

Limites de Atuação das Agências Reguladoras na Disciplina da Propaganda de Produtos Comerciais: Poder de Polícia Reforçado ou Poder Normativo?

Flávia de Azevedo Faria Rezende Chagas

Juíza de Direito da 1ª Vara de Família, Infância e Juventude - Itaboraí

O palestrante iniciou informando o propósito de abordar as restrições de comerciais de alimentos pela ANVISA. Comentou que o Brasil tem pouco tempo de democracia e que a Constituição de 1988 trouxe muitos poderes estatais.

Em continuidade, comentou o art. 5º, inciso II, da CF/88, assim formulado: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Prosseguiu com observação sobre o art. 25 da ADCT, no seguinte teor:

“Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito a este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

Informa que a ideia era limitar o poder normativo pelo Executivo, porém temos todos os dias Atos Normativos secundários oriundos de outros poderes, que não o Poder Legislativo.

Ex: Atos Normativos para ingresso no Brasil de pessoas que viajaram para o exterior.

Ex: Rastreador de automóvel (chip para saber se o carro está regularizado) editado pelo COTRAN.

Ex: Banco Central do Brasil regula o sistema financeiro."

Em seguida, citou Paulo Otero, quando leciona que:

"A crescente complexificação das matérias e a impossibilidade de o parlamento dar resposta pronta e conveniente a todas as exigências de um modelo de Estado de bem-estar conduziram a uma progressiva assunção de poderes normativos por parte do Poder Executivo..."

Isso fez com que vários outros órgãos legissem, tais como as agências reguladoras. Portanto, temos uma Administração Pública em rede.

A ANVISA, por exemplo, editou várias resoluções para propaganda de remédios e cigarros, restringiu o horário para propaganda de cerveja e vinho e atacou os alimentos pouco nutritivos. Qual o limite? Sob essa perspectiva de análise, os alimentos pouco nutritivos terão propaganda limitada. Ex: Não poderá relacionar a compra de alimentos pouco nutritivos com o ganho de brindes?

Tal como definido na RDC (ANVISA) nº 24 de 15 de junho de 2010, no Art. 1º, fica aprovado o Regulamento Técnico que estabelece os requisitos mínimos para 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 nutricional, nos termos da Resolução.

Indaga-se: A ANVISA está errada?

Conclui-se: Não, porém as empresas estão se mobilizando contra essas resoluções. Previsão constitucional sobre o tema: Direito à saúde x liberdade de expressão. Existe, portanto, um conflito de princípios:

O Art. 196 da CF/88 prescreve que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Em contrapartida, o Art. 220 CF/88 estabeleceu que:

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 3º Compete à lei federal:

I - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE.

§ 4º 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 conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

As indústrias argumentam que alimentos e bebidas não alcóolicas excluem-se daquelas contempladas na Resolução da ANVISA.

Além disso, existe em andamento a proposta de Emenda Constitucional 73/2007, incluindo alimentos e bebidas no art. 220, § 3º.

Hoje, a ANVISA vem atuando no chamado poder de polícia, conforme já julgado no seguinte precedente do STJ, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO PARA IMPORTAÇÃO PELA ANVISA. SUBSTÂNCIA PRECURSORA DE DROGAS ILÍCITAS. LEGALIDADE.

1. Não há eivas de ilegalidade na Portaria 344/98, com a redação da RDC 229/01, que obriga a empresa importadora a solicitar à Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde a fixação de Cota Anual de Importação de substâncias constantes das listas “A1” e “A2” (entorpecentes), “A3”, “B1” e “B2” (psico-

trópicas) e “D1” (precursoras), até 30 de novembro de cada ano, para uso no ano seguinte.

2. Recurso especial provido.

(REsp 906175/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 24/06/2008)

A AGU pediu suspensão de novas regras do Regulamento 24 da ANVISA e a Justiça concedeu quatro liminares suspendendo as novas regras.

Conclusão: A ANVISA é autarquia Federal, devendo agir no reforço do Poder de Polícia. Os atos normativos expedidos pelas agências têm sido confirmados pelo STJ, conforme julgado acima.

Cumpra igualmente mencionar neste relatório o artigo do Professor Luís Roberto Barroso, no livro *Temas de Direito Constitucional*, editora Renovar, 2005, com o tema: "Liberdade de Expressão e Limitação a direitos fundamentais – ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos". No artigo, o professor mencionado conclui "De tudo o que se expôs até aqui, é possível compendiar as principais ideias desenvolvidas ao longo do estudo nas seguintes proposições objetivas:

1. A restrição a direitos fundamentais, com base em normas constitucionais programáticas (como as que se referem, genericamente, à proteção da saúde e do consumidor), não pode prescindir de ato normativo de caráter geral, que como regra será a lei. De fato, cabe ao Poder Legislativo determinar, dentre inúmeras condutas aptas a realizar determinado fim constitucional, aquelas que serão obrigatórias. O exercício de tal competência pelo Judiciário não é próprio, violando princípios como os da separação de poderes, da isonomia e da segurança jurídica. A lei em questão, como natural e óbvio, além de especificar com clareza as restrições que decida implementar, deverá aplicar-se a todos os que se encontrarem em igual situação e estará limitada pelo princípio da razoabilidade.

2. No caso específico do direito à realização de publicidade comercial, a própria Constituição remeteu à lei a disciplina de seu exercício e de eventuais restrições a ele (CF, art. 220, §§ 3º e 4º) O sistema constitucional completa-se com a competência privativa conferida à União pelo art. 22, XXIX, para legislar sobre propaganda comercial.

3. Existe regulamentação analítica acerca das informações a serem prestadas por fabricantes de refrigerantes e sucos, mas em ponto algum ela impõe as obrigações postuladas nas ações civis públicas que vêm sendo propostas. Os autores dessas demandas, em regra, invocam como fundamento jurídico de sua pretensão normas do Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA (Lei nº 8.069/90) e do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90) que, entretanto, não autorizam as restrições pretendidas.

4. De parte tudo o que já foi dito, é certo ainda que o conteúdo das restrições pretendidas refogem duplamente ao princípio da razoabilidade. Com efeito, as obrigações que se pretende impor judicialmente aos fabricantes desses produtos e não atendem aos testes da (i)adequação lógica, pois não serão capazes de atingir o fim almejado, e (ii) da necessidade – exigibilidade da medida, já que existem outros meios, menos restritivos dos direitos das pessoas envolvidas, de obter o resultado desejado." ♦