

**A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TEMA DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL: O CASO DO CONFLITO
ENTRE A ANVISA E O CONAR***

THE DOGMATICS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE THEME OF
FREEDOM OF COMMERCIAL EXPRESSION: THE CASE OF CONFLICT
BETWEEN ANVISA AND THE CONAR

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**
Júlio Edstron Secundino Santos***

RESUMO: O ensaio sustenta que as empresas detêm a titularidade de direitos fundamentais, isto é, quando aplicáveis e que, conseqüentemente, são titulares de liberdade de expressão, em sua feição comercial. No entanto, quando esse direito é desafiado por medidas necessárias para a defesa da saúde, por exemplo, há uma limitação do alcance dessa prerrogativa.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Empresas. Restrições.

Abstract: The paper argues that firms are entitled to fundamental rights, that is, when feasible. Firms are entitled to enjoy the freedom of expression, within the limits of its commercial context. However, when this right is challenged by necessary measures to defend public health, for instance, there is a set of constraints that restrain the scope of this prerogative.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of expression. Firms. Restrictions.

* Artigo aceito em 20.10.2016
Artigo recebido em 09.12.2016

** Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. **Brasília – DF. E-mail: asmygodoy@gmail.com.br**

*** Doutorando em Direito pela Uniceub-Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. **Brasília – DF. E-mail: edstron@yahoo.com.br**



1. Introdução e contornos do problema

Admitindo-se que a dogmática dos direitos fundamentais também se aplicaria às pessoas jurídicas e às sociedades empresariais em geral, isto é, afirmando-se que essas pessoas seriam titulares de direitos fundamentais, pode-se indagar se o tema da liberdade de expressão também alcançaria, e em que extensão, a propaganda comercial. A indagação tem como premissa, por razão de ordem lógica, o reconhecimento de que entes coletivos seriam titulares de direitos fundamentais. E a resposta à essa indagação é o ponto de partida para o enfrentamento de alguns problemas de ordem prática. Reconhece-se essa titularidade, com restrições e advertências.

No que se refere à mencionada titularidade de direitos fundamentais, por parte de pessoas jurídicas, a questão suscita discussão jurisprudencial, doutrinária e conceitual, que varia do reconhecimento dessa prerrogativa por parte de pessoas morais¹ ao reconhecimento, com algumas ressalvas (que dependeriam da compatibilidade desses direitos com razões de ordem fática)². Do ponto de vista jurisprudencial, entre outros aspectos relacionando pessoas jurídicas e direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal vem sufragando a possibilidade do deferimento de assistência judiciária gratuita para as pessoas morais³.

Não se pode perder de vista que o destinatário final de norma asseguradora de direito fundamental é a pessoa humana, isto é, *“(...) a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior a de proteger os direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança uma*

¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO, Inocêncio Mártires, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 261.

² Cf. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 97.

³ Supremo Tribunal Federal. RE 589490 RG / MG - MINAS GERAIS. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Julgamento em 28 de agosto de 2008.



*melhor proteção dos indivíduos*⁴. A percepção de que o destinatário final dos direitos fundamentais seja a pessoa humana, o que exige vetor hermenêutico de ponderação que possa restringir essa titularidade, por parte das pessoas jurídicas, é premissa que informa solução para problema concreto. Isto é, à luz da dogmática dos direitos fundamentais, pode-se inferir que pessoas jurídicas sejam titulares de direitos e, positiva a resposta, haveria limites?

Com o objetivo de se levar esse problema ao limite, toma-se como exemplo e investiga-se o conteúdo de uma Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA⁵, autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, relativa à propaganda comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, contestada pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária-CONAR⁶. De um lado, a ANVISA, forte na tese de que há necessidade de intervenção estatal em assuntos de segurança alimentar, de outro, o CONAR, firme na compreensão de que a liberdade de expressão comercial repele todas as formas de censura.

A ANVISA, por meio de resolução de 2010, baixou regulamento sobre a publicidade de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, gordura saturada, gordura trans, sódio e bebidas com baixo teor nutricional. O regulamento dispõe sobre objetivos, abrangência, definições, requisitos de alerta, formas de publicidade para crianças e cláusula de vigência. A ANVISA agiu com fundamento no art. 196 da Constituição, combinado com disposições do Decreto-Lei nº 986, 21 de outubro de 1969, bem como da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. A resolução foi precedida de ampla audiência pública, com participação da Organização Mundial da Saúde-OMS e fundamentada em amplo conjunto de informações estatísticas.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 231.

⁵ Resolução nº 24, de 15 de junho de 2010, especialmente, arts. 6º, 7º, 8º e 12.

⁶ O CONAR é ambiente típico de autorregulação no âmbito empresarial, assunto tratado extensivamente por TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo: Método, 2013.



O CONAR invocou que somente lei federal poderia restringir publicidade, forte no inciso XXIX do art. 22 da Constituição, pelo que seria competência privativa da União legislar sobre propaganda. Argumentou também que alimentos e refrigerantes não estão incluídos no rol taxativo das áreas possíveis de advertência por lei, que nomina apenas tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos e terapias, no teor dos §§ 3º e 4º do art. 220 da Constituição.

O nó precisa ser desatado. A ANVISA atuou com base em previsão constitucional de proteção do Estado à saúde (CF, art. 196, como já identificado). A proteção à saúde seria valor substancialmente mais relevante do que norma constitucional fixadora de competência para legislar. Restrições impostas ao tabaco, bebidas, agrotóxicos e terapias podem ser ampliadas para alimentos por força da doutrina da mutação constitucional.

Se, por um lado, a legislação sobre propaganda comercial é competência privativa da União (inciso XXIX do art. 22 da Constituição), por outro, a saúde é direito de todos e dever do Estado (de novo, art. 196 do texto constitucional). Neste último caso colhe-se amplo conjunto de *obiter dicta* em vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, nomeadamente no AI 604.949-AgR, relatado pelo Ministro Eros Grau, em julgamento de 24 de outubro de 2006, bem como no RE 271.286-AgR, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento de 12 de setembro de 2009.

São esses os contornos do problema aqui colocado. Como se observa, a discussão centra-se em âmbito de processo legislativo e em fixação de competências. Tem-se a impressão de que não se explorou o ponto nuclear, vale dizer, o direito fundamental da pessoa jurídica em se expressar, em face do direito à saúde, também como direito fundamental, da pessoa humana.



2. A Resolução da ANVISA e o conjunto de justificativas para o controle de informações relativas à comercialização de alimentos em face da insurgência do CONAR

Ao que consta, medida da ANVISA, contestada pelo CONAR, fazia parte de ampla estratégia global de prevenção e controle de doenças crônicas não transmissíveis, que tem como núcleo a atuação da Organização Mundial da Saúde-OMS. O problema é gravíssimo. Transcende a discussões de formalidade normativa. As doenças crônicas não transmissíveis exigem atenção e eficiência no combate, na medida em que se transformaram num dos maiores problemas de saúde pública no Brasil⁷. Indicadores antropométricos para adolescentes confirmam perversos dados relativos ao excesso de peso entre brasileiros que contam de 10 a 19 anos de idade.

Segundo se apurou, a participação no valor calórico total da disponibilidade domiciliar de alimentos em áreas metropolitanas do Brasil, relativa a alimentos processados (e.g. biscoitos, alimentos prontos, embutidos e refrigerantes) subiu de 3% do total diário de calorias ingeridas (1975) para 12% (em 2003); concomitantemente, verifica-se dramática queda do consumo de frutas e hortaliças⁸. Registre-se também que entre as crianças a obesidade triplicou em 20 anos: de 4,1% em 1975 para 13,9% em 1996⁹. Ao que parece, o objetivo da ANVISA centrar-se-ia na promoção e proteção de uma alimentação saudável, mediante o controle da publicidade de alimentos potencialmente prejudiciais, tendencialmente de consumo excessivo.

Na medida em que a ANVISA regula (ainda que indiretamente) a propaganda comercial pode se invocar alguma ofensa a disposições

⁷ Informações colhidas em material veiculado pela Gerência de Monitoramento e Fiscalização de Publicidade, Promoção e Informação de Produtos Sujeitos à Vigilância Sanitária-GPROP.

⁸ Informações colhidas em material veiculado pela Gerência de Monitoramento e Fiscalização de Publicidade, Promoção e Informação de Produtos Sujeitos à Vigilância Sanitária-GPROP, dado disponibilizado pelo Professor Carlos Augusto Monteiro.

⁹ Informações colhidas em material veiculado pela Gerência de Monitoramento e Fiscalização de Publicidade, Promoção e Informação de Produtos Sujeitos à Vigilância Sanitária-GPROP.



constitucionais¹⁰. Nesse sentido, em argumentação contrária à ação da ANVISA, o fato de que, em princípio, a propaganda comercial somente poderia sofrer restrições legais no que se refira a tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

Há nessa discussão inegável resultado de interpretação literal do texto constitucional vigente, em favor da tese da CONAR, no sentido de que somente lei federal, votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, é que seria meio idôneo para estabelecer restrições à publicidade, e não mera resolução de agência reguladora; além do que, restrições estabelecidas em desconformidade com a legislação de regência configurariam ato de censura. Pode-se então aproximar-se da tese do CONAR, a propósito de que a ANVISA teria usurpado competência legislativa do Congresso Nacional, a par de que a Administração Federal estaria praticando atos de censura. Essa discussão, de ordem dogmática, e de processo legislativo, não alcança o âmago conceitual do problema.

Por outro lado, não se deve deixar de levar em conta o fixado no art. 196 da Constituição, que dispõe que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e regulação. E deve-se lembrar também o inegável papel das agências reguladoras para o desenvolvimento, marca de uma nova responsabilidade do Estado, limitado à regulação e fiscalização de serviços essenciais à população¹¹.

Ainda em favor da ANVISA, referência ao Decreto-Lei nº 986, de 1969, recepcionado pelo texto constitucional vigente como lei ordinária, e que dispõe, por exemplo, que não poderão constar da rotulagem denominações,

¹⁰ Refere-se, exatamente ao conteúdo do XXIX do art. 22 da Constituição Federal, combinado com os §§ 3º e 4º do art. 220 da mesma Constituição.

¹¹ Cf. RODRIGUES, Juliana Oliveira, *As Agências Reguladoras e Desenvolvimento*, in BARRAL, Welber (org.), *Direito e Desenvolvimento- Análise da Ordem Jurídica Brasileira sob a Ótica do Desenvolvimento*, São Paulo: Editora Singular, 2005, pp. 167-192.



designações, nomes geográficos, símbolos, figuras, desenhos ou indicações que possibilitem interpretação falsa, erro ou confusão quanto à origem, procedência, natureza, composição ou qualidade do alimento, ou que lhe atribuam qualidades ou características nutritivas superiores às aquelas que realmente possuem.

As competências da ANVISA radicam Lei nº 9.782, de 1999. É dever da ANVISA normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse à saúde. Ainda, na busca deste objetivo fixado em lei, a ANVISA deve estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária. Alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens e aditivos alimentares, são objeto de regulamentação por parte da ANVISA, de acordo com o disposto na legislação de regência.

Numa ótica de embate entre o CONAR e a ANVISA, pode-se também ter como pano de fundo um problema econômico muito simples. Afinal, regular é do mesmo modo impor custos¹². Discute-se, efetivamente, a quem caberá arcar com os custos de transação decorrentes da obrigação de se informar¹³ adequadamente ao consumidor¹⁴. É questão da fixação dos ônus e responsabilidades decorrentes das assimetrias de informação¹⁵. No entanto, por uma razão inerente ao modelo institucional¹⁶, a um problema econômico

¹² NUNES, Edson de Oliveira, NOGUEIRA, André Magalhães, COSTA, Cátia Couto da, ANDRADE, Helenice Vieira de e RIBEIRO, Leandro Molhano, *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: Inovação e Continuidade no Sistema Político Institucional*, Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 15.

¹³ A propósito do valor dos custos de informação conferir STIGLER, George, *The Economics of Information*, in KATZ, Avery Wiener (org), *Foundations of the Economic Approach of Law*, New York: Foundation Press, 1998, pp. 259 e ss.

¹⁴ Transita-se no delicadíssimo campo da teoria dos custos dos direitos. Cf., por todos, HOLMES, Stephen Holmes e SUSNTEIN, Cass, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, New York: Norton, 2000.

¹⁵ Cf. BARRIONUEVO, Arthur Filho e LUCINA, Cláudio Ribeiro de, *Teoria da Regulação*, in Ciro Biderman e Paulo Arvate, *Economia do Setor Público do Brasil*, São Paulo: Elsevier, 2004, p. 55.

¹⁶ Cf. HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy- The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press, 2004.



busca-se feição jurídica. Judicializa-se a questão¹⁷. Abandona-se análise marginal, que consiste em se chegar a escolha mediante a apreensão do que possa representar máximo de eficiência¹⁸, em favor de disputa conceitual, calcada em valores constitucionais que, no entanto, apontam para mais de uma solução.

Fixados os limites da disputa, deve-se optar por um vetor hermenêutico. É mais razoável que a intransigência para com a proteção à saúde, com imediata transferência dos custos de informação para a atividade privada, parece ser a solução mais adequada¹⁹. A reserva de lei, também e, no entanto, é valor constitucional que substancializa a decisão que se deve tomar.

Ao Estado, a quem também compete internalizar externalidades negativas²⁰ decorrentes do consumo de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, por meio da Previdência Social, caberia também, vencedora a tese do CONAR, arcar indiretamente com os custos de informação, alternativamente, mediante contrapropaganda cujo peso orçamentário não se possa de imediato aferir. De qualquer modo, os custos seriam transferidos para os cofres públicos, vencedora a tese do CONAR, bem entendido.

E porque, por óbvio, a quem cabe os lucros, deve também se imputar os custos, é que aos agentes econômicos particulares é que se precisa fixar a responsabilidade de informar ao consumidor, acerca de eventuais malefícios dos alimentos alcançados pela Resolução da ANVISA. É papel do Estado

¹⁷ Cf. RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos*, São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸ Cf. FRIEDMAN, David D., *Law's Order- What Economics has to do with Law and why it Matters*, Princeton: Princeton University Press, 2000, pp.18-27.

¹⁹ Cuida-se de solução que aproxima critérios de justiça, em sua dinâmica distributiva, e de eficiência, em sua dimensão superlativa. Para suposta oposição entre tais percepções, por todos, KAPLOV, Louis e SHAVELL, Steven, *Fairness versus Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 2002, especialmente pp. 59-62.

²⁰ A propósito da relação entre externalidades e direito de propriedade, conferir RODRIGUES, Vasco, *Análise Econômica do Direito*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 42 e ss.



mediar potenciais falhas de mercado²¹, especialmente quando decorrentes do déficit de informações.

Mercado e Estado são duas forças que recorrentemente falham²². É escolha pública adequada obter-se mais do Governo, com um menor custo para a população. Trata-se de sintomático problema de *comando e controle*, isto é, de *regras particulares implementadas por agências governamentais por meio de regulamentos e sanções*²³. É este o dilema que em seguida se enfrenta, sob um matiz jurídico, dado que foi nesse contexto de dogmática forense que a questão foi colocada.

No caso, a intervenção do Estado se faz mediante a atuação do agente regulador. Tem-se marco regulatório que, ao que parece, pode parcialmente transcender aos limites que o ordenamento jurídico prevê. Por outro lado, pode-se que argumentar que não se trata de delegação legislativa. O que se tem, objetivamente, é o exercício de um poder de regulamentação.

Porém, do ponto de vista essencialmente jurídico, pergunta-se: a) a ANVISA tem competência para regulamentar a matéria? b) inserir-se na propaganda de um alimento a observação de que este pode redundar em problemas de saúde, é questão de lei federal ou de regulamento? c) qual a natureza das resoluções da ANVISA? d) não poderá haver, como sustenta o CONAR, norma regulamentadora de informação referente a periculosidade de alimentos, somente porque a Constituição menciona como passíveis de tal regramento o tabaco, as bebidas alcoólicas, os agrotóxicos, os medicamentos e as terapias? e) qual o valor para o caso concreto, dos precedentes que há, tal como invocados pelo CONAR? f) são questões idênticas, a razão de decidir e os fundamentos da decisão, bem como os fatos, seriam os mesmos?, f) por

²¹ Cf. CARVALHO, José L., GWARTNEY, James D., STROUP, Richard L. e SOBEL, Russell S. *Fundamentos de Economia- Macroeconomia*, vol. 1, São Paulo: Centage Learning, 2008, pp. 185 e ss.

²² Relações entre direito e economia substancializam obra organizada por TIMM, Luciano Benetti, *Direito & Economia*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²³ Cf. ANUATTI, Francisco Neto, *Regulamentação dos Mercados*, in Diva Benevides Pinho e Marco Antonio S. de Vasconcelos, *Manual de Economia*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231.



fim, não seriam esses problemas periféricos, na medida de que o está efetivamente em jogo é a titularidade da pessoa jurídica, quanto a direitos fundamentais, especialmente quanto ao direito de expressão, no caso, comercial?

3. O tema da liberdade de expressão comercial no contexto restritivo do dever estatal de proteger a saúde

146

A liberdade de expressão comercial consiste na compreensão de que pessoas jurídicas detém titularidade para se expressar publicamente em relação a suas características e qualidades, especialmente em âmbito de propaganda. A restrição da propaganda, evidente no caso de cigarros e de bebidas alcóolicas, é expressiva indicação de limitação à essa liberdade.

Nesse assunto, também muito evidente a preocupação de natureza econômica, a exemplo da lembrança de que o setor de propaganda de bebidas alcóolicas movimentaria mais de um por cento do PIB nacional, a par de empregar mais de 350 mil pessoas. O etilismo é um dos maiores problemas da sociedade contemporânea. A dipsomania representa grande peso para a seguridade social. O alcoolismo é o maior responsável pelo absenteísmo no trabalho. Mencione-se, também, a relação entre o consumo de álcool e os problemas de infortunistica. Esse exemplo alcançou Resolução outra resolução da ANVISA, datada de 2010, que cuidava de autorização para se conceituar bebida alcoólica por intermédio de regulamento, quando já se tinha o aludido conceito, plasmado em lei. O princípio do paralelismo das formas exige que lei se altere por lei, de modo que se discutia se resolução produzida pela agência reguladora poderia suprir matéria de lei.

Também já se discutiu o ***alcance da Resolução de 2008, que dispunha sobre a propaganda, publicidade, informação e outras práticas***



cujo objetivo seja a divulgação ou promoção comercial de medicamentos. Ao contrário do que se verifica no caso tratado no presente artigo, no qual não se tem antinomia entre regulamento e lei, no episódio do questionamento dessa última resolução, percebia-se que o regulamento tocava em assuntos exaustivamente tratados pela legislação de regência. A lei nº 6.360, de 1976, por exemplo, cuidava de miríade de assuntos, a exemplo de normas sobre produtos dietéticos, nutrimentos, produtos de higiene, perfumes, cosméticos, corantes, rótulos, embalagens, registros, lotes, partidas, denominação comum - - brasileira e internacional, medicamentos similares, genéricos, de referência, bioequivalência, biodisponibilidade, entre tantos outros assuntos, que receberam conceituação normativa, por força da lei aqui lembrada.

De igual modo, a Lei nº 9.294, de 1996, cuida também de vários aspectos relativos às restrições à propaganda de cigarros. Por exemplo, a aludida lei dispõe que propaganda de cigarro não pode induzir as pessoas ao consumo, atribuindo ao produto propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar²⁴, bem como vedasse a associação entre o cigarro e ideias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento da virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes²⁵. Naquele caso, a resolução da ANVISA aqui mencionada, veiculava exigência para que se consignasse que os produtos nominados, se consumidos em grande quantidade aumentariam os riscos de obesidade e de cárie dentária, ou de diabetes e doenças do coração, ou de pressão alta. O núcleo da resolução era mera determinação para que se fixasse o alerta, o caveat, de modo visível, compreensível, diminuindo-se assimetrias de informação.

²⁴ Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, inciso II do § 1º do art. 3º.

²⁵ Lei nº 9.294, de 1996, inciso III do § 1º do art. 3º.



O Brasil alinha-se à OMS e segue no combate ao impacto da propaganda de alimentos e bebidas com baixo teor nutritivo dirigida a crianças. Naturalmente, a campanha de esclarecimento deve também se dirigir aos pais. Trata-se da necessidade de se proteger ao público infantil, que atinge também amplo conjunto de medidas, em vários países, a exemplo da proibição da venda de refrigerantes em escolas. Com esse objetivo, e missão, a ANVISA coordenou debates que se desdobraram em animadíssima audiência pública. Trata-se da Consulta Pública nº 71, de 10 de novembro de 2006, convocação publicada no Diário Oficial da União, de 13 de novembro do mesmo ano. É a lei nº 9.782, de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, e que cria a ANVISA, que confirma a legitimação democrática que o modelo confere às audiências públicas que se realizam no âmbito desta agência reguladora.

No caso presente, a matéria, por ser de altíssima complexidade técnica, exige um foro de discussões no qual se evite a interferência das pressões políticas e dos grupos econômicos que se articulam em torno de interesses que se afastam do conteúdo empírico que anima as deliberações²⁶. Com base no colhido em audiências públicas, a ANVISA fixou eixos básicos de ação²⁷.

²⁶ Exemplificando, registre-se que a ANVISA vem fomentando consultas públicas referentes a muitos problemas de complexidade técnica, suscitando amplo campo para debates. Há consultas públicas programadas para se debater, entre outros, critérios de aceitabilidade de nomes comerciais e complementos diferenciais de medicamentos (consulta nº 72, de 14 de julho de 2010); regulamento técnico para o ingrediente ativo E-22- EPOXICONAZOL (consulta nº 71, de 14 de julho de 2010); regulamento técnico para o ingrediente ativo B-43- BACILUS PUMILUS (consulta nº 70, de 14 de julho de 2010); proposta de regulamento técnico que relaciona os aditivos alimentares e os coadjuvantes de tecnologia permitidos para a fabricação de cervejas (consulta nº 69, de 13 de julho de 2010); proposta de regulamento técnico para o ingrediente ativo G-01- GLIFOSATO (consulta nº 66, de 30 de junho de 2010). A ANVISA também vem debatendo proposta de regulamento técnico para obrigatoriedade de disponibilização de preparação alcoólica para fricção anti-séptica das mãos em serviços de saúde no País (consulta nº 68, de 30 de junho de 2010); regulamento técnico para o ingrediente ativo M-32- METOXIFENOXIDA (consulta nº 67, de 30 de junho de 2010); revisão e atualização das monografias da farmacopéia brasileira (consulta nº 62, de 28 de junho de 2010); regulamento técnico para o funcionamento dos laboratórios de processamento de medula óssea e sangue periférico e bancos de sangue de cordão umbilical e placentário, para finalidade de transplante (consulta nº 54, de 1º de



Devem ser agregados também os custos das discussões judiciais e administrativas que decorrem, por exemplo, da insurgência dos grupos que se vêem prejudicados por estas medidas de impacto no ambiente, especialmente normativo²⁸. É o que se colhe com a manifestação do CONAR em face das medidas regulamentares tomadas pela ANVISA, e com as ameaças de ajuizamento de ações, o que decorre de fetichismo institucional²⁹ centrado em fórmulas fechadas e em interpretações literais de textos que se alteram com o tempo. Mas ações eventualmente propostas contra a regulamentação da ANVISA tendem a prosperar.

Deve-se também ponderar que demanda desfavorável à política adotada por órgão regulamentador, pode produzir julgamento ineficiente³⁰. Isto é, a decisão judicial³¹ desfavorável ao órgão regulamentador, terá como resultado mera transferência do ônus da oferta da informação³², do produtor/vendedor para o Estado, que reagirá instintivamente por intermédio do aumento da carga fiscal, que recairá também sobre o demandante originário. A questão aponta para uma solução pragmática³³, dado o sentido empírico do problema, que se

junho de 2010), entre tantos outros, que demonstram a frenética atividade desenvolvida pela agência reguladora em apreço.

²⁷ Informações colhidas em material confeccionado pela Gerência de Monitoramento e Fiscalização de Publicidade, Promoção e Informação de Produtos Sujeitos à Vigilância Sanitária-GPROP.

²⁸ Numa sociedade democrática a utilização de todos os canais para discussão, especialmente a via judicial, é indicativo de que as instituições são sadias, nada obstante o custo do modelo. Conferir, para um contraponto, KEECH, William R., *Economic Politics- The Costs of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

²⁹ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira, *Democracia Realizada- a Alternativa Progressista*, São Paulo: Boitempo, 1999, p. 91. Tradução do inglês para o português de Carlos Graieb, Márcio Grandchamp e Paulo César Castanheira.

³⁰ Para um estudo da natureza estratégica das demandas judiciais, conferir, por todos, COOTER, Robert e ULLEN, Thomas *Direito & Economia*, São Paulo: Bookman, 2010, pp. 433 e ss. Tradução para o português de Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa.

³¹ Não se deve deixar de reconhecer, no entanto, que, em vários ambientes, há tanta insatisfação com os serviços judiciários como há, também, com os serviços de saúde. Cf., por todos, POSNER, Richard *How Judges Think*, Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 3.

³² Os custos de informação são inerentes a todas as práticas humanas, em todos os tempos. Cf., por todos, POSNER, Richard *The Economics of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, pp. 146-150.

³³ Cf. POSNER, Richard, *The Problems of Moral and Legal Theory*, Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 227-264.



desdobra em conseqüências econômicas, para o Estado, ou para os agentes privados, ou para todos.

O perfil da propaganda dos alimentos do Brasil, marcada pela recorrente sugestão do consumo imediato de alimentos ricos em carboidratos, associado à satisfação, prazer e alegria, exige pronta intervenção regulatória. Neste contexto se desdobrou proposta de resolução. Originariamente, cogitou-se de texto que apresentasse a abrangência do marco regulatório, as definições dos termos usados, os requisitos para a publicidade de comida, especialmente para aquelas destinadas ao público infantil, os requisitos para a utilização de cupons de desconto e atividades promocionais, além, naturalmente, de conjunto de disposições finais.

A resolução questionada pelo CONAR decorre deste contexto aqui enunciado. Tem como abrangência a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional³⁴. Dispôs-se também que o regulamento não se aplica aos aditivos alimentares e aos coadjuvantes de tecnologias; às frutas, verduras e legumes (hortaliças); aos sucos de frutas; às nozes, castanhas e sementes; às carnes e pescados in natura, refrigerados e congelados; aos leites; aos iogurtes; aos queijos; às leguminosas; aos azeites, óleos vegetais e óleos de peixes³⁵.

Definiu-se também que a exceção prevista detém validade desde que o teor de sódio, açúcar, gordura saturada e gordura trans sejam intrínsecos ao alimento³⁶. Bem entendido, o regulamento desafiado não se aplica à rotulagem dos alimentos³⁷. Contemplou-se significativo número definições, a exemplo

³⁴ Resolução nº 24, de 2010, art. 3º, *caput*.

³⁵ Resolução nº 24, de 2010, § 1º do art. 3º.

³⁶ Resolução nº 24, de 2010, § 2º do art. 3º.

³⁷ Resolução nº 24, de 2010, § 3º do art. 3º.



de aditivo alimentar, alimentação saudável, alimento, alimento com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio. Conceituou-se também amostra grátis, apresentação especial, autoridade sanitária, bebida com baixo teor nutricional, bonificação, brinde, prêmio, coadjuvante de tecnologia, consumidor, consumo excessivo, criança, embalagem, embalagem de fantasia, fornecedor, guia alimentar para a população brasileira, informação de caráter comercial, material educativo, merchandising, oferta, patrocínio, peça publicitária, porção, promoção comercial, propaganda, publicidade, entre outros³⁸.

O conjunto de definições alcança, naturalmente, vários nichos do Direito, a exemplo do Direito Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente (definição de criança), do Direito Administrativo (autoridade sanitária), do Direito Comercial (fornecedor), do Direito do Consumidor (definição de consumidor) a par de vários outros campos da experiência epistemológica, que transitam da Economia para a Psicologia, da Administração de Empresas para a Teoria da Comunicação, da Nutrição para a Medicina.

Dispõe-se que as informações quando exigidas por pelo regulamento devam ser veiculadas de maneira adequada, ostensiva, correta, clara, precisa e em língua portuguesa³⁹. E ainda, quando exibidas em linguagem escrita, devem ser apresentadas em cores que contrastem com o fundo do anúncio, estar dispostas no sentido predominante da leitura da peça publicitária e permitir imediata visualização, guardando entre si as devidas proporções de distância, indispensáveis à legibilidade e destaque⁴⁰. Há número grande de exigências, de requisitos, todos dispostos no art. 6º do regulamento, em contexto que claramente invade o âmbito da liberdade de propaganda, ainda que por força de motivos justificáveis, do ponto de vista das políticas públicas:

³⁸ Resolução nº 24, de 2010, art. 4º.

³⁹ Resolução nº 24, de 2010, art. 5º, *caput*.

⁴⁰ Resolução nº 24, de 2010, parágrafo único do art. 5º.



Art. 6º Na oferta, propaganda, publicidade e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a promoção comercial dos alimentos com quantidade elevada de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, é exigido:

I - Que a sua realização seja direta e verdadeira, de forma a evidenciar o caráter promocional da mensagem;

II - Que sejam facilmente distinguíveis como tais, não importando a sua forma ou meio utilizado;

III - Que seja(m) veiculado(s) alerta(s) sobre os perigos do consumo excessivo desses nutrientes por meio da(s) seguinte (s) mensagem (s), aplicável(s) de acordo com os casos descritos abaixo:

a) "O (nome/ marca comercial do alimento) contém muito açúcar e, se consumido em grande quantidade, aumenta o risco de obesidade e de cárie dentária".

b) "O (nome/ marca comercial do alimento) contém muita gordura saturada e, se consumida em grande quantidade, aumenta o risco de diabetes e de doença do coração".

c) "O (nome/ marca comercial do alimento) contém muita gordura trans e, se consumida em grande quantidade, aumenta o risco de doenças do coração".

d) "O (nome/ marca comercial do alimento) contém muito sódio e, se consumido em grande quantidade, aumenta o risco de pressão alta e de doenças do coração".

IV - Quando o alimento ou o conjunto a que ele pertença possuir quantidade elevada de dois ou mais nutrientes, deverá ser aplicado o seguinte alerta cumulativamente em relação aos nutrientes: "O (nome/ marca comercial do alimento ou conjunto) contém muito (a) [nutrientes que estão presentes em quantidades elevadas], e se consumidos(as) em grande quantidade aumentam o risco de obesidade e de doenças do coração"⁴¹.

Um dos motivos de insurgência do CONAR encontra-se no conjunto de disposições do art. 7º do regulamento, no sentido de que os alertas devam ser contextualizados na peça publicitária, de maneira que sejam pronunciados pelo personagem principal, quando a peça publicitária for veiculada na televisão ou

⁴¹ Resolução nº 24, de 2010, art. 6º.

outros meios audiovisuais; proferidos pelo mesmo locutor, quando veiculada em rádio; e, quando se tratar de material impresso, o alerta deve causar o mesmo impacto visual que as demais informações presentes na peça publicitária⁴².

O CONAR também se indispôs veementemente em face do nível de pormenorização que o regulamento exige da veiculação dos alertas. É que:

Art. 7º.

(...)

§ 1º A locução dos alertas deve ser perfeitamente compreensível.

§ 2º Se a propaganda ou publicidade de televisão não apresentar personagem principal, os alertas devem observar os seguintes requisitos:

a) após o término da mensagem publicitária, os alertas serão exibidos em cartela única, com fundo verde, em letras brancas, de forma a permitir a perfeita legibilidade e visibilidade, permanecendo imóvel no vídeo;

b) a locução deve ser feita com voz adulta e perfeitamente compreensível;

c) a cartela deverá ocupar a totalidade da tela.

§ 3º Na internet, os alertas serão exibidos de forma permanente, visível, juntamente com a peça publicitária, e devem causar o mesmo impacto visual que as demais informações presentes na propaganda ou publicidade⁴³.

O que pode parecer excessiva interferência do regulamento no contexto da concepção e apresentação de uma publicidade é resultado da imperiosa necessidade de se padronizarem as mensagens, a exemplo do que ocorre nos ramos do cigarro e de bebidas alcoólicas. O uso uniforme de alertas permite que o consumidor não tenha a impressão de que um anunciante seja mais ou

⁴² Resolução nº 24, de 2010, art. 6º.

⁴³ Resolução nº 24, de 2010, art. 7º, §§.



menos comprometido do que outro, no que se refere à simetria de informações. A medida promove a igualdade entre os anunciantes, afetados pela determinação prevista no regulamento.

Dispõe-se também sobre a obrigatoriedade da veiculação dos alertas nas amostras grátis eventualmente distribuídas⁴⁴. Fixou-se que a divulgação de programas ou campanhas sociais que mencionem nome/marcas dos alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, ou que tenham por objetivo a promoção comercial desses. Especialmente, fixou-se que em toda e qualquer forma de propaganda, publicidade ou promoção comercial de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional direcionada a crianças, é obrigatório o alerta (...), devendo ser observada principalmente a contextualização do alerta na peça publicitária⁴⁵. Deu-se prazo de 180 dias para que os abrangidos pelo regulamento promovam as adequações necessárias⁴⁶. Por fim, consignou-se que o descumprimento das disposições contidas na resolução constitui infração sanitária, nos termos da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo das responsabilidades civil, administrativa e penal cabíveis⁴⁷.

4. O tema do poder normativo das agências reguladoras

O poder normativo das agências reguladoras, e é o caso da ANVISA, suscita discussões em torno do princípio da reserva legal; no entanto, *“não se pode negar a necessidade de edição de diplomas normativos pelas agências*

⁴⁴ Resolução nº 24, de 2010, art. 8º.

⁴⁵ Resolução nº 24, de 2010, art. 12.

⁴⁶ Resolução nº 24, de 2010, art. 13.

⁴⁷ Resolução nº 24, de 2010, art. 16.



reguladoras, para que possam cumprir adequadamente as suas atribuições⁴⁸.” Tem-se por axiomático que “(...) o princípio da legalidade impõe a fiel execução das leis e a impossibilidade de o regulamento inovar no Direito Brasileiro⁴⁹”. E não há confronto, nem antinomia, e nem ampliação normativa, por parte da ANVISA, em relação às demais normas de regência, no caso que se avalia.

No caso presente, ao que consta, substancialmente, inovação não há. Os conteúdos conceituais que foram veiculados pela resolução questionada contam com definição normativa já pré-existente. O Decreto-Lei nº 986, de 1969, que trata da defesa e da proteção da saúde individual ou coletiva, no tocante a alimentos, desde sua obtenção até o consumo, por exemplo, define alimento, matéria-prima alimentar, alimento *in natura*, alimento enriquecido, alimento dietético, alimento de fantasia ou artificial, alimento irradiado, aditivo intencional, aditivo incidental, produto alimentício, padrão de identidade e qualidade, rótulo, embalagem, propaganda, órgão competente, laboratório oficial, autoridade fiscalizadora competente, análise de controle, análise fiscal e estabelecimento.

Por exemplo, no Decreto-lei nº 986, de 1969, definiu-se “*alimento como toda substância ou mistura de substâncias, no estado sólido, líquido, pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinadas a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento*”. Para os efeitos da Resolução nº 24, de 2010, definiu-se alimento como “*toda substância que se ingere em estado natural, semi-elaborada ou elaborada, destinada ao consumo humano, incluídas as bebidas e qualquer outra substância utilizada em sua elaboração, preparo ou tratamento, excluídos os cosméticos, o tabaco e as substâncias utilizadas unicamente como medicamentos*”. Leitura acurada das duas regras acima reproduzidas, a primeira, de 1969, a segunda, de 2010, comprova que houve mero *aggiornamento* de um conceito. Do ponto de vista hermenêutico pode-se

⁴⁸ CUÉLLAR, Leila, *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 16.

⁴⁹ CUÉLLAR, Leila, cit., p. 45.



dizer que se revelou uma reserva de sentido que já se encontrava na regra de 1969. Trata-se, *sic et simpliciter*, de atualização de regra jurídica, decorrente de situação cientificamente superveniente.

. Dá-se o mesmo com a conceituação de *propaganda*. Esta foi definida no Decreto-lei nº 986, de 1969, como “a difusão, por quaisquer meios, de indicações e a distribuição de alimentos relacionados com a venda, e o emprego de matéria-prima alimentar, alimento in natura, materiais utilizados no seu fabrico ou preservação, objetivando promover ou incrementar seu consumo”. Na Resolução nº 24, de 2010, define-se propaganda/publicidade como um “conjunto de técnicas e atividades de informação e persuasão com o objetivo de divulgar conhecimentos, tornar mais conhecido e/ou prestigiado determinado produto ou marca, visando a exercer influência sobre o público por meio de ações que objetivem promover e/ou induzir a prescrição, a aquisição, a utilização e o consumo de alimentos”. Não se tinha, em 1969, entre outros, a percepção atual que diferencia propaganda e publicidade.

A ANVISA atua no campo da regulação econômica, entendendo-se esta última como “o conjunto de técnicas utilizadas pelo Estado para intervir no domínio econômico, de forma contínua, almejando corrigir as imperfeições dos mercados⁵⁰”. Decorre da identificação da função da agência um poder regulador que lhe é inerente. Por isso, “(...) é preciso salientar que na própria noção de agência reguladora está implícita a ideia de poder regulador, exercido por meio de atribuição normativa (...) logo, não teria sentido criar tais entes sem que eles pudessem editar normas referentes às diversas áreas sob suas respectivas competências⁵¹”. Cuida-se de regulamentação, em sentido estrito, de modo que,

“Reconhece-se atualmente que o poder regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado e por outros órgãos e entidades da Administração Pública,

⁵⁰ CUÉLLAR, Leila, cit., p. 53.

⁵¹ CUÉLLAR, Leila, cit., p. 107.



como as autarquias (...) portanto, as agências examinadas, autarquias integrantes da Administração indireta, podem deter competência complementar⁵².

O regulamento não pode transcender o conteúdo do que lhe reserva a lei, embora, bem entendido, a poder normativo das agências não possa se materializar tão somente por meras repetições de textos legais já existentes. Consequentemente,

A lei determinará os padrões para a atuação administrativo-normativa regulamentar. Isso não significa que os regulamentos sejam só e tão-somente de execução. De um lado, a lei pode outorgar a capacidade normativa autônoma às autoridades administrativas (...) De outro, a previsão normativa anterior pode ser ampla o suficiente para que a autoridade administrativa crie e gere previsões inéditas, porém submissas ao 'espírito' da lei⁵³.

A leitura das disposições constitucionais relativas ao poder normativo das agências exige que se confira força normativa concreta à Constituição (*Die Normative Kraft der Verfassung*)⁵⁴. E deve o intérprete transcender às regras constitucionais de nomoestática, isto é, regras de forma, aplicando, com exatidão, as diferenças entre regras relativas a criação de regras e regras de conduta propriamente ditas⁵⁵. No caso, acima de qualquer suspeita, a determinação para que a ANVISA regule objetivamente o campo da saúde.

A função que o modelo presente reserva às agências reguladoras exige compreensão solene dos resultados que o texto constitucional busca. Deve-se afastar de uma leitura hierática, aproximando-se de um contexto valorativo que

⁵² CUÉLLAR, Leila, cit., p. 117.

⁵³ CUÉLLAR, Leila, cit., p. 125.

⁵⁴ Cf. HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Tradução do alemão para o português de Gilmar Ferreira Mendes.

⁵⁵ Cf. KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, New Jersey: Lawbook Exchange, 2005, p. 5. Tradução do alemão para o inglês de Max Knight.



aponte para saídas práticas em face de problemas concretos. Ainda que não se admita o poder de edição de decreto regulamentador autônomo, por parte das agências, dado que *o comando constitucional já afasta a edição de regulamentos por agentes reguladores*⁵⁶, deve-se admitir uma diferenciação entre função regulamentar e função regulatória. De tal modo,

Ainda que os limites e condições impostos à edição de ‘regulamentos autônomos’ se apliquem integralmente às normas regulatórias, não que se confundir ambas as espécies de atos normativos; o regulamento, autônomo ou não, é emanado de autoridade política, sem compromisso de neutralidade; a norma regulatória (...) traça conceitos técnicos, despidos de valoração política (que deve estar contida na norma a ser implementada); deve ser equidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos (daí deve ser necessariamente motivada e editada, preferencialmente, por agente ‘independente’, i.e., protegido contra pressões políticas)⁵⁷.

É fato que a Administração deve regulamentar; isto é, “há quase uma unanimidade da doutrina no sentido de concluir que durante o século XX o Poder Executivo teve suas atribuições ampliadas para poder dar conta das demandas que surgiram não só com as grandes guerras como também com todas as questões que envolveram os mercados mundiais e as finanças públicas⁵⁸”. Por outro lado, registre-se, é com base em linha de pensamento que radica em Celso Antonio Bandeira de Mello que há parte considerável de autores que negue peremptoriamente o poder regulamentador das agências. Assim, “a alusão a órgãos reguladores no texto constitucional somente pode-se entender como uma função de traçar parâmetros, submetidos à lei, inclusive constitucional, na área de sua atuação (...) não há lugar para, a exemplo do direito norte-americano, uma verdadeira e originária produção normativa⁵⁹”. E

⁵⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26.

⁵⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela cit., p. 28.

⁵⁸ MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa, *Agências Reguladoras e Direito Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 99.

⁵⁹ FIGUEIREDO, Marcelo, *As Agências Reguladoras- O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 307.



no entender do mesmo autor, “o alargamento da função regulamentar no Brasil, ao longo de sua história, acabou estrangulando a atividade legislativa e, com ela, trouxe maiores riscos à democracia⁶⁰”.

Por outro lado, em sufrágio da legalidade, em seu sentido mais superlativo, indica-se, entre outros, embora, bem entendido, precedente referente a outro contexto e a outra discussão, em tema outro:

(...) A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua "contra legem" ou "praeter legem", não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)". Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul. Reconhecimento de situação configuradora do "periculum in mora". Medida cautelar deferida⁶¹.

Pode-se argumentar que a *propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias* estará sujeita a restrições legais (...) e conterà, sempre que necessário, advertência sobre malefícios de seu uso⁶². Há registro de decisão do Supremo Tribunal Federal, em relação a aludida disposição constitucional. Refiro-me a ADI 1.755, relatada pelo Ministro

⁶⁰ FIGUEIREDO, Marcelo, cit., loc.cit.

⁶¹ Supremo Tribunal Federal, ACO 1.48-QO, Relatada pelo Ministro Celso de Mello em julgamento de 30 de agosto de 2007.

⁶² Constituição Federal, § 4º do art. 220.



Nelson Jobim, julgada em 15 de outubro de 1998, cuja ementa em seguida reproduzo:

CONSTITUCIONAL. LEI FEDERAL. RESTRIÇÕES AO USO E À PROPAGANDA DE PRODUTOS FUMÍGEROS, BEBIDAS ALCOÓLICAS, ETC. IMPUGNAÇÃO DO DISPOSITIVO QUE DEFINE O QUE É BEBIDA ALCOÓLICA PARA OS FINS DE PROPAGANDA. ALEGADA DISCRIMINAÇÃO LEGAL QUANTO ÀS BEBIDAS COM TEOR ALCOÓLICO INFERIOR À TREZE GRAUS GAY LUSSAC. A SUBTRAÇÃO DA NORMA DO CORPO DA LEI, IMPLICA EM ATUAR ESTE TRIBUNAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, O QUE LHE É VEDADO. MATÉRIA PARA SER DIRIMIDA NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL. PRECEDENTES. AÇÃO NÃO CONHECIDA.

No caso, discutia-se lei federal. E à época houve opção por minimalismo judicial, atitude de alguns tribunais, que a doutrina de expressão anglo-saxônica denomina de *judicial restraint*⁶³. Feito o registro, fixa-se a lembrança de que não há, ainda, por parte do Supremo Tribunal Federal um entendimento mais definitivo a propósito do alcance do § 4º do art. 220 do texto constitucional.

O que o momento enseja, no entanto, é a observação de que não se têm números fechados na dicção constitucional que remete a lei restrições atinentes à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. A norma manifesta-se prenhe de reserva de sentido, a ser ampliado, suplementado, adicionado, colmatado e problematizado ao longo do tempo, e na medida em que circunstâncias inusitadas, ou não pensadas em 1988, venham efetivamente a surgir. É o que denomina de *mudança constitucional*.

Pode haver normatividade restritiva de propaganda em tema de alimentos, por força de mudança constitucional, e conseqüente ampliação do conteúdo do § 4º do art. 220 do texto constitucional. Porém, há reclame de lei.

⁶³ Cf. GUASTINI, Ricardo, *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Madrid: Trotta, 2008. Tradução do italiano para o espanhol de Miguel Carbonell e Pedro Salazar.



A lógica constitucional exprimiu-se por intermédio da locução *restrições legais*. Afinal, é o intérprete quem dá vida à Constituição⁶⁴, e a concepção de legislação infraconstitucional não de ser forma autorizada de interpretação constitucional. Por isso, pode-se argumentar em juízo que seria lei, e não resolução, o meio idôneo para a fixação de restrições em matéria de alimentos. É esta a observação que se deve fazer a ANVISA, de modo que não se corra o risco de que eventual discussão judicial possa redundar em nulidade do esforço combativo da agência aqui estudada. A ANVISA deve ter em mente que a aceitação da tese da mutação constitucional junto ao § 4º do art. 220 da Constituição resulta em necessidade de se tratar a matéria por lei, e não por resolução.

5. O tema de eventual censura protagonizada pela ANVISA

Resta, por fim, rápida consideração em torno da tese do CONAR, no sentido de que a regulamentação da ANVISA qualificaria odiosa forma de censura. E ainda que assim o fosse, a verdade é um limite à liberdade de expressão⁶⁵, justificativa de eventual ato de censura. A indicação dos riscos dos alimentos não deixa de ser o pleno exercício da liberdade de ensinar⁶⁶.

Na opinião de José Afonso da Silva “(..) *Censurar é opor restrições com caráter de reprimenda*”⁶⁷. Não há, na hipótese, nenhuma reprimenda; o que se tem, tão somente, é determinação para que se informe, adequadamente, ao consumidor.

⁶⁴ Cf., por todos, FREITAS, Juarez, *O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição: Preceitos de Exegese Constitucional*, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional- Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 226 e ss.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 371.

⁶⁶ Cf., embora em outro contexto, RODRIGUES, Horácio Wanderlei, *Controle Público da Educação e Liberdade de Ensinar*, in Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê, *Constituição e Democracia- Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 252 e ss.

⁶⁷ SILVA, José Afonso, *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99.



Acurada leitura das disposições veiculadas pela ANVISA dá conta de que, no caso presente, a percepção de censura é inversa. Isto é, pretende-se censurar a agência porquanto esta última exerce múnus institucional de veicular informações. Há certa razoabilidade que deve informar a situação, à luz, inclusive, da doutrina francesa do *bilan court-avantage*⁶⁸, isto é, da relação entre custo e benefício.

6. Conclusões

De tudo quanto aqui avaliado, pode-se concluir que a ANVISA detém competência para regulamentar a matéria, na inteligência do art. 196 da Constituição, e que, mais especificamente: a) *O art. 196 da Constituição coloca o problema a partir de vetor hermenêutico que concebe o direito à saúde em primeiro lugar;* b) *O Decreto-lei nº 986, de 1969, recebido pela ordem constitucional atual como lei ordinária, substancializa parcialmente as pretensões regulatórias da ANVISA, no caso presente;* c) *A Lei nº 9.782, de 1999, dispõe que é dever da ANVISA normatizar, controlar e fiscalizar produtos de interesse à saúde;* d) *A Constituição confere ao Poder Executivo amplo regime de competências para regulamentar questões afetas à saúde;* e) *Vencedora o CONAR, no sentido de que a Resolução nº 24, de 2010, fosse integralmente imprestável, ter-se-ia como resultado a determinação de que custos de transação decorrentes do dever de informar sejam suportados pelo Poder Público;* f) *Fixação normativa de que alimentos que causem problemas à saúde sejam identificados como tal é menos um problema de logística do que de saúde pública;* g) *A doutrina da mutação constitucional, plenamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal, justifica que se produza corpo normativo relativo à publicidade de alimentos;* h) *A ANVISA não transcendeu à*

⁶⁸ Cf., por todos, NOHARA, Irene Patrícia, *Limite à Razoabilidade nos Atos Administrativos*, São Paulo: Atlas, 2006.



autorização das Leis nº 6.360, de 1976, e nº 9.294, de 1996; i) A Resolução nº 24, de 2010, substancializa positivamente ofensiva e colaboração brasileiras no contexto internacional de combate às doenças não contagiosas; j) A Resolução nº 24, de 2010, também substancializa o alinhamento positivo do Brasil às diretrizes da OMS no que se refere à propaganda de alimentos e bebidas com baixo teor nutricional, especialmente para crianças; k) A Resolução nº 24, de 2010, resultou de ampla participação de técnicos e de representantes da opinião pública; trata-se de documento prenhe de legitimidade democrática; l) Dados estatísticos relativos às doenças crônicas não transmissíveis comprovam o acerto das medidas da ANVISA; m) Teste de ponderação entre legalidade e saúde aponta em favor desta última em favor daquela primeira; embora, bem entendido, haja necessidade de intensa luta, com este objetivo, junto ao Poder Judiciário; n) Por isso, o princípio da eficiência, bem como o do ótimo de Pareto, justificam que se procure saída legislativa, menos custosa, e veiculadora de maior segurança para a Administração; o) Não há números fechados na regra constitucional relativa à publicidade de alguns itens; p) Não há na Resolução nº 24, de 2010, medida de censura, porquanto a verdade é o limite da liberdade de expressão; q) A indicação dos riscos dos alimentos, via publicidade, é pleno exercício das liberdades de ensinar e de informar; r) Censurar é opor restrições com caráter de reprimenda; na hipótese, não há admoestação mais severa, pelo que não se configura a censura; s) No caso, a censura é inversa, isto é, o CONAR pretende restringir o pleno direito e o absoluto dever que a ANVISA tem no sentido de reduzir assimetrias de informação; t) O princípio da legalidade protege à tese do CONAR; u) O princípio da proteção à saúde ampara a tese da ANVISA; v) O tema central, relativo à titularidade de direitos fundamentais, por parte de pessoa jurídica, não eclipsou as discussões; x) Há indícios de onda jurisprudencial em favor da aceitação da titularidade de direitos fundamentais, por parte da pessoa humana; y) Essa aceitação, no entanto, não é geral e irrestrita; w) a titularidade de direitos fundamentais, por parte da pessoa jurídica, deve ter como destinatário final a pessoa humana; z) ainda que reconhecida a titularidade de



direitos fundamentais, por parte da pessoa jurídica, juízo de ponderação exige que a liberdade de expressão comercial ceda ao dever do Estado de proteger a saúde.

REFERÊNCIAS

ANUATTI, Francisco Neto, **Regulamentação dos Mercados**, in Diva Benevides Pinho e Marco Antonio S. de Vasconcelos, *Manual de Economia*, São Paulo: Saraiva, 2008.

BARRIONUEVO, Arthur Filho e LUCINA, Cláudio Ribeiro de, **Teoria da Regulação**, in Ciro Biderman e Paulo Arvate, *Economia do Setor Público do Brasil*, São Paulo: Elsevier, 2004.

CARVALHO, José L., GWARTNEY, James D., STROUP, Richard L. e SOBEL, Russell S. **Fundamentos de Economia- Macroeconomia, vol. 1**, São Paulo: Centage Learning, 2008.

COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**, São Paulo: Bookman, 2010. Tradução para o português de Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa.

CUÉLLAR, Leila, **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**, São Paulo: Dialética, 2001.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo, **As Agências Reguladoras- O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa**, São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Juarez, **O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição: Preceitos de Exegese Constitucional**, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago



Guerra Filho (org.), ***Direito Constitucional- Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides***, São Paulo: Malheiros, 2003.

FRIEDMAN, David D., ***Law's Order- What Economics has to do with Law and why it Matters***, Princeton: Princeton University Press, 2000.

GUASTINI, Ricardo, ***Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional***, Madrid: Trotta, 2008. Tradução do italiano para o espanhol de Miguel Carbonell e Pedro Salazar.

HESSE, Konrad, ***A Força Normativa da Constituição***, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Tradução do alemão para o português de Gilmar Ferreira Mendes.

HIRSCHL, Ran, ***Towards Juristocracy- The Origins and Consequences of the New Constitutionalism***, Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen Holmes e SUSNTEIN, Cass, ***The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes***, New York: Norton, 2000.

KAPLOV, Louis e SHAVELL, Steven, ***Fairness versus Justice***, Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KEECH, William R., ***Economic Politics- The Costs of Democracy***, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KELSEN, Hans, ***Pure Theory of Law***, New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. Tradução do alemão para o inglês de Max Knight.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO, Inocêncio Mártires, ***Curso de Direito Constitucional***, São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa, ***Agências Reguladoras e Direito Brasileiro***, São Paulo: Atlas, 2002.

NOHARA, Irene Patrícia, ***Limite à Razoabilidade nos Atos Administrativos***, São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Edson de Oliveira, NOGUEIRA, André Magalhães, COSTA, Cátia Couto da, ANDRADE, Helenice Vieira de e RIBEIRO, Leandro Molhano, ***Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: Inovação e Continuidade no Sistema Político Institucional***, Rio de Janeiro: Garamond, 2007.



POSNER, Richard. ***How Judges Think***, Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard. ***The Economics of Justice***, Cambridge: Harvard University Press, 1998.

POSNER, Richard, ***The Problems of Moral and Legal Theory***, Cambridge: Harvard University Press, 2002.

RAMOS, Elival da Silva, ***Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos***, São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei, ***Controle Público da Educação e Liberdade de Ensinar***, in Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê, ***Constituição e Democracia- Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho***, São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRIGUES, Juliana Oliveira, ***As Agências Reguladoras e Desenvolvimento***, in BARRAL, Welber (org.), ***Direito e Desenvolvimento- Análise da Ordem Jurídica Brasileira sob a Ótica do Desenvolvimento***, São Paulo: Editora Singular, 2005.

RODRIGUES, Vasco, ***Análise Econômica do Direito***, Coimbra: Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang, ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais***, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso, ***Comentário Contextual à Constituição***, São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, ***Direito Administrativo Regulatório***, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STIGLER, George, ***The Economics of Information***, in KATZ, Avery Wiener (org), ***Foundations of the Economic Approach of Law***, New York: Foundation Press, 1998.

TAVARES, André Ramos, ***Direito Constitucional da Empresa***, São Paulo: Método, 2013.

TIMM, Luciano Benetti, ***Direito & Economia***, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



UNGER, Roberto Mangabeira, ***Democracia Realizada- a Alternativa Progressista***, São Paulo: Boitempo, 1999. Tradução do inglês para o português de Carlos Graieb, Márcio Grandchamp e Paulo César Castanheira.

