

Proteção Constitucional do aleitamento materno: preponderância do direito fundamental da saúde da criança sobre a liberdade econômica

Constitutional Guarantee for breast feeding: prevailing of the fundamental right to children's health over economic freedom

Newton José de Oliveira Dantas¹

Resumo

A NBCAL – Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras (Portaria nº 2.051/01, do Ministério da Saúde; Resoluções RDC ANVISA nº 221/02 e RDC ANVISA nº 222/02; Lei nº 11.265/2006), visando contribuir para a adequada nutrição de lactentes e de crianças de primeira infância, trouxe limitações à liberdade econômica, conquanto regulou e limitou a promoção comercial, e orientou o uso apropriado dos alimentos para estas idades, trazendo, assim, proteção e incentivo ao aleitamento, nos termos das recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS). Tais normas são claras e objetivas, podendo, apenas, cogitar-se de eventual inconstitucionalidade material diante da restrição imposta à livre iniciativa. Este 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 nº 221/02 e RDC ANVISA nº 222/02.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; infância e Juventude; Direito à saúde

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 - Resolutions RDC ANVISA N° 221/02 and RDC ANVISA N° 222/02 - Law N° 11.265/06), aiming at contributing for the adequate feeding of breastfeeding babies and infants, brought limitations to the economic freedom. However 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 (WHO). 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 N° 221/02 and RDC ANVISA N° 222/02.

Key words: Fundamental rights; childhood and young age; right to health

¹Newton José de Oliveira Dantas (newtondantas@uol.com.br) é promotor de justiça do Estado de São Paulo, mestre em Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, professor de Direito na Universidade Anhanguera (São Paulo-SP) e consultor internacional do UNICEF na área de Saúde da Criança, em missão no Timor Leste (2003).



a. História legal

O Brasil, atento ao disposto no art. 11.1 do Código Internacional de Mercadização de Substitutos do Leite Materno, tomou providências para garantir a execução da legislação protetora da amamentação.

Segundo 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 economy”, intitulado de “Brazil – building ever stronger regulations”², já em 1979, antes da Assembleia Mundial de Saúde adotar o Código Internacional (1981), o Governo brasileiro iniciou discussão sobre o tema com o apoio da Organização Pan-Americana de Saúde e do UNICEF, formando, em 1981, um corpo técnico nacional para estudar a forma de adoção do Código no sistema jurídico brasileiro. Foram apresentadas duas propostas, a primeira para proibir a propaganda de fórmulas infantis no rádio e na televisão e a segunda para regular a apresentação, promoção e propaganda dos alimentos substitutivos do leite materno. Tais propostas 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 no País em relação ao Código Internacional.

Formou-se, então, uma comissão de estudos para instituição 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 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 do Conselho Nacional de Saúde nº 5, de 20 de dezembro de 1988, foi o primeiro instrumento legal para efetivação das recomendações do *Código Internacional de Mercadização de Substitutos do Leite Materno*. Em 12 de outubro de 1992, essa norma foi revisada através da Resolução CNS nº 31/92 do Ministro da Saúde.

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* (NBCAL), formada pelo conjunto da Portaria do Gabinete do Ministro da Saúde 2.051, de 8 de novembro de 2001; das Resoluções da Diretoria Colegiada nº 221 e nº 222 da

Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ambas de 5 de agosto de 2002, e pela Lei nº 11.265/2006.

b. Apresentação do conteúdo da NBCAL

A Portaria do Ministério da Saúde nº 2.051/2001 estabeleceu os critérios da *Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras* (NBCAL), 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 rotulações específicas para cada grupo de produto abrangido pela Norma.

O artigo 5º do Anexo da mencionada Portaria atribui a regulação da promoção comercial e da rotulação dos produtos à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que editou as Resoluções nº 221 e 222, de 5 de agosto de 2002.

Enquanto as Resoluções da ANVISA regulam as infrações de promoção comercial e rotulação dos produtos, a Portaria do Ministério da Saúde regula os aspectos gerais, proibitivos e orientadores, destinados às pessoas que atuam na área de saúde e nos setores industriais e de comércio dos produtos, brasileiros ou não, 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 semelhantes 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 nutrição de lactentes e de crianças de primeira infância; fórmulas de nutrientes apresentadas e/ou indicadas como apropriadas para nutrição 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.

Especificamente quanto à promoção comercial, a Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras (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 qualquer meio 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 regulação específica (frases de advertência, p.ex.), de acordo com a ANVISA (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 semelhantes 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 nutrição de lactentes e de crianças de primeira infância.

A violação desses regramentos sujeita os infratores às sanções previstas na Lei nº 6.437/77, cujas apenações 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 criminoso, dada a regra do Código de Defesa do Consumidor que exige estrito cumprimento das normas técnicas de comércio de produtos, sem prejuízo de eventual condenação à reparação civil de danos causados ao destinatário dos produtos, quando comprovada conduta, nexos de causalidade e resultado.

Diante de tal conteúdo, é inquestionável que a NBCAL impôs limitações à liberdade econômica, de forma que as empresas não mais dispõem de total liberdade para a apresentação e colocação de seus produtos no mercado, como antes ocorria. Ao contrário, devem ostentar advertências que alertam os consumidores sobre as consequências de sua utilização, inibindo, assim, a compra.

c. Direitos fundamentais das crianças

Os direitos fundamentais, seguindo o caráter universal da Declaração Francesa de 1789, foram abarcados por órgãos de várias nações, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, precedida da Carta das Nações Unidas de 1945.

Composta de trinta artigos, a Declaração Universal de 1948, além dos valores básicos universais (vida, liberda-

de e igualdade), cataloga direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, indissociáveis da dignidade humana⁹, chegando a afirmar o direito à saúde e bem-estar, inclusive à nutrição adequada, resguardando o direito a cuidados e assistências especiais à maternidade e à infância, valores estes também visados pela NBCAL.

Outros pactos e convenções internacionais foram elaborados e firmados por vários países, procurando sempre trazer *efetividade* aos direitos básicos reconhecidos pela ONU, já que inscritos na forma de resolução e não convenção, sem, portanto, força de lei¹⁰.

Aliás, neste aspecto, o próprio preâmbulo da Declaração Universal fixa o seu objeto em *promover* o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais mencionados pela Carta da ONU, em que se conclui pela característica de instrumento deste documento, embora alguns juristas falem da sua força obrigatória universal porque constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos artigos 1º e 55º da Carta das Nações Unidas³, 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 20 – ter se transformado, ao longo de mais de cinquenta anos de sua adoção, em Direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional¹².

Voltado a este propósito e diante de 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* afirmou e especificou os direitos fundamentais das crianças, em 20 de novembro de 1989, pela Resolução nº L 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, ratificada por 192 países até 14 de novembro de 2003, entre eles o Brasil.

Quer sejam como declarações, quer sejam como convenções ou pactos internacionais, os direitos fundamentais, na ordenação jurídica nacional, foram incorporados na constituição, assumindo o caráter de *normas jurídicas positivas constitucionais* e conceituadas como forma de garantir convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, a exemplo do direito à saúde, à nutrição adequada e à liberdade econômica.

d. Estatuto da Criança e do Adolescente

Com a afirmação dos direitos humanos ou direitos fundamentais, conforme mencionado no item anterior, reco-

nheceu-se a dignidade não só do ser humano como 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 especial, 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.

Concebida à luz da *Declaração sobre os Direitos da Criança*, de 20 de novembro de 1959, a Convenção dos Direitos da Criança acolheu a ideia de desenvolvimento completo da criança, atribuindo-lhe a condição de sujeito de direitos, e não objeto de intervenção do direito, bem como assegurando-lhe proteção especial e absoluta prioridade (Doutrina da Proteção Integral).

A proteção da criança, na Convenção de 1989, reconhece o “direito inerente à vida” e atribui ao Estado o dever de assegurar, “ao máximo”, a sobrevivência e o desenvolvimento da criança, propiciando-lhe o “melhor padrão possível de saúde”.

A plena satisfação desses dois direitos fundamentais, indissociáveis por natureza, pois sem saúde não há vida digna e sem vida não há o que ser protegido, importa, aos países-partes da Convenção, a *obrigação* de adotarem medidas necessárias para *reduzir a mortalidade infantil, combater a desnutrição, assegurar às mães a adequada assistência pré e pós-natal, assegurar o conhecimento básico de saúde e nutrição das crianças, as vantagens do aleitamento e a adoção de medidas eficazes e adequadas para abolir práticas prejudiciais à saúde da criança*, reservando-se, a estas duas últimas medidas, item específico neste trabalho.

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, colheu o compromisso de líderes mundiais na melhoria da saúde e da nutrição de crianças e mães (consideradas como causas da morte de milhares de crianças) e instituiu um plano de ação para sua efetivação. *Compromissou, ainda, os seus signatários a aplicarem 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, pela promoção, proteção e apoio ao aleitamento* e às práticas de complemento quanto à nutrição.

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 5 outubro de 1988.

A Constituição Federal, diante de todos os precedentes internacionais humanitários, e voltada 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 recomendaria a Convenção sobre os Direitos da Criança, um ano mais tarde.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, atendendo à nova disposição constitucional, confirmou a Doutrina da Proteção Integral, 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.

Não se restringiu, porém, a afirmar tais direitos, garantindo, também, “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 transformem em instrumento o alcance desses direitos como, por exemplo, as providências de política pública, que podem se expressar por atos normativos do Poder Executivo, que possuem a finalidade de estabelecer referências para fiel execução da lei.

e. Direito à Saúde

O conceito de *saúde* formulado pela OMS, no preâmbulo da sua Constituição (1946), segundo o qual saúde “é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos”, somente se perfaz se ausentes doenças ou outros malefícios, bem como se satisfeitas condições propícias de existência (p.ex. meio ambiente, condições de trabalho e de vida), já que foi utilizada a expressão “bem-estar físico, mental e social”.

A Constituição Federal segue o mesmo raciocínio ao afirmar que saúde é direito (fundamental) de todos (uni-

versal) e dever do Estado (com prestações negativas e positivas), garantida por meio de políticas públicas, 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 recuperação¹⁶. Trata-se de norma programática, de caráter público subjetivo, que enuncia um fim comum a ser alcançado pelo Estado, vinculando-o a uma relação de *dever* perante os titulares do direito à saúde. Assim, possui a obrigação de prover prestações positivas e de abster-se de qualquer ingerência lesiva²¹. É o que chama de “mínimo existencial” ou “mínimo social” ou “direitos constitucionais mínimos”, que vão atender à dignidade humana¹³.

O direito à saúde exige, portanto, auxílio material do Estado¹⁴, não só quanto à obrigação de fornecimento de medicamentos específicos, mas também em relação à obrigação de propiciar meios adequados para nutrição das crianças, entre outras necessidades.

f. Liberdade econômica e dignidade humana

No sistema constitucional, a ordem econômica é norteada pela *dignidade humana, valor social dos trabalhadores, valor social da livre iniciativa e sociedade livre e justa*. O capitalismo (meios de produção e liberdade de iniciativa) mescla-se com os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do respeito ao meio ambiente, com o fito de buscar a justiça social¹¹. A dignidade da pessoa e a redução das desigualdades dão a conotação social ao sistema econômico, garantindo *mínimo necessário à satisfação das necessidades humanas*²¹.

A dignidade é valor intrínseco do ser humano, abrange valores físicos e psíquicos. Traduz a noção de igualdade, exigindo o reconhecimento, a promoção e a proteção de direitos e liberdades individuais e coletivas. Implica, assim, a obrigação geral de respeito aos bens indispensáveis para o desenvolvimento humano. 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 dignidade humana¹⁵.

A esse fim público encontram-se obrigados o Estado e os particulares, de forma que qualquer atividade eco-

nômica que não vise à promoção da dignidade humana estará violando a Constituição Federal (direitos fundamentais) e os Direitos Humanos, o que permite 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.

g. A livre iniciativa

A liberdade é uma dimensão essencial da pessoa e assume valor superior na ordenação jurídica, podendo ser classificada em cinco grandes grupos: 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 5) liberdade de conteúdo econômico e social, aqui incluída a *livre iniciativa*, a liberdade contratual, a liberdade de ensino e de trabalho¹¹.

A liberdade de iniciativa assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei”. Garante a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado, sem sujeição a qualquer restrição estatal, salvo em virtude de lei¹.

Destarte, embora se fale em livre iniciativa, tal liberdade nada mais é 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. Será *legítima* apenas quando exercida no interesse da justiça social e *ilegítima* quando destinada à satisfação exclusiva do lucro e das ambições pessoais dos empresários¹⁸.

Assim, impossível, invocando a liberdade de iniciativa, a exploração do ser humano e a concorrência até extenuar o adversário, mesmo porque tal liberdade está direcionada a realizar a justiça social e o bem-estar coletivo. Está guiada pela dignidade humana e pelo princípio da valorização do trabalho humano, que orientam a intervenção estatal na economia, fazendo valer os valores sociais do trabalho, de forma que a livre iniciativa pode ser limitada pelo Estado quando não busca o bem comum, a dignidade da pessoa¹⁹.

Destarte, as exigências impostas pelo Código Internacional, assim como a legislação brasileira, embo-

ra limitadoras da livre iniciativa, estão amparadas na Constituição Federal, conquanto revelam verdadeiras providências 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.

h. Princípio da defesa do consumidor

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 intuito particular a ser alcançado, justificando a reivindicação de políticas públicas⁷.

A proteção principiológica do consumidor decorre do seu próprio conceito, que o coloca em posição de hipossuficiência em relação ao produtor do bem ou serviço⁸. A relação de consumo é perfeita quando regida pela boa-fé entre produção e consumo, e imperfeita quando presente o abuso para garantir maior lucro¹⁷.

No mundo econômico, a disputa acirrada pela conquista do consumidor provoca intensa onda de propaganda geradora de novos hábitos de consumo, por vezes publicidade enganadora e abusiva¹⁷, expondo o consumidor a grave lesão em potência¹¹, a qual, muitas vezes, por exemplo, deixa de seguir orientação de nutrição natural e sadia (aleitamento) para valer-se de alimentos artificiais, desnecessários e de elevado custo final, sem a mesma eficiência nutritiva.

Em razão dessa vulnerabilidade do consumidor, exige-se a interferência do Estado nas relações privadas, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que protege o indivíduo como consumidor, intensificando a dignidade humana e a solidariedade. Isto implica no respeito à saúde, segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria na qualidade de vida, transparência e harmonia nas relações de consumo^{11, 17}.

O abuso de poder econômico revela-se por meio de “agressivas políticas de *marketing* que a todo instante geram novas necessidades para o consumidor”¹¹, necessidades, estas, muitas vezes, criadas pelas próprias empresas, as quais pretendem satisfazê-las.

Inegável, portanto, os transtornos 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 tem por objeto sanar as distorções do *marketing* e fomentar a saúde pelo aleitamento, garantindo a existência digna da criança e justiça social.

Note-se, por fim, 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. Deve, sim, extrapolar este limite e atingir a seara de um “princípio-programa”, tendo por objeto ampla política pública (*public policy*)⁴.

i. Solução do conflito entre saúde da criança e liberdade econômica

À vista do exposto, evidente a colisão de dois direitos fundamentais: a saúde da criança e a liberdade econômica. Certo ainda que, estabelecida uma colisão de princípios, deve a mesma ser extirpada do sistema jurídico e isto se dá através do princípio da proporcionalidade, submetendo o ato normativo (no caso a NBCAL) à seguinte análise⁵:

- A. O comportamento abrangido pela norma situa-se na área de proteção de um direito fundamental?
- B. A norma em questão intervém na área de proteção de um direito fundamental?
- C. A intervenção é justificada constitucionalmente (intervenção permitida) ou trata-se de violação de direitos fundamentais (intervenção proibida)?
 - a. A norma possui fundamento legal? A medida aplica a lei (fundamento legal) em conformidade com a Constituição?
 - b. A norma é clara e concreta?
 - c. A norma respeita o princípio da proporcionalidade?
 - d. A norma respeita todas as disposições da Constituição?

A proporcionalidade é o ponto que define a constitucionalidade da NBCAL. Se a regra da proporcionalidade não foi obedecida, a NBCAL será inconstitucional, de outro lado, se adequada e necessária, ficará justificada a limitação do direito de liberdade econômica e respectiva liberdade de iniciativa.

Realizada a análise, conclui-se que o Código Internacional e a NBCAL invadem a área do direito fundamental

de liberdade econômica, conquanto a propaganda e a publicidade, que são partes do processo de *marketing* (processo de persuasão do cliente, visando colocar o produto 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.

Embora de caráter limitador, as intervenções são justificadas e possuem amparo constitucional, pois demonstram a existência de colisão de dois princípios fundamentais: o aleitamento, 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.

A NBCAL decorre de atos normativos emanados de autoridades competentes que possuem eficácia jurídica para proteger e alcançar o objeto pretendido: garantia da saúde da criança. Sua necessidade é incontestável, basta perguntar-se: será que existe outro meio, menos gravoso, que tenha o mesmo alcance, a mesma intensidade e com menor poder lesivo? Evidente que não. A influência do processo de *marketing* 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.

No presente caso, a atuação das empresas faz com que mães, com completa capacidade de promover o aleitamento 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 sadios, são sujeitos de imunodeficiência orgânica, ficando expostos ao círculo vicioso de infecções, diarreias, desidratações e óbitos, além de desenvolverem o hábito de usarem chupetas, que causará má-formação crânio-oro-facial.

Destarte, o Estado, no dever de efetivar prestações positivas, tem que intervir na economia por meio de atos necessários que deem prioridade ao 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.

O *marketing* deve ser ético e responsável. O empresário pode utilizar-se das técnicas para apresentação e venda do seu produto, porém, não deve valer-se de meios enganadores, abusivos, ilusórios ou deixar de fazer as

orientações necessárias ao seu público alvo, inclusive da superioridade do aleitamento. O *marketing* deve ser socialmente responsável⁶, ou seja, deve ser aceito pela sociedade sem que, para obter o lucro pretendido, a empresa tenha que sacrificar outros direitos que a ele se sobrepõem. Portanto, é dever da empresa alertar o consumidor sobre eventuais riscos dos produtos comercializados⁸.

Assim, se a NBCAL situa-se na área de proteção de um direito fundamental; se os atos normativos em questão intervêm na área de proteção desse direito; 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 NBCAL é constitucional e deve ser obedecida pelas empresas.

Referências

1. Araújo LAD, Serrano Júnior V. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; 2001.
2. Brady M, Brady SO. Brazil – building ever stronger regulations. In: IBFAN International Report/ Cases Studies - Checks and balances in the global economy: Using international tools to stop corporated malpractice – does it work? Cambridge: Baby Milk Action, jan 2004
3. Cançado TAA. Direito das Organizações Internacionais. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey; 2002.
4. Comparato F. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro; 80:70.
5. Dimoulis D. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. Comunicações-Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep 2001 jan.; 5(2): 11-30.
6. Etzel M, Walker BJ, Station WJ. Marketing. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books; 2001.
7. Grau ER. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1991.
8. Kotler P. Administração de Marketing: a edição do novo milênio. Tradução de Bazán Tecnologia e Lingüística. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall; 2000.
9. Moraes A. 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.
10. Perrone M. O Cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; 1999.
11. Petter LJ. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2005.
12. Piovesan F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Lomonad; 2000.
13. Rawls J. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maia Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes; 2002.
14. Sarlet IW. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2001.
15. Sarlet IW. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2004.
16. Schwartz GAD. A efetivação do direito à saúde. Revista do Departamento de Direito da UNISC 2000 jan/jun;(13):115-128.
17. Silva ALMS. A ordem constitucional econômica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2003.
18. Silva JA. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros; 2001.
19. Tavares AR. Direito constitucional econômico. São Paulo: Editora Método; 2003.
20. Toledo GA. O Direito constitucional econômico e sua eficácia. Rio de Janeiro: Renovar; 2004.
21. Weichert MA. Saúde e federação na constituição brasileira. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris; 2004