

XXI CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DE MAGISTRADOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA
DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

**ALEITAMENTO MATERNO E A REGRA DA PROPORCIONALIDADE: DIREITO
FUNDAMENTAL DA SAÚDE E A LIBERDADE ECONÔMICA**

NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA DANTAS

Horizonte - MG

2006

XXI CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DE MAGISTRADOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA
DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

**ALEITAMENTO MATERNO E A REGRA DA PROPORCIONALIDADE: DIREITO
FUNDAMENTAL DA SAÚDE E A LIBERDADE ECONÔMICA**

NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA DANTAS
9º Promotor de Justiça de São Caetano do Sul/SP
Mestre em Direitos Fundamentais da Criança e do
Adolescente/UNIMEP-SP.

Artigo apresentado perante a Comissão Temática
III – Direito à Vida, à Saúde e a Condições Dignas
de Sobrevivência - do congresso epigrafoado.

Belo Horizonte - MG

2006

RESUMO

Diante da importância do aleitamento materno, e atentas às recomendações internacionais e aos direitos fundamentais das crianças, também incorporados na teoria da proteção integral, foram implementadas políticas públicas de incentivo à amamentação natural, através da edição da *NBCAL*, consubstanciada na Portaria GM¹ 2.051, de 08 de novembro de 2001, e nas resoluções RDC ANVISA² nº 221 e RDC ANVISA nº 222, ambas de 05 de agosto de 2002. Estes instrumentos legais, com o objetivo precípua de manter a prática ótima do aleitamento materno, limitam a liberdade econômica na medida em que apenas permitem a propaganda condicionada de certos produtos e proíbem, na totalidade, a propaganda de outros. O presente trabalho analisará esses dois direitos através do critério da proporcionalidade, que determinara a constitucionalidade ou não da *NBCAL*.

¹ Portaria do Gabinete do Ministro da Saúde.

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

SUMÁRIO

1. ALEITAMENTO MATERNO E SEUS CONSECTÁRIO	01
2. NORMA BRASILEIRA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS PARA LACTENTES E CRIANÇAS DE PRIMEIRA INFÂNCIA, BICOS, CHUPETAS E MAMADEIRAS – NBCAL	03
2.1 Origem da NBCAL	03
2.2 Apresentação da NBCAL	04
3. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO BRASIL	05
4. DIREITO À SAÚDE	06
5. A ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL	07
6. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA GM 2.051/01 E DAS RESOLUÇÕES RDC ANVISA N° 221/02 E RDC ANVISA N° 222/02	08
6.1. Colisão do direito à saúde e do direito à liberdade econômica: solução	08
6.2. Análise dos atos normativos (NBCAL).....	09
6.2.1 Área de proteção do direito fundamental.....	09
6.2.2 Intervenção na área de proteção de um direito fundamental.....	09
6.2.3 Justificativa constitucional da intervenção	10
6.2.3.1 Fundamento legal da portaria GM 2.051/01 e das resoluções RDC ANVISA n° 221/02 e RDC ANVISA n° 222/02	10
6.2.3.2 Conformidade Constitucional da portaria GM 2.051/01 e das resoluções RDC ANVISA n° 221/02 e RDC ANVISA n° 222/02	11
6.2.3.3 Clareza e concretude da portaria GM 2.051/01 e das resoluções RDC ANVISA n° 221/02 e RDC ANVISA n° 222/02	12
6.2.3.4 Respeito à regra da proporcionalidade	12
6.2.3.4.1 Adequação	12
6.2.3.4.2 Necessidade	13

7. CONCLUSÃO DA ANÁLISE DOS ATOS NORMATIVOS QUE COMPÕEM NBCAL (PORTARIA GM 2.051/01 E DAS RESOLUÇÕES RDC ANVISA N° 221/02 E RDC ANVISA N° 222/02)	14
REFERÊNCIAS	16

1. O ALEITAMENTO MATERNO E SEUS CONSECTÁRIOS

A alimentação natural, mais do que simples ideologia, longe de fórmulas infantis e instrumentos que possibilitem a sua introdução, revelou-se verdadeiro direito fundamental, conquanto ligado à vida saudável da criança e, por muitas vezes, como garantidor da própria vida. O aleitamento materno contribui para a saúde biológica e emocional tanto da mãe quanto do filho.³ O leite humano é um alimento completo, resultante da combinação única de proteínas, lipídios, carboidratos, minerais, vitaminas e células vivas, cujos benefícios nutricionais, imunológicos, psicológicos e econômicos são bem reconhecidos e inquestionáveis.⁴ Durante a lactação, há um aumento acentuado do número de plasmócitos e linfócitos no tecido conjuntivo em torno das unidades secretoras. Essas células sintetizam imunoglobulinas (IgA), que desempenham papel importante na defesa imunológica do recém-nascido.⁵

Estima-se que a vida de seis milhões de crianças, a cada ano, poderia ser salva se adotadas as recomendações da OMS/UNICEF no sentido de manter-se o aleitamento materno exclusivo até os seis meses de idade e complementado até dois anos ou mais, pois a introdução de líquidos, que não o leite materno, nos primeiros seis meses de vida da criança, pode interferir negativamente na absorção de nutrientes e em sua biodisponibilidade, culminando com a diminuição da quantidade de leite materno ingerido, provocando menor ganho ponderal e aumento de risco para infecções, diarreias, desidratação e alergias.⁶

Pesquisa científica desenvolvida pelo Instituto de Saúde da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo apontou que as crianças que não recebiam leite materno tinham riscos 14,2 vezes maiores de morrer por diarreia, 3,6 vezes maiores de mortalidade por doenças respiratórias e 2,5 vezes maiores por outros tipos de infecções, comparadas àquelas que recebiam aleitamento materno exclusivo.⁷ Esses dados ganham relevância quando aliados às condições sócio-econômicas brasileiras, no sentido de que a pobreza não permite que as pessoas tenham acesso à rede de água e esgoto canalizados, bem como à água potável. É justamente com a água contaminada que as mães pobres lavam as mamadeiras e prepararam as fórmulas infantis para alimentarem os seus filhos que, sem sistema imunológico adequado

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

⁴ NASCIMENTO, Maria Beatriz Reinert do. *Mães saudáveis, bebês saudáveis*. Disponível em <http://www.saude.org.br/saude_crianca_bebessaudaveis.html>. Acesso em: 26 fev. 2004.

⁵ CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 07-08.

⁶ Iden

⁷ VENÂNCIO, Sônia Isoyama. et al. Frequência e determinantes do aleitamento materno em municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 36, n.3, p. 314,2002.

diante do desmame materno precoce, contraem infecções, desenvolvem diarreias crônicas, seguidas de desidratação e chegam a óbito.⁸ Importante, ainda, notar que essas famílias possuem outros filhos e, para alimentarem a todos, diluem menor quantidade do alimento em pó em maior proporção de água, propiciando uma alimentação inadequada. A este círculo vicioso denominou-se *epidemiologia da desnutrição*, sendo tratado como questão social em trabalho decorrente de tese de doutorado.⁹

Pesquisadores no Japão compararam a quantidade de bactérias da garganta de crianças saudáveis amamentadas e outras alimentadas com fórmulas. Detectou-se que 4,3% das crianças amamentadas e 36,0% das alimentadas artificialmente apresentavam bactérias patogênicas em suas gargantas, com maior frequência da bactéria *Streptococcus*.¹⁰

A maior parte da produção científica, nacional e internacional, afirma que a introdução de chupeta e mamadeiras é a principal causa de desmame precoce, atuando negativamente na oclusão dentária, nas estruturas moles e duras do sistema estomatognático, por fim, na saúde e, principalmente, na vida das crianças.¹¹ O aleitamento materno também é apontado como importante fator no desenvolvimento craniofacial adequado, permitindo ótimo exercício da musculatura orofacial, estimulando as funções de respiração e deglutição, o que não acontece quando a mamadeira é utilizada¹². É certo, ainda que o uso de mamadeiras e chupetas pode provocar desvio no crescimento dos maxilares, provocando “maloclusões” ou “má oclusão” (mordida aberta anterior).¹³

Por outro lado, as vantagens para o lactente e para as mães têm sido demonstradas, detectando-se a diminuição do risco de contrair doenças agudas e crônicas, ainda, com importantes reflexos psicológicos e imunológicos.¹⁴ Estudos comportamentais e hormonais demonstram a importância dos primeiros contatos do bebê com a mãe e do toque da boca da criança com o mamilo e a aréola. Este contato físico é primordial para o relacionamento mãe e filho. A mãe, estimulada pelo contato com o seu bebê, apresenta alterações neuro-endócrinas positivas, dedicando mais tempo a ele, sempre de forma carinhosa. Já na criança, há estímulos

⁸ GOLBENBERG, Paulete. *Repensando a desnutrição como questão social*. 2. ed. São Paulo : Cortez, 1989, p. 149.

⁹ Ibid. p. 15-16.

¹⁰ CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 103.

¹¹ Ibid. p.104.

¹² ALTO, Luciane A Monte; SOVIERO, Vera M; ALVES, Urânia; RAMOS, Maria Eliza B. *Aleitamento Materno no Crescimento e Desenvolvimento de Recém-nato*. Disponível em <http://www.tatianavieira.odo.br/recen_nato.htm> . acesso em: 26 fev. 2004, p. 2. No mesmo sentido: KRAMER, Paulo Floriani. *Características do Padrão de Aleitamento Materno em Crianças de 0 a 36 meses de Idade*. Disponível em <<http://www.terraviva.pt/meço/5688/artigo%20paulo%20Kramer.htm>> . Acesso em 26 fev. 2004, p. 1.

¹³ Ibid. p. 3 .

¹⁴ ALTO, Luciane A Monte; SOVIERO, Vera M; ALVES, Urânia; RAMOS, Maria Eliza B. *Aleitamento materno no rescimento e desenvolvimento de recém-nato*. Disponível em <http://www.tatianavieira.odo.br/recen_nato.htm> . Acesso em: 26 fev. 2004, p. 1. No mesmo sentido: KRAMER, Paulo Floriani. *Características do Padrão de Aleitamento Materno em Crianças de 0 a 36 meses de Idade*. Disponível em <<http://www.terravista.pt/meço/5688/artigo%20paulo%20Kramer.htm>> . Acesso em: 26 fev. 2004, p. 1.

nas terminações nervosas periorais e intra-orais, que modulam regiões do tronco encefálico, aprimorando, dessa forma, o reflexo de sucção e permitindo uma amamentação quantitativamente melhor, trazendo-lhe, inclusive, efeito analgésico.¹⁵

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

2.1 Origem da NBCAL

A importância do aleitamento materno começou a ser discutida há, aproximadamente, 32 anos¹⁶, quando se notou a queda dos seus índices e o aumento da mortalidade infantil com círculo vicioso de diarreia, desidratação e desnutrição, mormente nos casos de alimentação com mamadeira em condições inadequadas, que foi denominado de “síndrome do bebê de mamadeira”.¹⁷ A Assembléia Mundial da Saúde reconheceu o declínio da amamentação, pela primeira vez, em 1974, quando passou a estimular os Estados Membros a rever as práticas de promoção de alimentos infantis, bem como a estimular medidas adequadas ao incentivo do aleitamento materno, incluindo códigos e legislação quando fosse necessário.¹⁸

Assim ocorreu com a trigésima primeira Assembléia Mundial da Saúde que recomendou “a mais alta prioridade” para a prevenção da má nutrição em bebês e crianças pequenas, limitação da publicidade de leites artificiais, e incentivo à amamentação através de legislação adequada¹⁹. A OMS e o UNICEF, em outubro de 1979, recomendaram a adoção de um código internacional de comercialização de fórmulas lácteas e outros produtos usados como substituto do leite materno²⁰. Este código foi apresentado à trigésima terceira Assembléia Mundial da Saúde, em 1980. Em 20 de maio de 1981 houve a sua adoção pela Assembléia Mundial da Saúde. Posteriormente, em 1º agosto de 1990, a *Declaração de Innocenti* reconheceu que a amamentação é o meio de nutrição ideal para o bebê, descrevendo os seus benefícios e compromissando os governos a implementarem o *Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno*.

¹⁵ CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara ; Koogan S.A. 2ª ed., 2005, p. 13.

¹⁶ SOKOL, Ellen J., *Manual del código: guía para la redación de medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna*. La Paz: Sticking ICDC, 1997, p. 5.

¹⁷ WILLIAMS, Cicely D. Palestra proferida no Clube Rotariano de Singapura, 1939 *apud* Sokol, Ellen J., *Manual del código: guía para la redación de Medidas para la aplicación del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna*. La Paz: Sticking ICDC, 1997, p. 5.

¹⁸ Resolução nº 27.43 da Assembléia Mundial da Saúde, Genebra, 1974.

¹⁹ Resolução 31.47 da Assembléia Mundial da Saúde, Genebra, 1978

²⁰ OMS/UNICEF, *Reunião Conjunta OMS/UNICEF sobre a Alimentação de Lactentes e Crianças Pequenas*. Declaração e Recomendações, Genebra, 1979, p. 29.

O Brasil, então, passou a desenvolver medidas visando garantir o direito à vida e ao desenvolvimento físico e mental adequado da criança através da amamentação. Atualmente, as recomendações da OMS/UNICEF estão incorporadas na *NBCAL*, formada pelo conjunto da Portaria GM²¹ 2.051, de 08 de novembro de 2001, e das resoluções RDC ANVISA²² n° 221 e RDC ANVISA n° 222, ambas de 05 de agosto de 2002.

2.2 Apresentação do conteúdo da NBCAL

A *NBCAL - Norma Brasileira de Comercialização de Alimentos para Lactentes e Crianças de Primeira Infância, Bicos, Chupetas e Mamadeiras* trouxe a proibição de promoção comercial ou promoção condicionada a certas advertências, e a necessidade de rotulagens específicas para cada grupo de produto por ela abrangido, como recomendado pela OMS. As Resoluções da ANVISA voltam-se para as infrações de promoção comercial e rotulagem dos produtos, enquanto a Portaria do Ministério da Saúde centra-se em aspectos gerais, proibitivos e orientadores, destinados às pessoas que atuam na área de saúde e nos setores de industrialização e comercialização, dos produtos, fabricados ou não no país.

Focando esse estudo apenas na possibilidade de promoção comercial, a *NBCAL* divide os produtos em dois grupos. O primeiro, que comporta as fórmulas infantis e de segmento para lactentes, as fórmulas de nutrientes apresentadas e/ou indicadas para recém-nascido de alto risco e as mamadeiras, bicos, chupetas e protetor de mamilo, jamais pode ser objeto de promoção comercial em quaisquer meios de comunicação. A segunda categoria de produtos admite a promoção comercial, mas se sujeita à regulamentação específica, com frases de advertências, conforme publicadas pela ANVISA (RDC n° 222/02). É o caso das fórmulas infantis de segmento para crianças de primeira infância, leites fluidos, leites em pó, leites modificados e similares de origem vegetal; alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes e/ou crianças de primeira infância, bem como outros alimentos ou bebidas, à base de leite ou não, quando comercializados ou de outra forma apresentados como apropriados para alimentação de lactentes e de crianças de primeira infância.

A violação desses regramentos sujeita os infratores às sanções previstas na Lei n° 6.437/77, que regulamenta a atuação dos fiscais da Vigilância Sanitária, cujas penalidades serão aplicadas de forma progressiva, de acordo com a gravidade e a frequência da infração,

²¹ Portaria do Gabinete do Ministro da Saúde.

²² Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

podendo, inclusive, chegar à apreensão do produto, imposição de multa e interdição do estabelecimento.

3. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO BRASIL.

O artigo 227 da Magna Carta, pois, diante de todos os precedentes internacionais humanitários e voltado ao valor máximo da vida humana: a dignidade, atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o *dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*, tal como preconizaria a Convenção sobre os Direitos da Criança um ano mais tarde.

Assim, enquanto pessoa, a criança tem os seus direitos assegurados, inclusive os fundamentais, e mantém uma relação com o Estado que a qualifica, dando-lhe *status*, conforme asseverado por George Jellinek na sua *teoria do status*.²³ De acordo com esta teoria, o art. 227 da CF revela um direito de *status positivus* ou social, que permite à criança exigir prestações do Estado. Sua essência reside na obrigação de atuação estatal em favor da melhoria das condições de vida da população, por outras palavras, traduz-se em política social,²⁴ principalmente em favor da criança que possui absoluta prioridade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente confirmou a *Doutrina da Proteção Integral*. No artigo 1º, o Estatuto afirma que crianças e adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, com direitos próprios e especiais.²⁵ Diante dessa maior vulnerabilidade é que se procurou criar um sistema que lhes permitissem desenvolver suas potencialidades humanas em plenitude. “Crianças e adolescentes são *pessoas* que ainda não desenvolveram completamente sua *personalidade*”.²⁶ O artigo 3º garantiu “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, cujas oportunidades e facilidades devem ser asseguradas por *lei* ou por *outros meios* que instrumentalizem o alcance desses direitos como, por exemplo, as medidas de política pública. Ao referir-se a “outros meios” o legislador quis deixar claro que concretização dos direitos fundamentais não se esgota na edição de leis, mas se operacionaliza, também, através de políticas públicas e

²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 256.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução do estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 250.

²⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2003, 7. ed., p. 13.

²⁶ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 109.

atitudes efetivas da sociedade²⁷, v.g. a NBCAL, que tem, por objetivo, o incentivo do aleitamento materno, visando reduzir a mortalidade infantil, garantindo o direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento físico e mental da criança.

O art. 4º do ECA repete as disposições constitucionais do art. 127 e os direitos fundamentais são mais uma vez afirmados pelo Estatuto, no Título II, que reservou o Capítulo I ao direito à vida e à saúde, disciplinando-os nos artigos 7º a 14, com menção expressa ao *aleitamento materno* no artigo 9º. Denota-se que a *Doutrina da Proteção Integral* foi bem entendida pelo legislador ordinário que, em dois artigos do ECA (artigos 3º e 4º), conjugou os termos *proteção integral* e *absoluta prioridade*, respectivamente, referindo-se, no primeiro, ao conjunto de direitos atribuídos às crianças e aos adolescentes, que exige, primordialmente, não um comportamento negativo do Estado, mas uma postura positiva de implementação “programática”^{28 e 29} da satisfação dos direitos fundamentais, de forma obrigatória e não meramente sugestiva ou exemplificativa. A segunda expressão (absoluta prioridade), traduz a obrigatoriedade, nas prioridades do Governo, de assumir e concretizar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, que devem ser rigorosamente observados através das tarefas do Estado, mormente através da formulação e execução de políticas públicas, tais como, por exemplo, as de ensino, trabalho, saúde e segurança social, além de outras primazias enumeradas no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁰. Aliás, esta é a função de uma constituição dirigente.³¹

O desenvolvimento saudável, dentro da perspectiva da doutrina da proteção integral da criança, é de suma importância, já que se apresenta como pilar para uma vida harmoniosa em um meio de espectros variáveis. Mais do que isso, o aleitamento materno é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde.

4. DIREITO À SAÚDE

²⁷ COELHO, João Gilberto Lucas Coelho. Comentário ao artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. IN: CURY, Munir. (coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Comentários jurídicos e sociais, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36.

²⁸ VERCELONE, Paolo. Comentário ao artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*: comentários jurídicos e sociais, 6. ed. São Paulo: 2003. p. 35.

²⁹ A expressão “programática”, aqui, é utilizada para designar o conjunto de medidas a serem praticadas, de forma obrigatória, não se confundindo com as normas constitucionais programáticas que, se não tiverem lei infraconstitucional consoante roteiros de ação gizados na Constituição, não são aplicáveis, resumindo-se em normas desprovidas de valor normativo com aplicação possível. O *princípio constitucional da prioridade absoluta não é norma de eficácia contida de caráter programático, mas sim de eficácia plena e imediata*. Ora, afirmando direitos fundamentais, o artigo 227 da Constituição Federal deve ser analisado em consonância com o artigo 5º, parágrafo 1º, CF, que atribui aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Comentário ao artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir. (coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Comentários jurídicos e sociais, 6. ed. São Paulo: 2003. p. 37-44.

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.; participantes Agostinho Ramalho Marques Neto... [et al.]. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Resenha do Prefácio da 2ª edição, item 06, da obra Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2. ed.: resenha de um prefácio (Eros Roberto Grau).

Denota-se do texto constitucional a proteção à vida. Tal direito, porém, foi adjetivado, tornando-se *direito à qualidade de vida*. Durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, a Declaração de Estocolmo/72 ressaltou que o homem tem o direito fundamental a “[...] adequadas condições de vida [...]”. Na Declaração do Rio de Janeiro/92, afirmou-se que os seres humanos “têm direito a uma vida saudável” (Princípio I).³² Assim, não basta viver, é necessário que se tenha *qualidade de vida*.³³ Esta “qualidade de vida é um elemento finalista do Poder Público, onde se unem a felicidade do indivíduo e o bem comum, com o fim de superar a estreita visão quantitativa, antes expressa no conceito de nível de vida”.³⁴ *Outra não é a intenção da Constituição Federal e do Estatuto da Criança ao abraçarem o direito à saúde como direito fundamental, ficando claro que o aleitamento materno garante tal direito, por outras palavras, é o verdadeiro direito fundamental*. Neste sentido, o leite materno é considerado elemento do direito à vida e como aspecto fundamental da personalidade, na concepção de Limongi de França.³⁵

5. A ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL

A ordem econômica constitucional, considerada em seu sentido estrito (Título VII), estabelece as linhas principiológicas e as regras gerais que presidem sua interpretação, assim como da ordem econômica em sentido amplo,³⁶ sendo que os princípios e objetivos fundamentais não podem ser interpretados separadamente, haja vista sua densidade normativa, tomados, pois, como vetores primordiais na exegese do texto legal.³⁷

Os artigos 170 a 192 da Constituição Federal tratam da ordem econômica e financeira, fundada na livre iniciativa e em princípios como a livre concorrência e a defesa do consumidor, além de outros tantos, a exemplo dos previstos nos incisos do artigo 170. É certo que a Constituição adotou o sistema de produção capitalista, porém, direcionou o capitalismo para um fim específico: a formação de um Estado Social,³⁸ dando, assim, amparo constitucional para a atuação normativa e reguladora do Estado na atividade econômica em busca do bem-estar.³⁹ Ao editar a NBCAL, *o Estado não só se valeu da sua ação normativa e reguladora, como também cumpriu o dever de adotar políticas públicas que assegurassem o*

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47.

³³ *Ibid.* p. 48.

³⁴ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVIII/125-147, 1994, *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 48.

³⁵ LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplante de órgãos e tecidos e direitos de personalidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 45.

³⁶ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 111.

³⁷ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 165.

³⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 129

efetivo direito à saúde. Nesse diapasão, resta a análise da dicotomia de interesses travados entre o direito fundamental da saúde e a liberdade econômica, não se esquecendo que quando houver desvio na prática da liberdade econômica, permite-se ao Estado a intervenção para as correções necessárias.⁴⁰

6. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA GM 2.051/01 E DAS RESOLUÇÕES RDC ANVISA Nº 221/02 E RDC ANVISA Nº 222/02

6.1 Colisão do direito à saúde e do direito à liberdade econômica: solução

A solução dos conflitos leva à idéia da proporcionalidade, muito bem entendida e reproduzida por Peter Lecher, em sua tese de livre-docência. Para o autor, a proporcionalidade tratava de um princípio constitucional coexistente com o princípio da necessidade que tinha por fim impedir o excesso na medida estatal legislativa que interferisse na liberdade individual. O seu objetivo é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais, o que se dá através do exame da adequação do ato impugnado, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁴¹ Pressupõe-se, ainda, a existência de uma relação de meio e fim, sem a qual é impossível a aplicação da regra da proporcionalidade, pois a sua essência está, justamente, na forma como são utilizados os meios e como é definido o fim a que se destina a medida.⁴² O roteiro adotado para análise de constitucionalidade da *NBCAL* é o elaborado pela doutrina alemã e adaptado ao direito constitucional brasileiro, respondendo-se às seguintes perguntas:⁴³ A. O comportamento contemplado pela medida situa-se na área de proteção de um direito fundamental? B. A medida em questão intervém na área de proteção de um direito fundamental? C. A intervenção é justificada constitucionalmente (intervenção permitida) ou trata-se de uma violação de direitos fundamentais (intervenção proibida)? C.1 A medida possui fundamento legal? A medida aplica a lei (fundamento legal) em conformidade com a Constituição? A medida é clara e concreta? C.2 A medida respeita o princípio da proporcionalidade? C.3 A medida respeita todas as disposições da Constituição?

³⁹ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 55.

⁴⁰ PETER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.

⁴¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38. Segundo a autora, essa forma de decisão é a adotada nos sistemas norte-americano e italiano.

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

⁴³ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações*-Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 28-29, jan. 2001; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108-109.

6.2 Análise dos atos normativos

6.2.1 Área de proteção do direito fundamental

Cada direito fundamental destina-se a regulamentar uma situação ou uma relação real, um conjunto de fatos que acontecem por razões que podem ser biológicas ou sociais.⁴⁴ Não raras vezes, a área de proteção é determinada através de um sistema ou, às vezes, até mesmo extraído do próprio confronto com a suposta restrição. A doutrina recomenda a análise da norma constitucional sob dois aspectos: 1. identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma), e 2. verificação das possíveis restrições contempladas na Constituição, expressamente, e identificação das reservas legais.⁴⁵

Assim, o direito de liberdade econômica trata da proteção ao livre exercício da atividade econômica, assegurando a liberdade de produzir, apresentar e vender produtos sem intervenção. Dentro dessa área de regulamentação do direito fundamental, encontra-se a área de proteção, ou seja, aquilo que efetivamente está sendo protegido pelo texto constitucional, sempre menor e mais específico que a área de regulamentação. Exemplificando, a liberdade econômica, norteadada pela livre iniciativa, garante a apresentação do produto por qualquer meio publicitário. A livre escolha do marketing, mais especificamente da propaganda, caracteriza a área de proteção do direito fundamental. Dessa forma, a publicidade e promoção comercial de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, bicos, chupetas e mamadeiras estão abrangidas pela área de proteção.

6.2.2 Intervenção na área de proteção de um direito fundamental

A intervenção na área de proteção do direito fundamental pode ser conceituada como a “ação ou omissão do Estado que impossibilita, em parte ou totalmente, um comportamento correspondente a um direito fundamental”.⁴⁶ Esta intervenção se dá através de uma invasão normativa do Estado, direta ou indiretamente, que atinja a liberdade garantida.⁴⁷ Na hipótese em estudo, a intervenção é real, pois a NBCAL limitam a publicidade de alguns produtos e vedam, totalmente, a de outros. A intervenção é logo verificada uma vez que, para garantir o direito à saúde da criança, o Estado interveio na ordem econômica, de modo que o

⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-caderno* do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 24, jan. 2001. No mesmo sentido: MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito* – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP, n. 5, p. 24, dez. 2003.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 14-15.

⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-cadernos* do programa de pós-graduação em direito da Unimep, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 25, jan. 2001;

⁴⁷ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito* – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP, n. 5, p. 25, dez. 2003.

comerciante, o distribuidor, o fabricante e o importador tiveram limitado o direito de liberdade econômica, no sentido de não poderem apresentar, vender e promover os seus produtos como melhores lhes aprouvessem.

6.2.3 Justificativa constitucional da intervenção

A justificativa constitucional da intervenção revela a análise da constitucionalidade formal e material dos limites dos direitos fundamentais. Estará justificada a intervenção se for reconhecida a existência de um limite constitucional concretizado pelo legislador infraconstitucional (formal) ou se for reconhecido que o limite emanou de autoridade competente, buscando-se, assim, o seu vínculo com os direitos fundamentais (material).⁴⁸ As intervenções consideradas permitidas enquadram-se, via de regra, em três situações.⁴⁹ O caso analisado amolda-se tanto na hipótese em que a própria Constituição, expressamente, autoriza que uma lei restrinja o direito fundamental, doutrinariamente chamado de “reserva legal” e na situação em que dois direitos fundamentais ou um direito fundamental e um princípio de interesse geral ou bem constitucionalmente protegido, entram em conflito. Isto porque é identificada a colisão de dois direitos fundamentais: 1. Saúde da criança e 2. Liberdade econômica. O aleitamento materno, bem juridicamente protegido, que garante a saúde da criança, é preservado pela NBCAL, invadindo, outrossim, a área de proteção de direito fundamental diverso: a liberdade econômica. A intervenção, assim, necessita ser examinada sob dois aspectos: 1. se possui fundamento legal e 2. se este fundamento legal está em conformidade com a Constituição Federal.

6.2.3.1 Fundamento legal da portaria 2.051/01 e das RDC 221/02 e RDC 222/02

O fundamento legal para a edição das medidas consolidadas na NBCAL tem origem na Constituição Federal, que criou o Sistema Único de Saúde; na Lei nº 8.080/90, que o regulamentou, e na Lei 9.782/99, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a ANVISA. As resoluções da ANVISA ainda foram editadas por expressa determinação de ato normativo do Ministro da Saúde (Portaria nº 2.051/01), a quem compete orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de saúde, conforme disposto no artigo 87 da Constituição Federal.

⁴⁸ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito* – cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP, n. 5, p. 28, dez. 2003.

⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações*-caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep, Piracicaba *Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 78.

6.2.3.2 Conformidade constitucional da portaria 2.051/01 e das RDC 221/02 e RDC 222/02

A presença de fundamento legal, que levaria os atos normativos à conformidade com a Constituição Federal, está estritamente ligada à concretização dos direitos fundamentais, no plano infraconstitucional. Não bastasse o caso de reserva simples do art. 170, parágrafo único da CF, a liberdade econômica confronta com o direito à saúde, cuja solução deverá advir da análise dos aspectos formal e material .

Quanto à competência, Constituição Federal atribuiu aos Ministros de Estado a competência para exercerem a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal, na sua respectiva área (artigo 87, parágrafo único, inciso I). A organização dos ministérios está prevista na Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, e no Decreto nº 4.118, de 07 de fevereiro de 2002. A ANVISA desempenha a função de agência reguladora, estruturada na Administração Indireta, vinculada ao Ministério da Saúde através de contrato de gestão, conforme arcabouço dos artigos 197 e 198, *caput*, que criaram o *Sistema Único de Saúde* (SUS). A lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990, regulou o SUS, afirmando a sua competência para a vigilância nutricional e orientação alimentar. Ao conjunto de ações definidas nos artigos 6º e 15 a 18 da Lei nº 8.080/90 deu-se o nome de Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (art. 1º da Lei nº 9.782/99), ficando a ANVISA responsável em assegurá-lo mediante atividades de regulamentação, controle e fiscalização de produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. É certo, ainda, que a lei nº 9.782/99 reforça a competência da União para definir a política nacional e o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, e para normatizar, controlar e fiscalizar produtos de interesse para a saúde, cujas atribuições serão do Ministério da Saúde, no tocante à formulação de políticas e de diretrizes gerais do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e, da ANVISA, no que se refere à normatização, ao controle e à fiscalização dos produtos de interesse para saúde.⁵⁰

No âmbito da sua competência o Ministro de Estado da Saúde editou a Portaria 2.051/01, estabelecendo os novos critérios da *NBCAL*, com diretrizes gerais e limitações publicitárias já comentadas. O artigo 5º do Anexo vinculado a esta Portaria remete as condições da promoção comercial e a rotulagem dos produtos à regulamentação específica da ANVISA (Resoluções nº 221/02 e 222/02). Dessa forma, fica demonstrado o fundamento legal da portaria e das resoluções.

⁵⁰ Art. 2º da Lei 9.872/99.

6.2.3.3 Clareza e concretude da portaria 2.051/01 e das RDC nº 221/02 e 222/02

Neste âmbito, inexistem notas dignas de ressalvas. Os textos legais analisados são evidentemente compreensíveis. Note-se que tanto a portaria como as resoluções dividem os produtos abrangidos pela NBCAL em grupos, de acordo com a importância no desenvolvimento seguro e adequado do lactente e da criança de primeira infância e, de acordo com este mesmo critério, limita a promoção comercial de alguns produtos e veda a de outros. Ademais disso, a Portaria e as Resoluções apresentam definições específicas sobre expressões técnicas, afastando quaisquer dúvidas que porventura pudessem surgir.

6.2.3.4 Respeito à regra da proporcionalidade

Os princípios e a regra da proporcionalidade, de fato, guardam estreita conexão, no sentido de que a proporcionalidade, com os seus elementos (*adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*), possibilita que os princípios sejam deduzidos, priorizados ou tornem-se prevalentes em relação a outro, o que pode ser dar, inclusive, com o confronto com as próprias restrições.⁵¹ A intenção é, através desses requisitos, estabelecer uma relação entre meio e fim para aplicação de um dos princípios colidentes, tornando possível o controle do excesso.⁵²

6.2.3.4.1 Adequação

As recomendações da OMS/UNICEF foram adotadas pela Constituição Federal, que, previu a saúde como direito fundamental e adotou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Tais instrumentos são aptos a fomentarem a proteção do aleitamento materno e garantia da saúde e, conseqüentemente, a vida digna das crianças. Por outro lado, os meios de propaganda são poderoso arsenal na persuasão do consumidor, como já mencionado. Assim, na medida em que os atos administrativos discutidos limitam e impedem a promoção comercial, está sendo efetivada a prestação estatal na garantia dos direitos fundamentais da criança e do consumidor, advertindo-os sobre os prejuízos do consumo daqueles produtos.⁵³ Destarte, a medida de política pública adotada - NBCAL - é adequada ao fim a que se propõe.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 111-112.

⁵² DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 47.

⁵³ INTERAGENCY GROUP ON BREASTFEEDING MONITORING. *Cracking the Code*, 1997 e TAYLOR, A. Monitoring the International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes: an epidemiological study in four countries. *Br Med J*, 316:1117-22, 1998 *apud* CARVALHO, Marcus Renato; TAMEZ, Raquel N. *Amamentação: bases científicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A. 2. ed., 2005, p. 21. Estudos em Bangladesh, Polônia, África do Sul e Tailândia têm confirmado que informações da indústria, entendidas e vistas

6.2.3.4.2 Necessidade

O significado dado à expressão “necessidade”, como já mencionado, é aquele que traduz uma “*premente necessidade social*”, de forma que qualquer intervenção em direito fundamental há de ser proporcional ao fim almejado.⁵⁴ Busca-se o meio menos gravoso para proteção do aleitamento materno. O raciocínio deve se voltar para aquele que está tendo o seu direito fundamental limitado, pois através da restrição também se pode chegar ao conteúdo efetivo do direito alegado.⁵⁵ Nesse diapasão, é cediço que o marketing exerce esse poder de persuasão sobre o consumidor, influenciando o seu comportamento, dispondo, para tanto, de várias ferramentas, inclusive a propaganda e a publicidade.⁵⁶ Seu escopo é criar, promover e fornecer bens e serviços a clientes, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Seu conceito gerencial consiste na “arte de vender produtos”, mas também de atrair e reter clientes⁵⁷. O objetivo principal para uma empresa é alcançar um volume de vendas lucrativo.⁵⁸ A embalagem faz parte desse processo de convencimento e assume a função de vender o produto, ajudando na persuasão do consumidor e servindo de meio de comunicação, através do seu *design* e cor, de forma a fazer com que o produto seja percebido.⁵⁹ Na hora da compra, no corredor do supermercado, a embalagem atua como *vendedor silencioso*.⁶⁰

A promoção é utilizada como forma de comunicação. É o elemento que serve para informar, persuadir e lembrar que o produto existe. Afeta, diretamente, os sentimentos, crenças ou comportamento do consumidor e pode apresentar-se sob cinco formas: venda pessoal, propaganda, promoção de vendas, relações públicas e publicidade.⁶¹

Dessa forma, não resta outro meio ao Estado para incentivar o aleitamento materno e garantir a saúde da criança, na mesma intensidade em que as empresas promovem os seus produtos - produtos estes que impedem a efetiva concretização do direito fundamental à saúde -, senão aproveitar-se desse mesmo meio de comunicação para informar e alertar os

pelas mães como promovedoras das fórmulas infantis desencorajam o aleitamento materno, aumentando, de fato, o uso daquelas fórmulas objeto do marketing.

⁵⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 82.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 14-15

⁵⁶ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 14.

⁵⁷ KOTLER, Philip. *Administração de Marketing*: a edição do novo milênio. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000, p. 76. No mesmo sentido: KOTLER, Philip e ARMSTRONG, Gary. *Princípios de Marketing*. Trad. Arlete Simille Marques e Sabrina Cairo. 9. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2003, p. 03.

⁵⁸ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 11.

⁵⁹ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 259.

⁶⁰ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 259.

⁶¹ ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J. e STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução. Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 446-447, 449 e 490. Anotam os autores que a “importância da propaganda é comprovada pelo volume de dinheiro gasto com ela. Em 1994, nos Estados Unidos, as despesas totais com propaganda ficaram acima de 150 bilhões de dólares, quase três vezes a quantia gasta em 1980.”

consumidores sobre a superioridade e os benefícios do aleitamento materno. É assim que o Estado implementa medidas de políticas públicas, garante a saúde da criança, responde à doutrina da proteção integral, e promove a existência digna, no âmbito da saúde pública, e a justiça social. Mais do que isso, segundo a teoria dos pesos dos princípios,⁶² verifica-se uma estreita relação entre os interesses protegidos e os efeitos pretendidos pelo direito à saúde e à liberdade econômica. A liberdade econômica, sem dúvida, visa garantir a liberdade das pessoas na escolha da profissão e no modo de desenvolvê-la. Todavia, tal liberdade, apesar de ser direcionada pela existência digna, justiça social e defesa do consumidor, tem um interesse mediato, qual seja, o lucro.⁶³ Este fim, objetivo do capitalismo, jamais pode se sobrepor ao dever do Estado e aos interesses das pessoas na garantia da saúde pública. O direito à vida saudável, mormente considerada a criança como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento⁶⁴, é um interesse imediato, visto que o aleitamento materno reduz os índices de mortalidade e doenças infantis. É importante, ainda, observar a prioridade do direito à saúde sob ótica do dano em potencial. A criança estará exposta a dano irremediável ou, ao menos, com a possibilidade de seqüelas, se não atendidas as suas necessidades prementes (v.g. capacidade imunológica propiciada pelo leite materno), enquanto que o empresário poderá buscar seu lucro dentro das mais variadas possibilidades de mercado. Nesta dicotomia, afiguram-se danos de ordens diversas: de um lado a vida e a saúde, que são a base do futuro social, e de outro o enriquecimento empresarial, fruto de uma economia temporária.

Conclui-se, portanto, que a Portaria 2.051/01, do Ministério da Saúde e as Resoluções RDC 221/02 e 222/02, da ANVISA são adequadas e necessárias para a proteção do direito fundamental à saúde.

7. CONCLUSÃO DA ANÁLISE DOS ATOS NORMATIVOS QUE COMPÕEM A NBCAL

A NBCAL intervem na área de proteção do direito fundamental da liberdade econômica. Todavia, embora de caráter limitador, a intervenção é justificada e possui amparo constitucional. Esses atos normativos emanaram de autoridades competentes, vinculando-se,

⁶² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29. Segundo o autor, “quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação.” (p. 44). No mesmo sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89

⁶³ KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000, p.45. Segundo o autor, a principal meta do marketing é atingir o maior objetivo da empresa: o lucro.

⁶⁴ Art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) – “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

assim, materialmente, aos direitos constitucionais. São intervenções permitidas e demonstram a existência de colisão de dois princípios fundamentais: o aleitamento materno, bem constitucionalmente protegido, incorporado no direito à saúde, e o direito de propaganda e publicidade, inserido na liberdade econômica. A medida é clara e concreta. Os textos normativos estudados são de fácil compreensão, possuem objetivos e âmbito de abrangência claro. Diante destas respostas afirmativas, possível a análise da proporcionalidade, que poderá legitimar tal intervenção - intuito deste trabalho - dependendo da adequação e necessidade da NBCAL. Nesse sentido, tem-se que a adequação foi atingida, já que a garantia e o incentivo do aleitamento materno, de forma a priorizar o direito à saúde da criança, foi destacado constitucionalmente, mormente pela doutrina da proteção integral. A relação de meio e fim ficou demonstrada, porquanto através dos atos normativos emanados de autoridades competentes possuem eficácia jurídica para proteger e alcançar o objetivo pretendido: garantia da saúde da criança. Quanto à necessidade, apontou que a influência do processo de marketing, realmente, tem grande poder de persuasão. Atrai e retém o consumidor em compras que se tornam reiteradas e desnecessárias. A embalagem, a cor, a propaganda, a publicidade, tudo faz parte deste processo denominado *marketing*.

Destarte, o Estado, no dever de efetivar prestações positivas, tem que intervir na economia através de atos necessários que priorizem o direito à saúde em relação ao direito de liberdade econômica, que, aliás, deve ser interpretado pelo fundamento da existência digna e da justiça social, além de fazer valer o princípio do consumidor.

Concluindo, se o comportamento contemplado pela Portaria e pelas Resoluções situa-se na área de proteção de um direito fundamental; se os atos normativos em questão intervêm na área de proteção desse 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 a regra da proporcionalidade, há de se afirmar que a Portaria nº 2.051/01 e as Resoluções RDC ANVISA nº 221/02 e RDC ANVISA nº 222/02 são constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ALTO, Luciane A Monte et al. *Aleitação materna no crescimento e desenvolvimento de recém-nato*. Disponível em <http://www.tatianaveira.odo.br/recen_nato.htm>. Acesso em: 26 fev.2004. p. 1-4.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações-Caderno do programa de pós-graduação em Direito da Unimep*, Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 11-30, jan. 2001.

_____. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2003.

_____. ; SABADELL, Ana Lúcia. Tribunal penal internacional e direitos fundamentais: problemas de constitucionalidade. *Cadernos de direito: Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, v. 3, n. 5, p. 241-259,dez. 2003.

ETZEL, Michael; WALKER, Bruce J; STANTON, Willian J. *Marketing*. Tradução Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 2001.

GOLDENBERG, Paulete. *Repensando a desnutrição como questão social*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1989.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Prefácio da 2ª edição, item 06, da obra Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. (Resenha)

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 : interpretação e Crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KOTLER, Philip. *Administração de Marketing*. a edição do novo milênio. Tradução. Bazán Tecnologia e Lingüística. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000.

_____. ; ARMSTRONG, Gary. *Princípios de marketing*. Tradução Arlete Simille Marques e Sabrina Cairo. 9. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

Kramer, M.S. ; et al. Pacifier use, early weaning, and cry/fuss behavior: a randomized controlled trial. JAMA 2001; 286:322-6 In: IBFAN Periódico: *Atualidades em amamentação*, maio de 2003, nº 29, p. 1-4, Editores: Marina Ferreira Rea e Adriano Cattaneo, preparado por The Geneva Infant Feeding Baby Food Action Network-IBFAN.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplante de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

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

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Recursos Hídricos: Direito Brasileiro e Direito Internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito*: cadernos do curso de mestrado em direito da UNIMEP, n. 5, p. 16-45, dez. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário Constitucional e Administrativo*. V. 14, p. 361, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.

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

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOKOL, Ellen J. *Manual del código: guía para la redacción de medidas para la aplicación del código internacional de comercialización de sucedáneos de la leche materna*, por Anne Chan. La Paz: Imprensa Offser Full Color, 1997.

_____. *Em defesa da amamentação: Manual para implementar o código internacional de comercialização de substitutos do leite materno*, por Isabel Allain. São Paulo : IBFAN – International Baby Food Action Network, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Ver. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2003.

_____. *Reforma do Poder Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça - comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005

_____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

_____. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

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

VENÂNCIO, Sônia Isoyama e al. Frequência e determinantes do aleitamento materno em municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 36, n. 3, p. 313-318, 2002.