

INTRODUÇÃO

A análise do presente estudo alcança corte epistemológico na tênue e inerente relação existente entre a atividade econômica e a atividade publicitária, que sob a ótica do direito, possuem lastro nos essenciais princípios da liberdade de expressão, livre iniciativa e concorrência, ao qual consignamos denominar princípios garantidores, e a proteção do consumidor, destacado como princípio limitador destas atividades.

Como um dos elementos catalizadores da atividade econômica, podendo ser considerado um dos principais elementos na seara empresarial, é a atividade publicitária, considerada neste paradigma como toda ação destinada a promover produtos ou serviços, possuindo como destinatário exclusivo o consumidor.

Assinalar a possibilidade de fundamentos axiológicos que autorizam e limitam a atividade econômica, invariavelmente implica em observar que tais fundamentos representam conteúdo constitutivo de direitos fundamentais, expressos diretamente ou de forma atribuída no texto constitucional, o que leva não somente à assertiva de que estes direitos fundamentais representam norma de aplicação imediata, mas, também, que estes fundamentos axiológicos possuem força normativa, passível de figurar consistente subsídio ao convencimento motivado do julgador.

Considerando que a atividade publicitária, sob a ótica da doutrina contemporânea, é voltada exclusivamente ao mercado de consumo, com finalidade primeira de incutir ao seu destinatário, ou seja, o consumidor, o desejo na aquisição de determinado produto, é importante que se destaque os limites da atividade publicitária.

Antes de evidenciar as características da atividade publicitária, é primordial destacar o destinatário desta atividade como parte hipossuficiente da relação existente, ante sua vulnerabilidade, haja vista estar exposto cotidianamente a toda espécie de ação do mercado econômico que almeje influenciar seu poder de decisão.

Além do alcance direto da atividade publicitária ao consumidor, não se pode deixar de observar sua influência a terceiros, concorrentes do anunciante. Nesta situação, ante a publicidade lícita, evidencia-se o pleno exercício do direito fundamental da livre iniciativa e concorrência. Por outro lado, a existência de uma publicidade ilícita além de motivar danos diretos ao consumidor, poderá incorrer em danos diretos e indiretos ao concorrente, como perda da clientela, ofensa capaz de denigrir a marca e imagem, dentre outros danos.

Os agentes da atividade publicitária, objetivando o lucro, almejam deferir à pessoa uma ocupação exclusivamente vinculada ao consumo, onde a figura da mercadoria passa a ser identificada com a própria pessoa. Esta constatação identifica significativa ofensa aos fundamentos axiológicos da dignidade da pessoa humana, onde a personalidade é desnaturada, e a pessoa, transformada em objeto.

O consumidor, antes de ser observado como parte vulnerável sob a ótica da ordem econômica, enquanto pessoa natural merece ser destacado como possuidor de direitos inerentes e inalienáveis, denominados direitos da personalidade, devendo tais direitos ser observados como paradigmas limitadores da atividade publicitária.¹

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE COMO NORTEADORES DA ATIVIDADE ECONÔMICA E PUBLICITÁRIA

Discorrer acerca da atividade publicitária invariavelmente importa analisar o tema sob a égide dos direitos fundamentais, uma vez que a ação publicitária possui lastro nos essenciais princípios constitucionais da liberdade de expressão, da livre iniciativa e concorrência. Por outro lado, se defronta com outro princípio constitucional fundamental que vem limitar sua atuação, qual seja o da proteção do consumidor.

A atividade publicitária, um dos catalisadores da atividade econômica, possui como destinatário a figura do consumidor, que enquanto pessoa é detentor de direitos inerentes e indispensáveis, passíveis de oposição a toda coletividade como também ao Estado.² É sob a ótica destes direitos inerentes à pessoa, denominado pela doutrina de direitos da personalidade, cuja ausência implicaria na perda de interesse do indivíduo aos demais direitos³, é que merece ser localizado a gama de direitos que tutelam e limitam a atividade econômica e publicitária.

Ainda que de forma sucinta, analisar a proposta de princípios que norteiam a atividade econômica e publicitária reclama a identificação e classificação de conceitos teóricos na seara do direito positivo, tais como a ideia de norma e normas de direitos fundamentais, uma vez que os objetos de constituição destes direitos fundamentais

¹ Nesta observação não se busca excluir a pessoa jurídica enquanto consumidor, sendo pacífico o posicionamento desta figura enquanto parte hipossuficiente e vulnerável na relação de consumo. Contudo, parte-se da premissa de que toda decisão de consumo é tomada pelo administrador da pessoa jurídica, seja de forma individual ou não, o que não exclui a vulnerabilidade do consumidor.

² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 95.

³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 24

apontam para fundamentos axiológicos que se aproximam da dignidade da pessoa humana.

Norberto Bobbio já destacou que a “nossa vida se desenvolve em um mundo de normas”⁴, e que embora exista a crença de liberdade, o emaranhado de regras de condutas religiosas, morais, jurídicas e sociais, existentes desde o nascimento até o perecimento da pessoa, colocam em xeque a ideia de liberdade. Com esta nota introdutória, o autor italiano evidencia o direito como a notável e mais visível experiência normativa da pessoa.⁵

Pode-se buscar em Alf Ross a figura do direito vigente, que sob a ótica da escola realista do direito, considerou a norma jurídica como sendo a norma vigente em determinado tempo e lugar, que poderá apresentar ao julgador uma norma pronta para sua imediata aplicação, ou, ainda, representar um material inacabado, cuja aplicabilidade dependerá de ativo trabalho por parte do julgador.

Entiendo por esto el grado en que ellas (normas) presentan al juez una regla formulada, lista para su aplicación o, a la inversa, el grado en que le presentan sólo un material que recién será transformado en una regla después de una activa contribución de trabajo de parte del juez.⁶

Com diversa concepção, contrariando a possibilidade de ponderações de juízo de valor pelo julgador que é admitida por Alf Ross, Hans Kelsen, ante a Teoria Pura do Direito, buscou desvincular por completo o conceito de norma jurídica do conceito de norma moral, embora inúmeras daquelas sejam frutificadas por esta.^{8 9} A Teoria Pura do Direito evidencia que a norma somente pode ser considerada norma jurídica “quando estabelecida de modo determinado, criada segundo uma regra bem determinada e estabelecida de acordo com um método específico”¹⁰.

Corroborando com a análise do conceito de norma, o modelo semântico,

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad: Fernando Pavan Babbista e Ariani Bueno Sudatti. 5. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012. p. 25.

⁵ Ibid., p. 25-26.

⁶ ROOS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad: Jose S. P. Hierro. 3. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2011. p. 107-108.

⁷ Tradução livre: Eu entendo porque na medida em que elas (normas) tem que julgar uma regra formulada, pronta para a aplicação ou, pelo contrário, a medida em que você tem apenas um material a ser recém transformado em uma regra depois de uma ativa contribuição de trabalho pelo juiz.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tra: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

⁹ Para Hans Kelsen, a “Teoria Pura do Direito será então liberada de todo juízo de valor ético-político, num análise estrutural, a mais exata possível, do direito positivo”. Ibid., p. 92.

¹⁰ Ibid., p. 96.

evidenciado por Robert Alexy se apresenta melhor adequado, pois identifica a norma como fruto de um enunciado normativo, cujo critério de identificação se expressa em modalidades deônticas básicas do dever, da proibição e da permissão.¹¹ Humberto Ávila, acompanhando o modelo semântico, destaca que normas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”¹².

Em verdade, a partir do momento que há o reconhecimento pela sociedade da existência de direitos fundamentais, a lei como espécie de norma criada pelo Estado, deve buscar a concretização destes direitos, fundamentando, assim, uma sociedade justa e bem ordenada.¹³

Quando se passa à análise do conceito de norma de direito fundamental, a primeira indagação que se pode apresentar é relativa à origem e ao conteúdo da norma, ou seja, o momento que se pode considerar a existência ao menos de uma fumaça destes direitos e a tutela específica que o Estado soberano considerou denominar fundamental.

O conteúdo da norma de direito fundamental, invariavelmente, remonta a essência da pessoa, o que leva a identificar a obra de Giovanni Pico Della Mirandola, “Discurso sobre la dignidade del hombre”¹⁴, como primeiro marco teórico dos direitos fundamentais. Esta assertiva se apresenta correta quando se identifica a dignidade da pessoa humana como substância axiológica essencial para alicerçar qualquer direito fundamental.

Carlos Simões aponta como lastro do Estado democrático a dignidade da pessoa humana. Destacando ser o valor supremo e fundamento axiológico dos direitos fundamentais.¹⁵

Luigi Ferrajoli, sem desconsiderar o peso axiológico da dignidade da pessoa humana, disserta acerca da origem dos direitos fundamentais, e destaca que

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 50-65.

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

¹³ CAMBI, Eduardo; SILVA, Diego Nassif da. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistemática à luz da cidadania. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do estado social de direitos*. Birigui/SP, 2011. p. 123

¹⁴ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Trad: Adolfo Ruiz Dias. 1. ed. 3. reimp. México: UNAM, Dirección General de Publicaciones y Fomento, 2009.

¹⁵ SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013. p. 224.

correspondem a garantias conquistadas ao preço de lutas e revoluções¹⁶, garantias estas que remontam ao direito romano, cuja divergência daquele tempo ao momento atual corresponde à abrangência dos titulares destes direitos.

(...). En este sentido, al menos en Occidente, desde el derecho romano, siempre han existido derechos fundamentales, si bien la mayor parte limitados a clases bastante restringidas de sujetos. Pero han sido siempre las tres identidades - de persona, ciudadano y capaz de obrar - las que han proporcionado, cierto que con la extraordinaria variedad de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, censo, clase, educación, nacionalidad con que en cada caso han sido definidas, los parámetros de la inclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad.^{17 18}

Assinala-se a plausibilidade da ideia de prévia existência de direitos fundamentais, cuja abrangência de titulares está vinculada a abrangência de igualdades e desigualdades em determinado espaço de tempo e lugar.

Sérgio Tibiriçá Amaral e Caíque Tomaz Leite da Silva, na mesma senda de Luigi Ferrajoli, ou seja, na proposta de conquista de direitos através de lutas e revoluções, celebraram valioso estudo histórico quanto às origens e constante evolução dos direitos humanos e fundamentais, destacando a importância da Magna Carta Libertatum como limites ao absolutismo e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.¹⁹

Nilson Tadeu Reis Campos Silva e Paul Jürgen Kelter, sob o prisma da evolução da sociedade de encontro com a promoção da pessoa, destacam a busca de concretização da dignidade da pessoa humana e garantias de igualdade entre os homens, evidenciando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad: Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado e Geraldo Pisarello. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 23-24.

¹⁷ Ibid., p. 23-24.

¹⁸ Tradução livre: Neste sentido, pelo menos no Ocidente, desde o direito romano, sempre houve os direitos fundamentais, embora muito limitados às classes de assuntos bastante restritos. Contudo sempre foram as três identidades - pessoa, cidadão e capacidade de agir - que haviam fornecido, embora com extraordinária variedade de discriminação baseada no sexo, etnia, religião, recenseamento, classe, educação, nacionalidade, e em cada caso tem sido os parâmetros definidos, incluindo os seres humanos entre titulares de direitos e, por consequência, a sua igualdade e desigualdade.

¹⁹ AMARAL, Sérgio Tibiriçá; SILVA, Caíque Tomaz Leite da. As contribuições da magna carta para o direito internacional dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigui/SP: Boreal, 2012. p. 322-323.

fundamento da evolução dos direitos fundamentais no ocidente.²⁰

Conforme já apontado, a dignidade humana se destaca como essência axiológica de todo direito fundamental. Contudo, a questão a ser respondida em seguida é referente a forma pela qual o alegado direito fundamental se encontra no ordenamento jurídico de determinado Estado soberano, ou, ainda, se há a possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais mesmo que não positivados de forma expressa no ordenamento deste Estado.

Luigi Ferrajoli é categórico ao afirmar que normas de direito fundamentais podem coexistir até mesmo em ordenamentos totalitários e pré-modernos, desde que devidamente previsto neste ordenamento.²¹ Vale lembrar que a posição do autor italiano é a de que os direitos fundamentais podem ser observados desde o direito romano, identificando a abrangência de titularidade destes como ponto crucial para demonstrar a evolução dos direitos fundamentais. Vai além, identifica como progresso destes direitos as garantias oferecidas pelas codificações e constituições, que positivam de forma direta e/ou indireta os direitos fundamentais em determinado ordenamento jurídico.²²

Robert Alexy propõe uma teoria dos direitos fundamentais orientada pelo conceito amplo de cognição do direito positivo válido no âmbito dos direitos fundamentais.²³ O autor concebe uma teoria jurídica dos direitos fundamentais como uma teoria dogmática, ou seja, a prática do direito em sentido estrito, admitindo-se três dimensões da dogmática jurídica: a analítica, empírica e normativa.²⁴

A dimensão analítica compreende a análise de conceitos elementares, tais como o conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e igualdade. Por sua vez, a dimensão empírica veicula-se à análise do direito positivo a partir da cognição do posicionamento dos Tribunais. Por fim, a dimensão normativa possui como ponto de partida o direito positivo válido, que será objeto de valoração pelo aplicador da norma ao caso concreto.²⁵ Explica Robert Alexy que “combinar as três dimensões é uma

²⁰ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos; KELTER, Paul Jürgen. A lei nº 7.853/1989 e o pleno exercício dos direitos da personalidade das pessoas com deficiência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (Org.). *Minorias e grupos vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva*. Birigui/SP: Boreal, 2013. p. 465.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad: Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado e Geraldo Pisarello. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 21.

²² *Ibid.*, p. 24.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 34-35.

²⁴ *Ibid.*, p. 33.

²⁵ *Ibid.*, p. 34-36.

condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática”.²⁶

Robert Alexy defende a ideia de uma teoria integrativa, quando alega que a “dogmática (ponto fundamental) dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais”.²⁷

Outra definição de direitos fundamentais que merece ser apontada, e a de Carl Schmitt, que destaca como direitos fundamentais somente àqueles que constituem o fundamento do próprio Estado, e, por isso, reconhecidos pela Constituição. No caso da Constituição alemã, para Carl Schmitt, o Estado funda-se tão somente nos princípios gerais burgueses, qual seja o de direitos individuais de liberdade.

La proclamación de los derechos fundamentales significa sólo el establecimiento de un principio general de la libertad individual, pero no todavía la introducción orgánica mediante una estructura del Estado determinada por la meta de la libertad burguesa.^{28 29}

Carl Schmitt conceituou norma fundamental como qualquer princípio particular da organização do Estado, dentre eles, os direitos fundamentais.³⁰

A crítica à proposta de Carl Schmitt parte de Robert Alexy, quando destaca que limitar o conceito de normas de direito fundamental a uma determinada concepção de Estado, incorreria, por exemplo, no caso do direito alemão, em desconsiderar como direito fundamental a garantia de um mínimo existencial, uma vez que referido direito se encontraria em confronto com o direito de liberdade do Estado de Direito liberal.³¹

A ideia de direitos fundamentais melhor se coaduna com a teoria geral dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy. Embora submeta seu estudo de direito fundamental à Constituição alemã, tem-se que o autor limita a existência de normas fundamentais ao texto constitucional, uma vez que sugestiona como critérios para o conceito de norma de direito fundamental como sendo as normas de direito fundamental

²⁶ Ibid., p. 37.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

²⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad: Francisco Ayala. 2. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 60.

²⁹ Tradução livre: A proclamação dos direitos fundamentais significa apenas o estabelecimento de um princípio geral de liberdade individual, mas não significa, contudo, a introdução orgânica pela estrutura estatal determinada pelos ideais burgueses da liberdade.

³⁰ SCHMITT, op. cit., 1996, p. 63.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 67.

estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas, que não são diretamente destacadas no texto constitucional como sendo de direito fundamental.³²

É bem verdade que a aceitação de normas de direitos fundamentais atribuídas, ou seja, normas não estabelecidas de forma expressa pela constituição pode ocasionar uma abertura interpretativa exacerbada, cuja solução proposta por Robert Alexy para distinguir uma norma de direito fundamental atribuída de outra norma constitucional, mas não fundamental, foi a aceitação de três critérios de validade essenciais, quais sejam os critérios positivo, sociológico e ético, que devem ser considerados em conjunto, por intermédio de uma “correta fundamentação referida a direitos fundamentais”.³³ Deve-se ter em conta, que a carga valorativa evidenciada nos critérios sociológico e ético aponta para a ideia de princípios que norteiam as normas de direitos fundamentais, remontando, assim, a ideia primeira de Giovanni Pico Della Mirandola, onde a dignidade da pessoa humana representa a essência do homem, distinguindo-o dos animais terrestres e até mesmo dos anjos.^{34 35}

Ao considerar como pressuposto da norma de direito fundamental como sendo toda norma devidamente expressa no texto constitucional, ainda que de forma atribuída, outro problema se apresenta a ser transposto, que é a hipótese de colisão de princípios, e, por conseguinte, colisão de normas de direitos fundamentais, cuja transposição do problema proposto desafia os métodos tradicionais de solução de conflitos normativos.

Luís Roberto Barroso vislumbra a proposta de Robert Alexy de existência de normas de direitos fundamentais colidentes, em especial quando discorre sobre a atual impossibilidade de solução de conflitos normativos por intermédio dos critérios tradicionais, como o hierárquico, temporal e da especialização, destacando duas razões

³² Ibid., p. 72-73.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

³⁴ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Trad: Adolfo Ruiz Dias. 1. ed. 3. reimp. México: UNAM, Dirección General de Publicaciones y Fomento, 2009. p. 16-17.

³⁵ Giovanni Pico Della Mirandola destaca: “Si hay alguien esclavo de los sentidos, cegado como por Calipso por vanos espejismos de la fantasía y cebado por sensuales halagos, no es un hombre lo que ven, sino una bestia. Si hay un filósofo que con recta razón discierne todas las cosas, venérenlo: es animal celeste, no terreno. Si hay un puro contemplador ignorante del cuerpo, adentrado por completo en las honduras de la mente, éste no es un animal terreno ni tampoco celeste: es un espíritu más augusto, revestido de carne humana.”. Ibid., p. 16-17. Tradução livre: Se há alguém escravo dos sentidos, como Calipso cegado por vãs ilusões de fantasia e bajulação sensual, não é um homem que você vê, mas uma besta. Se um filósofo com a reta razão discerne todas as coisas, você deve reverenciá-lo: ele é um anjo, não pertence à este mundo. Se um espectador puro ignorante do corpo, completamente concentrado nas ondas da mente, este não é um animal de terra, nem tampouco celestial: é um espírito mais augusto, vestido de carne humana.

dentre as inúmeras existentes no direito constitucional contemporâneo.³⁶

O referido autor fundamenta a afastabilidade dos critérios tradicionais de solução de conflito normativo com lastro no princípio da unidade da Constituição, onde inexistente qualquer hierarquia jurídica entre as normas constitucionais, e ainda que se admita indireta hierarquia axiológica, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, esta seria refutada pelo art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.³⁷

Evidente que a hipótese de conflitos de normas de direito fundamental não pode estar dissociada do caso concreto, pois, se diverso fosse, estar-se-ia admitindo a possibilidade de se invalidar um princípio em detrimento de outro. Considerando que ambos os princípios, norteadores de normas de direito fundamental, e, por isso, válidos em determinado ordenamento jurídico, venham a colidir-se, correta se apresenta a afirmativa que esta colisão deu-se no caso concreto, pois, caso contrário, além de se estar admitindo a colisão em abstrato, também seria admitido que ao menos um destes princípios não fosse válido no próprio ordenamento jurídico.³⁸

Ao que chamou contradições normativas em sentido amplo, que ocorrem no interior do ordenamento jurídico, Robert Alexy ponderou pela possibilidade de colisões de princípios, e, conseqüentemente de conflito de normas, sendo que referidas colisões pressupõe a validade dos princípios colidentes.³⁹

Quando se anui pela possibilidade de conflito de normas de direito fundamental no caso concreto, dúvida se apresenta quanto à forma pela qual será solucionado o conflito existente.

Conforme já esmiuçado, de forma concludente Luís Roberto Barroso destacou a impossibilidade de se valer dos critérios tradicionais, como o da hierarquia, especialização e temporal. Como meio de solução ao conflito normativo, o critério da ponderação foi destacado por Luís Roberto Barroso como a técnica adequada aplicável aos denominados casos difíceis⁴⁰, em especial quando a subsunção se demonstrou ineficiente.⁴¹

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 85-86.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 86.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 93-94.

³⁹ *Ibid.*, p. 110.

⁴⁰ Do inglês, *hard cases*, que segundo Ronald Dworkin são casos cujos resultados decisórios pelo judiciário não são claramente ditados pela lei ou por ela precedidos. DWORKIN, Ronald. *Hard cases*. *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, v. 88, n. 6, abril 1975.

⁴¹ BARROSO, op. cit., p. 91.

A técnica da subsunção, ou seja, a utilização de uma premissa maior para resolução da premissa menor, não mais se apresenta como meio catalisador para resolução de conflitos, em especial aos casos difíceis. Tercio Sampaio Ferraz Junior destacou a necessária utilização da técnica da ponderação em detrimento da subsunção, bem como, a liberdade do julgador ao utilizar-se de princípios não somente em casos de lacunas na legislação.

A subsunção é, aos poucos, sobrepujada pela ponderação de princípios, pois os juízes não aplicam apenas a legislação, mas fazem constantes referências aos princípios jurídicos. Antes, os princípios eram invocados para integrar o direito, isto é, apenas nos casos de lacunas. Com isso, à primeira vista, parece que o juiz, agora, tem uma liberdade muito maior para reconstruir e até *construir* o direito, que antes era assumido como um dado.⁴² (grifos do autor)

As considerações quanto a possibilidade de conflito de normas de direito fundamental se apresentam necessárias para o estudo proposto, qual seja a atividade econômica e publicitária norteadas pelos direitos fundamentais da liberdade de expressão, informação e imprensa, livre iniciativa e concorrência, e, por sua vez, limitada à proteção constitucional do consumidor. É de se observar que as normas de direitos fundamentais aventadas foram objeto de tutela pelo legislador constituinte, seja por intermédio de tutela direta ou atribuída. Observa-se a tutela fundamental direta pela Constituição Federal de 1988 à liberdade de informação, expressão, imprensa e do consumidor, conforme previsão do art. 5º, incisos IV, V, IX, XIV e XXXII, respectivamente, e, como tutela fundamental atribuída, o art. 220, parágrafos 1º e 2º e art. 170, inciso V, respectivamente.

Das ponderações realizadas, indagações surgem quanto aos limites da atividade publicitária como um dos elementos catalisadores da atividade econômica, uma vez que direcionada ao mercado com o intuito primeiro de infundir ao seu destinatário, consumidor, o anseio em adquirir determinado produto ou serviço. Ao analisar a figura do consumidor enquanto pessoa, outro desafio se apresenta que é o de constatar a existência de direitos autônomos, de titularidade de cada indivíduo, ao qual se denomina direitos da personalidade.⁴³

⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. XV.

⁴³ Com relação a personalidade, Fritjof Capra destaca-a como essência da condição humana, cuja construção dá-se por intermédio da assimilação pela pessoa da totalidade das relações humanas. Em virtude da atual complexidade e elevado número de informações, o ser humano se depara com

Com relação aos direitos da personalidade, importante crítica realizada por Pietro Perlingieri merece destaque, pois identifica a personalidade não como um direito, mas como um valor, valor este fundamental do ordenamento jurídico, e que “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”.⁴⁴

Ao analisar o conceito de personalidade, Adriano De Cupis identifica-a como uma simples qualidade jurídica, não se confundindo com os direitos e nem com as obrigações. Embora a declaração deste autor pareça confrontar com o posicionamento de Pietro Perlingieri, ela vem de encontro, pois destaca a personalidade como precondição de direitos e obrigações, ou seja, a figura do sujeito de direitos e obrigações está condicionada à qualidade de pessoa.⁴⁵

A posição divergente entre Pietro Perlingieri e Adriano De Cupis se encontra no fato de àquele não considerar a existência de direitos subjetivos da personalidade, mas, um valor unitário e sem limitações⁴⁶, enquanto este aponta para a existência de direitos subjetivos da personalidade, ao qual denomina direitos essenciais constituidores da medula da personalidade.⁴⁷

Elimar Szaniaviski, acompanhando a posição de Adriano De Cupis quanto a classificação dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, reforça a ideia de que todo direito que objetiva deferir conteúdo à personalidade deve estar configurado na categoria de direitos subjetivos, e, portanto, denominados direitos da personalidade.⁴⁸

Ao considerar como pressuposto da existência dos denominados direitos da personalidade a identificação de objetos axiológicos que constroem a personalidade, ponto de tensão se observa no presente estudo quando se passa a analisar o alcance da atividade econômica e publicitária e os limites destas, pois sua atuação pode incorrer em ofensa aos direitos fundamentais da personalidade, embora também mereça tutela de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, livre iniciativa e concorrência,

personalidades fragmentadas, cuja manifestação do bem e o mal ocorrem simultaneamente. “Dentre todas as espécies, somos a única que mata seus semelhantes em nome da religião, do mercado livre, do patriotismo e de outras ideias abstratas”. CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad: Nexton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 229.

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 155-156.

⁴⁵ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 20-21.

⁴⁶ PERLINGIERI, op. cit., 156.

⁴⁷ DE CUPIS, op. cit., p. 24.

⁴⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77.

enquanto garantidores.

A atividade publicitária, enquanto composição primária da atividade econômica empresarial pode ser identificada como sendo a ação coordenada ou não do mercado de consumo que almeja incutir na psique⁴⁹ de seu destinatário, a pessoa, consumidor em potencial, o desejo na aquisição de determinado produto ou serviço.

Niklas Luhmann, teórico da comunicação que inspirou o pensamento moderno com sua teoria dos sistemas sociais, identificou a atividade publicitária como meio eficiente de infundir na mente da pessoa o interesse em determinado produto, no sentido de deferir a esta indeterminada convicção quanto à necessidade ou não do consumo, o que chamou de técnicas de paradoxização.

Tais técnicas da paradoxização dos temas deixam a liberdade (pelo menos é assim que parece) de a pessoa eliminar o paradoxo por meio da decisão de ser pró ou contra a transação. Mas, mesmo nisso, já se associam expectativas de sucesso. Pois o importante, em primeiro lugar, é irromper num terreno já fixado em interesses e produzir aí uma certa incerteza: só o fato de a pessoa se perguntar se sim ou se não (uma cozinha nova deveria ser comprada) já é um sucesso da publicidade, pois o mais provável é que acima de tudo a mente não esteja ocupada com sua cozinha, mas com alguma outra coisa.⁵⁰

Crítica há ser considerada com relação à atividade publicitária é referente à sua atuação direta na construção da identidade da pessoa, pois àquela associa a figura da pessoa ao objeto, levando-se a uma conclusão de que a sociedade de consumo atual desvirtuou a figura da identidade da pessoa para uma identidade de objeto (informação verbal)⁵¹.

Guy Debord, quando escreveu “A sociedade do espetáculo” já havia alertado quanto ao fato de a mercadoria, em um primeiro momento de forma discreta, e, posteriormente, a partir da Revolução Industrial, de forma dominante, ter passado a figurar como ocupação total da vida social. A ocupação total da vida social pela mercadoria se torna visível quando a pessoa somente detém olhos para ela, passando-se

⁴⁹ O termo psique corresponde ao conjunto de fenômenos da vida mental da pessoa, podendo abarcar processos conscientes e/ou inconscientes. PSIQUE. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos... [et al.]. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 566.

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 86.

⁵¹ Informação coletada em aula ministrada na disciplina de Políticas Públicas de Promoção Humana no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídicas, no curso de Mestrado em Direito aos 22 de agosto de 2014 pelo Prof. Dr. Ivan Dias da Motta e Prof. Dr. Alessandro Severino Valler Zenni.

a um consumo alienado.⁵²

Outra questão a ser abordada é quanto a identificação da pessoa como o próprio objeto da atividade publicitária. Já foi possível, em um período não muito distante observar a pessoa, destinatário da atividade publicitária, como próprio objeto da publicidade. Eric J. Hobsbawm, ao explicar a evolução do período em que denominou “A era das revoluções”, destacou um anúncio publicitário na *Gazette de Moscou* de 1801.

(...) “à venda, três cocheiros, bem treinados e bastante apresentáveis, duas moças de 18 e 15 anos, ambas de boa aparência e hábeis em vários tipos de trabalhos manuais. A mesma casa tem à venda duas cabeleireiras, sendo uma de 21 anos, que sabe ler e escrever, tocar instrumentos musicais e fazer trabalhos de mensageira, e a outra apta a arrumar os cabelos de cavalheiros e damas; vendemos também pianos e órgãos”.⁵³

O relato documental acima, embora não muito criativo, evidentemente corresponde a um anúncio publicitário, e demonstra a limitada abrangência dos direitos da personalidade nos séculos passados, possibilitando a materialização da pessoa enquanto coisa. A questão a ser abordada é se atualmente a pessoa pode ser identificada somente como destinatário da atividade publicitária, ou também ser observada como objeto da atividade (produto e/ou serviço), ou, ainda que somente destinatário, por intermédio da atividade publicitária, amargue ofensa a direito fundamental personalíssimo, tudo objetivando a atividade econômica.

A constatação de eventual ofensa ao consumidor, enquanto pessoa pode ser observada quando o anúncio publicitário deixa de observar os princípios limitadores da atividade publicitária, lembrando que lhe são inerentes os princípios garantidores de sua realização.

2. DOS PRINCÍPIOS GARANTIDORES E LIMITADORES DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

A abordagem do presente estudo alcança corte epistemológico na atividade do

⁵² DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 30-31. Versão italiana “La Societé du spectele”, seguido do prefácio da 4ª edição italiana.

⁵³ HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: 1789-1848*. Trad: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 33. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. p. 38-39.

mercado publicitário, razão pela qual, de primordial importância se apresenta evidenciar os fundamentos axiológicos que autorizam e limitam a atividade publicitária.

Rememorando o conteúdo constitutivo dos direitos fundamentais, já abordados, tem-se que o lastro principiológico se apresenta essencial para a constituição destes direitos, devendo ser destacado que a aceitação da utilização de princípios com força normativa deve ser admitida.

Os princípios não abrem e diversificam a interpretação, mas sim fecham a uniformizam. Para isso, apresentam caráter normativo e obedecem a regras de utilização, afinal, a hermenêutica não admite a existência de princípios sem regras nem de regras sem princípios sob pena de destruir o Direito, enquanto ciência.⁵⁴

Os princípios que norteiam a atividade publicitária lastreiam direitos fundamentais essenciais que podem ser denominados de garantidores e limitadores desta atividade. Razão pela qual se demonstra essencial a observância e respeito a estes direitos constitucionais fundamentais, em especial a liberdade de expressão, a livre iniciativa e concorrência, e a proteção ao consumidor.

2.1. Dos Princípios da Liberdade de Expressão, Informação e de Imprensa

Em sentido amplo, a liberdade de expressão comporta-se como gênero de inúmeras espécies de liberdades especiais⁵⁵, dentre as quais se podem observar a liberdade de informação e imprensa.

Embora não corresponder ao corte epistemológico do presente estudo, vale destacar a observação de Dirceu Pereira Siqueira, que aponta, como espécie do gênero da liberdade de expressão, a liberdade de expressão artística, cujo fundamento é a própria arte.⁵⁶

A classificação dos princípios libertários da comunicação, em virtude de sua essência, não foram objetos de tratamento isolado pelo direito, mas sim, dispostos de forma que não haja distinção direta, em especial às liberdades de expressão e

⁵⁴ SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; EHRlich, Priscila Aparecida. O que é isto – a hermenêutica constitucional? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli dos (Org.). *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. Birigui/SP: Boreal, 2012. p. 06.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 448-449.

⁵⁶ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Direto à alimentação e o direito à liberdade de expressão, inclusive artística. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui/SP: Boreal, 2013. p. 117.

informação. Corroborando esta afirmação, se observa que não há distinção expressa nos principais documentos garantidores das liberdades de comunicação, como na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seus artigos 10 e 11; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 19; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, em seu art. 13 e parágrafos; a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, em seu art. 11, 1 e 2.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca que a Constituição Federal de 1988 não apresenta uma terminologia uniforme quanto à liberdade de expressão, uma vez que aponta tanto para a livre manifestação de pensamento, como para outras ordens constitucionais que desaguam em um complexo de liberdades comunicativas⁵⁷, dentre as quais merece destaque a liberdade de imprensa e informação. Desta forma, seguindo a lógica do cenário internacional, as garantias fundamentais das liberdades de comunicação previstas no texto constitucional não se apresentam delimitadas de forma expressa, conforme se denota nas normas fundamentais diretas previstas no art. 5º, incisos IV, V, IX e XIV, e normas fundamentais atribuídas, destacadas no art. 220, e parágrafos 1º e 2º.

Neste sentido, Sérgio Tibiriçá Amaral e Mariana Custódio de Souza, apontam a expressa disposição constitucional, destacando as conexões com outros direitos fundamentais: “O direito de informação encontra fundamentação legal nos artigos 5º e incisos e 220 da ‘Lei Maior’ e faz conexões com outros direitos fundamentais, como o de comunicação e o de liberdade de manifestação do pensamento”.⁵⁸

Nilson Tadeu Reis Campos Silva demonstra a abrangência do princípio libertário, onde destaca o patamar de garantia fundamental deferida à intimidade e à livre expressão do pensamento, lastreados pela Constituição Federal, e inerentes à pessoa, caracterizados como direitos da personalidade.⁵⁹

Sérgio Tibiriçá Amaral, embora discorrer acerca do direito de informação sem censura, direcionado ao direito fundamental à informação enquanto espécie, evidencia este direito fundamental como uma liberdade, e por isso, distinto como direito de primeira geração ou dimensão, “cujo dispositivo visa a impedir que o Poder Público

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 453.

⁵⁸ AMARAL, Sérgio Tibiriçá; SOUZA, Mariana Custódio de. O direito de ouvir com os olhos nas TVs brasileiras de sinal aberto. In: *Intertemas*, v. 12, Presidente Prudente/SP, p. 357-386, 2007. p. 359.

⁵⁹ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. O direito de não ser silenciado. In: *Intertemas*, v. 12, Presidente Prudente/SP, p. 343-356, 2007. p. 345.

dificulte ou proíba o livre fluxo das informações”.⁶⁰ A proposta do autor, inquestionavelmente merece ser observada de forma ampla, aplicada ao gênero, direito fundamental da liberdade de expressão.

Deve-se considerar que a ausência de delimitação expressa de cada liberdade comunicativa pelo texto constitucional, ou seja, o fato de o legislador constituinte não haver conceituado expressamente as liberdades de expressão, informação, comunicação, imprensa, pensamento, etc., não pode representar ausência de tutela por incompletude de objeto. Ao contrário, deve-se ter em conta que a ausência de delimitação conceitual implica em albergar os principais valores que nutrem a liberdade de expressão, que, segundo Daniel Sarmiento, correspondem à garantia da democracia e proteção da liberdade individual.⁶¹

Eros Roberto Grau, convergindo com a posição de Daniel Sarmiento, destaca a essencialidade das liberdades comunicativas que são efetivadas pelas empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens, apontando como serviço público essencial e existencial à sociedade.⁶²

O enunciado “liberdades comunicativas” melhor se adequa aos princípios fundamentais constitucionais aventados. Contudo, a doutrina destaca diferenças específicas para cada princípio constitucional.

Luís Roberto Barroso, acompanhando a proposta taxonômica acima descrita, identifica a liberdade de expressão enquanto gênero, e a liberdade de informação como espécie. A liberdade de imprensa, por sua vez, se apresenta igualmente como espécie do gênero, mas, contudo, resta configurada como uma liberdade cuja titularidade se mostra exclusiva aos meios de comunicação.⁶³

A liberdade de expressão, enquanto gênero, além de alcançar uma vasta gama de liberdades comunicativas, das quais estariam inseridas as demais liberdades, pode ser identificada como o direito à livre manifestação do pensamento humano. Por sua vez, a liberdade de informação, identifica-se como um direito individual de comunicação livre

⁶⁰ AMARAL, Sérgio Tibiriçá. O direito de informação na TV, a convenção das pessoas com deficiência e o *closed caption*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org.). *Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização*, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui/SP: Boreal, 2010. p. 345.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 16, p. 19, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas.php>>. Acesso em: 04 fev. 2015.

⁶² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 134.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional: tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104-105.

dos fatos, e direito difuso de ser informado destes fatos, vinculado a fatos noticiáveis, repousados sobre o critério da veracidade⁶⁴. Contudo, a veracidade irrestrita é colocada à prova quando se constata que toda informação, embora busque respaldo na verdade, está eivada de subjetividade, ou seja, o ponto de vista do interlocutor pode não convergir com o ponto de vista do receptor.

Niklas Luhmann celebra importante observação a respeito da verdade como essência da informação, defendendo ser este o requisito essencial da profissão do repórter, a busca da verdade. Contudo, destaca a seletividade dos meios de comunicação como o problema da verdade nos meios de comunicação.

(...). A profissão serve a sociedade (até mesmo a si mesma) com verdades. Para inverdades são precisos interesses especiais que não podem ser generalizáveis.

Os meios de comunicação interessam-se por aquilo que é verdadeiro só sob condições fortemente restritivas, condições que se distinguem claramente daquelas da pesquisa científica. O problema não está na verdade, mas na seletividade, que é inevitável mas também desejada e regulamentada.⁶⁵

Os argumentos aventados por Niklas Luhmann melhor se adequam quando se analisa uma terceira espécie de direito fundamental comunicativo, que é a liberdade de imprensa, reconhecida a uma titularidade específica, ou seja, aos meios de comunicação. A liberdade de imprensa abrange tanto os objetos da liberdade de expressão como a liberdade de informação.⁶⁶

Desde o gênero até a espécie, é de fácil constatação que o bem jurídico a ser preservado resume-se, em tese, em um direito negativo, representado pela abstenção do Estado em ceifar tais liberdades. Contudo, Daniel Sarmiento contesta esta proposta de inércia estatal como fundamento garantidor do direito fundamental à liberdade de expressão, explicando que o conceito negativo não se apresenta incorreto, mas sim, incompleto.

(...). Embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente negativa, a garantia deste direito, sobretudo no quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real

⁶⁴ Ibid., p. 104.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 55-56.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 105.

do seu exercício e o enriquecimento do debate público.⁶⁷

Importa salientar que a liberdade de expressão, embora fundamento axiológico dos direitos fundamentais das liberdades comunicativas, diante do caso concreto pode sofrer colisões de normas fundamentais, que por intermédio da técnica da ponderação, já argumentada neste trabalho, o julgador poderá deixar de considerar esta norma fundamental em detrimento de outra.

André Ramos Tavares aponta posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do HC 82.424, que ao realizar a ponderação de normas conflitivas, considerou que a disseminação de ideias antisemitas, com caráter nitidamente discriminatório, configura ofensa que merece maior tutela em detrimento da liberdade de expressão, reconhecendo, assim, que os direitos e garantias individuais não possuem caráter absoluto.

Na análise do HC 82.424, cujo objeto era o relaxamento da prisão de editor gaúcho, autor da obra *Holocausto Judeu ou Alemão?*, ficou decidido, pela maioria, que a veiculação da obra não se encontrava albergada na liberdade de expressão, tendo-se considerado seu conteúdo como veiculando ideias antisemitas e, nessa medida, nitidamente discriminatório:

(...).

Tem o STF reconhecido que os direitos e garantias individuais não possuem caráter absoluto. Isso não apenas por força do denominado postulado da convivência harmônica das liberdades, como também por força daquilo que denominou relevante interesse público.⁶⁸ (grifos do autor)

A importância atribuída à liberdade de expressão, em especial à liberdade de imprensa e informação, como espécies daquela, acaba por evidenciar a publicidade e propaganda como meios livres de manifestação de pensamento, sendo que a atividade publicitária, voltada ao mercado de consumo, alcança a mesma tutela constitucional fundamental.

⁶⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 16, p. 02, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas.php>>. Acesso em: 04 fev. 2015.

⁶⁸ TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 460.

2.2. Dos Princípios da Livre Iniciativa e Concorrência

Em um primeiro momento, o destaque à livre iniciativa se demonstra plausível sob a ótica do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que aponta os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil. Por conseguinte, no *caput* do art. 170 do texto constitucional, o princípio da livre iniciativa, posteriormente ao princípio da valorização do trabalho humano, é expresso como alicerce da ordem econômica. É importante observar, neste ponto, a indissociabilidade da valorização do trabalho humano com a livre iniciativa.

Em um Estado social democrático de direito, a análise da livre iniciativa como fundamento do Estado do bem-estar social⁶⁹ se demonstra necessário, uma vez que, se diverso fosse, o estudo dos princípios garantidores da atividade publicitária, aqui denominados econômicos, poderia direcionar a conclusão inadequada de que correspondem a princípios fundadores do Estado capitalista.

Aborda-se o conceito de livre iniciativa sob a perspectiva econômica que deve ser interpretada de forma conjunta com a liberdade à busca do trabalho e pleno emprego, e não somente pela liberdade da empresa⁷⁰. Admite-se interpretação de maior amplitude do art. 1º da Constituição Federal de 1988, uma vez que o texto constitucional aponta para a iniciativa cooperada, iniciativa pública, etc.⁷¹, mas que, contudo, não é objeto de análise do presente estudo.

José Afonso da Silva, embora confirmar ser o princípio da livre iniciativa base do liberalismo econômico⁷², quando justifica sua inadmissibilidade fundante do Estado liberal, defende a atuação do Estado por intermédio de mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, destacando que a redação do parágrafo único do art. 170, da Constituição Federal de 1988, identifica a preocupação do legislador constituinte com o bem comum.

Ora, a revolução das relações de produção e a necessidade de

⁶⁹ Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes destacam que no modelo do Estado do Bem-Estar as prestações são percebidas como uma conquista da cidadania, apontando que a essência das políticas de bem-estar tem o compromisso com a concretização da função social do Estado. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 78.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 203.

⁷¹ *Ibid.*, p. 200.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 793.

propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da “harmonia natural dos interesses” do Estado liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social, de sorte que o texto supratranscrito do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei, há de ser entendido no contexto de uma constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo.⁷³

Eros Roberto Grau, acompanhando a posição de José Afonso da Silva, destaca a natureza fundamental da livre iniciativa para a formação do Estado brasileiro: “Isso significa que a *livre iniciativa* não é, enquanto fundamento da República do Brasil, como expressão individualista, mas sim, no quanto expressa de socialmente valioso”⁷⁴ (grifos do autor).

O princípio da livre concorrência, contemplado no art. 170, inciso IV, merece ser analisado em conjunto com seu parágrafo único, bem como com art. 173, parágrafo 4º, todos da Constituição Federal de 1988. Observa-se em um primeiro momento que o parágrafo único do art. 170 rememora a ampla liberdade de atuação. Por conseguinte, o art. 173, em seu parágrafo 4º, apresenta novo conceito jurídico, qual seja o abuso de poder, que autoriza o Estado agir, levando-se a falsa impressão de que neste momento há relativização dos princípios fundamentais econômicos, ou seja, a livre iniciativa e concorrência não teriam amplo alcance.

Sob a ótica do *laissez-faire*, expressão símbolo do liberalismo econômico, poder-se-ia ponderar pela afastabilidade da atuação do Estado no mercado, cuja mão invisível⁷⁵ promoveria de forma eficaz os interesses da sociedade. Contudo, ao considerar o Estado do bem-estar, preocupado com a efetivação de direitos fundamentais que promovam a pessoa, conclusiva se apresenta a possibilidade de atuação do Estado quando presente ações que configurem abuso do poder econômico, normalmente marcado pela desigualdade social e acumulação de riquezas.

A mesma ênfase deferida aos direitos fundamentais da comunicação merece ser direcionada aos princípios da livre iniciativa e concorrência, no sentido de que, embora

⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 794.

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 198.

⁷⁵ Adam Smith denominou “mão invisível” como sendo a consequência dos atos individuais promovidos na atividade do mercado, que, embora voltados para o interesse próprio, fomenta os interesses comuns da sociedade. SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Trad: Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1996. (Coleção Os Economistas, v. 1). p. 438.

se admita a observância de um direito negativo por parte do Estado, a omissão deste também poderá implicar em ofensa a estes fundamentos constitucionais libertários. De modo mais incisivo, a ação comissiva do Estado merece ser destacada nestes princípios econômicos, em especial devido a elevada concentração de riquezas, que diminuem as oportunidades do pequeno e médio empresário. Como exemplo desta ação comissiva, tem-se o inciso IX, do art. 170, da Constituição Federal de 1988, que aponta como princípio norteador da atividade econômica o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.⁷⁶

O legislador infraconstitucional, com lastro nos fundamentos da livre iniciativa e concorrência, sob a ótica protetiva das relações econômicas, ou seja, tutelando-se tanto o empresário como o consumidor, trouxe a baila a Lei nº 8.884/1994, que além de voltar-se a repressão às infrações contra a ordem econômica, defere o caráter de autarquia ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁷⁷, bem como a Lei nº 8.137/1990, que dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Posteriormente, por intermédio da Lei nº 12.529/2011⁷⁸, restou constituído o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que objetiva a “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”, conforme dispõe o *caput* do art. 1º da referida lei.

O ordenamento jurídico brasileiro está eivado de normas cujo objetivo primeiro é a garantia dos princípios da livre concorrência e iniciativa, princípios fundamentais da atividade econômica, devendo ser lembrado que, embora também seja princípio fundador da ordem econômica a observância à defesa do consumidor, tem-se que os princípios da livre iniciativa e concorrência, por intermédio de uma ação omissiva e comissiva do Estado, quando necessária, vislumbram o acesso igualitário de oportunidades da pessoa jurídica enquanto empresário no mercado econômico.

Os princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência,

⁷⁶ Observa-se, por exemplo, a ação comissiva do Estado vislumbrando a redução de desigualdades econômicas, quando por intermédio da LC 123/2006 e posteriores alterações legislativas, prevê favorecimento fiscal por intermédio de um regime tributário diferenciado à empresários de pequeno e médio porte.

⁷⁷ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi criado pela Lei nº 4.137/1962.

⁷⁸ As Leis nº 8.137/1990 e 8.884/1994 sofreram sensíveis alterações pela Lei nº 12.529/2011, sendo que a primeira fora revogada em quase sua integralidade, sem, contudo, extinguir o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

indubitavelmente se apresentam sensíveis a ação da atividade publicitária, uma vez que esta, ao influenciar diretamente no poder de decisão do consumidor, pela regra do mercado, inclina-se ao empresário detentor de maior capacidade econômica, que poderá praticar abuso de poder passível de repressão.

2.3. Do Princípio da Proteção do Consumidor

Pode-se destacar a proteção constitucional do consumidor sob a ótica dos direitos fundamentais bem como princípio norteador da ordem econômica, respectivamente destacados no art. 5º, inciso XXXIII, e art. 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Considerando o paradigma de conceito de norma fundamental já apresentada, conclusiva se apresenta o caráter expresso e atribuído da norma fundamental constitucional quando se trata da proteção do consumidor.

Evidente que o princípio da proteção do consumidor se apresenta como lastro de observância para a construção da ordem econômica e financeira, mas, contudo, esta consideração merece análise conjunta com o fato de a defesa do consumidor ser destacada expressamente como direito fundamental.

Embora tenha o legislador constituinte determinado de forma expressa o caráter de direito fundamental do consumidor, ponto que não se demonstra elucidativo é o fundamento axiológico da proteção do consumidor, o que implica na análise da essência do direito fundamental do consumidor. Para tanto, melhor lição pode ser a apresentada por Eros Grau, que detectou que o paradigma para o cerne da tutela constitucional é evidenciar a condição de consumidor.

Esse conceito, penso, há de ser esboçado a partir da verificação de que, adotando, os mercados, *formas assimétricas*, consumidor é, em regra, aquele que se encontra em *posição de debilidade e subordinação estrutural* em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo.⁷⁹ (grifos do autor)

A postura constitucional, divergentemente da adotada pelo direito nos séculos XIX e anteriores, é a de deferir à pessoa a tutela essencial do Estado, deixando em segundo plano, questões meramente patrimoniais⁸⁰. É a partir da proposta de

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 249-250.

⁸⁰ EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimento bancários à luz do código de defesa do consumidor*. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012. (Biblioteca de direito do

direcionamento da pessoa como legitimado para a tutela do Estado em detrimento ao patrimônio, é que se pode evidenciar o fundamento axiológico primeiro da dignidade da pessoa humana, cuja existência é fundada em seus princípios constituidores como os princípios libertários e econômicos, já citados, e o princípio de defesa do consumidor.

José Afonso da Silva destaca que a defesa do consumidor é celebrada por intermédio de dois pontos, o primeiro dá-se em virtude do mercado econômico, e, por isso, com maior direcionamento aos limites da concorrência, e, um segundo ponto, este mais importante no que diz respeito à tutela da pessoa, é o fato de vivermos em uma sociedade de consumo, onde a função do Estado também passou a ser tutelar a pessoa das ações do mercado, que busca incutir nesta a ideia de que “ter” é superior ao “ser”.

A defesa dos consumidores responde a um duplo tipo de razões: em primeiro lugar, razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil; e, em segundo lugar, critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado de coisas que hoje vivemos, imersos que estamos na chamada sociedade de consumo, em que o “ter” maior do que o “ser” é a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfaz mediante o consumo.⁸¹

O princípio da defesa do consumidor, expressamente possui como essência a proteção da pessoa quando esta se destaca como parte vulnerável da relação existente com o mercado de consumo.

A vulnerabilidade, evidente, se apresenta na forma de atuação do mercado enquanto fornecedor, que poderá se manifestar com a diferença de capacidade técnica entre fornecedor e consumidor, que é destacada como hipossuficiência técnica, bem como por intermédio do poder econômico⁸² elevado do fornecedor em face do consumidor, destacado como hipossuficiência econômica.

A pessoa, ao assumir a qualidade de consumidor, ao mesmo tempo se encontra subordinada à estrutura do mercado, tornando-se alvo da ação deste, que via de regra ocorre por intermédio da atividade publicitária. Não há dúvidas de que a essência do direito fundamental do consumidor é a proteção da pessoa, ainda que celebrada esta

consumidor, v. 12). p. 32.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 263.

⁸² Deve-se esclarecer que a desigualdade econômica entre fornecedor e consumidor nem sempre é evidenciada, uma vez que pode ser constatada relação de consumo onde o fornecedor detém menor capacidade econômica que o consumidor, como é o caso, por exemplo, de um prestador de serviços para uma grande empresa ou até mesmo para uma pessoa natural possuidora de considerável fortuna.

proteção de forma coletiva e/ou individual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda ação direcionada para resguardar a atividade publicitária, assim entendida como o conjunto de ações e sujeitos motivados na promoção de bens e serviços para consumo, possui como lastro os essenciais direitos fundamentais da liberdade de expressão, informação e imprensa, além dos fundamentos do estado do bem estar social, a livre iniciativa e concorrência. Não obstante o reconhecimento dos fundamentos base para a concretização da atividade publicitária, outro direito fundamental expresso deve ser destacado como fonte fundamental e limitadora desta atividade, qual seja o da proteção do consumidor.

Evidenciar os direitos fundamentais norteadores da atividade publicitária implica não somente em reconhecer a existência de uma norma fundamental em um ordenamento jurídico, mas também, suscitar o alicerce necessário para a legitimidade desta norma fundamental, razão pela qual a ideia de norma jurídica e norma fundamental devem ser destacadas.

A norma jurídica não é evidenciada com sua simples inclusão no ordenamento jurídico, como, tampouco, pela decisão judicial destituída de motivação, ao contrário, é examinada a partir de sua interpretação sistemática dos textos normativos observados sobre as máximas: dever, proibição e permissão.

Por sua vez, a norma de direito fundamental, além de observar a sistemática de caracterização da norma, possui na dignidade da pessoa humana a essência de sua existência. A dignidade da pessoa humana é o fundamento axiológico das normas de direito fundamental, e não representa um conceito inerte e acabado. Para sua caracterização, fundamentos axiológicos são necessários para construir seu conceito, e é a partir das revoluções do século XX, em especial após as duas grandes guerras mundiais, é que observa o enaltecimento de uma busca de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais que ultrapassaram a esfera essencialmente patrimonialista do direito.

O que se observa com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como elemento axiológico fundante dos direitos fundamentais é a alteração do ponto de referência do direito. O patrimônio, em tese, abre espaço exclusivo à pessoa, passando a ser o direito, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, instrumento efetivador dos

elementos que constroem o conceito de dignidade. A pessoa passa a ser o ponto de referência e reconhecida como titular de direitos inerentes, ao qual foram denominados direitos personalíssimos.

Não obstante a identificação dos elementos da norma de direito fundamental, para sua caracterização em determinado ordenamento jurídico, esta deve estar disposta de forma expressa ou atribuída no texto constitucional, sendo que a primeira representa as normas estabelecidas diretamente pelo legislador constituinte, e a segunda, normas que, embora não declaradas expressamente como de direito fundamental, possuem carga valorativa que a direciona aos elementos fundantes da dignidade da pessoa humana.

Considerando a existência de valores axiológicos que orientam os direitos fundamentais da liberdade de expressão, informação e imprensa, bem como a livre iniciativa e concorrência, que norteiam a atividade publicitária, e, paradoxalmente os fundamentos axiológicos justificadores do direito fundamental de proteção ao consumidor, que limita a atuação da atividade publicitária, sugestiva se apresenta a indagação de possibilidade de colisão de norma fundamental. A resposta é positiva.

A possibilidade de normas fundamentais colidentes não somente é admitida, mas também comumente observada diante do caso concreto. Neste ponto, o diálogo não é no sentido de se admitir uma valoração dos princípios, anulando-se um em detrimento a outro, mas sim, diante do caso concreto, passa-se a utilizar a técnica da ponderação em detrimento da subsunção, que se apresenta ineficiente para uma resposta adequada pelo poder judiciário. Aplicando-se a ponderação, o julgador detém maior liberdade para justificar que, embora existentes e válidas as normas fundamentais colidentes, o valor axiológico fundante de uma das normas colidentes que mais se aproximar da concretização de direitos que constroem a dignidade da pessoa humana justificará a prevalência de uma norma sobre a outra, sempre observando o caso concreto.

O caso concreto de uma atividade publicitária ilícita, invariavelmente apontará de forma direta ou indireta uma ação ofensiva à pessoa, enquanto consumidor.

A sociedade atual se depara com a sua caracterização enquanto sociedade de consumo, cujo catalisador é a atividade publicitária, que objetiva inferir conceitos e opiniões à pessoa, direcionados ao consumo de bens e serviços, cuja necessidade diuturnamente se apresenta contestável. Não obstante a atuação agressiva do mercado publicitário, cuja moralidade pode ser objeto de contestação, é somente quando a mensagem publicitária ilícita é evidenciada é que se pode falar em ofensa de direitos da pessoa.

O que se evidencia é a busca da atuação do mercado em modificar a essência da pessoa, equiparando-a ao objeto. Há uma verdadeira desnaturação da personalidade, onde a vida social, a ocupação total do indivíduo, passa a ser a mercadoria, aportando não somente em um consumo alienado, mas em uma identidade objeto. A pessoa é o que consome.

Ponto de tensão que se destaca com a análise das normas de direitos fundamentais é a possibilidade de colisões de normas diante de uma atividade publicitária ilícita, uma vez que a carga axiológica no caso concreto está lastreada na liberdade de expressão, informação e imprensa, na livre iniciativa e concorrência, e, por fim, na defesa do consumidor. Estes valores axiológicos, sob a ótica da atividade publicitária, podem ser denominados princípios garantidores e limitadores de sua atuação.

Considerando que a norma fundamental objetiva a concretização de direitos que constroem a dignidade da pessoa humana, que por sua vez, estão umbilicalmente ligados à pessoa, diante de uma colisão de normas, prevalecerá a norma fundamental que mais se aproximar da concretização dos direitos personalíssimos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. O direito de informação na TV, a convenção das pessoas com deficiência e o *closed caption*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org.). *Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui/SP: Boreal, 2010.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; SILVA, Caíque Tomaz Leite da. As contribuições da magna carta para o direito internacional dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigui/SP: Boreal, 2012.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; SOUZA, Mariana Custódio de. O direito de ouvir com os olhos nas TVs brasileiras de sinal aberto. In: *Intertemas*, v. 12, Presidente Prudente/SP, p. 357-386, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional: tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad: Fernando Pavan Babtista e Ariani Bueno Sudatti. 5. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

CAMBI, Eduardo; SILVA, Diego Nassif da. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistemática à luz da cidadania. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do estado social de direitos*. Birigui/SP, 2011.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad: Nexton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 30. Versão italiana “La Societé du spectele”, seguido do prefácio da 4ª edição italiana.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, v. 88, n. 6, abril 1975.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimento bancários à luz do código de defesa do consumidor*. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 12).

FERRAJOLI, Luigi. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad: Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado e Geraldo Pisarello. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird

Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos... [et al.]. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tra: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Trad: Adolfo Ruiz Dias. 1. ed. 3. reimp. México: UNAM, Dirección General de Publicaciones y Fomento, 2009.

ROOS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad: Jose S. P. Hierro. 3. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; EHRLICH, Priscila Aparecida. O que é isto – a hermenêutica constitucional? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli dos (Org.). *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. Birigui/SP: Boreal, 2012.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 16, p. 19, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas.php>>. Acesso em: 04 fev. 2015.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad: Francisco Ayala. 2. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Trad: Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1996. (Coleção Os Economistas, v. 1).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. O direito de não ser silenciado. In: *Intertemas*, v. 12, Presidente Prudente/SP, p. 343-356, 2007.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos; KELTER, Paul Jürgen. A lei nº 7.853/1989 e o pleno exercício dos direitos da personalidade das pessoas com deficiência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (Org.). *Minorias e grupos vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva*. Birigui/SP: Boreal, 2013.

SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Direito à alimentação e o direito à liberdade de expressão, inclusive artística. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui/SP: Boreal, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.