restrição é uma necessidade que se impõe em razão da unidade da Constituição e da harmonização dos direitos e bens por ela protegidos, sempre submetidos aos controles formal (competência, procedimento, forma) e material (princípio da proporcionalidade e proteção do núcleo essencial).⁴⁶⁸

No caso em estudo, denota-se que o direito fundamental de liberdade econômica encontra cláusula de reserva simples, consoante disciplinado no art. 170, parágrafo único da Constituição Federal, segundo o qual “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, *salvo nos casos previstos em lei*”. (grifo nosso).

Assim, a liberdade econômica, além de ser direcionada pelos fundamentos da dignidade e da justiça social - fontes limitadoras do exercício deste

⁴⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 40.

⁴⁶⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37-39.

direito fundamental - ainda encontra restrições possíveis com amparo constitucional.⁴⁶⁹

Não bastasse esta restrição legal, a liberdade econômica confronta com o direito à saúde, também direito fundamental, fazendo surgir colisão ou conflito, cuja solução deverá advir da análise dos mencionados aspectos formal (competência, procedimento, forma) e material (princípio da proporcionalidade e proteção do núcleo essencial). Fala-se, assim, na situação em que dois direitos fundamentais ou um direito fundamental e um princípio de interesse geral ou bem constitucionalmente protegido entram em conflito no caso concreto.

Quanto à competência, como já se disse em item anterior - na apresentação da NBCAL - a Constituição Federal atribuiu aos Ministros de Estado a competência para exercerem a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal, na sua respectiva área (artigo 87, parágrafo único, inciso I). A organização dos ministérios está prevista na Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, e no Decreto n° 4.118, de 07 de fevereiro de 2002.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA é autarquia criada pela Lei n° 9.782, de 26 de janeiro de 1999, com regimento interno aprovado pelo Decreto n° 3.029, de 16 de abril de 1999, desempenhando a função de agência reguladora, independente administrativamente, com responsabilidade centralizada em uma Diretoria Colegiada composta por cinco membros. No quadro da Administração Pública, localiza-se na denominada Administração Indireta, vinculada ao Ministério da Saúde através de contrato de gestão.

⁴⁶⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional e econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 137.

Sua origem constitucional repousa nos artigos 197 e 198, *caput*, que criaram o **Sistema Único de Saúde** (SUS), integrando as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

A execução destas ações e serviços integrados em uma rede regionalizada e hierarquizada deve ser efetivada, diretamente, pelo Poder Público ou, então, por terceiros, admitindo-se, inclusive, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Ao SUS foi repassada, entre outras, a competência para “controlar e fiscalizar procedimentos, **produtos** e substâncias de **interesse para a saúde**”, “executar as ações de vigilância sanitária”, além da de **fiscalizar e inspecionar alimentos e bebidas**, conforme disposto no artigo 200, incisos I, II e VI, da Constituição Federal (grifo nosso).

A lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990, regulou o Sistema Único de Saúde repetindo essas atribuições constitucionais e afirmando a sua competência para a vigilância nutricional e orientação alimentar.

Ao conjunto de ações definidas nos artigos 6º e 15 a 18 da Lei nº 8.080/90 deu-se o nome de **Sistema Nacional de Vigilância Sanitária** (art. 1º da Lei nº 9.782/99)⁴⁷⁰, ficando a ANVISA responsável em assegurá-lo mediante atividades de regulamentação, controle e fiscalização de produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, sempre com finalidade institucional de **proteger a**

⁴⁷⁰ Lei nº 9.782/99. “Art. 1º. O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária compreende o conjunto de ações definido pelo § 1º do art. 6º e pelos arts. 15 a 18 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que exerçam atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária.”

saúde da população, competindo-lhe, ainda, disciplinar sobre a embalagem dos alimentos e bebidas, conforme artigos 6º e 8º da lei que a criou⁴⁷¹.

A lei nº 9.782/99, nesses termos, reforça a competência da União para definir a política nacional e o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, e para normatizar, controlar e fiscalizar produtos de interesse para a saúde, cujas atribuições serão do Ministério da Saúde, no tocante à formulação daquela política e das diretrizes gerais do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e, da ANVISA, no que se refere à normatização, ao controle e à fiscalização dos produtos de interesse para saúde.⁴⁷²

No âmbito da sua competência, o Ministro de Estado da Saúde, à época, Barjas Negri, editou a Portaria 2.051, de 08 de novembro de 2001, estabelecendo os novos critérios da *Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras*, conforme anexo que a acompanha, com diretrizes gerais, entre elas a proibição de promoção comercial ou promoção condicionada a certas advertências, assim como a necessidade de rotulagens específicas para cada grupo de produto abrangido pela Norma.

⁴⁷¹ Lei nº 9.782/99. “Art. 6º. A Agência terá por finalidade institucional promover a **proteção da saúde da população**, por intermédio do controle sanitário da **produção e da comercialização de produtos e serviços** submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionadas, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.”

“Art. 8º. Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, **regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública**.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;

II - **alimentos, inclusive bebidas**, águas envasadas, seus insumos, **suas embalagens**, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;”

⁴⁷² Art. 2º da Lei 9.872/99.

O artigo 5º do Anexo vinculado na Portaria nº 2.051/01 remete as condições da promoção comercial e a rotulagem dos produtos à regulamentação específica da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, consubstanciada nas Resoluções nº 221 e 222, de 05 de agosto de 2002, da sua Diretoria Colegiada.

Compete, ainda, nos termos do artigo 14 do referido Anexo, aos órgãos do Sistema Único de Saúde, no qual se inclui a ANVISA, sob orientação nacional do Ministério da Saúde, a divulgação, aplicação e vigilância do cumprimento da NBCAL.

Dessa forma, fica demonstrada a presença de fundamento legal da portaria e das resoluções.

5.3.3.3 Clareza e concretude da portaria GM 2.051/01 e das resoluções RDC ANVISA nº 221/02 e RDC ANVISA nº 222/02

Neste âmbito, inexistem notas dignas de ressalvas. Os textos legais analisados são evidentemente compreensíveis. Note-se que tanto a portaria como as resoluções dividem os produtos abrangidos pela NBCAL em grupos, de acordo com a importância no desenvolvimento seguro e adequado do lactente e da criança de primeira infância e, de acordo com este mesmo critério, limita a promoção comercial de alguns produtos e veda a de outros.

Ademais disso, a Portaria e as Resoluções apresentam definições específicas sobre expressões técnicas, afastando quaisquer dúvidas que porventura pudessem surgir.

5.3.3.4 Respeito ao princípio da proporcionalidade

Os princípios e a regra da proporcionalidade, de fato, guardam estreita conexão, no sentido de que a proporcionalidade, com os seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), possibilita que os princípios sejam deduzidos, priorizados ou tornem-se prevalentes em relação a outro, o que pode ser dar, inclusive, com o confronto com as próprias restrições.⁴⁷³

A obediência ao princípio da proporcionalidade exige o exame das medidas administrativas sob três aspectos: 1. adequação; 2. necessidade⁴⁷⁴ e 3. proporcionalidade em sentido estrito⁴⁷⁵, cuja ordem a ser seguida é esta preestabelecida, pois, como já mencionado, esses elementos se relacionam entre si.

A intenção é, através desses requisitos, estabelecer uma relação entre meio e fim para aplicação de um dos princípios colidentes, tornando possível o controle do excesso.⁴⁷⁶

Adequação, expressão utilizada em uma sentença alemã (BverfGE 30, 292 [316]⁴⁷⁷, cuja tradução poderia ser melhor entendida se utilizado o verbo *fördern*, significando, assim, o ato de fomentar, de promover. Adequado, então, é o meio através do qual um objetivo (um fim) é fomentado, promovido, ainda que tal fim não seja completamente atingido.⁴⁷⁸

⁴⁷³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 111-112.

⁴⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 46.

⁴⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 111-112.

⁴⁷⁶ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 47.

⁴⁷⁷ Referida decisão encontra-se em BverfGE 30, 292 [316], mencionada por Gilmar Ferreira Mendes, in *O Princípio da Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. p. 371 *apud* SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, p. 36, abr 2002.

⁴⁷⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, p. 36, abr 2002. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 108-113.

Esta adequação demonstra a existência de uma relação prognóstica entre as conseqüências fáticas da utilização da medida e o fim pretendido, permitindo, dessa forma, o exame da necessidade.⁴⁷⁹

Fala-se, também, em “princípio da idoneidade”, como sinônimo de adequação, ao referir-se à avaliação da qualidade instrumental do meio utilizado para alcançar o fim pretendido, exigindo, assim, uma adequação de meio e fim.⁴⁸⁰

Determinada a adequação da medida, deve ser examinada a sua necessidade. Aqui, o que se procura saber é se existe outro meio capaz de atingir o mesmo fim, com a mesma intensidade e com menor limitação.⁴⁸¹ Analisa-se, portanto, primeiramente, a igualdade de meios e, após, o meio menos restritivo.⁴⁸²

5.3.3.4.1 Adequação

A importância do aleitamento materno no desenvolvimento da criança já foi discutida em itens anteriores e ressaltada pela OMS/UNICEF, cuja recomendação para adoção de um Código Internacional foi adotada em Assembléia Mundial da Saúde.

O Brasil, Estado Membro da 34^a Assembléia Mundial de Saúde, incorporou tais recomendações e editou a Portaria 2.051/01, do Ministério da Saúde e as Resoluções RDC 221/02 e 222/02, da ANVISA.

⁴⁷⁹ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP*, n. 5, p. 33-34, dez. 2003.

⁴⁸⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126.

⁴⁸¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, p. 38, abr 2002.

⁴⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114.

Essas recomendações contidas em instrumentos internacionais foram adotadas pela Constituição Federal, que, previu a saúde como direito fundamental e adotou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tais instrumentos são aptos a fomentarem, a promoverem o objetivo previsto, qual seja a proteção do aleitamento materno e garantia de saúde e, conseqüente vida digna das crianças e defesa do consumidor, fundamentos e princípios constitucionais.

Os meios de propaganda são poderoso arsenal na persuasão do consumidor, como já mencionado.

Assim, na medida em que os atos administrativos discutidos limitam e impedem a promoção comercial, está sendo efetivada a prestação estatal na garantia de direitos fundamentais da criança e do consumidor, advertindo-os sobre os prejuízos do consumo daqueles produtos. É, de fato, um meio adequado de torná-los mais atentos aos riscos dos produtos e à necessidade de preservação da saúde das crianças.

Advertidos e esclarecidos neste sentido, os pais, ao invés de ministrarem fórmulas infantis, mamadeiras, bicos e chupetas, poderão analisar melhor a forma de alimentação desejada para o seu filho, contribuindo para maior ganho ponderal e diminuição do risco para infecções, diarreias, desidratação e alergias, que, muitas vezes, culminam na morte da criança, dada as precárias condições de vida, males estes explicados no primeiro capítulo deste trabalho.

Vale reforçar que grande volume de dinheiro é gasto na promoção de comercial de fórmulas infantis. A indústria não agiria dessa forma se a propaganda não fosse, efetivamente, aumentar o consumo de fórmulas. Estudos em Bangladesh,

Polônia, África do Sul e Tailândia têm confirmado que informações da indústria, entendidas e vistas pelas mães como promovedoras das fórmulas infantis desencorajam o aleitamento materno, aumentando, de fato, o uso daquelas fórmulas objeto do marketing.⁴⁸³

Ainda assim, vários estudos têm mostrado o efeito negativo da distribuição de amostra de fórmulas nas maternidades para as mães, conduta esta vedada pela NBCAL. Uma análise de seis estudos experimentais (cinco em países industrializados e uma nas Filipinas) mostrou que as mães que receberam amostras de fórmulas nas maternidades tiveram uma chance maior de introduzi-las no primeiro mês e de interromper a amamentação aos quatro meses.⁴⁸⁴

Destarte, as medidas de política pública adotadas - Portaria e Resoluções mencionadas - são adequadas ao fim a que se propõem.

5.3.3.4.2 Necessidade

O significado dado à expressão “necessidade”, como já mencionado, é aquele que traduz uma “*premente necessidade social*”, de forma que qualquer intervenção em direito fundamental deve há de ser proporcional ao fim almejado.⁴⁸⁵

Poderiam ser citadas outras possíveis alternativas que atingissem essa necessidade social, porém, sem a mesma intensidade e menor poder de limitação. A

⁴⁸³ INTERAGENCY GROUP ON BREASTFEEDING MONITORING. Cracking the Code, 1997 e TAYLOR, A. Monitoring the International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes: an epidemiological study in four countries. *Br Med J*, 316:1117-22, 1998 *apud* CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 21.

⁴⁸⁴ PÉREZ-ESCAMILLA, R., POLLIT, E., LÖNNERDAL, B., DEWEY, K.G. Infant feeding policies in maternity wards and their effect on breast-feeding success: an analytical overview. *Am J Publ Health* 84:89-97, 1994 *apud* CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 21.

⁴⁸⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 82.

este título cita-se a possibilidade de: 1. proibição de horário comercial, como no caso do tabagismo e bebidas alcoólicas; 2. vedação de qualquer figura ou ilustração nas embalagens; 3. venda somente prescrição médica e com receituário controlado; 4. venda do produto somente em farmácias, impedindo, assim, o sistema *self-service*; e 5. elevação dos tributos incidentes sobre os produtos, visando, dessa forma, menor consumo dada a oneração do valor de venda final.

Todavia, para responder a essa pergunta - existem outros meios menos gravosos para proteção do aleitamento materno? – o raciocínio deve se voltar para aquele que está tendo o seu direito fundamental limitado, pois através da restrição também se pode chegar ao conteúdo efetivo do direito alegado.⁴⁸⁶

Nesse diapasão, qual é o meio de melhor persuadir o consumidor utilizado pelas empresas no propósito de vender os seus produtos?

O marketing exerce esse poder de persuasão sobre o consumidor, influenciando o seu comportamento, dispondo, para tanto, de várias ferramentas, inclusive a propaganda e a publicidade.⁴⁸⁷ Seu escopo é criar, promover e fornecer bens e serviços a clientes, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Seu conceito gerencial consiste na “arte de vender produtos”, mas também de atrair e reter clientes⁴⁸⁸. Este processo segue um trajeto chamado *gerenciamento de marketing*, que comporta o “planejamento e a execução da concepção, a determinação do preço, a promoção e a distribuição de idéias, bens e serviços para criar trocas que

⁴⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 14-15

⁴⁸⁷ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 14.

⁴⁸⁸ KOTLER, Philip. *Administração de Marketing: a edição do novo milênio*. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000, p. 76. No mesmo sentido: KOTLER, Philip e ARMSTRONG, Gary. *Princípios de Marketing*. Trad. Arlete Simille Marques e Sabrina Cairo. 9. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2003, p. 03.

satisfaçam metas individuais e organizacionais”.⁴⁸⁹ O objetivo principal para uma empresa é alcançar um volume de vendas lucrativo.⁴⁹⁰

A força do marketing, até mesmo incentivado pela concorrência⁴⁹¹ (a mais acirrada de todos os tempos⁴⁹²) é a poderosa estratégia das empresas para colocarem os seus produtos no mercado, funcionando como instrumento de persuasão do consumidor, fazendo com que este adquira produtos sem a sua efetiva necessidade, fixando-lhe, subliminarmente, a sua marca, que será decisiva na escolha do produto.

A embalagem também faz parte desse processo de convencimento e assume a função de vender o produto, ajudando na persuasão do consumidor e servindo de meio de comunicação, através do seu *design* e cor, de forma a fazer com que o produto seja percebido.⁴⁹³ A sua importância é revelada em uma pesquisa que concluiu que “um comprador médio gasta vinte minutos na loja, olhando vinte produtos por segundo”.⁴⁹⁴ Na hora da compra, no corredor do supermercado, a embalagem atua como *vendedor silencioso*.⁴⁹⁵

Junto com a embalagem, integrando o processo de marketing, a promoção é utilizada como forma de comunicação e instrumento de influência na aquisição do produto. A promoção é o elemento que serve para informar, persuadir e

⁴⁸⁹ KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000, p. 25 e 30.

⁴⁹⁰ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 11.

⁴⁹¹ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Trad. Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 35. Para os autores, “O ambiente competitivo de uma companhia obviamente é a maior influência nos seus programas de marketing.”

⁴⁹² KOTLER, Philip e ARMSTRONG, Gary. *Princípios de marketing*. Tradução Arlete Simille Marques e Sabrina Cairo. 9. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2003, p. 474.

⁴⁹³ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 259.

⁴⁹⁴ SCHREIBER, Eliot. *Retail Trends Shorten Life of Package Design*. Marketing News, 5 de dez. de 1994, p. 7 *apud* ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 259.

⁴⁹⁵ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 259.

lembrar que o produto existe. Afeta, diretamente, os sentimentos, crenças ou comportamento do consumidor e pode apresentar-se sob cinco formas: venda pessoal, propaganda, promoção de vendas, relações públicas e publicidade.⁴⁹⁶

Para driblarem a concorrência, as empresas acabam mudando preços (preços promocionais), lançam novos produtos, implementam sua cobertura de distribuição e intensificam suas promoções.⁴⁹⁷

Para se ter uma idéia da importância do assunto ora discorrido, há dados que informam que a divisão de comida para bebê da Nestlé, maior fabricante de alimentos do mundo, fazendo *marketing de relacionamento* com clientes, na França, durante a alta estação de turismo, fornece paradas de descanso ao longo das principais rodovias para famílias com crianças pequenas. Amostras dos produtos Nestlé são oferecidas aos bebês, fraldas gratuitas estão disponíveis, e promotoras de venda oferecem assistência aos pais. Em um período de dois meses, a companhia distribuiu 600.000 refeições para 120.000 visitantes.⁴⁹⁸

A necessidade do produto, criada pela empresas, é explicada pelos profissionais de marketing como sendo a “motivação” da pessoa na aquisição do produto. Esta motivação exige a idéia de necessidade intensa que leva a pessoa a adquirir determinado bem. Possui cunho fisiológico ou psicológico e é explicada através de três correntes (Teoria de Freud, Teoria de Maslow e Teoria de Herzberg).⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução. Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 446-447, 449 e 490. Anotam os autores que a “importância da propaganda é comprovada pelo volume de dinheiro gasto com ela. Em 1994, nos Estados Unidos, as despesas totais com propaganda ficaram acima de 150 bilhões de dólares, quase três vezes a quantia gasta em 1980.”

⁴⁹⁷ KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000, p. 253.

⁴⁹⁸ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 12 e 31.

⁴⁹⁹ KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000, p. 194.

Para Sigmund Freud, autor da teoria psicanalítica, forças psicológicas, que formam o comportamento das pessoas, são basicamente inconscientes e levam-nas a satisfazer uma necessidade, razão pela qual a pessoa pode não entender a sua motivação na aquisição do produto. Quando esta satisfação não é possível de ser alcançada diretamente, o subconsciente desenvolve outras maneiras mais sutis para alcançá-la⁵⁰⁰. Daí falar-se em compras desnecessárias criadas pelas empresas, as quais, após atraírem o consumidor, continuarão no processo de marketing para retê-los nesta cadeia. Pesquisas, aliás, informam “que cada produto é capaz de criar uma série única de motivos nos consumidores”⁵⁰¹.

O processo de marketing, entretanto, comporta, também, a obrigação de alertar o consumidor sobre os perigos e riscos dos produtos, entre outras advertências. Fala-se, então, em marketing ético, porque desenvolvido de forma ética e socialmente responsável. As empresas admiráveis são aquelas que atendem aos interesses do consumidor e não apenas ao seu interesse – o lucro. Neste âmbito do marketing ético são inseridas questões relacionadas à venda, propaganda (como a propaganda enganosa), qualidade e segurança do produto, e embalagem (rotulagem adequada)⁵⁰².

Outra parte da doutrina refere-se ao *marketing de responsabilidade social* como aquele que impõe à empresa a prática de ações necessárias para alcançar o seu objetivo (lucro), sem, contudo, ferir os melhores interesses sociais. Cita-se, neste sentido, o exemplo de uma fábrica de papel que poderia estar

⁵⁰⁰ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução. Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 125.

⁵⁰¹ KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000, p. 194.

⁵⁰² KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000, p. 724.

oferecendo aos seus clientes de jornal uma impressão de qualidade, por preço razoável, mas para fazer isto ela estaria poluindo o ar e a água próximos à fábrica.⁵⁰³

Tanto assim deve ser, que o art. 22 da Portaria n° 2.051/01 exige que os fabricantes informem a todo o seu pessoal de comercialização, incluindo as agências de publicidade que contratam, sobre suas determinações e as responsabilidades no seu cumprimento.

Entretanto, o que se observa pelos relatórios de monitoramento promovidos por uma entidade não governamental, é que as empresas de alimentos infantis, bicos, chupetas e mamadeiras não praticam o marketing ético e socialmente responsável, resultando, assim, inúmeras infrações à NBCAL que vão atingir, diretamente, a criança, afastando-lhes uma vida saudável e nutricionalmente digna.⁵⁰⁴

Assim, não resta outro meio ao Estado para incentivar o aleitamento materno e garantir a saúde da criança, na mesma intensidade em que as empresas promovem os seus produtos - produtos estes que impedem a efetiva concretização do direito fundamental à saúde -, senão aproveitar-se desse mesmo meio de comunicação para informar e alertar os consumidores sobre a superioridade e os benefícios do aleitamento materno.

Não agindo os empresários dessa forma, o Estado assume o dever que lhe é atribuído (prestação positiva) e supre a omissão das empresas na mesma intensidade com que elas divulgam os seus produtos.

⁵⁰³ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução. Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 13.

⁵⁰⁴ AMAMENTAÇÃO – Marketing irresponsável prejudica direito. Infrações à norma. nº 83, novembro de 2004, *Revista do IDEC*, p. 16/22 e integra do estudo disponível em <<http://www.idec.org.br>>

Destarte, o Estado implementa medidas de políticas públicas, garante a saúde da criança, responde à doutrina da proteção integral, e promove a existência digna, no âmbito da saúde pública, e a justiça social.

Mais do que isso, voltando-se à teoria dos pesos dos princípios,⁵⁰⁵ verifica-se uma estreita relação entre os interesses protegidos e os efeitos pretendidos pelo direito à saúde e à liberdade econômica.

A liberdade econômica, sem dúvida, visa garantir a liberdade das pessoas na escolha da profissão e no modo de desenvolvê-la. Todavia, tal liberdade, apesar de ser direcionada pela existência digna, justiça social e defesa do consumidor, tem um interesse mediato, qual seja, o lucro.⁵⁰⁶ Este fim, objetivo do capitalismo, jamais pode se sobrepor ao dever do Estado e aos interesses das pessoas na garantia da saúde pública.

O direito à vida saudável, mormente considerada a criança como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento⁵⁰⁷, é, outrossim, um interesse imediato, visto que o aleitamento materno, como já apresentado no primeiro capítulo, reduz os índices de mortalidade e doenças infantis, garantindo uma vida adulta saudável.

É importante, ainda, observar a prioridade do direito à saúde sob ótica do dano em potencial. A criança estará exposta a dano irremediável ou, ao menos,

⁵⁰⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29. Segundo o autor, “quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação.” (p. 44). No mesmo sentido: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89

⁵⁰⁶ KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000, p.45. Segundo o autor, a principal meta do marketing é atingir o maior objetivo da empresa: o lucro.

⁵⁰⁷ Art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) – “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

com a possibilidade de seqüelas, se não atendidas as suas necessidades prementes (v.g. capacidade imunológica propiciada pelo leite materno), enquanto que o empresário poderá buscar seu lucro dentro das mais variadas possibilidades de mercado. Nesta dicotomia, afiguram-se danos de ordens diversas: vida e saúde, que são a base do futuro social, ou o enriquecimento empresarial, fruto de uma economia temporária.

Conclui-se, portanto, que a Portaria 2.051/01, do Ministério da Saúde e as Resoluções RDC 221/02 e 222/02, da ANVISA são adequadas e necessárias para a proteção do direito fundamental à saúde.

5.3.3.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A última análise a ser feita sobre o meio interventivo reside na sua proporcionalidade estrita. Busca-se, neste tópico, uma dosimetria da restrição, ou seja, sopesar a intensidade da restrição no direito fundamental atingido e a importância do direito fundamental que com ele colide e que justifica a intervenção. Desproporcional em sentido estrito será a adoção de medida que não tenha *peso* suficiente para justificar a limitação do direito fundamental.⁵⁰⁸

Através dele é feito um juízo de valor sobre os bens ou interesses constitucionais colidentes, avaliando-se as vantagens e desvantagens jurídicas para tais bens, bem como do propósito perseguido pelo Estado com a intervenção.⁵⁰⁹ Não se nega validade jurídica ao princípio e até reconhece-se as vantagens de sua

⁵⁰⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, p. 40, abr 2002.

aplicação, porém, alerta-se para eventuais efeitos colaterais indesejáveis, se a aplicação for desmensurada.⁵¹⁰

Neste sentido, tem-se entendido a proporcionalidade em sentido estrito como *razoabilidade*, assim definida “como a demonstração ponderada ou sensata do uso da razão”. Assemelha-se à eqüidade na medida em que o julgador deve apresentar as vantagens e desvantagens da sua decisão. Mas difere-se, dela, por não se circunscrever apenas à demonstração de tais razões. Mais do que isso, a razoabilidade procura a sensatez e a ponderação dos critérios empregados.⁵¹¹

Todavia, sério problema é apontado na utilização deste requisito, geralmente adotado por autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a *Corte Européia de Direitos Humanos*⁵¹², qual seja, a subjetividade de que é dotado, além da interferência na separação de funções dos poderes, isto porque ponderar em sentido estrito equivale a tomar decisões políticas e não jurídicas, ferindo, inclusive, o regime democrático.⁵¹³ Ademais, incorre no risco de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.⁵¹⁴

Fala-se na ameaça à separação dos Poderes, mais precisamente ao equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, isto porque o exame dos atos legislativos pelo Judiciário poderia enfraquecer o Legislativo, resultando em um

⁵⁰⁹ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP*, n. 5, p. 36, dez. 2003.

⁵¹⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 193.

⁵¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e direito internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 135.

⁵¹² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, p. 35, abr. 2002.

⁵¹³ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito: cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP*, n. 5, p. 37, dez. 2003.

⁵¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 50.

“Estado de juízes” ou “governo de juízes”.⁵¹⁵ O problema seria de “superexpansão”⁵¹⁶ ou “vício da expansão”⁵¹⁷, denominado na doutrina alemã de *oberdehnung*,⁵¹⁸ cuja conseqüência seria o “relaxamento” na aplicação da lei,⁵¹⁹ concedendo excessivos poderes ao Judiciário no controle de atos do Legislativo e do Executivo.

Não bastasse, a aplicação do princípio da proporcionalidade ensejaria a relativização da lei no caso concreto, ferindo, assim, os princípios da segurança pública e da igualdade. A segurança jurídica está estritamente ligada à hierarquia constitucional dos princípios e respalda-se nas formalidades processuais e no processo penal, que orientam a condução dos órgãos de persecução penal, de forma que a igualdade de tratamento e a previsibilidade das decisões normativas são imperativos inafastáveis para obtenção dessa segurança. Procura-se, destarte, manter o juiz vinculado a determinados conteúdos normativos e determinados procedimentos para tomar a decisão.⁵²⁰

Ainda, assim, os bens jurídicos não foram constitucionalmente hierarquizados⁵²¹ e esta função seria, então, repassada ao legislador infraconstitucional ou à autoridade administrativa competente, que valorizariam um interesse em prejuízo de outro ao editar uma lei ou medida interventiva.

⁵¹⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 194-196.

⁵¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 80.

⁵¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 391.

⁵¹⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 196.

⁵¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 80.

⁵²⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 197-198.

⁵²¹ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito*:– cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP, n. 5, p. 37, dez. 2003.

Embora não seja o caso da Constituição brasileira, não se ignora a possibilidade da própria ordem constitucional indicar os critérios de avaliação ou de ponderação a serem adotados. Porém, Pieroth e Schilink advertem que nem sempre a doutrina e a jurisprudência seguem esta regra, podendo haver subversão dos dispositivos constitucionais.⁵²²

Há de se consignar, ainda, que tal escolha se mostraria extremamente árdua porque os direitos fundamentais possuem antecedentes históricos bastante variados, percorrendo os séculos XVII, como o direito de liberdade, e XX, como os direitos de personalidade na esfera íntima (p.ex. proteção de dados pessoais), os direitos sociais e os chamados direitos de terceira e quarta gerações, impedindo, assim, a sua hierarquização, pois cada um desses direitos foram surgindo em tempos diversos, de acordo com as necessidades da sociedade.⁵²³

Tal argumento é tratado por *Steinmetz* como *objeções metodológicas de bens*, que coloca a questão dos bens enquanto método, enquanto procedimento racional.⁵²⁴

Diante desses argumentos, não será considerada a proporcionalidade estrita como requisito para aferição da legitimidade da intervenção estatal, adotando-se apenas a adequação e a necessidade.

5.4 Conclusão da análise dos atos normativos

⁵²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. . ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 50.

⁵²³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47 et seq., 85 et seq.

⁵²⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 198-199.

Até este item, desenvolveram-se os quesitos propostos pela doutrina alemã, adaptados ao direito constitucional brasileiro⁵²⁵, consubstanciados na regra da proporcionalidade. Resta agora, saber, se diante do conteúdo encontrado, a Portaria 2.051/01 e as Resoluções RDC ANVISA n° 221/02 e RDC ANVISA 222/02 são constitucionais.

Já se viu que princípios são mandamentos de otimização, que ordenam que algo seja realizado da melhor formal possível, diante das possibilidades jurídicas e circunstâncias concretas, enquanto que as regras são meras determinações que podem ou não ser cumpridas e, nesta última hipótese, devem seguir exatamente o que é ditado, sem extrapolar os seus limites.⁵²⁶ Viu-se, também, que tanto o princípio como as regras são normas e podem entrar em conflitos, surgindo colisão de princípios ou colisão de regra e princípios, cujos sistemas de solução são diversos.

A colisão entre os princípios da liberdade econômica e da saúde ficaram bem determinados. Como dito, o presente trabalho analisa a NBCAL – *Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância*, trata-se de um conjunto de normas formado por uma Portaria do Ministério da Saúde e duas Resoluções da ANVISA. Referido ato normativo traz a classificação dos produtos em dois grupos.

Todas as restrições de apresentação, exposição, embalagem, forma de comercialização, propaganda e publicidade têm um único escopo, o de

⁵²⁵ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações: cadernos do programa de pós-graduação em direito da Unimep*, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 28-29, jan. 2001; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal. controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 108-109.

⁵²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 87

contribuir para a adequada nutrição dos lactentes e das crianças de primeira infância por intermédio da regulamentação da promoção comercial e orientações do uso apropriado dos alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, bem como o uso de mamadeiras, bicos e chupetas; promoção ao aleitamento e incentivo ao aleitamento materno exclusivo nos primeiros seis meses de vida; e proteção e incentivo à continuidade do aleitamento materno até os dois anos de idade, após a introdução de novos alimentos na dieta dos lactentes.⁵²⁷

Trata-se, na verdade, de medidas de políticas públicas implementadas pelo Estado para garantir o efetivo direito de prestação à saúde, fazendo valer, ainda, a proteção integral da saúde, diga-se, direito fundamental.

Opondo-se a esse direito fundamental e limitado por ele, é facilmente identificado o direito de liberdade econômica. Como visto no item anterior, a Ordem Econômica visa à garantia de uma existência digna, pautando-se nas diretrizes da justiça social e fundada em princípios, via de regra, de ideologia capitalista, sistematizando o setor empresarial e reduzindo as desigualdades e anomalias diversas através de medidas que corrijam as contradições de interesses privados.

A liberdade de iniciativa, a exemplo da valorização do trabalho, é o esteio da ordem econômica, afirmada no art. 170, *caput*, da Constituição Federal e no seu parágrafo único, sendo chamada a cumprir a função de fundamento jurídico constitucional. É um direito fundamental que ganhou realce na Constituição brasileira, valorizando o trabalho humano, a existência digna, a defesa do consumidor, mas também dando relevo à livre iniciativa, ou seja, garantindo a qualquer pessoa o direito de exercer a profissão escolhida, desde que atendidos os requisitos legais, assim como assegurando “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo

⁵²⁷ Art. 1º da Portaria do Ministério da Saúde nº 2.051, de 8 de novembro de 2001.

casos previstos em lei”.⁵²⁸ É a liberdade de produzir o que quer, vender como quer, expor e promover os seus produtos sem a interferência estatal.

Nesse pequeno cotejo dos princípios, fica identificado o conflito entre a saúde e a liberdade econômica, porquanto aquela vem limitar a liberdade na ordem econômica.

Na metodologia empregada, verificou-se se houve intervenção na área de proteção de um direito fundamental; se a medida em questão é amparada constitucionalmente ou se se trata de uma intervenção proibida; se possui fundamento legal e se a lei (fundamento legal) está em conformidade com a Constituição Federal. Estudou-se, ainda, a clareza e a concretude da medida e se atende ao princípio da proporcionalidade.

O comportamento analisado, efetivamente, está abrangido pela área de proteção do direito fundamental de liberdade econômica. Tal direito garante a livre iniciativa, embora não absoluta, pois cercada e direcionada pela existência digna e justiça social, além da valorização do trabalho humano. Neste âmbito, não se questiona o direito de apresentação do produto por qualquer meio publicitário. A livre escolha do marketing, mais especificamente, da propaganda e publicidade, caracteriza a área de proteção do direito fundamental, já que estritamente ligado à venda do produto.

A Portaria n° 2.051/01 do Ministério da Saúde e as Resoluções RDC ANVISA n° 221/02 e RDC 222/02 tratam de medidas de políticas públicas que restringem a livre iniciativa da pessoa - extensão da liberdade do art. 5° da Constituição Federal, porque a propaganda e a publicidade, que são partes do processo de marketing (processo de persuasão do cliente, visando colocar o produto

⁵²⁸ Art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

no mercado, atraindo e retendo-o para reiteradas compras) são limitadas para alguns produtos e proibidas para outros, como para a fórmula de nutriente apresentada e/ou indicada para recém-nascido de alto risco, chupetas, bicos e mamadeiras (art. 4º da Portaria 2.051/01).

Portanto, o comportamento contemplado pela medida analisada intervmem na área de proteção do direito fundamental da liberdade econômica. A síntese conclusiva, de agora em diante, passará para o estudo da legitimidade ou não da intervenção que, conseqüentemente, afirmará constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Portaria e das Resoluções.

Embora de caráter limitador, a intervenção é justificada e possui amparo constitucional. A Portaria e respectivas Resoluções emanaram de autoridades competentes para a sua edição, vinculando-se, assim, materialmente, aos direitos constitucionais. São consideradas intervenções permitidas e demonstram a existência de colisão de dois princípios fundamentais: o aleitamento materno, bem constitucionalmente protegido, incorporado no direito à saúde, em confronto com o direito de propaganda e publicidade, itens disciplinados pela livre iniciativa, vale dizer, pela liberdade econômica.

O fundamento legal para a edição da NBCAL tem origem constitucional, que criou o SUS – Sistema Único de Saúde, na Lei nº 8.080/90, que o regulamentou, e na Lei nº 9.782/99, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. As Resoluções, por sua vez, são determinações expressas do Ministro da Saúde (Portaria nº 2.051/01), a quem compete orientar, coordenar e supervisionar os órgãos e as entidades da administração federal na área de saúde (art. 87 da Constituição Federal).

O SUS – Sistema Único de Saúde tem suas bases repousadas no art. 197 e 198 , *caput*, da Constituição Federal, integrando as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, tais como controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, além de fiscalizar e inspecionar alimentos e bebidas (art. 200, Constituição Federal).

Assim, a intervenção é justificada constitucionalmente, ou seja, é uma intervenção permitida que possui fundamento legal e aplica a lei de acordo com a Constituição Federal. Mais do que isso, é uma medida clara e concreta. Os textos normativos estudados são claros e de fácil compreensão. São normas que bem esclarecem os seus objetivos, o seu âmbito de abrangência, inclusive destina um artigo para explicar as expressões por ela utilizadas, como se fosse um glossário.

A proporcionalidade, por fim, restou como critério definidor da constitucionalidade da Portaria e das Resoluções à vista das respostas aos quesitos anteriores. Ora, se às duas primeiras perguntas a resposta foram afirmativas, conclui-se que há intervenção a um direito fundamental. O intuito do trabalho é legitimar tal intervenção. As respostas aos quesitos de intervenção permitida com fundamento legal e aplicação de lei constitucional, clara e concreta, foram todas positivas.

Ultimando o estudo, falta apenas a conclusão a respeito da proporcionalidade. Se a regra da proporcionalidade não foi obedecida, a medida interventiva será inconstitucional, por outro lado, se adequada e necessária, ficará justificada a limitação do direito de liberdade econômica e respectiva liberdade de iniciativa.

A adequação reside no meio de fomentar, promover o fim perseguido, qual seja, no presente caso, a garantia e incentivo do aleitamento materno, priorizando o direito à saúde da criança, destacado constitucionalmente, bem pela doutrina da proteção integral.

A relação de meio e fim ficou demonstrada, porquanto através dos atos normativos emanados de autoridades competentes possuem eficácia jurídica para proteger e alcançar o objetivo pretendido: garantia da saúde da criança.

Falta, destarte, apenas a análise da necessidade. Será que existem outros meios, menos gravosos, que alcancem o mesmo objetivo, com a mesma intensidade e com menor poder lesivo?

A resposta a esse quesito desviou-se para a órbita da Administração e Gerenciamento de Marketing. Foram analisadas obras especializadas dos mais citados profissionais desta área.

A conclusão apontou que a influência do processo de marketing, realmente, tem grande poder de persuasão. Atrai e retém o consumidor em compras que se tornam reiteradas e desnecessárias. A embalagem, a cor, a propaganda, a publicidade, tudo faz parte deste processo denominado *marketing*.

No presente caso, a atuação das empresas faz com que mães, com completa capacidade de promover o aleitamento materno do seu filho, optem pelo fornecimento de alimentação artificial, utilizando-se de instrumentos (mamadeiras e bicos) para ministrarem estas fórmulas. Seus filhos, então, ao invés de crescerem saudáveis, são passíveis de imunodeficiência orgânica, ficando sujeitos ao círculo vicioso de infecções, diarréias, desidratações e óbitos, além de desenvolverem o hábito de usarem chupetas, que causará má formação crânio-oro-facial (como destacado no primeiro capítulo).

Destarte, o Estado, no dever de efetivar prestações positivas, tem que intervir na economia através de atos necessários que priorizem o direito à saúde em relação ao direito de liberdade econômica, o qual, aliás, deve ser interpretado pelo fundamento da existência digna e da justiça social, além de fazer valer o princípio do consumidor.

Relativamente ao princípio do consumidor, vale reportar ao que se apreendeu sobre o marketing ético e responsável. O empresário pode utilizar-se das técnicas para apresentação e venda do seu produto, porém, não deve valer-se de meios enganosos, abusivos, ilusórios ou deixar de fazer as orientações necessárias ao seu público alvo, inclusive da superioridade do aleitamento materno. O marketing deve ser socialmente responsável, isto quer dizer, aceito pela sociedade sem que, para obter o lucro pretendido, tenha que sacrificar outros direitos que a ele se sobrepõem.

Portanto, é dever do empresário alertar o consumidor sobre eventuais riscos dos produtos comercializados, demonstrando-se, hoje, essencial a implementação de políticas públicas pelo Estado pela inércia daquele.

Finalmente, se o comportamento contemplado pela Portaria e pelas Resoluções situa-se na área de proteção de um direito fundamental; se os atos normativos em questão intervêm na área de proteção desse; se essa intervenção é justificada constitucionalmente; se os atos normativos possuem fundamento legal, são aplicados em conformidade com a Constituição, claros e concretos, e respeitam o princípio da proporcionalidade, há de se afirmar que a Portaria n° 2.051/01 e as Resoluções RDC ANVISA n° 221/02 e RDC ANVISA n° 222/02 são constitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao alinhar estas considerações finais, sabendo que a reflexão sobre o tema de uma dissertação se desenvolve a cada dia e não tem seu termo final no mero depósito de um texto escrito, confesso que não foi o acaso que me conduziu à escolha do aleitamento materno, sob o aspecto jurídico, para contribuir para a comunidade científica, além da conscientização social. Enquanto Promotor de Justiça da Infância e Juventude, pude manter contato com uma organização não governamental – IBFAN – International Baby Food Action Network, cuja função é a redução do índice de mortalidade infantil e de doenças seguidas de diarreias e infecções respiratórias agudas, que poderiam ser evitadas com aleitamento materno, prática incentivada e defendida por esta rede mundial.

Não se trata de assunto isolado no Brasil, que apresenta altos índices de mortalidade infantil, mas sim de tema mundial debatido, orientado e recomendado, como de especial atenção, pelo UNICEF/OMS. Legislações protetoras do aleitamento materno já são aplicadas em 107 países, os quais, de uma forma ou de outra, tratam da sua importância, tais como: Bahrein, Burkina Fasso, Camarões, Costa Rica, Filipinas, Guatemala, Índia, Irã, Líbano, Madagascar, Nepal, Panamá, Peru, República Dominicana, Sri Lanka, Tanzânia, Uganda, Uruguai, Zimbábue, Alemanha, Áustria, Bangladesh, Bélgica, China, Colômbia, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Indonésia, Irlanda, Itália, Laos, Luxemburgo, México, Nigéria, Noruega, Omã, Papua-Nova Guiné, Portugal, Reino Unido, Senegal, Seychelles, Tunísia, Vietnã, África do Sul, Argentina, Austrália, Chile, Dominica, Equador, Ilhas Cook, Jamaica, Kuwait, Lesoto, Macau, Malásia, Malavi, Nova Zelândia, Quênia, Suazilândia, Suécia, Tailândia, Tonga, Trinidad e

Tobago, Zâmbia, Arábia Saudita, Argélia, Benin, Canadá, Cuba, Emirados Árabes Unidos, Etiópia, Guiné-Bissau, Hungria, Iêmen, Israel, Líbia, Mongólia, Paraguai, São Tomé e Príncipe, Sudão, Turquia, Zaire, Bahamas, Brunei, Butão, Catar, Chipre, Singapura, Coréia, Formosa, Granada, Guiana, Honduras, Hong Kong, Japão, Maldivas, Samoa Ocidental, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suíça, Vanuatu, Venezuela, além de outros tantos países que já aguardam aprovação final de projeto de lei (Armênia, Bolívia, Botsuana, Burundi, Cabo Verde, Congo, Costa do Marfim etc)⁵²⁹.

O recente país, surgido de guerra civil, Timor-Leste, em plena reconstrução, já se preocupou com o aleitamento materno e contratou consultoria internacional, em parceria com o UNICEF/ONU, no sentido de elaborar projeto de lei de proteção, incentivo e apoio ao aleitamento materno, visando garantir uma infância saudável e uma vida adulta digna ao seu povo, dado o estado de miserabilidade pelo qual passa. O projeto de lei foi elaborado em novembro de 2003 e encontra-se no Parlamento, para discussão e aprovação, conforme se pode verificar das versões português/inglês, em anexo.

A despeito da proposta do trabalho ter seguido uma linha de debate entre direitos fundamentais, não foi possível deixar de reconhecer a importância da dignidade e da justiça social, fundamentos da República Federativa do Brasil, que comportam a própria condição da vida humana, garantindo às pessoas o mínimo social necessário para sobreviverem, entre eles, a saúde, colocando-as em posição

⁵²⁹ SOKOL, Ellen J. *Em defesa da amamentação*: manual para implementar o código internacional de mercadização de substitutos do leite materno, por Isabel Allain. São Paulo : IBFAN – International Baby Food Action Network, 1999. p. 139 –140.

de proteção pela ordem jurídico-constitucional. Tão importante, que foi denominada de “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”.⁵³⁰

O princípio da saúde foi logo identificado como direito fundamental, extensivo a todos e dever do Estado, que, com prestações negativas e positivas, deve implementar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e agravos. O seu acesso deve ser universal e igualitário, com ações de promoção, proteção e recuperação.

A criança, neste espectro jurídico, recebeu proteção específica no artigo 227 da Constituição Federal, com a instituição da Doutrina da Proteção Integral, incorporada, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que, no seu artigo 9º, impõe ao Poder Público, às instituições e aos empregadores a obrigação de proporcionar condições adequadas ao aleitamento materno, primeira forma de garantir o desenvolvimento adequado do indivíduo. Forma, aliás, menos dispendiosa, mais segura e de maior interesse social.

A Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeira – NBCAL revela a atuação positiva do Estado e demonstrou essencial no país, diante da força da economia, embora esta também devesse exercer o chamado *marketing ético* e *marketing de responsabilidade social*.

Identificou-se, pois, um conflito de direitos fundamentais, saúde e liberdade econômica, dado que a NBCAL limitou o processo de *marketing* das empresas, regrido a promoção e a publicidade comercial. Em casos como este, apenas um direito deve prevalecer. Vários são os sistemas de solução, porém optou-

⁵³⁰ C.L. Antunes Rocha. Princípio da Dignidade da Pessoa, p. 32, *apud* Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 144.

se pelo princípio da proporcionalidade, que, diante da adequação e necessidade dos atos normativos, priorizou o direito à saúde.

Embora a liberdade econômica se revista de importância constitucional, sua proteção visa afastar danos mediatos e de menor gravidade, em comparação com a proteção do direito fundamental à saúde, bem de efeito imediato e patrimônio de toda uma sociedade.

Por fim, detalhada pesquisa jurisprudencial foi feita na fase preliminar deste trabalho e nenhuma decisão foi encontrada no sentido de debater o aleitamento materno sob o manto dos direitos à saúde e à liberdade econômica. Apenas alguns termos de ajustamento foram localizados no Estado de Santa Catarina, porém somente enfocando o Código de Defesa do Consumidor. A contribuição pretendida com este trabalho, é a de que, em futuras lides, o mesmo sirva como meio de inspiração para a análise judicial do caso concreto, eis que o tema é de maior profundidade que a mera defesa do consumidor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ALTO, Luciane A Monte et al. *Aleitamento materno no crescimento e desenvolvimento de recém-nato*. Disponível em <http://www.tatianavieira.odo.br/recen_nato.htm>. Acesso em: 26 fev.2004. p. 1-4.

AMAMENTAÇÃO – Marketing irresponsável prejudica direito. Infrações à norma. nº 83, novembro de 2004, *Revista do IDEC*, n.83, p. 16-22, nov. 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987

BETRAN, A. P. et al. Ecological study of effect of breastfeeding on infant mortality in Latin América. *Atualidades em amamentação*, n. 29, p. 1-4, 2003.

SINGHAI, A. ; COLE, T. J.; LUCAS, A. . Early nutrition in preterm infants and later blood pressure: two cohorts after randomised trials. *Atualidades em amamentação*, n. 27/28, p.1-12, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARAÚJO, Luís Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. *O Direito do menor na nova constituição*. São Paulo: Atlas, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1995.

_____. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

_____. ; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. , 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Alexandre Walmontt. *Preâmbulo da Constituição & A Ordem Econômica*. 2ª tiragem. Curitiba: Juará, 2004.

BRADY, Mike; BRADY, Sonia de Oliveira. "Brazil – building ever stronger regulations". In: IBFAN International Report/ Cases Studies - "Using international tools to stop corporated malpractice – does it work? Checks and balances in the global economy", Cambridge: Baby Milk Action, jan/2004.

BRASIL. Congresso Nacional .Projeto de lei nº 3059/92. *Diário do Congresso Nacional* (Seção I), 26 de junho de 1993, p. 13619.

BRASIL. Senado Federal. *Estatuto da criança e do adolescente*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

_____. *Constituição (1988)*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

BRUNOL, Miguel Cillero. El interes superior del niño em el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. IN: MENDEZ, Emílio García; BELLOF, Mary (comp.). Buenos Aires: Temis, 1988. p. 77

CANÇADO, Trindade, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito das Organizações Internacionais*. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Representações do Estado e da Constituição*. Paper entregue por ocasião da conferência proferida no encerramento do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba. 16/10/02.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. ; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini; DANTAS, Newton José de Oliveira. Hipermercado. Autuação da Vigilância Sanitária. Infração de natureza gravíssima e reincidência. Diversas irregularidades. Perigo de dano à saúde pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais n. 49, p. 345-358, jan/mar. 2004.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Direitos fundamentais do menor*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A., 2005.

Claúdia (Org.). *O Cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 22.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Fundamentos dos Direitos Humanos. Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: Ltr, 1998.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. *Pedagogia y Justicia*, In: MENDEZ, Emílio García; BELLOF, Mary (comp.). Buenos Aires: Temis, 1988.

COSTA MACEDO, Leda Maria; REY, Luis. Aleitamento e parasitismo intestinal materno-infantil. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical*, v. 33, n. 4, p. 1, 2000. Disponível em <<http://www.iqp.com.br/MedHoje7/pages/aleitamento01.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2004.

CRETELLA JR., José. *Liberdades públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1974.

CURY, GARRIDO & MARÇURA. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CYRILLO, Denise Cavalli. *Reconstruindo Instituições: o caso da Norma Brasileira para comercialização de alimentos para lactentes (NBCAL) 2001*. Tese (Livre Docência em Economia) Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Menores, direito e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep*, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 11-30, jan. 2001.

_____. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2003.

_____. ; SABADELL, Ana Lúcia. Tribunal penal internacional e direitos fundamentais: problemas de constitucionalidade. *Cadernos de direito: Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, v. 3, n. 5, p. 241-259, dez. 2003.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J; STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001.

FARIA, Werter R. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCIA, Maria. Considerações sobre a Relação entre Liberdade Jurídica e a Norma Permissiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 12, jul/set. 1995.

_____. *Desobediência Civil, Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Democracia, hoje: um modelo político para o Brasil. In: _____. (Coord.) *A democracia e o modelo representativo*. São Paulo: Celso Bastos Editor ; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, 41/82.

GOLDENBERG, Paulete. *Repensando a desnutrição como questão social*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1989.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Prefácio da 2ª edição, item 06, da obra Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. (Resenha)

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 : interpretação e Crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e Ordem Econômica e Social :a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Hermenêutica constitucional: direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Manuscrito.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HELSING, Elisabet ; TRAYLOR, Julianne Cartwright. WHO and the right to food: infant nutrition policy as a test case. In: *Food as a Human Right*. Tokyo: The United Nations University, 1984. p. 219-232

HESSE, Konrad. *Elementos de direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.

KLPS, M.C Ve; PD, Turner, DK, Pepler. *The role of breastfeeding in sudden death syndrome*. Journal of Human Lactation 16(1):13-20,2000 In: IBFAN Periódico: *Atualidades em amamentação*, dezembro de 2001, nº 26, p. 1-4, Editores: Nancy-Jo Peck e Tessa Martyn, preparado por The Geneva Infant Feeding Baby Food Action Network-IBFAN.

KOTLER, Philip. *Administração de Marketing: a edição do novo milênio*. Tradução. Bazán Tecnologia e Lingüística. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000.

_____. ; ARMSTRONG, Gary. *Princípios de marketing*. Tradução Arlete Simille Marques e Sabrina Cairo. 9. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

Kramer, M.S. ; et al. Pacifier use, early weaning, and cry/fuss behavior: a randomized controlled trial. JAMA 2001; 286:322-6 In: IBFAN Periódico: *Atualidades em amamentação*, maio de 2003, nº 29, p. 1-4, Editores: Marina Ferreira Rea e Adriano Cattaneo, preparado por The Geneva Infant Feeding Baby Food Action Network-IBFAN.

KRAMER, Paulo Floriani. *Características do Padrão de Aleitamento Materno em Crianças de 0 a 36 meses de Idade*. Disponível em <<http://www.terravista.pt/meço/5688/artigo%20paulo%20Kramer.htm>> . Acesso em: 26 fev. 2004. p. 1-2.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios constitucionais: considerações em torno das normas princípios lógicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 84.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Recursos Hídricos: Direito Brasileiro e Direito Internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MALUF, Sahid. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970. v 2.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O Princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. *Revista dos Tribunais*, n. 749, p. 82-102, 1998.

MATERSON, Jan. *Sub-secretário Geral das Nações Unidas para os Direitos Humanos, durante a cerimônia de assinatura da Convenção, em 26 de janeiro de 1990*. Disponível em <<http://www.unesco>>. Acesso em: 26 fev. 2004

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do Direito Natural à Vida. *Revista dos Tribunais*, n. 623, p.27, 1987.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito: cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP*, n. 5, p. 16-45, dez. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário Constitucional e Administrativo*. V. 14, p. 361, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.

MÉNDEZ, Emílio García. *Infância: de los derechos y de la justicia*. Buenos Aires: Editores del Puento, 1998.

_____. *Derecho de la infancia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Santa Fé de Bogotá: Fórum Pacts, 1994.

_____. ; BELOFF, Mary. *Infancia, ley e democracia em América latina*. Buenos Aires: Temis ; Delpama, 1998.

_____. ; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo : Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Walter. Direito da personalidade, In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 26. São Paulo: Saraiva, 1978.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Moderna e Interpretação dos Direitos Fundamentais: especialmente com case na teoria estruturante do direito*. Manuscrito. 3ª parte.

MÜLLER, Mike; 'War on Want': the baby killer. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

NASCIMENTO, Maria Beatriz Reinert do. *Mães Saudáveis, bebês Saudáveis*. Disponível em < http://www.saudesc.org.br/saude_crianca_bebessaudaveis.html > Acesso em: 26 fev. 2004.

OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de. *Ato infracional e direitos fundamentais: um novo paradigma para a aplicação de medidas sócio-educativas*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) Curso de Direito - Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba. 2004, p. 18.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. A proteção da infância e adolescência no Brasil. *Revista de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 60, 1992

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Lomonad, 2000.

PRADE, Péricles. *Direitos e garantias individuais da criança e do adolescente*. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1995.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução. Almiro Pisetta e Lenita Maia Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed., São Paulo: Saraiva. 2003.

REIS, José Carlos Vasconcellos. Algumas Reflexões sobre o Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Instrução – SBI, v. 1, n. 1., p. 64-89, dez. 1996. (Nova Série)

RIOS, Roger Raupp. *Ordem econômica, sociabilidade e os “Mass Media” na Constituição da República de 1988*. Disponível em <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina.htm>> Acesso em: 26 fev. 2004

ROCHA, Luiz Alberto G. S. Princípio da razoabilidade. *Revista Forense*. v. 98, n. 360, p. 357-362, mar./abr. 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

_____. A convenção americana de direitos humanos no contexto constitucional brasileiro. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 1, n. 4, p. 73-80, jul/set. 2002.

RUIZ, Manuel Maria Zorrilla. Perspectiva Constitucinal Del Derecho a La Proteccion de La Salud. *Estúdios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, ano 2, v. 48 n.1, 2001.

SÃO PAULO (Estado), Procuradoria Geral do Estado. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

_____. *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Contornos do direito fundamental à saúde pública na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Porto Alegre: Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional. v. 25, n. 56, p. 41-62, 2002.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SCHLINK, Bernhard. *Liberdade mediante resistência estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais*. Tradução Leonardo Martins. (Tradução inédita)

SCHMITT, Carls. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SCHWARTZ, Germano André D. A efetivação do direito à saúde. *Revista do Direito do Departamento de Direito da UNISC*. Programa de Pós-Graduação em Direito – Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, n. 13, p. 115-128, jan/jun,2000.

_____. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 116.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. ver. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*, ano 91, n. 798, p. 23-50, abril 2002.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

SOKOL, Ellen J. *Manual del código: guía para la redacción de medidas para la aplicación del código internacional de comercialización de sucedáneos de la leche materna*, por Anne Chan. La Paz: Imprensa Offser Full Color, 1997.

_____. *Em defesa da amamentação: Manual para implementar o código internacional de comercialização de substitutos do leite materno*, por Isabel Allain. São Paulo : IBFAN – International Baby Food Action Network, 1999.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert A afirmação histórica dos direitos humanos em Norberto Bobbio. *Cadernos de Direito : caderno do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 208-227, dez. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Ver. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2003.

_____. *Reforma do Poder Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça - comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005

_____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

_____. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

UBALDO, Edson. Responsabilidade do estado pela saúde da criança. *Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ano 4, v. 5, p. 321, nov. 1998.

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para Infância. Disponível em <<http://unicef.org.br>>. Acesso em: 11 fev. 2005.

VENÂNCIO, Sônia Ioyama e al. Frequência e determinantes do aleitamento materno em municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 36, n. 3, p. 313-318, 2002.

VENDRAMINI, Luiz Carlos. *A influencia da embalagem e o comportamento do consumidor: aspectos e considerações do marketing e merchandising em ação*. 1987. Dissertação (Mestrado) Departamento de Relações Públicas, Propaganda e Turismo da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 1987.

_____. A new packaging look bursts forth in Latin América. *Package engineering magazine*, Chicago: Cahners Publishing Co., p. 40-41, abril, 1975.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo : LTR, 1999.

_____. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na cosntituição brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004