

O COMBATE À OBESIDADE PELA VIA ESTATAL: INFRINGÊNCIA AO DIREITO A NÃO SER SAUDÁVEL?

Gabriel Accioly Gonçalves

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: O presente artigo analisa a viabilidade constitucional da adoção pelo Estado de medidas de combate à obesidade. Pretende-se demonstrar como tanto os antecedentes metajurídicos como os dispositivos constitucionais pertinentes ao tema de estudo são múltiplos e apontam em direção a soluções conflitantes no que tange a seu tratamento normativo. Mediante a análise de medidas de combate já especificamente adotadas no Brasil e alhures, defende-se que o equacionamento constitucionalmente adequado desse conflito depende da formulação de soluções que, respeitando as margens de ponderação do legislador e o princípio da proporcionalidade, sejam aptas a harmonizar a autonomia individual e o dever/interesse estatal de promoção da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Obesidade. Combate estatal. Autonomia. Saúde. Paternalismo.

Introdução: breve incursão sobre os antecedentes metajurídicos do tema de estudo

Poucos ideais possuem um grau de adesão tão consistente nas sociedades liberais como o da liberdade. A noção vinculada de que o indivíduo possui a capacidade moral de eleger concepções próprias acerca do que constitui uma vida boa e deve ser livre para exercê-la (RAWLS, 2009, p. 110) é tomada como axioma a partir do qual se erigem projetos existenciais. O indivíduo liberal, assim, concebe-se como titular de um espaço pessoal exclusivo, no âmbito do qual deve ter o poder de tomar decisões que afetem somente si próprio (FEINBERG, 1986, p. 28). É possível considerar a obesidade em pessoas adultas como resultante de decisões contidas nesse espaço de auto-domínio, as quais, em seu conjunto, constituem seus hábitos alimentares.

Nessa linha, apesar de ser classificada pela literatura médica como uma doença,¹ tentativas de moldar condutas alheias autorreferentes que conduzam a tal estado físico são percebidas, numa visão pró-autonomia, como ultrajantes violações de um dever geral de não interferência no mencionado espaço pessoal, constituindo forma de tratamento infantilizado do indivíduo, cujas aptidões morais estariam sendo desrespeitadas. Já os defensores de tais medidas de intervenção costumam partir da premissa da falibilidade humana, quer na eleição das escolhas que proporcionarão uma vida boa quer na capacidade de adequação entre os ideais normativos concebidos pelo indivíduo a respeito de como se governar e as condutas que este, efetivamente, pratique rotineiramente. Instaura-se um cenário de disputa entre vertentes do ideal de autonomia e de práticas tachadas como paternalistas.

Das vertentes teóricas de fundamentação do postulado de autonomia individual, provavelmente a mais conhecida delas foi formulada por Stuart Mill (2011). A proteção à autonomia, na teoria desse autor, é baseada no princípio do dano, de acordo com o qual somente condutas que provoquem danos diretos a terceiros podem legitimamente ser sujeitas à interferência estatal com o intuito de vedação. Já os atos que afetem

apenas o próprio indivíduo, bem como os que ocasionem danos meramente indiretos - assim compreendidos os atos que, embora precipuamente só digam respeito a quem os executa, acabem por resvalar sobre outros, como os maus exemplos - não devem se sujeitar a intervenções alheias.²

Indo além da concepção de Mill, Joel Feinberg (1982, p. 28) compreende que restrições à liberdade são legítimas para conter não só danos, mas também condutas profundamente ofensivas, compreendidas como as que provoquem o choque ou a repulsa, tais como, em sua opinião, o vilipêndio de cadáveres e a exaltação pública de emblemas odiosos. Segundo Feinberg, ainda, o termo "autonomia" envolve - entre outras ora pouco pertinentes - três dimensões: a) a capacidade de se governar, compreendida como a habilidade de fazer escolhas racionais; b) a autonomia enquanto direito, dimensão que requer um transplante do conceito de teoria geral do Estado de soberania para a esfera do indivíduo, cujo domínio sobre um conjunto de elementos pessoais (entre os quais, o mais básico reconhecido pelo autor é o próprio corpo) deve ser reconhecido; e c) o autogoverno individual enquanto condição de fato.

Mesmo se presentes as duas primeiras dimensões, quanto ao terceiro aspecto, as pessoas podem, do ponto de vista fático, possuir graus distintos de autonomia, por circunstâncias alheias à sua vontade, como a sorte e a presença ou não de dependência material do auxílio de terceiros por razões de grave hipossuficiência econômica. Prossegue o autor afirmando que, em cenários de razoável atendimento a esses pressupostos, as pessoas serão tanto mais autônomas quanto melhor desenvolverem e praticarem certas virtudes atreladas ao ideal de autonomia - entre as quais, o autocontrole ou disciplina e a autenticidade moral, compreendida a última como a aptidão do indivíduo de atingir suas convicções morais através de reflexões próprias, e não por uma absorção acrítica de visões alheias.

De forma contraposta, as teorias que partem da negação da autonomia, ou do entendimento de que esta pode se submeter a limitações mais ou menos extensas em razão de outros fatores que a ela se sobreponham, são descritas como paternalistas. Em sentido *lato*, o termo "paternalismo" costuma ser associado à noção de limitações à autonomia individual justificadas pela promoção de um bem ou contenção de um dano que seria ocasionado àquele em cuja liberdade se promova uma restrição, independentemente da sua vontade. Diversas medidas de natureza qualitativamente distinta costumam ser incluídas nesse mesmo espectro conceitual, do que decorre a formulação de múltiplas classificações atinentes às modalidades de paternalismo. Limitando-se somente ao que guarda relação direta com o objeto deste estudo, uma forma de enquadrar tais medidas é separando-as como expressões de um paternalismo *soft* ou *hard*. Tal distinção diz respeito às condições sob as quais o paternalismo é justificável.

Dessa forma, para os defensores do paternalismo *soft*, medidas dessa natureza só são legítimas quando necessárias para atestar se a agência da pessoa com a qual se interfira é consciente e voluntária. Já a modalidade *hard* de paternalismo admite a existência de razões fortes o suficiente para provocar a proibição de certas ações, mesmo se assegurado que decorram de uma escolha informada. Para ilustrar essa distinção,

costuma-se citar o exemplo do indivíduo que esteja prestes a atravessar uma ponte em ruína, não sendo possível comunicá-lo a tempo o perigo da travessia (MILL, 2011, p. 163). Um paternalista *soft* defende que, nesse caso, é aceitável coativamente impedi-lo de atravessar a ponte. Se, contudo, mesmo ciente das condições, ele desejar atravessar a ponte, aquele deverá admiti-lo. Já numa visão de paternalismo *hard*, admite-se que se impeça o cruzamento da ponte mesmo estando o transeunte consciente de que esta provavelmente desmoronará, por razões como a prevenção do suicídio (DWORKIN, 2010). Há, portanto, maior margem de respeito à autonomia individual nas hipóteses de paternalismo *soft*.

Outra classificação pertinente é a da modalidade dita libertária de paternalismo. Trata-se de vertente que busca preservar a liberdade individual dos destinatários das medidas dessa natureza. Para tanto, no lugar de se proibir ou impor condutas, apenas se estimula a adoção de comportamentos reputados preferíveis. Argumenta-se que, em não havendo coerção envolvida, o paternalismo, na modalidade libertária, seria aceitável para os defensores da liberdade de escolha. O aspecto paternalista reside na defesa de que é legítimo influenciar comportamentos de modo a promover vidas mais longas, saudáveis e melhores. O exemplo clássico de medida paternalista libertária de contenção da obesidade, mencionado por Sunstein e Thaler (2009, p. 11), formuladores dessa corrente teórica, é: em vez de um estabelecimento deixar de comercializar alimentos de alto índice calórico, meramente organizá-los de modo que fiquem em menor evidência do que as opções menos engordativas e mais saudáveis, experimento já adotado em certos contextos e que obteve resultados positivos na redução do consumo de alimentos reputados como escolhas ruins. Como se verá, medidas normativas de combate à obesidade que vêm sendo adotadas no Brasil e em outros países podem ser agrupadas com base nessas categorias. A intensidade do viés paternalista repercutirá na avaliação da constitucionalidade dessas medidas.

Caminha em uma direção semelhante ao argumento paternalista de promoção de um bem ao indivíduo a defesa de limitações à liberdade a fim de se promover a saúde. Em certo sentido, os argumentos parecem se confundir: promover saúde a um indivíduo é conferir-lhe um bem. Defensores do paternalismo apropriam-se dessa consideração para sustentar que a saúde é, mais especificamente, um bem de caráter instrumental à vida humana, pressuposto para que o ser humano tenha condições de perseguir seus verdadeiros fins existenciais, fato que justificaria a imposição estatal de formas de promovê-la (CONLY, 2013). A falibilidade dessa tese parece residir em sua difícil harmonização com o fato de que diversas pessoas adultas podem adotar estilos de vida não saudáveis, elegendo hábitos que, embora danosos a seus organismos a longo prazo, maximizem seu prazer diário.³ Para esse grupo, o suposto meio que o Estado lhes proporcionaria com a finalidade de os equipar para permitir que exerçam seus fins existenciais acabaria, em verdade, entrando em colisão com estes.

O repúdio a tais modos de vida como irracionais e, portanto, inconcebíveis de serem endossados por pessoas bem ajuizadas, associado a tentativas de imposição de outros hábitos aos indivíduos, representaria nada mais que uma presunçosa forma de desprezo ao pluralismo de concepções sobre o que caracteriza uma vida como boa.

Com efeito, é possível sustentar que, caso uma pessoa deseje pautar sua vida pelo atendimento de suas vontades, o sentido de sua existência será medido através da correspondência entre estas e as atividades que usualmente realiza - ainda que, perante a ótica de terceiros, pareçam desprovidas de sentido. O ponto é ilustrado através de uma imagem extrema por Richard Taylor (2000, p. 319), que, adaptando o conhecido mito de Sísifo - amaldiçoado pelos deuses a passar toda a eternidade carregando um pedregulho para o topo de uma montanha, somente para que a rocha ao final deslize até o início daquela, repetindo-se esse curso de ações em um ciclo eterno -, imagina cenário alternativo em que os deuses, caridosamente, decidem injetar em Sísifo uma substância que lhe confira um ímpeto e prazer permanente na atividade de carregar pedras. Como argumenta Taylor, embora a vida do personagem nesse segundo cenário pareça a um observador externo desprovida de significado, ela ainda assim o terá para Sísifo, em virtude da correspondência entre suas ações e vontades.

A alegoria serve como embasamento para sustentar a caracterização de quaisquer estilos de vida que, sem produzir danos a terceiros - conquanto pareçam excêntricos ou, mesmo, simplesmente ruins -, deem sentido à vida da pessoa que baseie sua rotina em maximizar seu prazer.⁴ Tal pensamento expõe a derrotabilidade do uso do argumento paternalista para sustentar a promoção estatal da saúde com a finalidade de contenção da obesidade de forma contrária à vontade dos indivíduos.

Entretanto, o argumento de que o provimento da saúde pelo Estado é critério idôneo para a operação de restrições à liberdade direcionadas ao emagrecimento populacional pode ser embasado em outros fundamentos que não os de natureza paternalista. De fato, tal interesse do Estado pode ser justificado tanto por outras razões de cunho filosófico, como por motivações econômicas. Em relação às últimas, é usual que defesas de medidas interventivas venham acompanhadas de dados relativos ao aumento significativo dos índices populacionais de pessoas obesas,⁵ do que decorreria um incremento insuportável de custos ao sistema de saúde pública, cuja contenção justificaria limitações à liberdade com o objetivo de reduzir gastos em tratamentos relacionados a essa doença.

Nessa perspectiva, menciona-se que, da obesidade, decorreriam tanto custos diretos de tratamento da doença, arcados pelo setor público de saúde, quanto indiretos, tais como pensões por invalidez; recursos que deixariam de ser produzidos por pessoas cujo rendimento laboral é prejudicado ou que venham a falecer prematuramente em virtude de seu peso; bem como gastos atrelados ao tratamento de comorbidades. Em linguagem econômica, os custos decorrentes da obesidade seriam, assim, uma externalidade negativa ao sistema de saúde pública, elevando a quantidade de recursos necessários a seu custeio. Consequentemente, como forma de remediar tal quadro, sustenta-se que pessoas obesas deveriam contribuir mais intensamente ao financiamento desse sistema (MAZZOCHI; TRAILL; SHOGREN, 2009, p. 42).

Além da correção normativa dessa tese ser passível de confrontação com diversas objeções, como o seu caráter utilitarista e a vulneração a princípios de justiça,⁶ os dados empíricos em que se sustenta são, igualmente, contestados. Assim, em linha oposta, outros estudos afirmam que, embora estatisticamente provoquem gastos anuais em

saúde pública superiores ao restante da população, em virtude de sua expectativa de vida menor os obesos geram, no cômputo total de suas existências, um custo inferior ao das demais pessoas. Desse modo, de acordo com esse segundo grupo de estudos, a obesidade provocaria, diversamente, uma externalidade positiva ao sistema de saúde pública (FINKELSTEIN; RUHM; KOSAL, 2005, p. 248). Nesse segundo cenário, portanto, restrições normativas à liberdade individual com o objetivo de reduzir quantitativos populacionais de sobrepeso, se é que se justificam, devem se assentar em argumentos diversos dos de natureza econômica.

Fora do debate econômico, a filosofia política fornece outros argumentos passíveis de emprego para fundamentar a defesa da adoção de medidas estatais coercitivas contra a obesidade. Trata-se de linhas de pensamento a respeito da responsabilidade individual. Na vertente teórica do liberalismo igualitário, um postulado defendido é de que as pessoas devem ser responsabilizadas pelas consequências de suas escolhas, por constituir tal uma exigência da justiça. De forma atrelada, não se admite, segundo essa visão, que eventuais custos decorrentes da preguiça ou imprudência de uma pessoa venham a ser arcados por terceiros (KYMLICKA, 2001, p. 93). Aplicando-se esse raciocínio ao caso da obesidade, na medida em que esse estado físico decorre de condutas individuais as quais, usualmente, as pessoas tenham decidido livremente adotar, seriam injustos o custeio público de tratamentos de saúde, pensões por invalidez ou quaisquer gastos ocasionados por conta dessa doença, já que esta é fruto de uma escolha individual, cujos eventuais malefícios devem ser arcados exclusivamente por quem assim decidiu viver.

Contudo, tal proposição, apresentada com esse grau de simplicidade, incorre em um atalho argumentativo. É que esta, implicitamente, assume como premissa uma entre várias visões existentes a respeito de um debate correlato e anterior a esse, qual seja, o de se o estado físico obesidade é resultado exclusivamente de escolhas individuais ou se fatores do ambiente onde dada pessoa esteja inserida em sua vida rotineira, sobre os quais ela não tenha controle, repercutem sobre suas ações. Numa versão forte da segunda hipótese, isto é, se entendido que a obesidade é mero resultado de um ambiente que induza as pessoas a esse estado, os obesos não seriam responsáveis por atingir esse estado físico, nem pelas consequências dele decorrentes (BROWNELL; HORGAN, 2004, p. 67). Essa segunda conclusão constitui aplicação da face inversa do princípio da responsabilidade: as pessoas não devem ser responsabilizadas por decorrências de circunstâncias sobre as quais não tenham controle. Há, ainda, como ensina Kymlicka (2001), proposições intermediárias, como a de que também não devem ser responsáveis pelas consequências dos seus atos as pessoas cujas capacidades e preferências não tenham sido desenvolvidas em condições justas.⁷ No Brasil, o fato de haver uma superconcentração de obesos entre os setores menos abastados da população, conforme já explicitado (v. nota 5) indica que esse estado físico não é decorrência exclusiva de uma escolha imune a influências socioambientais. Da mesma forma, nos Estados Unidos, estudos apontam que os maiores índices de obesidade também são verificados entre as camadas mais pobres da população e com menores níveis de educação formal (DREWNOWSKI; SPECTER, 2004, p. 6). O quadro empírico apresentado também se verifica em outros países.⁸

Como se vê, esse último campo de indagação (do que resulta a obesidade), longe de comportar respostas unívocas, é complexo e sujeito a entendimentos conflitantes, cujas decorrências não são plenamente amoldáveis entre si. Trata-se, em verdade, de questão que pode ser reconduzida à acirrada e infindável disputa entre visões que defendem a existência de um livre arbítrio *versus* teorias deterministas e, de forma associada, em que hipóteses é devido atribuir responsabilidade aos indivíduos.⁹ Não é viável, ante a breve extensão desse estudo, ingressar com maior profundidade nesse inquietante debate. Cabe, contudo, mencionar como aplicações dele se verificam no campo da obesidade.¹⁰

Neste sentido, teóricos que enfatizam a influência de elementos externos ao indivíduo como determinantes de suas escolhas abordam a autonomia individual como uma ilusão, uma espécie de álibi mal intencionado empregado por grupos de *fast food* para legitimar a imposição do consumo de seus produtos nocivos à saúde à população, a qual, diante da achapante quantidade de propaganda e influências a que é submetida, é incapaz de resistir. Segundo essa linha, a obesidade seria, em larga medida, fruto de um ambiente tóxico, e não de escolhas pessoais.¹¹ Essa linha argumentativa tem retirado seu suporte teórico de um conceito da Psicologia Social denominado situacionismo, segundo o qual o comportamento humano decorre em maior medida de fatores externos e da tentativa das pessoas de a eles responderem, bem como de impulsos momentâneos, do que de características pessoais estáveis (ARKUSH, 2008, p. 1280).

Defensores do situacionismo atacam as correntes que associam a obesidade ao exercício da autonomia individual. Sustentam que tal concepção abre margem à discriminação: caso assim fosse, pessoas obesas seriam moralmente inferiores, já que teriam abdicado das virtudes da disciplina e auto-controle em favor da gula e da preguiça.¹² Como reforço dessa tese advinda da Psicologia Social, colhem-se, também, argumentos da literatura médica, que têm por objetivo defender o caráter viciante de certos alimentos. Adotando por metodologia a comparação dos efeitos desses alimentos em seres humanos com os causados por substâncias entorpecentes ilícitas, sustentam estudos que a diferença quanto ao grau de dependência produzido por cada uma dessas substâncias seria meramente quantitativa (PELCHAT, 2009, p. 620).

Entretanto, salvo em modalidades extremas da visão determinista aplicada a esse contexto, a aceitação desses conteúdos advindos da Psicologia Social não implica, necessariamente, uma negação da autonomia. De fato, os teóricos do paternalismo libertário, já abordado, partem de premissa similar, qual seja: o ambiente de escolha influencia a tomada de decisão (*e.g.*, no caso de alimentos, a forma como estes são dispostos). Todavia, admitir a existência dessas influências não significa que as pessoas cujos hábitos alimentares conduzam à obesidade sejam desprovidas de autonomia, ora manifestada na capacidade de eleição racional entre alternativas. Isso porque há, de fato, vantagens envolvidas no consumo de *fast food* - tais como, *v.g.*, o sabor e o prazer proporcionado, a conveniência de não se gastar tempo e energia preparando a própria comida e, em regra, o preço baixo (PHILIPSON; POSNER, 2008, p. 979).

Outra forma que, em alguns sentidos, se opõe ao situacionismo de abordar o tema da obesidade é a da chamada teoria da escolha do consumidor (*consumer choice theory*). Nessa vertente, o indivíduo-consumidor é concebido como alguém capaz de avaliar os resultados de suas escolhas e, com base nisso, decidir entre alternativas. Para a realização de escolhas, os consumidores tendem a estabelecer hierarquias entre as decisões possíveis, mensurando as relações de custo e benefício de suas alternativas. Especificamente quanto à escolha de alimentos, afirma McCann (2004, p. 1.177) que o processo de decisão envolve três aspectos: a) preferências individuais, isto é, quais qualidades em alimentos um consumidor valore mais positivamente (*e.g.*, sabor, teor nutritivo), desconsiderando outras variáveis; b) possibilidade de consumo, que diz respeito a quais opções de fato estão disponíveis ao consumidor, isto é, ao preço e à oferta dos alimentos; c) a tomada de decisão em si: que tende a se consubstanciar na interseção entre os dois fatores anteriores. Assim, medidas coercitivas voltadas a moldar os hábitos alimentares de uma pessoa tendencialmente esbarrariam no elemento “a” acima. Ou seja, as preferências do indivíduo seriam subordinadas às do agente de coerção, vulnerando-se o processo de escolha e, *a fortiori*, a autonomia.

Desse modo, a incursão sobre os antecedentes metajurídicos ao presente tema objeto de investigação revela que estes são repletos de espaços de disputa e incerteza. Cada uma das vertentes apresentadas a respeito da autonomia e do paternalismo, bem como do situacionismo e teorias de escolha do consumidor, tende a desembocar em soluções contrapostas. Qual deve ser a postura normativa do Estado diante disso?

1 O combate à obesidade em perspectiva constitucional

A Constituição Federal nada dispõe, expressamente, a respeito do tema obesidade. É viável, contudo, fundamentar a noção de que condutas autorreferentes, que conduzam a esse estado físico, sejam alvo de proteção constitucional em virtude da força normativa do direito fundamental à liberdade (art. 5º, *caput*, CF88). É possível extrair desse princípio uma liberdade geral de ação do particular, da qual decorre que toda lei que venha a restringi-la de alguma forma passe a ser encarada como uma restrição a tal direito, submetendo-se, ao teste da proporcionalidade (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 100). No direito geral de liberdade, por sua vez, estaria albergada a conduta de se adotar um estilo de vida que tendencialmente conduza à obesidade.¹³ Nessa linha, vozes já se levantam na doutrina para defender a existência de um direito emanado da liberdade a se ter sobrepeso (TIROSH, 2012, p. 267). Em contrapartida, o texto constitucional elenca, também, um dever estatal de promoção da saúde (art. 196).

Sendo a obesidade um estado não saudável, leis que adotem a finalidade de combatê-la não são nem claramente proscritas nem evidentemente impostas pela Constituição. Tal não significa, contudo, que, na hipótese de criação de normas a esse respeito, os meios que o legislador adote não sejam passíveis de esbarrar em proibições ou, ainda, dar concretude a deveres insculpidos em seu texto. Uma terceira alternativa viável é a medida adotada pelo legislador situar-se em um ponto de indiferença constitucional,

hipóteses em que o ato normativo não é tido nem como constitucionalmente obrigatório nem como vedado, mas sim, simplesmente, possível. Essa última alternativa é apanágio da concepção de Constituição como ordem-moldura e ordem fundamental em sentido qualitativo, consoante a sistematização teórica de Robert Alexy (2008, p. 579), adotada nesse estudo. A primeira conceituação diz respeito à circunstância de que a Lei Maior não se caracteriza exclusivamente por emitir mandamentos proibitivos ou impositivos, mas contempla, também, âmbitos de liberdade de ação do legislador, o qual, por força do princípio democrático e da separação de poderes, deve contar com um amplo espaço de configuração da ordem jurídica. Já o segundo conceito enuncia que a Constituição contém somente as decisões mais fundamentais para dada comunidade, e não sobre toda e qualquer questão jurídica que venha a surgir.

Mediante essas concepções a respeito da Constituição, que são compatíveis entre si, abre-se o espaço ao reconhecimento de margens de ação do legislador, isto é, de realização de escolhas discricionárias no que tange à tomada de decisões que repercutirão nos rumos da comunidade. Como ensina Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 354), as margens de ação epistêmicas do legislador podem ser de tipo normativo e de natureza empírica. A primeira delas indica que, ao legislar sobre temas em relação aos quais haja incerteza a respeito do que o texto constitucional determina, deve o Parlamento conter uma margem a respeito de como interpretá-lo. Já a segunda postula que se deve atribuir ao legislador um espaço para efetuar escolhas no tratamento normativo de assuntos cujos aspectos empíricos ou científicos subjacentes sejam caracterizados pela existência de incertezas. Dessas margens de ação defluem espaços de ponderação do legislador, os quais devem ser respeitados em aferições judiciais da constitucionalidade de leis que versem sobre temas em que aquelas se manifestem.

Como visto no tópico anterior, os antecedentes empíricos e científicos que repercutem sobre o presente objeto de estudo são marcados por incertezas. Também do ponto de vista normativo, é possível afirmar que o mero cotejo entre as normas constitucionais mencionadas acima revela a existência de dúvidas a respeito de como interpretar o texto da Lei Maior no que tange à viabilidade de adoção de medidas de combate à obesidade. Ou seja, trata-se de tema em que devem ser reconhecidas as duas margens de ação do legislador. Contudo, isso não significa que a margem de discricionariedade legislativa seja ilimitada. É que uma permissividade excessiva em relação à apreciação de dados controlados pelo Poder Legislativo implicaria uma admissão de restrições muito intensas a direitos fundamentais baseadas em premissas extremamente incertas, o que colidiria com o compromisso da Constituição de proteger e promover esses direitos. Essa é uma manifestação da tensão entre democracia e direitos fundamentais.

Como parâmetro de equilíbrio desse conflito, Alexy (2008, p. 617) propõe a chamada Lei Epistêmica do Sopesamento: “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”. Essa máxima informa o modo de aplicação dos subprincípios da adequação e necessidade referentes ao princípio da proporcionalidade, indicando que o Poder Judiciário, como regra, deve se pautar por não invalidar leis que, meramente,

tratem de temas em relação aos quais pairam incertezas empíricas não sendo possível atestar com segurança absoluta se a medida adotada é idônea ou necessária para atingir o fim a que se destina. Ao revés, devem os tribunais declarar a violação à proporcionalidade nas situações opostas - isto é, somente nas hipóteses de certeza empírica a respeito da inadequação ou desnecessidade -, casos que, por gerarem uma limitação a um direito fundamental sem qualquer contrapartida de otimização de outro princípio contraposto, são proibidos pela Constituição.

Essas são, em esforço de síntese, as premissas teóricas e a moldura normativa geral norteadoras do restante do presente estudo. A seguir, passa-se a tratar de medidas específicas de combate à obesidade, cada uma envolvendo aspectos normativos e empíricos próprios, do que decorre a necessidade de realização de exames em apartado. Os mecanismos abordados foram organizados em dois grandes grupos: os que se limitam ao (des)estímulo a comportamentos e os que se pautam por proibições. Embora a exposição tenha como ênfase medidas constrictivas direcionadas a pessoas adultas, serão feitas menções, também, àquelas que incidam sobre menores.

2 Mecanismos brandos de combate à obesidade: estímulo e desestímulo a comportamentos: obrigatoriedade da exposição do conteúdo nutricional dos alimentos

A obrigatoriedade de exposição dos conteúdos nutricionais de alimentos tende a ser, dentre as medidas de combate à obesidade, a que conta com maior grau de aceitabilidade. Afinal, trata-se de medida que promove o direito à informação, de estatura constitucional (CF88, art. 5º, XIV). Milita não contra, mas a favor da autonomia, ao permitir que os consumidores realizem escolhas informadas, o que, em tese, estimularia a adoção de estilos de vida mais saudáveis. Permitir que opções pessoais sejam feitas de maneira mais autônoma, no lugar de o Estado simplesmente realizar escolhas alimentares no lugar do consumidor, é uma medida que, no que tange às liberdades individuais, não encontra obstáculos no marco constitucional.

No Brasil, uma forma de aplicação dessa medida foi estabelecida através da imposição do dever de rotulagem nutricional de alimentos, o qual foi objeto de regulamentação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), através da Resolução nº 360/2003. Como dispõe essa resolução (art. 2º), a rotulagem deve conter informações acerca do valor energético, carboidratos, proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans e sódio dos alimentos. Contudo, essa obrigação de exposição do conteúdo nutricional não se dirige a todas as formas de comércio de produtos alimentícios. A própria resolução ressalva que se excluem do seu âmbito de aplicação os alimentos preparados e embalados em restaurantes e estabelecimentos comerciais, prontos para consumo. Surge, com isso, um questionamento: deveria tal obrigação ser imposta somente a vendedores de produtos industrializados, ou também aos alimentos servidos em restaurantes?¹⁴

A esse respeito, Richard Epstein (2005, p. 1.376) defende a exoneração dos restaurantes dessa obrigação, argumentando que seria operacionalmente inviável impor a

estabelecimentos dessa natureza que informassem os componentes nutricionais das refeições que servissem. O autor questiona, como forma de demonstrar as dificuldades práticas de uma obrigação como tal, se seria necessário reformular o conteúdo exposto conforme fossem alterados os fornecedores dos produtos utilizados, ou os cozinheiros, que presumivelmente utilizam modos de preparo distintos para os alimentos, entre outros fatores que repercutem sobre os componentes nutricionais finais do prato. Entretanto, não se concorda integralmente com Epstein nesse aspecto. De fato, a pertinência de tais críticas é substancialmente reduzida no caso de redes de *fast food*, nas quais há uma intensa padronização quanto aos produtos utilizados e a seu modo de preparo, viabilizando, assim, estimativas razoavelmente precisas de componentes calóricos e nutricionais (MELLO; STUDDERT; BRENNAN, 2005, p. 2.607). No município do Rio de Janeiro, há decreto impondo tal obrigação a restaurantes *fast food* (Decreto nº 23.148/03, art. 1º).

De forma crítica a essa medida, há linha argumentativa que sustenta a suposta insuficiência de se prover informações aos consumidores. Alega-se que parcela da população com baixo grau de instrução não seria capaz de extrair conclusões das informações constantes dos rótulos. Nessas hipóteses, estar-se-ia agindo não por uma escolha informada e deliberada de, não obstante os alegados malefícios de certos alimentos, ainda assim consumi-los, mas por outros fatores como preço, praticidade, sabor ou mera incompreensão. Por conta disso, outras medidas de desestímulo ao consumo de alimentos de alto índice calórico são defendidas. Nessa linha, pode-se cogitar a imposição de se apor nos rótulos símbolos como caveiras, que indiquem o caráter não saudável de certos produtos. Tal medida já não estaria, contudo, no campo do direito à informação, mas no da contrapropaganda, objeto de menção no tópico seguinte. Adianta-se, contudo, que iniciativas nessa última linha no Brasil não obtiveram sucesso, vindo a ser invalidadas judicialmente.¹⁵

2.1 Restrição da publicidade de alimentos gordurosos

De modo distinto e, em certos aspectos, oposto às medidas de imposição da exposição do conteúdo nutricional de alimentos, verifica-se a defesa da restrição à publicidade de alimentos não saudáveis como medida de combate à obesidade. Trata-se de mecanismo restritivo da propaganda comercial, a qual, segundo Clèmerson Merlin Clève (2006, p. 226), implica um direito de produzir e veicular discurso publicitário. A propaganda comercial é protegida pela Constituição Federal brasileira (art. 220, § 2º).

Entretanto, apesar de o mencionado dispositivo da Lei Maior expressamente proibir a censura, tal não deve conduzir a uma leitura absolutizante da liberdade de expressão, na medida em que isso acarretaria uma anulação dos direitos fundamentais com esta conflitantes, circunstância inadmissível ante o princípio da unidade da Constituição. De toda forma, em razão da sensível importância de tais direitos para a ordem democrática inaugurada após o período ditatorial antecedente, a CF88 cuidou de disciplinar as restrições a tais direitos, tanto no que tange à forma pela qual esta se realize,

quanto do conteúdo dos temas sujeitos a limitação. Nesse sentido, estabelece o § 3º, II, do art. 220 do texto constitucional a competência do legislador federal para dispor sobre os meios de proteção dos indivíduos contra a propaganda de produtos nocivos à saúde, indicando, na mesma linha, o § 4º do art. 220: “[A] propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

Uma primeira leitura do § 4º poderia conduzir à conclusão de que a propaganda comercial de produtos não contidos em seu texto – como produtos alimentícios em geral – não admite restrições, uma vez que a Constituição teria taxativamente indicado os temas sujeitos à conformação do legislador.

Tal não parece, contudo, ser a melhor solução, por três motivos. O primeiro deles é colhido da teoria geral das restrições a direitos fundamentais, a qual é assente no sentido de que, além das restrições expressamente autorizadas pela Constituição, há também hipóteses de restrições implicitamente autorizadas, decorrentes da natural tendência de direitos fundamentais colidirem entre si, o que demanda um esforço de harmonização (PEREIRA, 2006, p. 212). Assim, *v.g.*, tendo em vista o direito à informação e a proteção constitucional à autonomia individual, parece fora de dúvida que a proteção constitucional à propaganda comercial não se estende a ponto de albergar a possibilidade de se mentir sobre o produto que, através da publicidade, se intente vender ao consumidor por meio de manipulações.¹⁶ O que se postula é que esse âmbito de restrições implicitamente autorizadas envolve outras dimensões para além das hipóteses de propaganda enganosa ou abusiva, tais como a limitação da propaganda de outros produtos prejudiciais à saúde, e não somente aqueles elencados no dispositivo acima mencionado.

Afinal, a determinação constitucional de restrição ao direito à veiculação de propaganda comercial no que diz respeito a tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias apresenta como *ratio* a promoção da saúde, dever estatal expressamente imposto pela Constituição (art. 196). Por esse dispositivo ter carga normativa própria, sua observância produz como efeito natural a imposição de limitações à propaganda de produtos nocivos à saúde em geral, independentemente de elencamento expresso.

Tal está conectado ao segundo motivo pelo qual o marco constitucional não parece proscrever quaisquer restrições à propaganda de alimentos, que diz respeito ao fato de que, ao legislar sobre outras matérias de estatura constitucional, as normas adotadas podem impactar a liberdade de veiculação de propagandas comerciais. Nesse sentido, em certas hipóteses, entre as quais se destaca a defesa do consumidor, inclusive de sua saúde, a Constituição impõe a sua proteção pela via legislativa (art. 5º, XXXII). Uma forma possível de cumprimento desse dever constitucional é mediante a adoção de leis cujos efeitos reflexos seja a imposição de limitações à liberdade de expressão comercial, através de restrições em geral, ou, ainda, medidas como as chamadas “cláusulas de advertência”, compreendidas como as que objetivam alertar o consumidor sobre alguma circunstância do produto, como seu caráter nocivo à saúde (CLÈVE, 2006, p. 241).

Por fim, o terceiro motivo pode ser descrito como o argumento topográfico. Este se reflete na circunstância de que, estando a disposição segundo a qual compete à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos nocivos à saúde em parágrafo distinto e anterior ao que consagra a restringibilidade da propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, aquela não deve ser interpretada como limitada à produção de efeitos em relação a esses temas. Trata-se, isso sim, de limite à propaganda comercial de forma geral.

Outra via mais polêmica de tratamento do tema é a defesa do puro e simples banimento da propaganda de alimentos de alto índice calórico e prejudiciais à saúde. Nesse ponto, tomando-se emprestadas as lições de Barroso (2001, p. 248) acerca do banimento à publicidade de cigarro, que, no ponto podem ser transplantadas à temática dos alimentos, cabe mencionar a existência de estudos segundo os quais o banimento da publicidade de produtos produziria efeitos deletérios diversos. Dentre esses, destaca-se que se trataria de uma medida anticoncorrencial, ao congelar o mercado no estado em que se encontra no que tange à participação de cada comerciante na quantidade de vendas do produto cuja publicidade se proíba, favorecendo a dominação do mercado pelo concorrente mais forte e dificultando a inserção de grupos menos consagrados.

Além disso, informa-se que, como regra, o banimento da publicidade não reduziria o índice de consumo de cigarro, que, pelo contrário, teria continuado a crescer, reduzindo-se, ao revés, o grau de esclarecimento do público que decide começar a fumar. No campo da obesidade, da mesma forma, há estudos que sustentam que o banimento da publicidade de alimentos não provocou uma redução da obesidade, cujos índices, pelo contrário, permaneceram em expansão nos locais onde tal prática foi adotada (ZYWICKI; HOLT; OHLHAUSEN, 2004, p. 991). Tais dados apontam no sentido de que o banimento de publicidade não seria adequado para produzir o fim a que se destina, *i.e.*, reduzir o consumo de alimentos não saudáveis. Entretanto, deve-se ressaltar que essa suposta inidoneidade não constitui uma certeza entre os estudiosos do assunto, não constituindo esse argumento, então, razão suficiente para considerar leis que promovam o banimento da propaganda de alimentos não saudáveis um meio inadequado de se atingir a finalidade de promoção da saúde.

De toda forma, superando-se a análise empírica, o texto constitucional, como visto, empregou o termo *restringida*. A interpretação literal do dispositivo, portanto, indica que violaria a Lei Maior ser a publicidade de algum produto *banida*, dado que os termos banimento e restrição não são sinônimos. Ademais, para além do argumento literal, a manutenção da publicidade, ainda que de forma restringida, associada ao controle da veracidade dos dados veiculados, parece ser normativamente superior à eliminação da propaganda, ao contribuir para o direito à informação e, em última análise, à autonomia do consumidor.

Não obstante, a conclusão apresentada será verdadeira ou não conforme o grupo a que se destine a propaganda. Não se pode empregar argumentos que se baseiem na observância da autonomia em relação, *e.g.*, a crianças, que presumivelmente não são

capazes de avaliar criticamente o conteúdo da mensagem que lhes é dirigida. Com base nessa constatação, defende-se mais arduamente o banimento da publicidade de *fast food* dirigida ao público infantil.¹⁷ Contra essa medida, costuma-se lançar o argumento de que, da mesma forma que crianças não são autônomas para discernir dados atinentes ao valor nutricional de produtos, também não o são para selecionar seu próprio alimento, de modo que a obesidade infantil seria decorrência de um modelo de criação que conduza a tal.¹⁸

2.2 Taxação de alimentos gordurosos

Outra medida de desestímulo a condutas que conduzam à obesidade adotada em certas localidades é a sobretaxação de alimentos gordurosos. Numa primeira modalidade, tais taxas poderiam recair indistintamente sobre alimentos considerados não saudáveis, por terem em sua composição doses consideráveis de açúcares, gorduras, entre outras substâncias reputadas nocivas. Já numa segunda acepção, o valor da taxa poderia variar em função da quantidade de tais substâncias (CATLIN, 2007, p. 1.098). De forma mais controversa, há a defesa de taxações que recaiam diretamente sobre pessoas obesas, movida pela justificativa de que também pessoas sem sobrepeso consomem alimentos de alto teor calórico, não sendo estas, contudo, o alvo da política de sobretaxação (EPSTEIN, 2005, p. 1.374).

Tais taxas teriam uma finalidade extrafiscal,¹⁹ consubstanciada no desestímulo ao consumo dos alimentos (ou pelos indivíduos) alvos de taxaçaõ, mas não somente. Além do viés de desestímulo a hábitos reputados não saudáveis, doutrinadores cogitam do emprego dos fundos levantados mediante a sobretaxação em medidas que promovam a saúde, como programas de educação sobre nutrição, ou simplesmente reversão de tais valores ao sistema de saúde pública. De fato, para certos doutrinadores, esse segundo efeito seria o real motivador da taxaçaõ, visto que esta não geraria, realmente, uma mudança em comportamentos, por em geral ser pouco expressivo o acréscimo econômico decorrente da medida fiscal (STRNAD, 2005, p. 1.275). Naturalmente, essa afirmativa será mais ou menos precisa conforme a camada da população em questão. Como visto, o maior contingente populacional de obesos insere-se nas camadas populacionais menos abastadas, fato que problematiza essa assertiva. O ponto será retomado.

Segundo se afirma, além do propósito de promover a saúde, haveria duas razões justificadoras das taxas de combate à obesidade as quais seriam a correção de externalidades e de internalidades. As primeiras estariam associadas ao aumento dos recursos necessários para custear o sistema de saúde pública gerados pelo aumento do quantitativo de obesos na população, o que poderia ser corrigido através da taxaçaõ de alimentos cujo consumo em alta quantidade tenda a conduzir ao sobrepeso. Contudo, como visto *supra*, há uma divergência a respeito de a obesidade constituir uma externalidade negativa ou positiva ao sistema de saúde pública, em razão da tendência de as pessoas obesas gerarem um custo anual médio maior que o restante da população, porém um custo inferior, se considerado o total de suas vidas, por possuírem menor expectativa de longevidade. A adoção de uma tese ou outra não é, pois, por si só idônea

para infirmar, em caráter peremptório, a constitucionalidade de uma lei que veicule uma dada escolha substantiva do legislador nesse âmbito.

Passando-se à segunda razão, afirma-se que a obesidade seria decorrência de internalidades que precisariam ser corrigidas (e poderiam o ser eficazmente por essa via). Essas se traduziriam em falhas cognitivas e comportamentais das pessoas obesas, decorrentes, respectivamente, da falta ou do custo inerente à informação e de dificuldades de autocontrole (STRNAD, 2005, p. 1.244). Em relação às falhas cognitivas, considera-se que, embora medidas como a exposição dos componentes nutricionais de alimentos busquem facilitar o acesso à informação, consumidores podem ter dificuldades em processar todos os dados a respeito da conexão entre certos padrões de alimentação e saúde. Além disso, certos hábitos alimentares podem ser publicizados num dado momento como saudáveis, mas, futuramente, se vir a descobrir que, em verdade, não o são do que decorre a necessidade de se empregar um esforço de atualização por parte dos consumidores, intensificando os mencionados custos inerentes à informação. Nessa linha, o objetivo das taxas seria induzir os consumidores a opções reputadas como melhores em uma ótica de promoção da saúde, independentemente de realizado ou não o esforço de informação pelo indivíduo (CATLIN, 2007, p. 1.100).

As dificuldades de autocontrole, excetuados os casos de pessoas com distúrbios de compulsão alimentar, decorreriam em larga escala, segundo se defende, de alimentos que contenham substâncias viciantes, gerando dependência (v. *supra*). O aspecto mais relevante no campo da extrafiscalidade seria a caracterização de certos alimentos como viciantes a ponto de provocar em seus consumidores uma incapacidade de se interromper o seu consumo. O objetivo da sobretaxação, assim, seria aumentar os custos de consumo do alimento supostamente gerador de dependência. Contudo, tal justificativa parece problemática para legitimar a imposição sobre certos alimentos de taxas a serem arcadas por todos os seus consumidores, já que, caso certos alimentos de fato provoquem uma dependência irresistível em certas pessoas, estas, provavelmente, não deixariam de adquiri-los por conta de um acréscimo de preço, salvo se se inviabilizasse por completo o acesso ao produto por uma condição econômica desfavorável do adquirente, eis que sua avaliação racional teria sido prejudicada pela situação de vício. Desse modo, a medida tende a meramente gerar uma elitização do consumo do produto, em vez de desestimular seu consumo por pessoas obesas de todas as classes sociais.

Diversas outras objeções a essa medida podem ser apontadas. Nessa ótica, uma primeira ordem de críticas diz respeito às dificuldades de implementação de tais taxas. Seriam necessárias definições precisas de que tipos de alimentos estariam albergados pelas taxas e deveria haver a exposição de justificativas razoáveis de por que se optou por incluir ou excluir certos alimentos da sobretaxação. Os riscos à livre iniciativa e à livre concorrência não são desprezíveis.²⁰ Outra dificuldade seria a de taxar componentes de alimentos. Para ilustrar essas dificuldades, questiona Epstein se deveria haver uma taxação, *e.g.*, de alimentos de elevado número de calorias. Tal seria problemático, na medida em que há alimentos saudáveis de alto índice calórico, de modo que a medida

poderia provocar um efeito reverso do desejado. Outra alternativa seria a taxação de alimentos ricos somente nas chamadas “calorias vazias”. A dificuldade de seleção de quais alimentos se enquadrariam na categoria alvo de regulação incidiria novamente. Ademais, avanços tecnológicos podem contribuir para tornar alimentos mais saudáveis, o que demandaria uma atualização das taxas.

Além disso, dados científicos indicam uma heterogeneidade quanto às reações de diferentes pessoas ao consumo de diferentes tipos de alimentos (o mesmo pode ser benéfico, prejudicial, ou pouco expressivo à saúde de pessoas distintas), o que também torna problemática a adoção de medidas idênticas para toda a população. Isso conduziria a uma necessidade de classificação dos indivíduos em diferentes grupos de impacto da incidência tributária - através da genética, *e.g.* Tal pretensão, além de parecer inexecutável e por demais custosa, vulneraria o direito fundamental à privacidade de maneira desproporcional. Ainda nessa linha, argumenta-se que não seria coerente regular o consumo de energia das pessoas sem se levar em consideração que o gasto energético de cada uma pode variar consideravelmente (EPSTEIN, 2005, p. 1.374).

Mencione-se, ainda, que o risco de inadequação se reforça pela circunstância de que as *fat taxes* já eram amplamente adotadas nos EUA antes de haver uma preocupação com a denominada “epidemia da obesidade”, a qual se expandiu a despeito da estipulação daquelas.²¹ Ademais, além de fatores biogenéticos repercutirem no efeito da dieta sobre a saúde, reitere-se que a imposição de custos adicionais a alimentos produziria efeitos irrisórios sobre a camada mais abastada da população e, por outro lado, talvez excessivamente gravosos sobre a parcela pobre.

Isso conduz a outra crítica referente ao uso da extrafiscalidade como meio de combate à obesidade, no sentido de que a sobretaxação poderia produzir um efeito intolerável nas camadas da população menos abastadas, cujo quadro de acesso a alimentos já deficitário poderia se agravar (PHILIPSON; POSNER, 2008, p. 982). É imprescindível à constitucionalidade desse tipo de política pública que não afete a subsistência de grupos populacionais menos favorecidos já que a alimentação se insere no mínimo existencial, núcleo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2011, p. 291 et seq.). Por fim, ainda no que tange às camadas menos abastadas, estudos apontam a conexão entre a atribuição de incentivos fiscais ao consumo de alimentos saudáveis e a obtenção de uma melhora na qualidade nutricional da dieta desse grupo populacional (DREWNOWSKI; SPECTER, 2004, p. 13), não obstaculizando essa medida a autonomia individual, mas, antes, promovendo-a.

Por todos esses motivos, parece haver razoável consistência na tese de que medidas de extrafiscalidade não são adequadas para promover a saúde. Ademais, sua adoção traz o risco de afetar de forma excessivamente gravosa o princípio da dignidade humana em sua dimensão de proteção do mínimo existencial de hipossuficientes, razão pela qual, mesmo se considerado não haver embasamento empírico suficiente para sustentar a inidoneidade dessas medidas, estas tenderiam a não sobreviver ao teste da proporcionalidade em sentido estrito.

3 O paternalismo *hard* no combate à obesidade: medidas de proibição: proibição de abertura de restaurantes de *fast food* em zonas com elevado índice populacional de obesos

Dentro da ótica de que o fator determinante para que se atinja o sobrepeso ou obesidade é não a autonomia individual, mas o ambiente ou situação em que a pessoa se insira, compreende-se que a urbanização desordenada tende a ser um fator de estímulo ao ganho de peso generalizado e excessivo pela população. Nessa linha, afirma-se que ambientes urbanos estruturados de modo a estimular que a locomoção seja feita somente por veículos automotores, por um lado, e que, por outro, não disponham de ambientes públicos que viabilizem a realização de atividades desportivas contribuem para o sedentarismo. A insegurança pública é outro fator que atua no mesmo sentido. Assim, a reversão desses quadros, através da construção de ciclovias, por exemplo, seria uma forma de tornar o ambiente urbano mais favorável a atividades físicas, promovendo-se a saúde (BROWNELL, 2004, p. 97). Nem sempre, contudo, são essas as medidas influentes sobre fatores situacionais que se preconizam.

Dentro dessa ótica de adequação do *locus* urbano a metas de combate à obesidade, defende-se a proibição da abertura de restaurantes *fast food* em certos locais, ou, ao menos, a limitação da quantidade de lanchonetes desse tipo. Nessa linha, em Los Angeles, foi promulgada lei em 2008 (nº 180.103) proibindo a abertura de restaurantes *fast food* em certas áreas da cidade especificadas no ato normativo. Na motivação da lei, foi mencionado que, nas zonas afetadas, 45% dos restaurantes existentes quando da promulgação eram do tipo *fast food*, o que foi descrito como uma superconcentração (nas demais áreas de Los Angeles, a taxa seria de, em média, 16%). A motivação da proibição, que perdurou por um ano, conforme previa o ato, era aumentar a qualidade de vida da população local, afirmando-se que a concentração geográfica de restaurantes desse tipo é prejudicial à saúde e ao bem-estar de seus habitantes.

Findo o período de sua vigência, foram publicados estudos insurgindo-se contra a adoção de tal medida. Consoante se defende, não é a pluralidade de lanchonetes de *fast food* que provoca índices elevados de obesidade na região, mas sim a ausência de mercados disponibilizando opções saudáveis de alimentos (STURM; COHEN, 2009, p. 1.093). Desse modo, sustenta-se que a atração de mais opções saudáveis de alimentação e a promoção de campanhas de educação do público sobre o conteúdo nutricional dos alimentos são estratégias mais eficientes para se combater a obesidade do que a proibição, ainda que parcial, da abertura de restaurantes *fast food*. A *ratio* subjacente, portanto, é a de que, mesmo do ponto de vista pragmático, é melhor (mais eficiente) promover a autonomia do consumidor - diversificando o leque de opções disponíveis, bem como fomentando a educação dos consumidores para que estes se tornem capacitados a realizar escolhas informadas - do que restringir tais escolhas através de proibições. Isso sem desconsiderar, por natural, que a autonomia é um direito tutelável em si mesmo, cuja proteção contra restrições desproporcionais independe de uma justificação de teor pragmático.

O estudo desse caso específico indica que não existe uma relação diretamente proporcional entre o nível de restrição da autonomia e o de eficiência quanto ao grau

de sucesso no combate à obesidade da medida adotada, como se se tratasse de um *trade-off* entre autonomia e eficiência. Ademais, de fato, se não forem adotadas outras medidas com o intuito de promover opções mais saudáveis de consumo na região, pouco efeito surtirá aquela além da mera consagração dos restaurantes já existentes como os frequentados pelos consumidores, o que, além de inócuo para o combate à obesidade, é anticoncorrencial. Essas considerações indicam, se não uma inadequação, ao menos uma desnecessidade da medida proibição de abertura de restaurantes *fast food* em localidades específicas, já que, no lugar dessas medidas, poderiam, de forma menos gravosa à autonomia individual, ser adotadas outras, como reformas urbanas que induzissem as pessoas à realização de atividades físicas, ou mecanismos de estímulo à abertura de estabelecimentos que contenham opções saudáveis. Nessas últimas hipóteses, aliás, sequer haveria um conflito entre direitos fundamentais: o aumento de leque de opções saudáveis, seja de alimentação ou de realização de exercícios físicos, tanto gera uma promoção da saúde, quanto um fortalecimento da autonomia, no sentido de ampliar o campo de alternativas onde os indivíduos efetuam suas escolhas.

3.1 Proibição da venda ou distribuição de alimentos gordurosos em escolas

Não obstante, novamente, não é viável invocar o argumento da autonomia, exceto, talvez, de maneira atenuada, quando o alvo da medida forem crianças. Ademais, a moldura normativa que a Constituição fornece nas hipóteses de menores de idade é distinta, ao estabelecer como absoluta prioridade o dever do Estado de prover a saúde e a alimentação de menores (art. 227). Neste âmbito, é possível mencionar, *e.g.*, a Lei nº 4.508 do estado do Rio de Janeiro, a qual “proíbe a comercialização, aquisição, confecção e distribuição de produtos que colaborem para a obesidade infantil em bares, cantinas e similares instalados em escolas públicas e privadas no Estado do Rio de Janeiro”.²²

Por se tratar de uma restrição que incide somente no ambiente escolar, há de se reconhecer que se trata de situação substancialmente distinta do banimento ou proibição da abertura de restaurantes *fast food* de certas zonas urbanas. Nessa linha, em primeiro lugar, releva-se enfatizar as relações entre educação e alimentação. Costuma-se afirmar, em uma perspectiva de interdependência entre os direitos fundamentais, que uma alimentação nutritiva é de alta relevância para o aproveitamento escolar dos alunos, circunstância que atua favoravelmente à vedação da distribuição de alimentos pouco nutritivos em estabelecimentos de ensino (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 583). Além disso, há de se levar em consideração que, mormente em escolas públicas, merendas são servidas aos estudantes, os quais, frequentemente, não têm alternativa senão aquela refeição, de modo que a preocupação com a qualidade nutricional do alimento servido é legítima.

Nessas hipóteses, como não se trata de uma questão de exercício da autonomia, é natural e até mesmo recomendável que haja uma política no sentido de prover alimentos saudáveis aos alunos. Já nos casos em que haja venda de alimentos em cantinas, bares ou similares, cabendo aos alunos a escolha entre alternativas, há maior dúvida acerca da constitucionalidade da proibição de venda de alimentos de alto índice calórico.

Como visto, medidas como a mera reorganização dos alimentos ofertados podem alterar significativamente padrões de consumo, operando de forma menos gravosa que medidas de proibição. Mesmo assim, o enfraquecimento do argumento de proteção da autonomia e o dever estatal de prover saúde, alimentação e educação aos menores reforçam uma ótica favorável a regulações mais intensas no âmbito escolar.

Conclusão

Cada uma das medidas abordadas, como visto, envolve aspectos específicos e enseja conclusões próprias. Reduzindo-se esse tópico final, então, à apresentação de conclusões de caráter geral, a sistematização e a ordem de apresentação das medidas de combate à obesidade adotadas tiveram como critério a disposição destas em ordem crescente de intensidade do viés paternalista. Enquanto medidas que promovam o direito à informação, tais como a obrigatoriedade de exposição de conteúdo nutricional de alimentos, contentam-se em tornar as escolhas do consumidor mais conscientes e informadas, aproximando-se de um paternalismo *soft*, o banimento puro e simples de lanchonetes especializadas na venda de alimentos não saudáveis indica uma postura estatal de restringir o campo de escolhas pessoais viáveis, o que, inegavelmente, constitui tratamento infantilizado da população, enxergada como incapaz de cuidar de si própria. A consideração, por óbvio, é dirigida a medidas que afetem a população adulta.

Além disso, quando da análise comparativa das medidas, foi atingida importante conclusão que ora se retoma, qual seja, a de que, ao contrário do que se poderia intuitivamente supor, não há uma relação diretamente proporcional entre o grau de restrição da autonomia (ou de paternalismo) e a eficiência na consecução da meta combate à obesidade. Ao contrário: estudiosos do tema sugerem que medidas que promovam a informação, associadas a reformas urbanas que promovam a atividade física e facilitem o acesso a opções saudáveis (*e.g.* incentivos fiscais a certos produtos), atingem mais satisfatoriamente a redução dos índices populacionais de obesidade do que medidas de proibição.

Tal fato prejudica a constitucionalidade das medidas de proibição dirigidas a adultos, já que estas, além de serem as mais gravosas ao valor constitucional da autonomia e livre iniciativa, não subsistem diante do subprincípio da necessidade na modalidade vedação do excesso. Afinal, as medidas de estímulo e desestímulo a comportamentos constituem meio menos gravoso de se atingir as mesmas finalidades. Desse modo, dentro da ótica do paternalismo, é possível estipular, ao menos como parâmetro geral a ser complementado com outros em situações específicas, que os paternalismos *soft* e libertário constituem os limites de admissibilidade do marco constitucional, já que se mantêm na esfera de estímulo e desestímulo a comportamentos, menos gravosa à autonomia do que medidas proibitivas. Do direito a se ter sobrepeso enquanto emanção da liberdade geral de ação decorre uma superioridade normativa de medidas que promovam a saúde da população de maneira geral, no lugar de explicitamente ter por finalidade o combate a essa característica física, que integra o núcleo da identidade desse grupo de indivíduos.

STATE COMBAT OF OBESITY: INFRINGEMENT OF THE RIGHT TO BE UNHEALTHY?

ABSTRACT: This paper analyses the constitutional viability of the adoption by the State of measures to combat obesity. It is intended to show how both the metajudicial antecedents and constitutional norms in that issue are multiple and point towards conflicting solutions related to normative treatment. By analyzing different combat measures that have been adopted in Brazil and elsewhere, it is defended that a satisfactory constitutional solution requires finding ways that, while respecting the margins of legislative balancing and the proportionality principle, are also able to harmonize both individual autonomy and the State's duty/interest in promoting health.

KEYWORDS: Obesity. State combat. Autonomy. Health. Paternalism.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARKUSH, David J. Situating emotion: a critical realist view of emotion and nonconscious cognitive processes for the law. *Brigham Young University Law Review*, n. 5, p. 1.275-1.365, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. São Paulo: Forense, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Asfixia regulatória. *O Globo*. Rio de Janeiro, 9 mar. 2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/ece_incoming/asfixia-regulatoria-2902104>. Acesso em: 22 abr. 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução nº 360. Brasília, 2003).

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. *Lei nº 8.080/1990*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 96-138.

BROCHADO, Mariah. Ética e as relações entre estado, política e cidadania. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Brasília, v. 12, n. 19, p 57-82, 2010.

BROWNELL, Kelly D; HORGEN, Catherine Battle. *Food fight: the inside story of the food industry, America's obesity crisis, and what we can do about it*. Chicago: McGraw-Hill, 2004.

CAMPOS, Adriana; ANDRADE NETO, João. Liberdade e segurança: o impacto de um conflito (aparente) entre princípios na hermenêutica dos direitos fundamentais. *Justiça em Revista*. São Paulo, v. 8, p. 86-102, 2010.

CATLIN, Graham M., A more palatable solution? Comparing the viability of smart growth statutes to other legislative methods of controlling the obesity epidemic, *Wisconsin Law Review*. Madison, n. 5, p. 1.091-1.120, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coord.), *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 205-266.

CONLY, Sarah. *Against autonomy: justifying coercive paternalism*. Cambridge: Cambridge University, 2013.

DREWNONWSKI, Adam; SPECTER, S. E. Poverty and obesity: the role of energy density and energy costs. *The American Journal of Clinical Nutrition*. Bethesda, v. 79. n. 11, p. 6-16, 2004.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010. Disponível em: <<http://stanford.library.usyd.edu.au/entries/paternalism>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.

_____. *Is democracy possible here?* New Jersey: Princeton University, 2006.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University, 2011.

EPSTEIN, Richard A. What (not) to do about obesity: a moderate aristotelean answer. *Georgetown Law Journal*, v. 93, p. 1.361-1.386, 2005.

FEINBERG, Joel. *Harm to self: the moral limits of criminal law*. Oxford: Oxford University, 1986. V. III.

FINKELSTEIN, Eric; RUHM, Christopher; KOSAL, Katherine, Economic causes and consequences of obesity. *Annual Review of Public Health*. Palo Alto, v. 26, p. 239-257, 2005.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2009.

KYMLICKA, Will. *Contemporary political philosophy*. Oxford: Oxford University, 2001.

LOS ANGELES. *Ordinance n. 180.103*. Moratória na abertura ou expansão de estabelecimentos de *fast food*. Disponível em: <http://www.cdc.gov/php/winnable/zoning_obesity.html>. Acesso em: 15 set. 2014.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro: 2010.

MAZZOCHI, Mario; TRAILL, Bruce; SHOGREN, Jason. *Fat economics: nutrition, health and economic policy*. Oxford: Oxford University, 2010.

MCCANN, Michael A. Economic efficiency and consumer choice theory in nutritional labeling, *Wisconsin Law Review*. Madison, n. 5, p. 1.161-1.245, 2004.

MELLO, Michele M.; STUDDERT, David M.; BRENNAN, Troyer A., Obesity: the new frontier of Public Health Law. *The New England Journal of Medicine*. Boston, v. 24, n. 354, p. 2.601-2.610, 2005.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Vigitel. *Sistema de monitoramento de fatores de risco e proteção para doenças crônicas não transmissíveis por meio de inquérito telefônico*. 2012. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Abr/10/vigitel_100412.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2014.

MITGANG, Melissa. Childhood obesity and State intervention: an examination of the health risks of pediatric obesity and when they justify state involvement. *Columbia Journal of Law and Social Problems*. New York, v. 44, n. 4, p. 553-576, 2001.

PELCHAT, Marcia Levin. Food addiction in humans, *The Journal of Nutrition*, Bethesda, v. 139, p. 620-622, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PHILIPSON, Tomas; POSNER, Richard. Is the obesity epidemic a public health problem? a decade of research on the economics of obesity, *Journal of Economic Literature, American Economic Association*, Nashville, v. 46, n.4, p. 974-982, 2008.

PUHL, Rebecca; BROWNELL, Kelly D. Bias, discrimination, and obesity. *Obesity Research*. Bethesda, v. 9, n. 12, p. 788-805, 2011.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University, 2003.

RIO DE JANEIRO. Município do Rio de Janeiro. *Decreto Municipal nº 23.148/03*. Disponível em: <www2.rio.rj.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 23-51, 2006.

STRNAD, Jeff, Conceptualizing the 'fat tax': the role of food taxes in developed economies. *South California Law Review*, v. 78, p. 1.221-1.326, 2005.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University, 2008.

STURM, Roland; COHEN, Deborah A. Zoning For Health? The year-old ban on new fast-food restaurants in South LA. *Health Affairs November/December*, v. 28, n. 6, p. 1.088-1.097, 2009.

TIROSH, Yofi. The right to be fat. *Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics*, New Haven, v. 12, n. 2, p. 266-335, 2012.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. World Health Statistics 2012. Disponível em: <http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2012/en/index.html>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. *International statistical classification of diseases and related health problems (ICD-10)*. 2010. Disponível em: <<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en/#/E65-E68>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

ZYWICKI, Todd J.; HOLT, Debra; OHLHAUSEN, Maureen K. Obesity and advertising policy. *George Mason Law Review*. Arlington, v. 12, n. 4, p. 979-1.011, 2004.

Enviado em 24/5, aprovado em 30/6, aceito em 17/10/2014.

Gabriel Accioly Gonçalves é mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; advogado. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: accioly.gabriel.uerj@gmail.com.

Notas

- ¹ A obesidade consta da Classificação Internacional de Doenças (CID), conforme veiculado pela Organização Mundial de Saúde (2010), onde é classificada como doença de ordem endócrina, nutricional e metabólica. Classifica-se tal moléstia, ainda, como um fator de risco não transmissível para a contração de doenças como diabetes, hipertensão, doenças cardiovasculares, determinados tipos de câncer, disfunções na vesícula biliar, no sistema endócrino e metabólico, osteoartrite e doenças pulmonares (comorbidades).
- ² A concepção de Mill (2011) sujeita-se a questionamentos. Numa perspectiva interna a sua teoria, críticas que se apresentam são dirigidas, em primeiro lugar, à ausência de clareza quanto às hipóteses de incidência do princípio do dano. Mill afirma (2011, p. 37) que a aplicabilidade desse princípio cinge-se a pessoas adultas na maturidade de suas faculdades mentais. Seriam, então, adultos viciados em, *e.g.*, nicotina ou açúcar, enquadráveis nessa categoria? Não há clareza quanto a esse aspecto. Outra crítica interna é de que nem sempre se tem certeza em relação à caracterização de um dano como direto ou indireto. De toda forma, a principal crítica à visão desse autor, de caráter externo, é de que esta se assenta em bases utilitaristas. De fato, sustenta o autor que a maximização da utilidade, compreendida grosso modo como bem-estar, é a instância máxima de todas as questões éticas. Nesse sentido, o autor argumenta que a razão pela qual a liberdade individual deve ser respeitada é a de que tal conduzirá, em longo prazo, à maximização da utilidade. A dificuldade dessa concepção é que a liberdade não é por ele encarada como um valor em si mesmo tutelável, mas sim apenas de forma contingente, enquanto instrumento conveniente à maximização da utilidade. Se assim fosse, caso dada sociedade passasse a considerar que a liberdade é prescindível, ou, quem sabe, adversária da maximização futura da utilidade (considerando, *v.g.*, que é melhor para a sociedade, a longo prazo, que o Estado exerça controle sobre a massa corporal das pessoas através da definição rígida dos alimentos disponíveis, pois os custos à saúde pública de uma população majoritariamente obesa seriam insuportáveis), não haveria outra conclusão senão a de que a liberdade deveria ceder.
- ³ Trata-se de expressão da crítica usualmente dirigida ao paternalismo no sentido de que este desconsidera o fato do pluralismo, isto é, o fato de que pessoas diversas adotam concepções distintas a respeito do que caracteriza o bem, o que repercute na eleição de seus projetos existenciais. Ainda no plano filosófico, outras críticas dirigidas ao paternalismo são as seguintes: a) impossibilidade de definição objetiva o bem; b) desconsideração ou menoscabo à liberdade individual; c) impedimento a que os indivíduos sejam tratados como sujeitos morais iguais. Para uma explanação detalhada do teor de cada uma dessas críticas, *v. Martel (2010, p. 131 et seq).*
- ⁴ A visão de Taylor, contudo, não é imune a divergências. Em perspectiva distinta, Ronald Dworkin (2006, p. 10) sustenta que o caráter bom de uma vida deve ser medido não pelo atendimento a vontades, mas sim pelo grau de atingimento, pelo indivíduo, de metas que tenha formulado através da reflexão moral, exercitada mediante o uso da razão. O filósofo sustenta que a realização desse tipo de juízo moral é expressão de uma responsabilidade do indivíduo, derivada do princípio da dignidade, de buscar realizar algo de valor em sua vida. Assim, na concepção de Dworkin, uma vida dedicada a prazeres banais necessariamente não é boa, já que o bom, em sua visão, é medido pela consecução ou não das metas individuais que se tenha racionalmente estabelecido. Naturalmente, admitir a ótica de Dworkin e empregá-la para fundamentar a inidoneidade da caracterização de uma vida dedicada a prazeres gastronômicos como boa não elimina o fato de que medidas coercitivas dirigidas a impor modos de vida saudáveis permaneçam na dependência de justificações, por promoverem restrições à liberdade.
- ⁵ Segundo pesquisa vinculada ao Ministério da Saúde publicada em 2011, a frequência da população obesa no Brasil era de 11% em 2006, elevando-se a 16% em 2011. Já o percentual de pessoas com sobrepeso era de 43% em 2006, chegando a 49% em 2011. Com relação ao percentual de obesidade segundo o grau de escolaridade, é curioso notar que os índices são similares entre pessoas do sexo masculino com até 8 anos de estudo (16%) e acima de 12 anos de estudo (17%), mas substancialmente distintos no caso das mulheres, no qual 20% das entrevistadas com grau de escolaridade entre 0 e 8 anos eram obesas, em oposição a 11% das entrevistadas com mais de 12 anos de estudo.
- ⁶ Uma crítica apontável à tese de que a contenção de custos em saúde seria fundamento idóneo para impor medidas coercitivas sobre pessoas obesas com a finalidade de promover o seu

emagrecimento repousa no caráter utilitarista dessa tese. Ao se impor a obesos a perda de peso, esse grupo passa a ser usado como meio para o atingimento da finalidade estatal de redução dos custos em saúde, sendo certo que diversos outros grupos realizam condutas tendentes a provocar gastos em saúde pública, embora não sejam legalmente compelidos a mudar seus hábitos. A dificuldade constitucional em relação ao utilitarismo é a sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, que se traduz na ideia de que o homem, enquanto fim em si mesmo, não pode ser reduzido à condição de meio para que sejam atingidas metas coletivas. Essa crítica é endossada por Tirosch (2012, p. 291). De forma conectada a isso, ao se estabelecer um cenário em que algumas pessoas sejam livres para adotar certos estilos de vida, de sua preferência, não saudáveis e outras não, conquanto todas custeiem a saúde pública através da tributação, gera-se uma relação de subordinação entre estas e aquelas, o que vulnera, simultaneamente, os princípios da liberdade e da igualdade.

- ⁷ Como ensina Kymlicka (2001, p. 93, trad. livre): “Não podemos invocar o alegadamente ‘irresponsável’ comportamento das pessoas como razão para não remediar suas circunstâncias iníquas: estas são condições para o julgamento daquele”. No original: “We cannot invoke people’s allegedly ‘irresponsible’ behaviour as a reason not to remedy their unequal circumstances: the latter is a condition for being able to judge the former”.
- ⁸ Para uma exposição de dados a respeito de outros países, expondo como o índice populacional mundial de obesos quase duplicou entre 1980 e 2008 (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2012).
- ⁹ Segundo ensina Dworkin (2011, p. 227), dois princípios distintos disputam o espaço de fundamento ético do sistema de responsabilidades individuais: o princípio do controle causal (*causal control principle*) e o princípio da capacidade de controle (*capacity control principle*). Ambos partem da premissa de que só há responsabilidade quando se houver controle, mas divergem a respeito de quando esse último se verifica. O primeiro princípio postula que só se está no controle quando a cadeia de eventos que conduziu a um ato tenha como origem última um impulso da própria vontade humana, e não um evento exterior e anterior a ela. Já a segunda vertente defende que a existência de controle é definida pela presença, pelo agente que realiza uma conduta, da consciência de se estar ante a necessidade de efetuar uma escolha entre alternativas, possuindo o indivíduo a capacidade de formar convicções próprias e tomar uma decisão com base nelas. O autor tem preferência pelo segundo princípio.
- ¹⁰ Como se depreende da análise até o momento empreendida, a justificação da proteção a modos de vida que tendencialmente conduzam à obesidade tem como ênfase o valor liberdade. No entanto, é possível, também, identificar vulnerações à igualdade em medidas de coerção estatal nesse campo. A adoção de políticas oficiais contra a obesidade sinaliza um desvalor por parte do Estado em relação a essa característica física, que é um dos componentes básicos da identidade desse grupo populacional, qual sejater sobrepeso. Como consequência, os integrantes desse grupo tenderiam a incorporar visões inferiorizadas de si próprios, prejudicando a sua capacidade de se conceberem como partícipes da vida em sociedade em patamar de paridade com as pessoas cujas identidades têm mais estima. Tal postura corretiva do Estado colide com o direito ao reconhecimento (HONNETH, 2009) de pessoas obesas como titulares de *status* e dignidade em medida igual à do restante da população. A auto-compreensão por parte dos membros desse grupo como detentores de direitos é condição ética da cidadania (BROCHADO, p. 72). Em outras palavras, a disseminação e incorporação de entendimento distinto desse contribui para a naturalização, ainda que inconsciente, da visão de que pessoas obesas seriam cidadãos de 2ª categoria.
- ¹¹ Esse dito ambiente tóxico foi descrito com detalhes por Brownell e Horgen (2004, p. 67 et seq.). Os autores mencionam como fatores deste ambiente tóxico: a) o aumento do sedentarismo, tanto no que diz respeito ao deslocamento ao trabalho e ao trabalho em si (em relação aos quais o esforço físico antes necessário se tornou prescindível em razão de avanços tecnológicos), quanto de lazer (esportes ao ar livre tendem a ser substituídos por horas em frente à televisão ou ao computador); b) o poder da publicidade de tornar atraente o consumo de *junk food*, especialmente para crianças, associado à ausência de propaganda direcionada ao consumo de produtos saudáveis; e c) o aumento da disponibilidade de alimentos a preços baixos, o que estimula o consumo em porções maiores.
- ¹² Dados produzidos por estudos empíricos indicam que pessoas obesas sofrem discriminação em diversos campos, tais como nas relações de trabalho, em diferentes aspectos (admissão, salários,

continuidade do emprego, ascensão na carreira); no atendimento por profissionais de saúde, que tendem a perceber obesos como pessoas sem autocontrole, preguiçosas, desonestas e de baixa higiene; na admissão em faculdades (candidatas obesas com notas semelhantes às de não obesas são significativamente menos aceitas); e em escolas, onde alunos obesos tendem a ser estigmatizados (PUHL; BROWNELL, 2011, p. 788 et seq.).

¹³ A tese da existência de um direito geral de liberdade não é imune a oposições doutrinárias. Coube a Ronald Dworkin (1978, p. 266 et seq.) formular a crítica mais conhecida a essa concepção. Para o autor, esta padece de sérias incoerências: de um lado, tal acepção da liberdade, compreendida como um suposto direito a se fazer o que quer que se deseje, é de tal maneira neutra e asséptica que exnergaria, *v.g.*, tanto normas que proibam uma pessoa de manifestar sua opinião como de cometer homicídios, como infringências equivalentes à liberdade geral de ação, na medida em que ambas constituem limitações ao rol de condutas, cuja realização seria admissível enquanto formas de exercício da liberdade. De outro lado, aponta Dworkin que admitir tal direito implicaria a necessidade de que qualquer tipo de ordenação social promovida pelo Estado demandasse uma justificativa forte o bastante para legitimar a superação da liberdade no caso específico. O autor exemplifica o ponto argumentando que a escolha, por entidade estatal, de em que sentido será o tráfego dos automóveis em uma via pública não infringe um suposto direito das pessoas de trafegarem na direção oposta, sendo justificável meramente pela necessidade de planejamento urbano e não demandando justificativas especiais para se superar um afastamento da liberdade. Robert Alexy (2008, p. 341 et seq.), defensor do direito geral de liberdade, apresenta respostas a essas críticas. Com relação à objeção da neutralidade da liberdade geral de ação, argumenta o constitucionalista germânico que esta, embora verdadeira, é irrelevante, já que, nas hipóteses em que o princípio consagrador de tal liberdade é empregado em um sopesamento, este incide de forma necessariamente atrelada a outros princípios de cunho material, dentre os quais possui maior destaque o da dignidade humana. A partir de tal conexão, a realização de juízos valorativos torna-se possível. Além disso, aduz Alexy que, do direito geral de liberdade, decorrem direitos de liberdade implícitos, os quais, mesmo em sua dimensão *prima facie*, não incluem em seu âmbito de proteção toda e qualquer ação, estando excluídas as ações proibidas por normas sobre cuja constitucionalidade não paire qualquer dúvida (como a que instaura a proibição do homicídio). Por fim, a respeito da crítica atinente à necessidade de se produzir justificativas para qualquer tipo de atividade estatal ordenadora, leciona o autor que, na verdade, a fundamentação necessária para restringir uma dada manifestação da liberdade geral de ação é mais débil que a exigida para limitar uma liberdade fundamental expressamente consagrada em textos constitucionais, pois a explicitação de manifestações da liberdade pelo constituinte indica uma intenção de lhes conferir proteção reforçada. A admissão de tal consideração mitiga o peso da 2ª crítica formulada por Dworkin. A doutrina nacional também se divide a respeito da existência de tal direito. Entre seus defensores, refiram-se, por todos, a Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 23 et seq.) e, na linha oposta, a Adriana Campos e João Andrade Neto (2010, p. 86 et seq.).

¹⁴ Nos Estados Unidos, com base no *Nutrition Labeling and Education Act*, a agência *Food and Drug Administration* (FDA), da mesma forma que a Anvisa, isentou restaurantes da obrigação de expor os componentes calóricos e nutricionais das refeições que sirvam, exceto se veicularem declarações a respeito do suposto caráter saudável de um alimento (tal ressalva não é feita pela Anvisa).

¹⁵ No Brasil, foi editada pela Anvisa, em 2010, a Resolução nº 24, a qual impunha restrições à publicidade de alimentos gordurosos (especificamente, alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gorduras saturada e trans, sódio e bebidas com baixo teor nutricional) caracterizáveis como contrapropaganda, tais como obrigação da exposição de alertas sobre o perigo do consumo excessivo dos nutrientes mencionados. Contudo, tal resolução foi judicialmente combatida pela Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação (Abia), dentre outro, pelo argumento de que violaria a reserva legal, o qual foi acatado em sede de sentença de procedência, já confirmada em 2ª instância. Concorda-se com o teor da decisão. Com efeito, a doutrina é assente no sentido de que as restrições aos direitos fundamentais devem ser limitadas. Um dos parâmetros dos limites às restrições é o de que a medida restritiva deve ser estabelecida por lei em sentido formal, não se revestindo as resoluções da Anvisa dessa forma legal. V.: TRF1, Apelação Cível 0042882-45.2010.4.01.3400, rel.: des. Jirair Aram Meguerian, j. 22 mar. 2013. Vale mencionar, ainda, que essa postura intervencionista de cunho paternalista da Anvisa foi objeto de severa crítica por Gustavo Binenbojm (2011), o qual descreveu o modelo da agência como um de asfixia das liberdades constitucionais.

- ¹⁶ Tal foi, inclusive, a leitura da Constituição realizada pelo legislador federal, o qual proscreveu as chamadas propaganda enganosa e abusiva no Código de Defesa do Consumidor (art. 37). De forma simples, é enganosa a publicidade que veicule informações falsas, desrespeitando o direito à informação do consumidor. A propaganda poderá também ser enganosa por omissão quando deixar de informar dado essencial sobre produto, induzindo o consumidor em erro. Como exemplo de propaganda enganosa por omissão, é possível mencionar, no campo de alimentos, a publicidade que destaca, *e.g.*, que um determinado alimento possui 0% de gorduras, mas intencionalmente omite o fato de o alimento ser rico em açúcar, dando-se ao consumidor uma falsa impressão sobre o caráter saudável e de baixo teor calórico do alimento em questão.
- ¹⁷ Embora não se trate de medida a respeito de propaganda *stricto sensu*, mas sim que se insira no plano do *marketing* de forma ampla, há projeto de lei no âmbito federal que busca a proibição da venda de brindes ou brinquedos acompanhados de lanches em lanchonetes *fast food*. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 144/2012. Tal prática já é proibida no município de Florianópolis pela Lei nº 8.985, embora o fundamento jurídico destacado para tanto seja o de proibição das vendas casadas. Destaque-se, ainda, que o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública 0013789-65.2009.4.03.6100, a qual se encontra pendente de julgamento perante a Justiça Federal do estado de São Paulo, na qual pede a proibição da venda de brinquedos por lanchonetes *fast food*.
- ¹⁸ Por outro lado, a atribuição de responsabilidade pela obesidade infantil não à publicidade, mas sim aos genitores (ou demais guardiães) da criança vem produzindo como consequência não um absenteísmo estatal em respeito à esfera privada familiar, mas, pelo contrário, intervenções progressivamente mais drásticas nesse âmbito, especialmente nos Estados Unidos, como: a) aconselhamento nutricional e aulas de culinária compulsórios para crianças obesas e seus genitores; b) imposição de matrícula de jovens obesos em academias de ginástica, inclusive com determinação da frequência semanal do menor no espaço de desporto; e, mais dramaticamente, c) perda judicial da guarda da criança pelos pais, como no polêmico caso de Anamarie Martinez-Regino, criança que, aos três anos de idade, pesava 59 quilos e foi retirada à força de sua família pelo Estado para perder peso. Como o caso foi processado em segredo de justiça, não se pode ter acesso à íntegra da decisão. É o que informa Melissa Mitgang (2001, p. 44).
- ¹⁹ A extrafiscalidade consiste no emprego de tributos como instrumentos de intervenção ou regulação pública, não sendo sua finalidade precípua ou, ao menos, exclusiva arrecadatória. De acordo com Aliomar Baleeiro (2010, p. 227), os tributos com finalidade extrafiscal têm fundamento não no poder de tributar, mas sim no poder de polícia. Como exemplo de tributação extrafiscal objetivando o amparo à saúde pública praticada nos EUA, Baleeiro menciona o imposto que agrava o custo da margarina em favor do maior consumo da manteiga de leite, cujo valor nutritivo é considerado superior.
- ²⁰ Exemplificativamente, é possível mencionar o caso dos refrigerantes. Certas bebidas desse gênero possuem um determinado percentual de frutas em sua composição, de modo que seria necessário estabelecer um marco de distinção entre o que caracteriza refrigerante ou, meramente, um suco, refresco ou similar. Na Califórnia, já foi instituída uma taxa que recairia sobre *junk food* em geral. Essa taxa, contudo, foi posteriormente revogada, em razão da dificuldade em categorizar os alimentos como pertencentes ou não a esse gênero (CATLIN, 2007, p. 1.101).
- ²¹ Segundo Epstein (2005, p. 1285), 17 estados norte-americanos adotavam *fat taxes* antes de surgir a preocupação geral com a epidemia da obesidade.
- ²² Essa lei preceitua quais produtos são proibidos de serem confeccionados, comercializados e distribuídos em escolas: “Art. 2º Incluem-se no disposto do *caput* do artigo 1º os seguintes produtos: salgadinhos, balas, chocolates, doces a base de goma, goma de mascar, pirulito, caramelo, refresco de pó industrializado, refrigerantes, qualquer alimento manipulado na escola ou em ambiente não credenciado para confecção de preparação alimentícia, bebidas alcoólicas, alimentos com mais de 3 (três) gramas de gordura em 100 (cem) kcal do produto, com mais de 160 (cento e sessenta) mg de sódio em 100 (cem) kcal do produto e alimentos que contenham corantes, conservantes ou antioxidantes artificiais (observada a rotulagem nutricional disponível nas embalagens), alimentos sem rotulagem, composição nutricional e prazo de validade”.