

Os limites à propaganda comercial no Brasil e algumas contribuições da Corte Constitucional da Colômbia

Fábio Carvalho LEITE*

Carla da Silva de Britto PEREIRA**

Natasha Martín LAULETTA***

RESUMO: O presente artigo investiga o nível de proteção jurídico conferido à proteção da propaganda comercial no direito brasileiro, questionando se ela decorre da livre iniciativa, da liberdade de expressão, ou de ambas, e quais as implicações dessa definição para o controle de constitucionalidade de possíveis restrições. O fio condutor dessa análise recai sobre a ausência de uma definição clara sobre a natureza jurídica da propaganda comercial, gerando insegurança quanto aos parâmetros e à intensidade do controle (fraco, intermediário ou forte) aplicáveis a eventuais limitações. Para enfrentar essa lacuna, recorre-se à experiência da Corte Constitucional da Colômbia, que em 2010 examinou a constitucionalidade de dispositivos que proibiam a publicidade comercial de tabaco por qualquer meio de comunicação. O artigo está estruturado em três partes: a primeira aborda o duplo aspecto da propaganda comercial no direito brasileiro em relação à livre iniciativa ou à liberdade de expressão; a segunda examina, por meio de análise documental de decisões do Supremo Tribunal Federal, o entendimento nacional sobre a constitucionalidade de restrições à propaganda comercial; a terceira analisa a Decisão C-830 (2010) da Corte Constitucional colombiana, buscando identificar padrões jurídicos que possam contribuir para o aprimoramento da compreensão do tema no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão comercial; livre iniciativa; propaganda comercial; Supremo Tribunal Federal; Corte Constitucional da Colômbia.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O duplo aspecto da proteção da propaganda comercial no direito brasileiro; – 3. A constitucionalidade da restrição da propaganda comercial no direito brasileiro; – 4. A proibição da publicidade comercial de produtos fumígenos da Colômbia: um referencial jurídico; – 5. Considerações finais: construindo diálogos constitucionais; – Referências bibliográficas.

TITLE: *Limits on Commercial Speech in Brazil and Some Lessons from the Colombian Constitutional Court*

ABSTRACT: *This article investigates the legal foundation that legitimizes the protection of marketing under Brazilian law, questioning whether it stems from free enterprise, freedom of expression, or both, and what implications this distinction has for the constitutional review of restrictions imposed by public authorities. It argues that the lack of a definition regarding the legal nature of commercial advertising creates uncertainty about the parameters and level of scrutiny (weak, intermediate, or strict) applicable to potential limitations. To address this gap, the study draws on the experience of the Colombian Constitutional Court, which in 2010 examined the constitutionality of provisions banning tobacco advertising. The article is structured in three parts: the first addresses the dual nature of commercial advertising under Brazilian law, relating*

* Doutor em Direito Público (Uerj). Professor de Direito Constitucional da PUC-Rio. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Bolsista Cientista do Nosso Estado da Faperj.

** Doutoranda em Direito Constitucional e Teoria do Estado da PUC-Rio. Advogada e consultora de *Business affairs* em entretenimento.

*** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada e Consultora no Centro para a Saúde e os Direitos Humanos do O'Neill Institute for National and Global Health Law, da Georgetown University.

it to free enterprise or freedom of expression; the second examines, through a documentary analysis of Brazilian Supreme Federal Court (STF) rulings, the national understanding of the constitutionality of restrictions on commercial advertising; the third analyzes Colombian Constitutional Court Decision C-830 (2010), seeking to identify legal standards that may contribute to refining the understanding of this issue within Brazilian law.

KEYWORDS: *Freedom of commercial speech; free enterprise; marketing; Federal Supreme Court; Constitutional Court of Colombia.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The dual dimensions of the commercial speech protection under Brazilian law; – 3. The constitutionality of restrictions on commercial speech under Brazilian law; – 4. The prohibition of commercial speech for tobacco products in Colombia: a legal standard; – 5. Final remarks: building constitutional dialogues; – References.*

1. Introdução

O que legitima a proteção à propaganda (ou publicidade) comercial? Trata-se de um desdobramento da livre iniciativa? Nesse caso, qual a relação entre os limites à primeira e os limites à segunda? Ou seria uma modalidade de discurso protegido pelo direito fundamental à liberdade de expressão? E, sendo assim, teria uma proteção ainda maior em razão de uma “posição preferencial” da liberdade de expressão no ordenamento jurídico? Ou teria uma relação com os dois direitos – livre iniciativa e liberdade de expressão? Isso implicaria uma proteção ainda maior da propaganda comercial?

O direito brasileiro não tem uma resposta clara a esse respeito – nem mesmo em relação à nomenclatura adequada: “propaganda comercial” (art. 220, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB), “propaganda de produtos” (art. 220, § 3º, II da CRFB), “publicidade” (art. 38 do Código de Defesa do Consumidor – CDC) e, mais recentemente, “comunicação mercadológica” (art. 1º, §§ 1º e 2º, da Resolução 163/2014 do CONANDA; art. 4º da lei nº 14.045/2018 do Estado da Bahia; artigo 4; art. 2º, IX do Decreto 11.821/2023). Na doutrina e na jurisprudência, podemos encontrar manifestações que enfatizam a propaganda comercial como atividade própria da ordem econômica (art. 170, CRFB) e outras que destacam a sua relação com a liberdade de expressão das empresas na divulgação de seus produtos e serviços, além de entendimentos que conferem igual importância aos dois direitos. Essa indefinição a respeito da propaganda comercial gera consequências em relação à legalidade ou constitucionalidade de eventuais restrições impostas pelo poder público.

Não há dúvida de que a propaganda comercial é passível de restrições. Mas a identificação de parâmetros e da forma de controle sobre as restrições (controle fraco, intermediário ou forte) depende de uma análise mais atenta às suas peculiaridades e à

sua relação com a livre iniciativa e a liberdade de expressão. E essa abordagem mais profunda foi feita pela Corte Constitucional da Colômbia em 2010, ao julgar a suposta inconstitucionalidade de dispositivos legais que proibiam a publicidade comercial de tabaco e seus derivados por qualquer meio de comunicação (incluindo patrocínio de eventos esportivos ou culturais). Entendemos que os argumentos sustentados pela Corte colombiana podem contribuir para uma revisão ou aperfeiçoamento da compreensão do direito brasileiro a respeito do tema. Para tanto, estruturamos este artigo em três tópicos: no primeiro, discorreremos sobre o duplo aspecto da propaganda comercial no direito brasileiro (livre iniciativa e liberdade de expressão); no segundo, abordamos, a partir de análise bibliográfica de juristas brasileiros e análise documental de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), o entendimento sobre a constitucionalidade da restrição da propaganda comercial no direito brasileiro; no terceiro, analisamos o julgado da Corte Constitucional da Colômbia Decisão (C-830 [2010]) a fim de identificar estândares jurídicos desenvolvidos pelo tribunal que podem ser úteis para a resolução de casos semelhantes no direito brasileiro.

2. O duplo aspecto da proteção da propaganda comercial no direito brasileiro

A *propaganda comercial* vem ganhando notoriedade no debate sobre quais são os limites de sua aplicação e o nível de sua proteção jurídica em relação ao discurso comercial. A Constituição Federal e as decisões do STF em processos de controle concentrado de constitucionalidade nas quais a expressão aparece não estabelecem sua definição legal. Contudo, a doutrina jurídica brasileira define o seu sinônimo – *publicidade* – como atividade empresarial utilizada como ferramenta da economia de mercado.¹ A propaganda comercial, assim, atua na influência da escolha de compra do consumidor por meio de diversas estratégias comerciais, que, com o aumento da concorrência entre as empresas, passam a incorporar uma linguagem cada vez mais atrativa e dotada de apelos lógicos e emocionais.

Por seu caráter econômico, a publicidade constitui atividade protegida pela livre iniciativa.² Nesse sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Antônio

¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Cap. V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Forense, 2018.

² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Cap. V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Forense, 2018.

Herman Benjamin, um dos autores do anteprojeto do CDC, observou que “no caso brasileiro, o discurso comercial é protegido no bojo da garantia da livre iniciativa, norteando-se, por isso mesmo, pelos princípios-limites a ela associados, entre os quais se inclui [...] a defesa do consumidor”.³ Ademais, conforme assinalam os autores do anteprojeto do CDC,⁴ a proteção constitucional da publicidade decorre do fato de que se trata de atividade econômica produtiva da sociedade empresária, que integra o leque de atividades próprias da ordem econômica, regidas pelo artigo 170 da CRFB, e, como tal, seu controle é disciplinado pela Constituição Federal pelo prisma da proteção ao consumidor.⁵

Justamente pelo motivo de proteção do ente vulnerável – o consumidor – de eventuais abusos da atividade publicitária por anunciantes, o CDC instituiu grande avanço e marco em favor da proteção contra a publicidade abusiva e enganosa. O código inovou no que se refere à publicidade de maneira geral, trazendo para o ordenamento jurídico princípios relevantes na proteção do consumidor, como, por exemplo, o *princípio da vinculação contratual da publicidade*, que determina o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária;⁶ o *princípio da veracidade publicitária*, que proíbe e define a publicidade enganosa;⁷ e o *princípio da não abusividade da publicidade*, a impedir a publicidade considerada abusiva.⁸ Esse conjunto de princípios promoveram uma estrutura sistemática de regramento da publicidade que não existia anteriormente ao código.⁹

Seguindo essa lógica, tem sido relativamente comum a doutrina estabelecer um direito decorrente da *propaganda comercial*, compreendido como direito à “liberdade de expressão comercial” ou “liberdade de expressão empresarial”. Esse seria o direito de as empresas se expressarem livremente na divulgação ou promoção de seus produtos e

³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994.

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Cap. V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Forense, 2018.

⁵ CRFB, artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V- defesa do consumidor”.

⁶ Lei 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, artigos 30-35.

⁷ Lei 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, artigo 37: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

⁸ Lei 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, artigo 37: “§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 330-331.

serviços. Em resumo, segundo essa lógica, a propaganda comercial teria camada extra de proteção: além de ser atividade econômica protegida pela livre iniciativa, constituiria informação protegida pela liberdade de expressão, nos termos do artigo 220 da Constituição Federal.¹⁰

A título de ilustração, Lucia Ancona de Magalhães Dias sustenta que o fato de o parágrafo 4º do artigo 220 da CRFB regulamentar a publicidade de produtos potencialmente nocivos à saúde configuraria o reconhecimento, pela Constituição Federal, de que a publicidade é uma forma de manifestação da liberdade de expressão e informação.¹¹ Luís Roberto Barroso, quando ainda advogado, em parecer favorável à publicidade de tabaco, defendeu que a publicidade, que ele utiliza como sinônimo de propaganda comercial, seria indisputadamente forma de comunicação social tutelada pela liberdade de expressão, fosse pela referência expressa à propaganda comercial feita no parágrafo 4º do artigo 220 da CRFB, fosse “pelo fato de que a publicidade é, claramente, um aspecto do direito à informação”.¹² Para Virgílio Afonso da Silva,¹³ apesar de não estar explicitamente inserida na cláusula geral de liberdade de expressão, seria possível “derivar, da norma que garante a liberdade de expressão (artigo 5º, IV), em conjunto com a norma que garante a liberdade de comunicação (arts. 5º, IX e 220), um direito à liberdade de expressão comercial”.

A associação entre a propaganda comercial e o direito geral à liberdade de expressão, no entanto, impõe alguns desafios que aparentemente não têm sido enfrentados pela doutrina. Isso porque, se existem semelhanças, há também muitas diferenças entre as figuras, as quais implicam – ou deveriam implicar – tratamento distinto à proteção do discurso comercial.

A ausência de reflexões mais profundas a esse respeito tem legitimado, por exemplo, o entendimento adotado pelo Conselho Nacional de Regulamentação Publicitária (CONAR) de que qualquer tipo de restrição prévia à publicidade (como, por exemplo, uma lei específica que restrinja de alguma forma a atividade) seria equiparável à censura. O CONAR, órgão composto exclusivamente por instituições privadas, realiza um

¹⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

¹¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018, p. 45.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224. Rio de Janeiro: Renovar, abr.-jun./2001, p. 37.

¹³ SILVA, Virgílio Afonso. *Parecer contratado pela organização não governamental Aliança de Controle do Tabagismo*. ADI 3.311.

controle posterior (e de eficácia no mínimo duvidosa)¹⁴ sobre campanhas publicitárias a partir da aplicação de código próprio (Código de Autorregulação Publicitária)¹⁵ editado em 1980 – anterior ao CDC e à própria Constituição. O único objetivo do órgão privado é o de proteger a atividade publicitária, por meio do seu código, estabelecendo parâmetros entre os anunciantes. É dizer, o CONAR não persegue interesses públicos e sociais, como seria, por exemplo, a proteção do consumidor¹⁶ ou a defesa da saúde pública frente à publicidade de produtos nocivos à saúde, tais quais o tabaco e produtos alimentícios ultraprocessados, privilegiando somente o mercado em detrimento dos consumidores e de outros valores constitucionais.¹⁷

Assim, a falta de definição e limites à proteção da liberdade de expressão comercial ou empresarial acaba beneficiando os interesses da indústria publicitária e das empresas e indústrias anunciantes de que a propaganda comercial teria o mesmo grau de proteção que outros direitos, como o direito à saúde, por exemplo. Isso porque, segundo esses setores, a autorregulamentação e as regras estabelecidas no CDC seriam suficientes para regular a atividade publicitária, e qualquer lei que impusesse restrições à publicidade – mesmo aquelas visando regular a propaganda de produtos nocivos à saúde – constituiria ofensa à liberdade de expressão equiparável à censura prévia.¹⁸

Outro aspecto a ser considerado na associação entre o direito à propaganda comercial e o direito geral à liberdade de expressão refere-se à diferença entre informação e publicidade. Essa distinção, por vezes, não parece ser observada por parte da doutrina ao tentar acomodar a ideia de propaganda comercial como elemento indissociável da liberdade de expressão.¹⁹

¹⁴ PEREIRA, Carla da Silva de Britto. *Regime jurídico da publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil: uma perspectiva crítica à luz dos determinantes comerciais da saúde*. Porto Alegre: Arquipélago, 2023, pp. 169-177.

¹⁵ CONAR. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. São Paulo: 2021-2022.

¹⁶ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1992, p. 10.

¹⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, a. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 115-148; BARBOSA, Isabel; LEITE, Fábio; BRITO, Carla. Restricting unhealthy food and Beverage advertising in Brazil: challenges and opportunities. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 50, i. 2, 2022, p. 293.

¹⁸ O argumento desse setor da indústria foi estabelecido nas petições iniciais nas ações de controle concentrado no STF ADI 5631, ADI 5432 MC, ADI 5432, ADO 22, ADI 4671, ADI 2815-4.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224. Rio de Janeiro: Renovar, abr.-jun./2001, p. 31-50. V. também BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais: ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 2, n. 7, jul.-set./2004, p. 109-141.

Herman Benjamin, nessa direção, tece clara distinção entre as duas.²⁰ Segundo o autor, a publicidade não tem por escopo o ato de informar, mas incitar os consumidores. Com efeito, a publicidade – ou propaganda comercial – é necessariamente tendenciosa por ser unilateral. Em outras palavras, “a atividade publicitária é um momento – nada mais que um momento – da atividade empresarial”.²¹

Além disso, a publicidade distingue-se da informação *stricto sensu*, qual seja “aquela inserida em livros, no cinema, na televisão, nas notícias em geral”.²² O autor é categórico ao defender que “há fortes argumentos no sentido de que a mensagem publicitária, *per se*, não pode ser considerada manifestação de uma opinião ou pensamento, pois, como já se viu, não é ela nem informação (muito menos jornalística), nem discurso exclusiva ou preponderantemente intelectual, artístico e científico”.²³

Uma associação descuidada entre a propaganda comercial (já protegida pela livre iniciativa) e a liberdade de expressão poderia conduzir a uma equiparação da primeira a uma “manifestação política, religiosa ou filantrópica”, além de “trazer o consumo de bens, objetivo final de qualquer publicidade, e o próprio mercado, ao patamar mais elevado da civilização e dos valores humanos”.²⁴

Apesar disso, ainda que se considere que, em algum grau, a propaganda comercial seja tutelada pela liberdade de expressão, deve-se ponderar que ela estaria abrangida de forma mais marginal, sem uma proteção tão forte pela ordem constitucional. Nesse sentido, Daniel Sarmento defende que a liberdade de expressão comercial se localiza na periferia da liberdade de expressão, “onde a sua tutela constitucional não é tão intensa”.²⁵ Portanto, a sua proteção pertenceria a uma posição de menor destaque no sistema de valores da Constituição do que outros direitos, como a tutela da saúde e meio ambiente. E convém recordar que mesmo nos EUA, país reconhecido pela extensa proteção conferida à liberdade de expressão (que goza de posição preferencial em relação a outros

²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994.

²¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994.

²² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994.

²³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994.

²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994.

²⁵ SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 220 da Constituição. In: CANOTILHO; J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018, posição 107008.

direitos), o discurso comercial (*comercial speech*) tem um tratamento diferenciado, com uma proteção bem mais restrita.²⁶

Feitas essas considerações, cabe investigar como STF, em sua jurisprudência, tem se posicionado sobre a propaganda comercial e sua relação com a liberdade de expressão para a conjuntura jurídica atual dessa discussão.

3. A constitucionalidade da restrição da propaganda comercial no direito brasileiro

O tema da propaganda comercial vem sendo abordado timidamente em sede constitucional por meio de ações julgadas pelo STF.²⁷ Em busca jurisprudencial realizada no sítio eletrônico da Corte constitucional brasileira,²⁸ a expressão “propaganda comercial” aparece em 7 ações de controle concentrado de constitucionalidade decididas de forma colegiada pelo tribunal: ADI 2815, ADI 5432, ADO 22, ADI 4613, ADI 5631 e ADI 3311, mas o STF se pronunciou com mais densidade sobre a proteção constitucional à propaganda comercial apenas em duas oportunidades – ADI 5631 e ADI 3311.²⁹ Essas duas últimas foram as únicas demandas em que, no mérito, o tribunal debateu a “liberdade de expressão comercial ou empresarial” e seus efeitos.³⁰⁻³¹ Em ambas, o debate aparece nomeado como “o direito à liberdade de expressão comercial” ou “a liberdade de

²⁶ De acordo com o precedente estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557, 1980), a constitucionalidade de restrições à expressão comercial deve considerar 4 pontos: (i) Requisito mínimo: a expressão deve referir-se a atividades lícitas e não deve ser enganosa; (ii) Interesse substancial: o governo deve alegar um interesse substancial na regulamentação da expressão; (iii) Promoção direta: a regulamentação deve promover diretamente o interesse governamental alegado. (iv) Adequação estrita: a restrição não deve ser mais abrangente do que o necessário para atender a esse interesse. Enquadra-se, assim, no que a doutrina norte-americana chama de escrutínio intermediário para avaliação da constitucionalidade de medidas restritivas à liberdade de expressão.

²⁷ PEREIRA, Carla da Silva de Britto. *Regime jurídico da publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil: uma perspectiva crítica à luz dos determinantes comerciais da saúde*. Porto Alegre: Arquipélago, 2023, p. 77-ss.

²⁸ A busca foi realizada no *website* do STF por meio do buscador de jurisprudência até janeiro de 2025. Para tanto, foi incluída a expressão propaganda comercial entre aspas e selecionada a opção de “acórdãos” e “tribunal pleno”. Assim, foram filtradas as ações constitucionais de controle concentrado nas quais o termo aparecia e, de alguma forma, ganhava centralidade no debate de mérito daquela ação.

²⁹ As referidas ADIs declararam, respectivamente, a constitucionalidade da lei do estado da Bahia que previa a restrição da comunicação mercadológica nos estabelecimentos de educação básica e a constitucionalidade da lei que prevê a proibição da propaganda comercial de produtos fumígenos.

³⁰ As ADI 2815 e 5432 não versaram sobre o debate material, apenas se limitam a citar a expressão, pois analisam apenas a inconstitucionalidade formal da norma questionada por vício de iniciativa. Por sua vez, a ADI 4613 e ADO 22 abordam aspectos interessantes relacionados à propaganda comercial, mas sem explicar os contornos jurídicos de sua eventual proteção no ordenamento jurídico ou associá-la à “liberdade de expressão comercial ou empresarial”.

³¹ A única ação na qual a expressão “comunicação mercadológica” aparece, sem qualquer diferenciação em relação à propaganda comercial, é a ADI 5631. Nas demais ações, aparece apenas menção à expressão “propaganda comercial”.

expressão comercial”, com ênfase na ADI 5631, ou “a liberdade de expressão empresarial”, com ênfase na ADI 3311.³²

É curioso notar que, conquanto a ideia de “liberdade de expressão comercial ou empresarial” não esteja expressamente prevista no texto constitucional,³³ a Corte parece extraí-la de outros direitos constitucionais, tais como a liberdade de expressão, a livre iniciativa e a livre concorrência. No entanto, o STF mostra-se relativamente ambíguo sobre o lastro constitucional da liberdade de expressão comercial ou empresarial nas aludidas decisões, uma vez que não delimita completamente se – e em que medida – tal liberdade adviria da liberdade de expressão, da livre iniciativa e concorrência ou de ambos.

Em síntese, a ADI 5631/DF tratou de pedido da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão para a declaração de inconstitucionalidade da lei 13.582/2016 da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, que previa a proibição da “publicidade” dirigida a crianças de “alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio”, restringindo o meio de comunicação utilizado, horário e o local. Tal lei foi posteriormente modificada pela Lei 14.045/2018, que (i) eliminou a parte do dispositivo que se referia expressamente a “alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio”, (ii) alterou “publicidade” por “comunicação mercadológica” restrita aos estabelecimentos de educação básica e (iii) revogou a necessidade de contrapropaganda em meios de rádio e televisão.

Nessa ação, que foi a primeira a enfrentar se a “liberdade de expressão comercial” possui algum nível de proteção constitucional, o STF votou pela constitucionalidade da lei.³⁴ Contudo, a decisão deixa uma lacuna conceitual sobre o que seria o direito à liberdade de expressão comercial – apenas fazendo referência de que a Corte já havia reconhecido o direito à liberdade de expressão comercial em outra oportunidade,³⁵ como se tal direito

³² Não foram encontradas outras decisões que o termo “liberdade de expressão” estivesse adjetivado à palavra “comercial” ou “empresarial” para fundamentar uma decisão. O método para a busca dos termos se deu no acesso à ferramenta de busca do STF, selecionando a “busca avançada”. A partir de então, foram selecionadas as opções de busca no “inteiro teor”, “busca exata entre aspas”, “sinônimos” e “plural”. Assim, a expressão é passível de ser encontrada em todas as decisões que já foi mencionada também na fundamentação dos votos.

³³ O STF, por meio de interpretação constitucional que costuma ser sistemática ou teleológica, reconhece e harmoniza a existência de diferentes princípios e direitos decorrentes do sistema jurídico brasileiro, em especial do texto constitucional. Por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, o STF consagrou expressamente o direito fundamental à identidade de gênero.

³⁴ Apesar dos Ministros acompanharem o Relator no entendimento dessa constitucionalidade, eles fizeram suas próprias considerações em relação ao mérito da ação em votos separados.

³⁵ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.631. Min. Rel. Edson Fachin, julg. 25.03.2021, p. 21.

tivesse sido definido e delimitado. Não obstante a remissão, o precedente indicado (ADI 5432, sobre publicidade de medicamentos), de fato, apenas citou o termo – e em única vez no relatório da decisão –, sem, contudo, defini-lo.³⁶

Apesar da omissão, a decisão trouxe, ao menos, três parâmetros interessantes frente à propaganda comercial. Primeiro, destacou o poder de influência da propaganda comercial de “alimentos e bebidas de baixo valor nutricional”. Segundo, utilizou-se de outros valores constitucionais preponderantes para justificar a restrição da propaganda comercial, tais como a saúde, a alimentação e o dever do Estado na promoção dos direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Ainda foram citados, como fundamentação jurídica, documentos internacionais da Organização Mundial da Saúde (OMS) e das Nações Unidas sobre o tema.³⁷ Em terceiro lugar, a decisão destacou o poder e a rentabilidade da publicidade à qual o público de crianças e adolescentes é exposto, justificando, por isso, a necessidade de sua restrição.³⁸

A decisão estabelece, ainda, que a liberdade de expressão comercial está sujeita à colisão com outros direitos fundamentais, como a proteção de crianças e adolescentes e o direito à saúde. Portanto, ela não é absoluta. No mesmo sentido, a decisão trata a livre iniciativa, estabelecida no artigo 170, *caput*, IV da CRFB, como passível de restrição regulatória, tomando como exemplo a imposição de balizas à publicidade infantil.

Embora tenha deixado em aberto o termo “direito à liberdade de expressão comercial”, o STF garantiu, de maneira positiva, que a “liberdade de expressão comercial” se sujeita ao teste de proporcionalidade em relação a outros valores axiomáticos – sem destacar cada um dos passos do referido teste. A Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, menciona que tal liberdade teria proteção periférica frente a outros valores constitucionais.³⁹ Por fim, a Corte reconheceu que restrição à propaganda comercial não se limita ao rol de

³⁶ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.432. Min. Rel. Dias Toffoli, julg. 19.09.2018, p. 4.

³⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Resolução 63.14 de 2010 sobre regulação de publicidade de bebidas não-alcóolicas e de alimentos com alto índice de gorduras e açúcares, destacando as recomendações 2 e 6 do documento*; NAÇÕES UNIDAS. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Documento E/C.12/ARG/CO/4, nov./2018; NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos: Informe do relator especial sobre o direito de toda a pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental, Anand Grover. Documento A/HRC/26/31, abr./2014; NAÇÕES UNIDAS. Direitos culturais: relatório da Relatoria Especial sobre Direitos Culturais. Documento A/69/286, ago./2014.

³⁸ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.631. Min. Rel. Edson Fachin, julg. 25.03.2021, p. 2 do voto do Min. Alexandre de Moraes, p. 1 do voto do Min. Lewandowski e p. 4 do voto do Min. Fux.

³⁹ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.631. Min. Rel. Edson Fachin, julg. 25.03.2021, p. 49 do inteiro teor do acórdão, voto da Min. Carmen Lúcia.

produtos estabelecido expressamente no artigo 220, parágrafo 4º da CRFB, pois ele não é taxativo, mas meramente exemplificativo.⁴⁰

Resultados semelhante teve a ADI 3311, em que também se travou a discussão sobre o nível de restrição da propaganda comercial em relação à liberdade de expressão e à livre iniciativa. Na referida ação, a Confederação Nacional da Indústria postulou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.294/1996 que, após alterações textuais promovidas por leis posteriores, proíbe a propaganda comercial de alguns produtos, englobando dentre eles os produtos fumígenos, além de aplicar medidas de contrapropaganda. Como fundamento jurídico, alegou-se a violação do artigo 220, parágrafo 4º da CRFB e dos princípios da liberdade de iniciativa econômica, da eficiência e da concorrência, e liberdade de comunicação e informação.

A Corte, por unanimidade, votou pela constitucionalidade da lei no tocante à proibição de propaganda comercial de produtos fumígenos. Nos termos do voto condutor da Ministra Relatora Rosa Weber,⁴¹ afastou-se o argumento de que a propaganda comercial não estaria abrangida pelas liberdades de expressão e comunicação, pois, segundo a Ministra, o caráter econômico da publicidade empresarial não se mostraria suficiente para despi-la de fundamentalidade. Ademais, acrescentou que a liberdade de expressão e comunicação é imbricada na livre iniciativa e, conseqüentemente, na atividade empresarial.

Nesse sentido, o STF tratou a propaganda comercial como protegida pela “liberdade de expressão empresarial”, sem, contudo, novamente, definir o termo. Essa foi mais uma oportunidade na qual o STF aborda o tema sem se aprofundar em seu conteúdo, encampando a ideia doutrinária de que a referência à propaganda, pelos §§ 3º e 4º do artigo 220, denota ser uma das formas de expressão e comunicação, a reforçar a amplitude do âmbito de proteção desses direitos fundamentais.⁴²

Todavia, mesmo considerando a dupla proteção sobre a propaganda comercial, a decisão defendeu a sua restrição. Isso porque, segundo consta na fundamentação, tanto a liberdade de expressão quanto a livre iniciativa são passíveis de restrição para dialogar com a ordem constitucional e concretizar os demais valores e direitos fundamentais.

⁴⁰ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.631. Min. Rel. Edson Fachin, julg. 25.03.2021, p. 21 do inteiro teor do acórdão.

⁴¹ O Ministro Barroso e a Ministra Carmen Lúcia se declararam impedidos de participar da votação.

⁴² STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.311. Min. Rel. Rosa Weber, julg. 14.09.2022, p. 10 do voto da Min. Relatora.

Nesse sentido, explicita que o próprio parágrafo 4º do artigo 220 já prevê que os produtos fumígenos são passíveis de restrição. A decisão, contudo, foi além. Estabeleceu-se que, ainda que não estivesse expressa a limitação na CRFB à propaganda comercial de certos produtos, ela poderia ser limitada em razão da possibilidade de colisão com a conformação entre direitos. Atendo-se a essa argumentação, afirmou que o termo “restrição” dependeria do caso concreto, podendo ser uma restrição em menor ou maior grau – ou até mesmo uma proibição.

Ao ponderar a medida como adequada e necessária para conformar outros objetivos protegidos pela ordem constitucional, como a proteção à saúde pública, firmou-se o entendimento de que a restrição é forma de desestímulo ao consumo de produtos fumígenos, e, por conseguinte, configura proteção à saúde, inclusive de modo preventivo, e à salubridade do meio ambiente.⁴³ Outros pontos importantes sobre o tema de propaganda comercial trazidos na decisão englobam: o reconhecimento de que a publicidade busca ressaltar as qualidades e pontos positivos de um produto para ampliar seu mercado, e a necessidade de restrição da promoção das marcas e produtos a fim de inibir a realocação publicitária.⁴⁴

A partir das posições adotadas pela Corte nos julgados destacados, pode-se concluir algumas posições que o STF vem adotando até o momento.

O tribunal parece abraçar o entendimento de parte da doutrina que defende a existência da “liberdade de expressão comercial ou empresarial”. Sua delimitação jurídica, contudo, aparenta estar em desenvolvimento, uma vez que a Corte deixou de definir o termo nas duas oportunidades em que se debateu com maior profundidade.

Pode-se aferir, ainda, que a Corte entende a propaganda comercial como espécie de desdobramento da liberdade de expressão e comunicação, direitos fundamentais resguardados no artigo 5, IV e IX da Constituição Federal,⁴⁵ sem, contudo, diferenciar os

⁴³ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.311. Min. Rel. Rosa Weber, julg. 14.09.2022, p. 82 do voto da Min. Relatora.

⁴⁴ “Já constatado que, quando o banimento publicitário é parcial – por exemplo, apenas proibindo a propaganda na televisão –, o total gasto com publicidade não se reduz, apenas sofre dita realocação. Em paralelo, que proibições publicitárias parciais têm pouco ou nenhum efeito no combate ao fumo. [...] Sem esquecer que igualmente verificado que a propaganda e a promoção dos produtos fumígenos têm efeito sobre as crianças, impactando a procura por cigarro e a formação de novos consumidores” (STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.311. Min. Rel. Rosa Weber, julg. 14.09.2022, p. 86 do voto da Min. Relatora).

⁴⁵ CRFB, artigo 5: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

conceitos de informação e de publicidade. Nessa direção, a Corte indica que o exercício da liberdade de expressão comercial estaria associado à possibilidade de “fabricantes veicularem informações sobre seus produtos”,⁴⁶ desassociando o caráter lucrativo objetivado por essa prática.

Observa-se, de outro lado, que a Corte posiciona a propaganda comercial como elemento essencial para garantia da livre iniciativa, princípio protegido pela Constituição Federal nos artigos 1º, IV, e 170, *caput*,⁴⁷ em sua dimensão “expressiva e comunicativa”.⁴⁸ Mais especificamente, “a propaganda comercial instrumentaliza[ria] a própria liberdade de iniciativa”.⁴⁹ Nesse ponto, a Corte não parece considerar que, se a dimensão de comunicação da propaganda comercial está sob a livre iniciativa, não deveria haver novo manto de proteção sob a liberdade de expressão. Ou, ao menos, não deveria ganhar caráter de proteção tão intenso quanto outros direitos e objetivos constitucionais. Caso contrário, regulações restritivas ou proibitivas à propaganda seriam equiparadas à censura, o que não é o caso pelo caráter lucrativo dessa atividade.

Por fim, o tribunal conclui pela restringibilidade da liberdade de expressão comercial ou empresarial quando estas limitações forem proporcionais.⁵⁰ Para tanto, o STF baseia-se nos elementos da adequação (capacidade do meio escolhido para alcançar um objetivo legítimo); necessidade (comprovação de que não existe outra medida menos restritiva para alcançar o objetivo); e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre direitos a fim de que a restrição a um direito não seja desproporcional ao bem jurídico tutelado). Cada um dos elementos do teste de proporcionalidade precisa se atentar ao contexto fático daquele problema jurídico, como destacado ao longo da ADI 3311.⁵¹

Conquanto essas conclusões sejam relevantes para o tema, até agora a posição do tribunal não parece estar consolidada quanto à natureza da propaganda comercial, particularmente em que medida ela estaria protegida apenas pela livre iniciativa (na sua

⁴⁶ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.631. Min. Rel. Edson Fachin, julg. 25.03.2021, p. 11 do voto do Relator.

⁴⁷ CRFB, artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

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

⁴⁸ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.311. Min. Rel. Rosa Weber, julg. 14.09.2022, p. 3 do voto da Min. Relatora.

⁴⁹ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.631. Min. Rel. Edson Fachin, julg. 25.03.2021, p. 21.

⁵⁰ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.311. Min. Rel. Rosa Weber, julg. 14.09.2022, p. 3 da ementa do julgado.

⁵¹ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.311. Min. Rel. Rosa Weber, julg. 14.09.2022, p. 75 do voto da Min. Rel.

dimensão expressiva e comunicativa) ou também pela liberdade de expressão (nuclear ou periféricamente).

Sobre esse último ponto, não fica claro o âmbito de proteção da liberdade de expressão da publicidade, particularmente em relação às diferenças com outros discursos protegidos intrinsecamente sobre o fundamento da liberdade de expressão, como o discurso político, por exemplo. Contudo, parece que o STF vem caminhando por conceder uma proteção periférica, a qual, ao entrar em colisão com outros direitos e aplicar o teste de proporcionalidade, é usada como fundamento para manutenção de restrições à propaganda comercial.

Essa ausência de definição do debate não parece ocorrer em sede da experiência internacional – mais detalhada no próximo item.

4. A proibição da publicidade comercial de produtos fumígenos da Colômbia: um referencial jurídico

Em outubro de 2010, a Corte Constitucional da Colômbia enfrentou a questão relativa à (in)constitucionalidade de dispositivos legais que proibiam a publicidade comercial⁵² de tabaco e seus derivados por qualquer meio de comunicação (incluindo patrocínio de eventos esportivos ou culturais).⁵³ A Corte foi provocada por meio de ação de inconstitucionalidade movida por um cidadão, que alegou violação aos artigos 333 e 334 da Constituição, que garantem a livre iniciativa privada e a liberdade de empresa.⁵⁴

A Corte estruturou sua decisão em 4 pontos, basicamente: (i) análise do conteúdo e do alcance das livre iniciativa e liberdade de empresa no contexto constitucional; (ii) abordagem do papel da publicidade comercial em sua dupla dimensão persuasiva e informativa, analisando em seguida quais direitos estão conectados à publicidade e quais direitos entram em tensão com as restrições e proibições; (iii) a jurisprudência da Corte sobre medidas de desestímulo ao consumo de produtos do tabaco (incluindo os

⁵² Na Colômbia o termo não aparece como propaganda comercial e sim como “publicidade comercial”.

⁵³ Corte Constitucional da Colômbia. Decisão C-830 (2010). Disponível em: corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-830-10.htm

⁵⁴ A linha argumentativa adotada pelo requerente pode ser resumida, *grosso modo*, da seguinte forma: (i) o Estado pode proibir uma atividade em particular, ou permitir o seu exercício, submetendo-a a distintos graus de intervenção, sempre e quando permita o exercício da liberdade econômica; (ii) a produção e a comercialização do tabaco são atividades lícitas no país; (iii) a possibilidade de divulgação de produtos (lícitos) por meio da publicidade é uma das facetas da liberdade econômica; (iv) já existem determinações legais que obrigam informar os consumidores de tabaco e bebidas alcóolicas a respeito dos riscos para a saúde; (v) seria uma contradição que, apesar das exigências e da licitude da atividade, o legislador tivesse proibido a publicidade; (vi) a publicidade de determinados produtos pode sofrer restrições, mas não pode ser proibida, pois seria uma violação à livre iniciativa privada e à liberdade de empresa.

compromissos internacionais sobre o tema e a forma como o problema tem sido tratado no direito comparado); (iv) a resolução do caso a partir do julgamento da proporcionalidade das medidas legislativas. No tocante ao tema aqui discutido, mostram-se mais relevantes os últimos dois pontos destacados.

A análise do conteúdo e do alcance da livre iniciativa e da liberdade de empresa, ambas englobadas pelas liberdades econômicas, na leitura da Corte, devem seguir o regime de economia social de mercado defendido pela Constituição colombiana. Esse regime caracteriza-se pela livre iniciativa privada e pela liberdade de empresa, e pela função do Estado de gestão geral da economia.⁵⁵ Afasta-se, assim, tanto do modelo de liberalismo econômico clássico como de economia centralmente planejada, reconhecendo a iniciativa privada como motor da economia, dentro de certos limites.⁵⁶

A jurisprudência da Corte colombiana reconhece que uma medida de intervenção do Estado na economia só poderá ocorrer por meio de lei, que deverá preservar o núcleo essencial da liberdade empresarial e a livre iniciativa. Para tanto, deve apresentar motivos adequados e suficientes que justifiquem a limitação da referida garantia. Dentre estes estão o respeito às restrições impostas para que não afetem o núcleo essencial da liberdade de empresa – entendido como a possibilidade de produzir e comercializar bens e serviços – e a compatibilidade com o princípio da solidariedade, especialmente em função da proteção à saúde pública e ao mesmo ambiente. Ademais, a Corte entende que a limitação deve responder a critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Considerando esses requisitos, o tribunal entende que uma lei de intervenção estatal na economia está sujeita a um controle “fraco” ou “suave” de proporcionalidade, já que o escrutínio definido para esses casos “se limita a exigir que o fim perseguido pela limitação ou proibição tenha um fim constitucionalmente legítimo e a medida não seja manifestamente desnecessária ou manifestamente desproporcional, de tal forma que afete os aspectos essenciais núcleo das liberdades econômicas”.⁵⁷ No caso, havia uma relação comprovada entre a publicidade e o incentivo ao consumo, o que tornava a proibição adequada ao objetivo proposto. A relação meio-fim foi considerada razoável, e não era necessário demonstrar o cumprimento efetivo do fim almejado. A proibição

⁵⁵ Corte Constitucional da Colômbia. Decisão C-830 (2010), para. 3, do capítulo “Límites constitucionalmente admisibles a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada”. Tradução nossa.

⁵⁶ Segundo a Corte, há um equilíbrio entre o reconhecimento das garantias necessárias às trocas econômicas, de um lado, e, de outro, “a obrigação estatal de intervir no mercado”. Decisão C-830 (2010), para. 3-4, do capítulo “Límites constitucionalmente admisibles a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada”. Tradução nossa.

⁵⁷ Corte Constitucional da Colômbia, Decisão C-830 (2010), para. 5, do capítulo “Límites constitucionalmente admisibles a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada”. Tradução nossa.

mostrou-se diretamente proporcional aos danos causados a valores constitucionais, considerando-se a natureza intrinsecamente nociva do produto regulado.

Com base nas premissas anteriores, a Corte aborda relação entre a publicidade comercial e o direito constitucional a partir de três níveis de análise: (i) a publicidade como uma atividade protegida pela liberdade empresarial; (ii) a relação entre a publicidade e os direitos do consumidor; e (iii) a publicidade como um discurso constitucional reconhecido, em razão de sua dimensão primordialmente persuasiva e outra informativa.

Quanto ao primeiro nível, a Corte reconheceu que a publicidade comercial de produtos e serviços, de forma a incentivar seu consumo, é uma modalidade de exercício das liberdades econômicas, alcançando, dessa forma, proteção constitucional. Por outro lado, e como decorrência lógica, a publicidade também se encontra sujeita a limitações, restrições e eventualmente proibições a partir dos mesmos requisitos já expostos acima sobre o juízo de validade de medidas de intervenção estatal na economia.

Nesse caso, a produção dos produtos fumígenos e a possibilidade de sua comercialização, essenciais à atividade empresarial em questão, não se viram afetados. Logo, admitem medidas de intervenção estatal na economia. Isso porque a proibição da publicidade comercial não tem impacto em tais componentes nem cria barreiras para que eles se efetivem. Além disso, segundo a decisão, o fim de proibição da publicidade comercial é adequado, razoável e proporcional. Inicialmente, ele persegue um fim legítimo de desencorajar o consumo de tabaco enquanto desdobramento da proteção do direito a gozar do mais elevado nível de saúde possível; ademais ele é uma medida razoável no combate ao aumento do consumo de tabaco – e se encaixa no escrutínio leve do teste de proporcionalidade de não precisar provar se alcançou o objetivo perseguido; por fim, é proporcional frente aos efeitos negativos do consumo do tabaco, que contrariam valores constitucionais.⁵⁸

Em relação ao segundo nível de análise, a Corte vincula a intervenção estatal na publicidade comercial aos direitos do consumidor por meio do artigo 78 da Constituição colombiana. O dispositivo estabelece que cabe ao Estado, por meio de lei, regular o “controle de qualidade dos bens e serviços oferecidos e prestados à comunidade, bem

⁵⁸ V. também GUZMÁN, Silvia Serrano; RAMÍREZ, Ariadna Tovar; CABRERA, Oscar A. Commercial Speech and the Prohibition of Tobacco Advertising: The Colombian Constitutional Court Approach. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 50, i. 2, 2022, p. 259-264.

como as informações a serem fornecidas ao público em sua comercialização”. Também reconhece que a jurisprudência tem tratado a função do Estado neste domínio como garantidora de decisões informadas pelos consumidores, reduzindo as assimetrias que impedem o conhecimento prévio à aquisição de produtos e serviços.

No caso em comento, a Corte reconhece que o componente informativo dos produtos fumígenos diz respeito unicamente ao caráter intrinsecamente nocivo à saúde e ao meio ambiente. Segundo a decisão, em razão do Estado ativamente propagar a informação sobre o caráter nocivo do tabaco aos consumidores, a restrição da publicidade não altera o que já vem ocorrendo. Portanto, o caráter informativo relativo à nocividade do produto aos consumidores não sofre qualquer alteração em razão da restrição aplicada.⁵⁹

O terceiro nível de análise refere-se à publicidade comercial como um discurso excepcionalmente protegido pelas liberdades de expressão e informação. A esse respeito, reconheceu a Corte que a liberdade de expressão e informação é um direito fundamental de natureza ampla, abrangendo assim a publicidade comercial.⁶⁰ Não obstante, a Corte colombiana confere um menor grau de proteção – restritivo e excepcional – à publicidade comercial nesse contexto, já que não é um discurso que atenta à deliberação democrática ou à participação política, as quais são pilares no reconhecimento da liberdade de expressão como direito.

Considera que, por ela também ser um meio de realização da liberdade empresarial e dos direitos do consumidor,⁶¹ já é analisada e determinada também sob esses padrões constitucionais. Nesse prisma, a Corte reconhece que a mensagem publicitária é uma modalidade de expressão da empresa, destinada a informar aos consumidores sobre as qualidades e as condições de seus bens e serviços.

O tribunal contempla, ainda, que as limitações à propaganda comercial podem ser intensas, quando o Estado entende que uma atividade, apesar de ser exercida lícitamente, deve ser desestimulada em razão dos prejuízos gerados à sociedade ou o perigo de danos a terceiros. Não há, assim, oposição *prima facie* à ordem constitucional que o legislador estabeleça regras que busquem a conformação de um mercado passivo,

⁵⁹ Corte Constitucional da Colômbia, Decisão C-830 (2010), para. 31, do item “La constitucionalidad de la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco y sus derivados”.

⁶⁰ Corte Constitucional da Colômbia, Decisão C-830 (2010), para. 12, do item “La publicidad comercial como discurso excepcionalmente protegido por las libertades de expresión e información”.

⁶¹ Corte Constitucional da Colômbia, Decisão C-830 (2010), para. 12, do item “La publicidad comercial como discurso excepcionalmente protegido por las libertades de expresión e información”.

ou seja, a existência de autorização para a produção e comercialização de determinado bem ou serviço e da fixação de políticas destinadas a desincentivar seu consumo

Portanto, a medida de restringi-la corresponde a critérios de proporcionalidade, justamente porque as limitações a que está sujeita não são as mesmas que valem para outras formas de expressão, como o direito à opinião ou a liberdade de imprensa.⁶²

5. Considerações finais: construindo diálogos constitucionais

A compreensão da Corte Constitucional colombiana sobre a natureza da publicidade comercial dialoga com o debate sobre propaganda comercial no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no STF. Ambas as Cortes enfrentaram o tema em sede constitucional, particularmente no que tange à sua proteção pela livre iniciativa e/ou pela liberdade de expressão. Ao travar esse debate, o teste de proporcionalidade foi utilizado para solucionar a questão jurídica, e, nos dois países, o resultado foi parecido: é constitucional a restrição e/ou proibição da propaganda comercial.

A Corte Constitucional colombiana, diferentemente do Supremo Tribunal Federal, buscou delimitar contornos nítidos sobre a categoria da publicidade comercial e sua abrangência, como também quanto à intensidade do teste de proporcionalidade ao qual essa discussão deve ser submetida. O STF, por sua vez, parece ainda estar estabelecendo esses limites.

A posição colombiana, contudo, mostra-se relevante ao deixar claro que a publicidade é elemento da livre iniciativa, mas a proteção desta não implica necessariamente a garantia daquele. A possibilidade da empresa de fazer publicidade de suas atividades e produtos é uma atividade que pode estar protegida por diferentes direitos, e é possível haver restrições (ou até mesmo a proibição) à publicidade de determinados bens e serviços, ainda que eles sejam lícitos. Nesse contexto, parece um avanço a argumentação jurídica do tribunal da Colômbia de que a limitação à livre iniciativa por restrição/proibição da publicidade comercial está sujeita ao controle “fraco” ou “suave” de proporcionalidade. Isso significa que, se lei visar a alcançar fim legítimo, não há necessidade de demonstrar a realização deste, bastando que o meio empregado seja apto a alcançá-lo.

⁶² Corte Constitucional da Colômbia, Decisão C-830 (2010), para. 13, do item “La publicidad comercial como discurso excepcionalmente protegido por las libertades de expresión e información”.

Nessa esteira, considerando que o modelo de economia adotado pela Constituição colombiana é semelhante ao modelo brasileiro, qual seja: economia social de mercado, o STF também poderia aplicar o escrutínio leve ou fraco ao submeter a propaganda comercial ao teste de proporcionalidade. Isso porque ambas as constituições reconhecem a livre iniciativa como motor da economia, mas também estabelecem a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica quando necessário.

No Brasil, contudo, a livre iniciativa costuma ser apresentada pela doutrina como princípio fundamental da Constituição, apesar de seu artigo 1º, IV, estabelecer os “valores sociais da livre iniciativa” como tal.⁶³ Em razão disso, embora haja outra possibilidade, o STF acaba por analisar a questão por meio da aplicação do teste de proporcionalidade em seu nível mais forte, pelo qual exige-se, quanto ao requisito da necessidade, a demonstração de inexistência de outros meios menos danosos na persecução do fim legítimo.

Além disso, a Corte colombiana trouxe mais uma ponderação relevante de que a publicidade comercial está sujeita a restrições decorrentes dos direitos dos consumidores a fim de assegurar-lhes informações importantes sobre produtos e serviços. É nesse ponto que a informação, periféricamente, estaria protegida pela liberdade de expressão. Ou seja, a camada de proteção à informação recai unicamente sobre os danos causados pelo tabaco, razão pela qual unicamente esse elemento informativo não poderia ser restringido ou proibido do consumidor.

Por sua vez, o STF utiliza-se da expressão “liberdade de expressão comercial ou empresarial” para associar a propaganda comercial à liberdade de expressão. Ao tratar da questão, diferentemente da Corte colombiana, o tribunal brasileiro não diferencia claramente a categoria informação da propaganda comercial e como as duas se relacionam. Por conseguinte, ainda há espaço para delimitar se há informação protegida constitucionalmente na propaganda comercial e qual seria ela, bem como, nesse caso, se a propaganda comercial teria o mesmo *status* constitucional de outras liberdades.

Esse debate aparentemente ainda em construção na jurisdição constitucional também dever levar em consideração, em futuros casos, o impacto desproporcional que a proteção da propaganda comercial sob o direito à liberdade de expressão pode gerar para

⁶³ LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jan.-jul./2000, p. 40-83.

certos grupos afetados negativamente pela publicidade de produtos não saudáveis, como é o caso de pessoas consumidoras e de crianças e adolescentes, por exemplo.

O STF, assim, pode se utilizar do caso colombiano para interpretar outros casos que venham a tratar de produtos não saudáveis.

Relativamente ao discurso comercial desses produtos, primeiramente é importante constatar que a sua proteção constitucional não necessariamente tem lastro na liberdade de expressão, podendo ancorar-se na livre iniciativa. Em se considerando algum nível de proteção sob a liberdade de expressão, ela deve ser periférica e nunca ocupando o mesmo tipo de proteção que recebem os discursos do núcleo desse direito. Em razão disso, podem-se admitir restrições intensas. Acrescente-se a isso que, os benefícios provenientes de proteger os direitos que sustentam essas restrições (direito à saúde, ao meio ambiente, à infância e adolescência), tendem a sobrepassar o impacto tanto sobre a livre iniciativa, quanto da possível liberdade de expressão a nível periférico.

Essa reflexão poderá afastar ou aproximar a Corte de parcela da doutrina, a qual sacraliza a propaganda comercial como elemento nuclear da liberdade de expressão em *status* tão relevante quanto outros valores e princípios constitucionais. As balizas impostas pela Corte colombiana à “publicidade comercial” podem pavimentar o caminho para futuros casos constitucionais sobre a “propaganda comercial”. Pode auxiliar na adoção de parâmetros mais estruturados na aplicação do teste de proporcionalidade em relação à propaganda comercial a fim de solucionar a lacuna jurídica sobre sua definição e sua abrangência.

Referências bibliográficas

BARBOSA, Isabel; LEITE, Fábio; BRITO, Carla. Restricting unhealthy food and Beverage advertising in Brazil: challenges and opportunities. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 50, i. 2, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224. Rio de Janeiro: Renovar, abr.-jun./2001.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais: ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 2, n. 7, jul.-set./2004.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Cap. V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Forense, 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUZMÁN, Silvia Serrano; RAMÍREZ, Ariadna Tovar; CABRERA, Oscar A. Commercial Speech and the Prohibition of Tobacco Advertising: The Colombian Constitutional Court Approach. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 50, i. 2, 2022.

LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jan.-jul./2000.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1992.

PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, a. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Carla da Silva de Britto. *Regime jurídico da publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil*: uma perspectiva crítica à luz dos determinantes comerciais da saúde. Porto Alegre: Arquipélago, 2023.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 220 da Constituição. In: CANOTILHO; J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso. *Parecer contratado pela organização não governamental Aliança de Controle do Tabagismo*. ADI 3.311.

Como citar:

LEITE, Fábio Carvalho; PEREIRA, Carla da Silva de Britto; LAULETTA, Natasha Martin. Os limites à propaganda comercial no Brasil e algumas contribuições da Corte Constitucional da Colômbia. **Civilistica.com**, a. 15, n. 2, 2026. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
23.8.2026

Publicação a convite.