
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 44	p. 1-244	abr./jun. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEU FELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Virgínia Loureiro
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
CDD: 342	CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral	Secretário Editorial Executivo
Romeu Felipe Bacellar Filho	Daniel Wunder Hachem
Diretor Editorial	Conselho Diretivo
Paulo Roberto Ferreira Motta	Adriana da Costa Ricardo Schier
Editora Acadêmica Responsável	Edgar Chiuratto Guimarães
Ana Cláudia Finger	Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)	Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)	Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)	Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC/SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Odilon Borges Junior (UFES)
Eros Roberto Grau (USP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)	Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Rolando Pantoja Buzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Juarez Freitas (UFRGS)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC/SP)
	Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)	Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)	Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)	Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)	Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)	Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)	Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba – PR)	Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)	Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba – PR)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Profa. Dra. Vanice Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

A legitimidade da ANVISA para a regulação da publicidade de alimentos

Sérgio L. B. F. Reis

Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, com linha de pesquisa em Direito Econômico e Desenvolvimento. Pós-Graduado em Direito da Propriedade Industrial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela UERJ. Ocupa o cargo de Especialista em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual na ANCINE.

Resumo: Este artigo analisa a legitimidade da regulação da publicidade de alimentos pelo Estado, mais especificamente pela agência reguladora federal responsável por regular vigilância sanitária, a ANVISA. A importância deste assunto está intimamente relacionado ao direito à informação, um direito do consumidor e do cidadão, assim como uma questão de saúde pública uma vez que os hábitos alimentares da população se alteraram. Infelizmente, as alterações não foram para melhor como pode ser observado pelo crescente número de cidadãos com problemas de saúde e a tendência de aumento dos gastos com saúde pelo Estado. A regulação da publicidade de alimentos tem as características de uma política pública preventiva em um tema de grande relevância.

Palavras-chave: Regulação. Publicidade. Saúde pública. Agências reguladoras.

Sumário: Introdução – 1 Alimentos e a saúde pública – 2 A tutela da saúde pública e sua regulação – 3 A ANVISA e seu marco regulatório – 4 A publicidade e sua função – 4.1 O princípio da subsidiariedade – 4.1.1 Autorregulação – 4.1.2 Intervenção subsidiária do Estado – 5 Algumas experiências internacionais – Conclusão – Referências

Introdução

A evolução das políticas públicas na área da saúde tomou os mais diversos caminhos ao longo dos tempos. Entre os erros e acertos, algo que foi aprendido é que agir preventivamente é a forma mais eficiente de atuação. Políticas preventivas, bem estruturadas, tendem a poupar recursos com mão de obra qualificada, medicamentos, estrutura, e, eventualmente, até mesmo com internações hospitalares e procedimentos.

Dentro da ideia de uma atuação preventiva do Estado no setor de saúde, existe a competência conferida a uma das agências reguladoras atuantes neste segmento, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), e a sua competência para regular a publicidade. Neste trabalho, abordaremos, especificamente, a legitimidade desta agência para a regulação da publicidade de alimentos. A regulação deste segmento está estabelecida na lei de criação da ANVISA, Lei nº 9.782, de 1999, assim como em

outras normas, como um marco regulatório, ou seja, um campo de atuação no qual o Poder Legislativo delega a um ente da Administração Pública o poder/dever de atuar com a finalidade de concretizar o interesse público.

Observando-se a ideia de publicidade, tem-se que esta pode ter as mais diversas finalidades, dentre as quais a função de informar e de criar uma reputação de um produto ou serviço com a finalidade de induzir sua aquisição. A publicidade deve ser entendida em sentido amplo e pode incluir desde uma peça publicitária veiculada na televisão até a embalagem de um produto na prateleira de um supermercado. O uso da publicidade, em geral, é um meio legítimo de criar uma reputação positiva de uma empresa, de um produto e de um serviço. No entanto, em certas hipóteses excepcionais, este uso poderá ser limitado. Esta limitação pode advir da má-fé, por exemplo, nas situações em que a publicidade deliberadamente tenta induzir o consumidor a erro conforme estabelecidas na legislação consumerista. E, até mesmo, em situações em que o agente atua de boa-fé, mas que envolvem interesses de outros componentes da coletividade, como, por exemplo, na limitação de horário e na obrigação de informar sobre os riscos envolvidos no consumo excessivo de bebidas alcoólicas.

Neste contexto, é necessário observar um princípio que auxiliará na interpretação das questões relativas à regulação da publicidade, qual seja, o princípio da subsidiariedade. Este princípio está presente na Constituição de 1988, servindo como uma nova diretriz para a atuação do Estado. Esta forma de atuação surge como uma alternativa ao Estado do Bem-Estar Social e tem como um de seus fundamentos a intervenção somente em situações nas quais os diversos agentes que compõem o corpo social não sejam capazes de, por si sós, satisfazerem seus próprios interesses e o interesse coletivo afeto à questão. A intervenção do Estado se dará na medida da necessidade aferida no plano social. Dentro desta ideia, é formada uma cadeia de subsidiariedades, na qual o ente maior só tem razão e dever de intervir quando os entes menores não tiverem condições de atuar de modo eficiente. Como analisaremos no momento adequado, por diversos motivos não existe uma atuação equilibrada dos agentes do setor e o modelo de autorregulação adotado pelos agentes através do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária).

No trabalho, iremos ainda abordar algumas experiências internacionais, não sendo possível exaurir uma análise do cenário internacional, pois isto alteraria o foco em questão. No entanto, entendemos que algumas

ações realizadas em outros países servem para demonstrar que as medidas desenhadas no Brasil são práticas comuns de concretização de políticas públicas na área da saúde. Estas experiências de outros países podem, ainda, contribuir para a implementação da proposta brasileira, a capacidade de absorver as virtudes e evitar os erros, assim como estabelecer um parâmetro para a análise de resultados.

Por fim, pretendemos abordar a legalidade e a legitimidade da ANVISA para intervir no tema. Em que pese a posição da Advocacia-Geral da União, é preciso observar que no atual cenário democrático está clara a delegação normativa realizada pelo Poder Legislativo para que uma agência reguladora atue nesta questão. Ora, aspectos como a independência da agência, assim como o conhecimento técnico, seriam formas de criar normas mais eficientes, com uma menor intervenção na esfera de direitos dos agentes privados e, ao mesmo tempo, aptas a alcançar o interesse público e a concretização das normas programáticas que versam sobre saúde. Cabe, ainda, destacar que este trabalho não pretende abordar o texto ou os aspectos técnicos da norma da ANVISA que versa sobre o assunto; em certos momentos teremos que tão somente tangenciar alguns aspectos desta norma. A nossa principal preocupação é debater um tema atual, qual seja, a legitimidade da regulação da publicidade de alimentos no âmbito do sistema normativo e do cenário democrático brasileiro.

1 Alimentos e a saúde pública

Ao longo da vida, aprendemos que a ausência de alimentação causa a morte. Do passado remoto até o presente existem situações em que pessoas são vitimadas pela fome. É bem verdade que, com a evolução da sociedade, a morte por fome tem sido cada vez mais rara. Felizmente. Alimentar-se, ao mesmo tempo que é uma necessidade humana, é também um prazer. Para certos autores, a humanidade está associada à capacidade de produzir alimentos e a ingestão de proteína teria permitido a evolução da espécie humana. Alimentar-se, portanto, é uma necessidade básica, um fundamento da evolução humana e um rito social. Com o desenvolvimento da sociedade e pesquisas médicas, foi percebido que alimentar-se em excesso de certos produtos não é algo desejável, e que equívocos na alimentação e a obesidade podem causar certas doenças, sejam doenças renais, coronarianas ou até mesmo neurológicas. Infelizmente, comer pode nos matar, assim como não comer.

Esta equação torna-se mais complexa quando observado que alimentar-se traz prazer, um prazer associado aos mais diversos mecanismos evolutivos e de natureza biológica, e que alguns alimentos geram mais satisfação e prazer do que outros. Dentro da ideia de que alimentos dão prazer e que o ser humano tem uma eterna busca pela satisfação, cabe analisar alguns aspectos socioeconômicos. Um dos pontos é que a alimentação gera custos, ou seja, recursos financeiros podem ser limitadores de acesso à alimentação. Por outro lado, um país em crescimento, no qual ocorra um aumento real da renda média da população, permite com que seus cidadãos consumam mais e, conseqüentemente, tenham mais acesso aos alimentos. A tendência também é o consumo de alimentos que deem mais prazer e, até mesmo, que sejam mais práticos de ser consumidos.¹

Neste cenário, tem-se que a questão do acesso aos alimentos é algo desejado. No entanto, existe um aspecto negativo que é a tendência a um consumo exagerado de certos alimentos que, ingeridos em grandes quantidades, tendem a causar certas doenças, mais especificamente as DCNT (Doenças Crônicas Não Transmissíveis), assim como a obesidade.² Como exemplo, podemos mencionar o consumo excessivo das gorduras do tipo saturada, do açúcar e do sódio. Isto afeta, particularmente, uma parte da população que não possui acesso a uma efetiva educação alimentar ou à saúde, ou seja, uma parte significativa da população brasileira. Ademais, o ambiente atual propicia e estimula o consumo desses alimentos, e, de forma excessiva. Existe uma tendência muito grande dos agentes do mercado em produzir alimentos chamados “ultraprocessados”, os quais comumente são de fácil acesso, de custo relativamente baixo, e, infelizmente, ricos nesses nutrientes. Esse acesso facilitado, somado ao marketing agressivo e

¹ No que diz respeito a tendências, cabe reproduzir parte do trabalho da pesquisadora da OCDE, Linda Fulconi no tema: “Rising incomes, changing composition of the labour force, technological change, urbanization and changing demographics have contributed to changing lifestyles including food habits in all OECD countries. Technological change has been particularly important in raising agricultural productivity, increasing food availability and decreasing real food prices as well as reducing energy expenditures at work and at home” (LAKDAWALLA; PHILIPSON, 2003; CUTLER et al., 2003; SASSI; HURST, 2008). Em um segundo momento complementa a pesquisadora: “With increased incomes the share spent on food has declined in most OECD countries and on average, food expenditures (both at and away from home) now represent only about 13% of total expenditures down from about 25% a generation ago” (FULPONI, Linda. Policy Initiatives Concerning Diet, Health and Nutrition. OCDE – Food, Agriculture and Fisheries Working Papers, n. 14, p. 5, 2009).

² Em relação à obesidade, reproduzimos abaixo alguns dados do estudo Third Lancet Series on Chronic Diseases: Brazil da OCDE: “Overweight rates in Brazil are higher than the OECD average. Almost 1 in 2 men and over 1 in 2 women are overweight in Brazil”. Em um segundo momento, complementa: “Up to 220 000 life years could be gained through a combination of prevention programmes in Brazil every year. Combining several interventions to tackle unhealthy diet and physical inactivity is a very efficient way of improving population health. A prevention strategy including a mass media campaign, food taxes and subsidies, nutritional labelling and marketing restrictions would be cost-saving after only a few years”.

intenso, aliado à pouca atividade física, e, em menor proporção, à baixa disponibilidade de programas que incentivem hábitos alimentares é que compõem esse cenário indesejado.

O consumo excessivo de certos grupos alimentares acaba acarretando doenças que serão tratadas clinicamente ou cirurgicamente, em muitos casos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), sistema este que não consegue atender à população nos padrões adequados e consome volumosos recursos financeiros e de pessoal. Ademais, um cidadão que tenha uma das doenças tratadas clinicamente ou cirurgicamente tende a ser menos produtivo para a sociedade. Em uma eventual fatalidade por falta de acesso tempestivo e adequado à rede pública de saúde, este cidadão deixará de contribuir para a coletividade, isto para não mencionar questões afetas aos direitos constitucionais do cidadão, como o direito à vida. Existe uma situação em que todos perdem, tanto o cidadão como a coletividade. Medidas preventivas que possam diminuir o custo eventual de tratamento a posteriori devem ser consideradas como uma política pública eficiente sobre a perspectiva econômico-financeira, tanto no que diz respeito ao uso de recursos financeiros, como também de pessoal e de estrutura física e equipamentos.

Logicamente, também é preciso observar que, com a evolução da sociedade, atividades relacionadas aos alimentos se tornaram um grande negócio. Empresas dos mais diversos portes atuam nos vários segmentos do setor de alimentos, seja na plantação de matérias-primas ou na pecuária, na distribuição, no beneficiamento ou na comercialização. A produção de alimentos pode envolver um pequeno produtor no norte do país e um restaurante modesto de beira de estrada, como também pode envolver grandes produtores de porte multinacional que fornecem produtos para enormes cadeias de supermercados. Ao abordar a noção de alimentação, estamos falando de algo tão vasto e amplo que existe um grande risco de excluir algumas situações em uma eventual definição, desta forma nossa pretensão é tão somente a de estabelecer a amplitude do setor.

É preciso observar que a realidade do setor é bem complexa. Um dos fatores que inserem complexidade no cenário é a diversidade de agentes e de interesses presentes no setor de alimentos. Alguns destes possuem um significativo porte econômico: são empresas multinacionais com faturamentos na esfera dos bilhões de dólares; em outros casos trata-se

de pequenos grupos empresariais. Em comum, têm-se estruturas voltadas ao lucro. Neste ponto é necessário ressaltar que não possuímos qualquer aversão ao lucro. Pelo contrário, a economia de mercado neste setor conseguiu criar um dinamismo e eficiência que permitiu à humanidade combater a fome e permitiu um acesso amplo à alimentação, mesmo por classes sociais desprivilegiadas. Com a contribuição da economia de mercado foi possível pesquisar e desenvolver tecnologias que permitiram à humanidade continuar crescendo. Além de potencializar o agronegócio e diversos mecanismos de produção e distribuição eficientes. No entanto, é preciso ponderar se certas formas de busca do lucro atendem aos anseios sociais relativos à saúde humana. A busca do lucro não deve estar associada a prejuízos para a vida humana, diretos ou indiretos. Eventuais distorções devem ser corrigidas pelos próprios agentes ou, subsidiariamente, em última instância, pelo Estado.

Seguindo, observa-se que certos produtos comercializados, por pequenos e grandes grupos econômicos, contêm elementos cujo consumo excessivo pode influir na saúde humana. O lucro com base na ocultação ou na desinformação destas características não é algo desejado, principalmente quando se aproveita do fato do cidadão, consumidor, não ter conhecimento técnico para analisar as características nocivas do produto. Na maioria das vezes, a decisão de compra está associada à publicidade do produto, seja uma embalagem bonita e agradável, uma propaganda televisiva com um ator conhecido ou uma política de comercialização feroz que reduz preços. A decisão de compra, em muitos casos, não é algo racional, tendo em vista a falta de conhecimento técnico acerca do assunto. Exemplificando, um nutricionista tende a ter maior capacidade de escolha de um produto por critérios técnicos do que um cidadão sem aquela formação específica. Em outros termos, um cidadão tende a não ter conhecimento suficiente para analisar as informações técnicas que constam no verso da embalagem de diversos produtos na forma como estão atualmente dispostas. Também se observa na experiência internacional que a decisão de compra, em algumas situações, é realizada por menores de idade,³ algo que merece uma devida atenção e que pode, até mesmo,

³ Nesta questão, recomenda-se a leitura do trabalho da pesquisadora Corinna Hawkes realizado para a Organização Mundial da Saúde (OMS). Conforme observado: A maioria das regulamentações nacionais reconhece as crianças como um grupo especial que necessita de considerações específicas e estipula que a publicidade não deve ser prejudicial ou exploradora da sua credulidade (HAWKES, Corinna. Marketing de alimentos para crianças: o cenário global das regulamentações. Trad. Gladys Quevedo Camargo. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde; Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2006).

motivar a adoção de certas medidas complementares em relação a formas de publicidade consideradas inadequadas.

Ademais, dentro do objeto deste trabalho, tem-se que um ponto relevante no que diz respeito à regulação de publicidade de alimentos, mais especificamente através de rotulagem, labeling, está na eventual divulgação das qualidades nocivas do produto alimentício, principalmente no seu consumo em grandes quantidades e em longo prazo. Tal medida gera informações que permitem um consumo consciente do cidadão, ao mesmo tempo que valoriza o livre arbítrio do consumidor. O cidadão não fica proibido de consumir ou adquirir um produto, o que seria uma significativa intervenção na liberdade de iniciativa dos agentes do mercado e na de consumo pelos cidadãos. O uso de rótulos informativos como instrumento de regulação é algo que premia a liberdade de consumo e de produção, ao mesmo tempo que atenua certas assimetrias de conhecimento. Tem a estrutura de uma solução mitigada em que há o equilíbrio de diversos interesses afetos à questão.

2 A tutela da saúde pública e sua regulação

A regulação pode incidir sobre os mais diversos setores e com variados fundamentos jurídicos. Pode incidir, por exemplo, sobre serviços públicos concedidos a particulares ou em relação a monopólios naturais. No tema em estudo, entendemos que a atividade de vigilância sanitária, mais especificamente a regulação da publicidade de alimentos, se insere na intervenção regulatória sobre atividades privadas de interesse público. Em que pesem outras nomenclaturas utilizadas e eventuais abordagens doutrinárias, neste trabalho optamos por focar na definição do professor Alexandre Aragão, abaixo reproduzida:

Para não confundirmos estas atividades com os serviços públicos propriamente ditos, é conveniente que seja adotada uma nomenclatura que as distinga, tanto dos serviços públicos, como das atividades sujeitas ao poder de polícia tradicional. Para isto tem se adotado a denominação de “atividades privadas de interesse público” ou “atividades econômicas de interesse geral”, termo adotado pela União Européia exatamente para, dentro do espírito liberalizador que inspira as suas normas, identificar as atividades que não precisam ou não podem ficar reservadas ao Poder Público, mas que, ao mesmo tempo, são de grande relevância para a coletividade.⁴ (grifo nosso)

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 163-164.

Desta forma, consideramos que a regulação da publicidade de alimentos não se trata de um serviço público ou algo do gênero, mas de uma atividade privada sob a qual incide o interesse geral, por conta de sua relevância, a questão atrai a necessidade de intervenção regulatória.

Definida a natureza da regulação, é necessário atentar para o fato de que, nas questões afetas à saúde pública, tende a existir uma diversidade de interesses muito grande. Por exemplo, o interesse do cidadão a um acesso a tratamentos de saúde de alto nível, a atuação corporativa das diversas empresas que atuam no setor, empresas com os mais diferentes perfis, que vão desde os planos de saúde até os fabricantes de vacina, passando pelos hospitais, a atuação dos médicos e profissionais da saúde das mais diversas especialidades e, até mesmo, o interesse dos diversos entes que compõem o Estado, obrigados pela Constituição a prover saúde aos cidadãos, assim como outros serviços públicos. Desta forma, estamos falando de relações complexas e muito dinâmicas, algumas delas tendem ao desequilíbrio sendo necessária a atuação de um agente neutro que atue para o equilíbrio.

Em dado momento, este agente foi considerado o Estado, mais especificamente a União. No entanto, vislumbra-se que os diversos entes estatais são também parte em variadas situações envolvendo a área de saúde. Atuar como parte e, ao mesmo tempo, normatizar um setor, poderia gerar conflitos internos que desequilibrariam ainda mais o setor e, conseqüentemente, o afastariam de alcançar o ideal que lhe é afeto, qual seja, o interesse público, a concorrência, a inovação e o desenvolvimento.

Diante deste problema, que trazia insegurança jurídica e um desequilíbrio acentuado em certas relações, houve a opção no Brasil da adoção de um modelo de regulação baseado em agências reguladoras. Estas agências têm por finalidade regular as relações envolvendo um dado setor, busca-se que tais agências tenham uma significativa neutralidade e imparcialidade em relação aos diversos agentes que compõem o mercado e, até mesmo, em relação ao Estado, ao mesmo tempo que gozam de significativo conhecimento técnico na matéria de sua competência.⁵ Como forma de garantir a imparcialidade, as agências gozam de uma significativa

⁵ Neste contexto, cabe menção ao Professor Alexandre Aragão: "A necessária especialização técnica destes aparatos administrativos fez com que adquirissem poder decisório nas matérias de sua competência, que, a partir de então, foram retiradas do âmbito competencial do poder central estatal" (ARAGÃO, op. cit., p. 182).

independência, caracterizada pelo mandato fixo de seus dirigentes, autonomia em suas decisões técnicas,⁶ assim como em questões afetas à sua organização e finanças.⁷ Desta forma, este agente regulador, dentre outras funções, irá normatizar um setor com base em critérios técnicos, atuará buscando um equilíbrio nas relações e interesses das diversas partes existentes em um mercado. Se, em dado momento, a agência poderá buscar proteger o cidadão/consumidor em relação a uma atuação de um agente do mercado que não deixa as bases contratuais de uma relação claras, em outro, poderá agir para que o Estado atue de forma a inviabilizar certa atividade econômica exercida por agentes privados de um dado setor.

Neste contexto, são observadas questões afetas ao princípio da legalidade, ou seja, as agências são criadas através de lei. Complementando os mais variados aspectos hermenêuticos afetos à noção de lei, em termos práticos, na regulação a lei serve para definir o campo de atuação de uma agência reguladora, o objeto que está sendo efetivamente delegado no qual haverá a atuação do regulador, balizas dentro das quais deve se situar a ação da agência. Esta delegação traz em si obrigações negativas e positivas. Em uma interpretação sistemática, e observada a aplicação do princípio da legalidade na esfera da Administração Pública, em que um agente público somente pode atuar caso exista uma norma que o autorize, uma agência reguladora não pode regular relações que não estejam expressamente dentro do seu campo de atuação. Por outro lado, existe uma obrigação positiva, um dever legal de atuar nos espaços demarcados pela lei, principalmente nas questões que envolvem interesses em conflito e que não estão equilibradas, ocasionando distorções sociais ou mercadológicas. Em outras palavras, a agência não pode atuar em qualquer matéria que lhe venha ao conhecimento, mas somente naquelas especificadas em seu respectivo marco regulatório. No entanto, existe uma obrigação legal de atuar no escopo que lhe é conferido pela lei, nas quais esteja presente um afastamento do ideal de determinado mercado. Uma vez aferido que certas relações são equilibradas, isto deverá ser aferido de forma técnica e exposto em um dos mais diversos instrumentos que possui uma agência para demonstrar o seu desempenho, bastando em certa medida

⁶ Em que pese opiniões em contrário, entendemos que não é cabível, por exemplo, o recurso hierárquico impróprio para o Ministro de Estado responsável pela supervisão de uma agência. Há a autonomia da agência para adotar soluções nas questões inseridas em seus respectivos marcos de atuação.

⁷ Neste trabalho não temos por finalidade exaurir certos temas afetos a regulação. Desta forma, optamos por realizar tão somente uma abordagem geral do tema.

o monitoramento e acompanhamento daquelas relações mercadológicas. Por outro lado, a existência de uma distorção e o não agir, a omissão de seus gestores deve ser uma possibilidade de responsabilização do gestor público. O mandato e a blindagem institucional conferidos a uma agência reguladora não pode ser confundido com um salvo conduto para não atuar nas situações em que deveria, na busca da concretização do interesse público afeto a um setor.

Em termos práticos, como já exposto, a delegação conferida pela lei terá obrigações positivas e negativas. Desta forma, uma agência reguladora de vigilância sanitária não poderá regular questões inerentes ao tráfego aéreo, pois isto estaria fora de sua competência legal. No entanto, ao ter conhecimento que certas pessoas vitimadas por doenças derivadas de epidemias que poderiam chegar ao Brasil através dos aeroportos, é uma obrigação da agência atuar nestes espaços com a finalidade de prevenir a chegada, e eventual expansão, desta doença no Brasil. Em recente episódio envolvendo a gripe suína, houve a atuação da ANVISA nos aeroportos; caso não houvesse, mesmo que a doença não tivesse se alastrado no Brasil, seria possível a responsabilização dos gestores que não atuaram quando tinham um dever legal de agir, tendo em vista as obrigações positivas dispostas em lei.

Outro aspecto relevante afeto ao princípio da legalidade diz respeito à ideia de que não é possível regular todas as relações existentes através da lei⁸ em sentido estrito. Esta questão tem afinidade com a discussão acerca da deslegalização.⁹ Torna-se necessário, ao Poder Legislativo, a delegação de seu poder de elaboração de normas a outros entes, na hipótese deste trabalho

⁸ Sobre a crise da lei, coloca o professor Gustavo Binenbojm: “Ademais, é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal — a chamada crise da lei — caracterizado pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes. (...) Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal” (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 35).

⁹ Em relação a deslegalização é necessário reproduzir a lição do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto no tema: “Modalidade anômala de transferência sem delegação é a deslegalização, pela qual as casas legislativas abrem um espaço normativo, quase sempre de natureza técnica, em que se demitem da função de criar normas legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 33). Este ponto é aprofundado em outros estudos do professor como no artigo “Mutações no Serviço Público” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-DIOGO%20NETO.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2011). Também cabe menção a contextualização dada pelo professor Gustavo Binenbojm no tema (BINENBOJM, op. cit., p. 37).

às autarquias especiais, as agências reguladoras. As agências dominam um conhecimento técnico específico em um determinado setor da atividade econômica, possuem, conseqüentemente, uma capacidade técnica para fazer um “ajuste fino” das leis e marcos regulatórios afetos a um setor com a finalidade de concretização de preceitos normativos e constitucionais.

O Poder Legislativo possui diversas atribuições e competências legais e em diversos momentos tem dificuldade de lidar com todas as demandas que lhe chegam. Tendo em vista que o objetivo deste trabalho não é exaurir a discussão acerca das competências e atribuições do Poder Legislativo, abordaremos três pontos que possuem afinidade com a presente discussão. Um primeiro ponto diz respeito ao conhecimento técnico das matérias. Em que pese o trabalho árduo desenvolvido nas diversas assessorias parlamentares, não é possível ao Poder Legislativo deter pessoal com conhecimento técnico suficiente e profundo em todas as matérias que lhe são trazidas, algumas um tanto quanto complexas. Devido a sua estrutura, as agências reguladoras tendem a possuir quadros de maior porte¹⁰ e aptos a analisar questões em dado mercado, assim como normatizá-lo num viés técnico.

Um segundo ponto a ser tratado diz respeito à dificuldade em estabelecer leis, em sentido estrito, que consigam normatizar todas as possibilidades de relações econômicas afetas a um setor. Uma norma muito pormenorizada tende a não ser necessariamente a melhor técnica, assim como uma norma muito genérica que normatize o setor de forma muito distante e baseada em princípios pode também gerar incertezas e questionamentos em uma eventual aplicação. Desta forma, faz sentido uma estrutura em que o Poder Legislativo estabeleça um norte legal e que uma agência reguladora fique responsável por complementar tal norte e implementá-lo com a finalidade de alcançar o interesse público que lhe é inerente.

Cabe ainda, como terceiro ponto, observar que o trâmite legislativo é bastante complexo, direcionado à ampla participação e, em diversos casos, existe uma busca por exaurir a discussão sobre um tema. Tal fato, somado ao número alto de demandas legislativas, acarreta uma perda de agilidade na normatização de alguns temas e o prejuízo tende a ser maior em questões

¹⁰ Cabe observar que na Lei nº 10.871/04, com a alteração realizada pela Lei nº 12.094/09, dentro da área afeta a este trabalho, pode ser observado que o quadro técnico estabelecido para a ANVISA é 810 (oitocentos e dez) Especialistas em Regulação e Vigilância Sanitária, somada de um quadro de 100 (cem) Técnicos em Regulação e Vigilância Sanitária. Um quadro técnico de grande porte e que possui obrigação legal de se qualificar tecnicamente ao longo da carreira. Definitivamente, um quadro técnico qualificado na matéria.

com grande relevância ou em situações que envolvem mercados e situações dinâmicas. Tais fatos podem ser observados na demora da análise e aprovação do atual Código Civil, que parte da doutrina considerou ultrapassado quando aprovado. No que diz respeito ao dinamismo de mercados, podemos exemplificar certas delegações ao Banco Central, tendo em vista a agilidade e relevância do setor financeiro. A demora, em certos casos, é incompatível com alguns mercados muito dinâmicos, assim como deve ser observado que, em diversas situações, estaríamos falando de decisões técnicas afetas a uma política pública cuja direção já foi estabelecida.

Nunca é demais observar que a ausência de normatização pode ocasionar uma instabilidade sob a ótica do agente do mercado e, também, do agente do Estado responsável pela fiscalização. Em termos práticos, caso parâmetros para aprovação da comercialização de uma vacina fossem estabelecidos num rol restritivo em lei, haveria o risco de certas vacinas, que inovassem em relação aos referidos parâmetros, demorassem um longo tempo para poderem ser comercializadas, afinal seria necessária a aprovação de uma nova lei, em sentido estrito, que alterasse a anterior que estabeleceu os parâmetros em vigor. Haveria uma instabilidade que não beneficiaria os agentes do mercado nem o Estado e muito menos a coletividade. Desta forma, a delegação de certos aspectos técnicos a um agente regulador é algo que faz sentido, permite um dinamismo e agilidade, obedecidos critérios técnicos e fundamentação legal. O rito de produção de uma norma no âmbito de uma agência reguladora é mais célere do que o do Poder Legislativo. Logicamente, esta norma deverá obedecer aos princípios constitucionais afetos à construção de uma norma¹¹ e do exercício do poder administrativo, assim como garantir a permeabilidade e transparência necessárias para a aprovação de uma norma madura e elaborada sob uma ótica democrática.¹²

¹¹ Dispõe de forma magistral o saudoso professor Marcos Juruena: “Como instrumento de realização do princípio da eficiência, aqui entendido como a fixação de parâmetros objetivos, em cada caso concreto, para a implementação do interesse geral, a norma regulatória deve resultar de procedimento fundamentado na lei e em necessidades públicas, calcado em normas técnicas, com oitiva da sociedade e das corporações (sindicatos, conselhos profissionais, câmaras de comércio, associações civis e entidades de classe) e concluído por uma ponderação motivada. Do contrário, a norma será inconstitucional por violar a legalidade, a legitimidade, a eficiência e a razoabilidade (SOUTO, op. cit., p. 56).

¹² Neste ponto, cabe mencionar a lição do Professor Alexandre Santos do Aragão: “Se o exercício da discricionariedade se dá através da ponderação entre os diversos e genéricos interesses em questão, nada mais justo e necessário que os seus titulares possam manifestar as suas posições perante a Administração, com o que estarão inclusive contribuindo para o controle da legalidade e da efetividade dos seus atos, uma vez que os participantes no processo administrativo carrear-lhe-ão elementos e opiniões para que possa tomar decisões mais equânimes e eficientes” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Agências reguladoras e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 11).

3 A ANVISA e seu marco regulatório

Em 1990, com a Lei nº 8.080/90, é criado o Sistema Único de Saúde. Dentre as diversas atribuições deste sistema, são estabelecidas algumas diretrizes em relação à vigilância sanitária. Um primeiro ponto que merece menção nesta lei está na definição legal de vigilância sanitária, expressa no parágrafo 1º e incisos, do artigo 6º, abaixo reproduzidos:

Artigo 6º. (...)

§1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I – o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II – o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

Nesta definição legal conseguimos vislumbrar a regulação da publicidade de alimentos como uma ação apta a diminuir e prevenir riscos à saúde, principalmente no momento da circulação do bem, mais especificamente na aquisição pelo consumidor final. Também, no inciso I, acima reproduzido, é possível aferir a legitimidade da medida caso a regulação da publicidade de alimentos seja considerada uma forma de controle, uma vez que o consumo de alimentos tem afinidade direta com a saúde.

No estabelecido originalmente na lei de criação do Sistema Único de Saúde, as funções de vigilância sanitária são executadas diretamente pelo Ministério da Saúde. Em um momento seguinte, foi amadurecida a ideia das atividades de vigilância sanitária não como uma política de governo, mas como uma política de Estado que demanda uma neutralidade, independência e consistência própria. Neste contexto, em 1999, através da Lei nº 9.782/99 é criada a ANVISA. Esta agência é parte integrante do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, sistema este integrado também por outros órgãos no âmbito da União e também pelos estados e municípios que possuam órgãos com atribuições na área de vigilância sanitária. O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária tem as características de um articulador, voltado à coordenação da vigilância sanitária em âmbito nacional, com a finalidade de concretização do disposto na Lei nº 8.080/90, anteriormente abordada.

A ANVISA é, então, criada com a natureza de uma autarquia especial que deverá ser caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Em relação à natureza jurídica das agências reguladoras e a forma adotada no Brasil, cabe menção a lição do saudoso professor Marcos Juruena:

A regulação exercida por autoridade independente (denominação utilizada nas doutrinas francesa e italiana) atua com poderes típicos do Estado, limitando a atividade desenvolvida em regime de liberdade, daí a necessidade da personalidade jurídica de direito público, o que, aliado à autonomia para o desempenho dessa função justifica, no direito brasileiro, a adoção da forma autárquica como a ideal para a descentralização da regulação estatal.¹³

Diante de tal definição da natureza da agência, é preciso analisar o seu campo de atuação, as suas atribuições e seu marco regulatório.

Em um primeiro momento, é necessário destacar a finalidade institucional da ANVISA, conforme disposto no artigo 6º, da Lei nº 9.782/99.¹⁴ Sua finalidade institucional é promover a proteção da saúde da população, o dispositivo estabelece uma lista de meios que poderão ser utilizados para alcançar a finalidade institucional. Entendemos que o rol dos meios a serem utilizados é exemplificativo, principalmente em uma análise coordenada com o parágrafo 1º do artigo 6º, da Lei nº 8.080/90. Se o rol estabelecido na Lei nº 8.080/90, que cria o Sistema Único de Saúde, é amplo e admite uma pluralidade de medidas e ações dentro da ideia de vigilância sanitária com a finalidade de resguardar os cidadãos e o interesse público, não faria sentido a lei de criação da ANVISA possuir um rol restritivo que a impossibilitasse de concretizar as questões que lhe são afetas. Complementarmente, podem ser observados dispositivos na lei de criação da ANVISA que estabelecem outros meios além dos descritos de forma geral no artigo em análise.

Desta forma, nossa posição é a de que o principal aspecto do dispositivo em análise está no fato da agência ter por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, uma finalidade institucional

¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 244-245.

¹⁴ Para referência, reproduzimos a seguir o artigo 6º, da Lei nº 9.782/99:

Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (grifo nosso).

estabelecida de forma clara, o que muitas vezes não ocorre no ordenamento. Ademais, resta clara a delegação de competências, transmissão de um fim público, do Ministério da Saúde para uma agência reguladora, por se tratar de uma lei em sentido estrito. Está presente uma delegação legal de competência realizada pelo Poder Legislativo e com a concordância do Poder Executivo. Existe a retirada de uma atribuição de um órgão da administração direta e a sua transferência para uma agência reguladora, órgão da administração indireta, que passa a ter uma missão institucional estabelecida em lei.

É relevante, ainda, pontuar as competências estabelecidas em sede legal para a ANVISA. A partir deste rol, é conferida à agência a atribuição de estabelecer normas, em um nível mais baixo na hierarquia, voltadas à concretização da sua finalidade institucional. A intervenção no mercado, através da regulação, torna-se um instrumento para a concretização do fim público. Diante do objetivo deste trabalho, cabe menção específica ao inciso XXVI, do artigo 7º, da Lei nº 9.782/99, reproduzido abaixo:

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:
XXVI – controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária;

Este inciso foi incluído através da Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001. Merece destaque o fato de a expressão “regime de vigilância sanitária” deixar claro um rol, que não se restringe aos produtos alimentícios, que estão na esfera normativa da ANVISA, mas a todo e qualquer produto que seja submetido ao regime de vigilância sanitária,¹⁵ ou seja, inclui também os produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária dos estados e municípios. Diante do exposto, observa-se que as atribuições são amplas e incluem o controle, em paralelo à fiscalização e ao acompanhamento.

É necessário destacar as funções estabelecidas no artigo 8º, da Lei nº 9.782/99, principalmente no que diz respeito ao inciso II, do parágrafo 1º.¹⁶ Este dispositivo estabelece, entre as obrigações da ANVISA, a

¹⁵ Cabe observar que alguns alimentos precisam de autorização do Ministério da Agricultura para serem comercializados, principalmente produtos de origem animal (carnes, leites e derivados). Ressaltando que quando o produto sofre procedimentos de manufatura e industrialização a ação fiscalizadora passa a estar no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

¹⁶ Abaixo reproduzimos o dispositivo para facilitar a análise:

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

necessidade de regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, fazendo menção a alimentos. Este dispositivo deve, ainda, ser lido em conjunto com o Decreto-Lei nº 986 de 21 de outubro de 1969, um texto legal que versa sobre aspectos relativos à circulação de alimentos. Tal decreto, recepcionado pela Constituição de 1988 com força de lei, foi aprovado num momento em que havia um regime militar no país e certas liberdades foram incisivamente atacadas. Portanto, deve ser analisado sob o prisma de um regime democrático e valorizado por algumas questões técnicas que estão expressas no texto.

Diante do disposto no artigo 8º, é necessário contextualizar a noção de risco à saúde pública, já abordada em item anterior deste trabalho. Deve ser entendido que existem situações em que o risco para a vida humana e para a coletividade é mais incisivo e os danos imediatos e claros, em outras hipóteses o risco é mais discreto e lento, mas em ambas as situações o risco à saúde da coletividade continua presente. Diante da diversidade de situações possíveis, é preciso analisar o uso da expressão controle, presente em diversos dispositivos da lei de criação da ANVISA. Em que pesem as mais diversas noções de controle existentes, entendemos que este controle, ou seja, a intervenção do Estado nas várias atividades relacionadas à vigilância sanitária, e, neste caso especificamente, na regulação da publicidade de alimentos, deve buscar sempre uma proporcionalidade, tendo em vista a perspectiva de dano vislumbrado e a emergência, assim como a sua reversibilidade. Exemplificando, um determinado inseticida que é muito eficiente, mas que pode causar uma fatalidade se inalado, deve ter seu uso e circulação intensamente controlados pelo Estado e, eventualmente, pode até mesmo não ter a sua comercialização autorizada. O perfil do produto obriga um controle atento que pode até mesmo ocorrer através da restrição de sua circulação. No setor alimentício podemos fazer menção a doenças como a “vaca louca” que criaram a obrigação de sacrificar significativo rebanho bovino em diversos países.

Se, por um lado, certas situações demandam ações incisivas, por outro lado, questões de saúde pública mais amenas devem ser tratadas de forma proporcional, o que não deve ser confundido com ignoradas. Neste contexto, o controle da publicidade de alimentos possui a estrutura de

§1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

II – alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;

uma solução proporcional¹⁷ ao problema. Não se busca proibir a circulação de certos alimentos ou ingredientes por conta de questões de saúde pública que tendem a acontecer em médio e longo prazo na forma disposta anteriormente e que podem ser revertidas; busca-se exercer uma forma de controle sobre a circulação destes alimentos através de uma política preventiva de saúde pública focada na informação. Desta forma, entendemos que a regulação da publicidade de alimentos é uma forma de controle legítima em relação ao caso concreto, pois goza da proporcionalidade que é necessária na intervenção do Estado em questões de cunho privado.

Complementarmente, deve ser observado que a regulação da publicidade de alimentos que goze de critérios técnicos qualificados tende a funcionar também como um mecanismo de regulação por incentivo. Em termos práticos, uma eventual regra que estabeleça que uma quantidade X de sódio a cada 100 gramas do alimento deve trazer a informação no rótulo de que aquele produto possui quantidade significativa de sódio e pode causar danos à saúde. Por um lado, haverá a informação do consumidor e, possivelmente, uma diminuição na venda do produto. No entanto, sob outro prisma, haverá incentivo a que os agentes do mercado produzam alimentos com uma quantidade de sódio menor do que X ou, em outras palavras, alimentos mais saudáveis. Logicamente, este alimento não precisará de um rótulo, bastando as informações técnicas que constam no verso de todos os produtos alimentícios. Indiretamente, os agentes do mercado estarão sendo estimulados a produzir alimentos que não sejam prejudiciais à saúde do consumidor.

Diante do exposto, deve ser compreendido que a ANVISA possui competência legal para regular a publicidade e propaganda de alimentos. Da regulação deriva também um importante mecanismo de regulação por incentivo, voltado à concretização do interesse público inerente ao tema.

4 A publicidade e sua função

Preliminarmente, é preciso estabelecer que a expressão publicidade que é utilizada neste item não diz respeito ao ato de tornar público certo

¹⁷ Neste contexto, cabe menção a lição do professor Gustavo Binbenbojm: "Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizada de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública. Assim, as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação a priori e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do jogo de ponderações proporcionais envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade" (BINENBOJM, op. cit., p. 33).

ato, que se trata inclusive de um princípio constitucional que rege a Administração Pública. Neste momento, estamos tratando da publicidade como um meio de tornar conhecido um produto ou serviço com a finalidade de atrair consumidores. Nesta questão cabe menção a lição do professor Philip Kotler no tema:

Advertising is one of the four major tools companies use to direct persuasive communications to target buyers and publics. We define advertising as any paid form of nonpersonal presentation and promotion of ideas, goods, or services by an identified sponsor.¹⁸

Esta definição tem dois conceitos legais afetos ao tema. O primeiro, disposto no Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente nos artigos 30 e 31, que tratam da oferta dos produtos, assim como no disposto no artigo 36,¹⁹ versam sobre a informação e sua precisão e veracidade.

Além da legislação consumerista e de seus princípios e diretrizes, cabe também abordar o Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, uma norma de cunho bastante técnico e que versa sobre a comercialização de alimentos. Por se tratar de um decreto-lei e não possuir afrontas claras à Constituição de 1988, esta norma foi recepcionada como lei. Neste contexto, cabe menção ao inciso XIV, do artigo 2º,²⁰ que estabelece um conceito legal de propaganda de alimentos. Seguindo neste texto legal, nos artigos 10 e seguintes são trazidas regras acerca da rotulagem de produtos. No que diz respeito à informação que deve constar no rótulo, é necessário chamar a atenção para o artigo 12,²¹ no qual é vedado o uso de

¹⁸ KOTLER, Philip. *Marketing Management: analysis, planning, implementation & control*. 7th ed. New Jersey: Prentice Hall, 1991. p. 596.

¹⁹ Em seguida reproduzimos os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, acima mencionados para referência:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

²⁰ Art. 2º Para os efeitos deste Decreto-lei considera-se:

XIV – Propaganda: a difusão, por quaisquer meios, de indicações e a distribuição de alimentos relacionados com a venda, e o emprêgo de matéria-prima alimentar, alimento in natura, materiais utilizados no seu fabrico ou preservação objetivando promover ou incrementar o seu consumo;

²¹ Art. 12. Os rótulos de alimentos de fantasia ou artificial não poderão mencionar indicações especiais de

elementos que induzam o consumidor ao erro ou, em outras palavras, crie uma reputação em relação a um produto que não seja condizente com a realidade. Posteriormente, nos artigos 20 e 21²² são estabelecidas outras limitações voltadas ao dever de informação da parte dos produtores, de forma que este seja leal ao consumidor.

Passada a análise de algumas definições legais, são necessárias algumas reflexões complementares. Na publicidade, existe a ideia de informar para criar uma reputação com o consumidor. Neste contexto, a publicidade busca informar sobre as virtudes de um produto com a finalidade de atrair consumidores. Serão utilizados elementos para estabelecer associações positivas com aquele produto, assim como outras medidas com a finalidade de criar uma reputação positiva, que influa na decisão de compra a favor do produto. Logicamente, aspectos negativos não serão ressaltados. Exemplificando, será destacado o sabor e a praticidade de um produto, serão utilizadas pessoas bonitas ou praias para criar relações com a ideia de status ou descontração. Não será informado, no caso de uma bebida alcoólica, o número de pessoas que se acidentaram de carro após consumi-la em excesso ou, trazendo um exemplo antigo, o número de pessoas que tiveram complicações derivadas do consumo de fumíferos.

A atenuação da ideia de lealdade e de dever da informação da publicidade se dá em favor de outros princípios constitucionais, como a liberdade de iniciativa e de consumo, assim como a livre concorrência. A comunicação com o consumidor tem que ser sucinta, em certas hipóteses é muito cara e difícil, seja numa peça publicitária em televisão, num anúncio em uma revista ou na embalagem do produto. Ao conseguir a atenção do consumidor, a publicidade deve criar uma reputação positiva e motivar o consumidor a adquirir um produto. Neste cenário, o produtor deve focar nas virtudes de seus produtos e associá-lo a sensações, valores e elementos positivos. Neste contexto, o produtor acaba não sendo obrigado a informar todas as virtudes e vícios do produto, salvo em algumas situações específicas em que é obrigado a anunciar certos vícios.²³ Também

qualidade, nem trazer menções, figuras ou desenhos que possibilitem falsa interpretação ou que induzam o consumidor a erro ou engano quanto à sua origem, natureza ou composição.

²² Art. 20. As declarações superlativas de qualidade de um alimento só poderão ser mencionadas na respectiva rotulagem, em consonância com a classificação constante do respectivo padrão de identidade e qualidade.

Art. 21. Não poderão constar da rotulagem denominações, 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 àquelas que realmente possuem.

²³ Uma hipótese em que o produtor é obrigado a anunciar um vício ou defeito de seu produto seria, por exemplo, em um "recall" por um defeito em uma peça de um veículo. Esta situação envolve especificidades das mais

não pode informar de forma a induzir o erro ou a criar a sua reputação a partir da depreciação da reputação de outros agentes concorrentes.

Diante do exposto, entende-se que a primeira função da publicidade é informar. No entanto, por conta da realidade mercadológica, assim como de princípios constitucionais que enaltecem a livre empresa, a informação tende a não ser completa, mas tão somente a ressaltar qualidades e virtudes do produto. Existem poucos limites à liberdade de publicidade.

Outro ponto que precisa ser observado é que a informação que chega ao consumidor e influencia na decisão de compra pode se realizar de diversas formas. Uma publicidade veiculada na televisão com certos elementos pode chamar a atenção do consumidor, um anúncio de rádio original pode servir para estabelecer uma relação com o consumidor e uma embalagem com determinadas cores pode ser usada para chamar a atenção para o produto quando este está na gôndola do supermercado, cercado de produtos concorrentes. A forma de divulgar o produto, assim como os aspectos visuais a serem inseridos, pode variar conforme o perfil do público consumidor e a pessoa que tem a decisão de compra.

A ideia de uma regulação de publicidade de alimentos é focada na redução de certas assimetrias de informação, ou seja, não devem ser exaltadas somente as virtudes e qualidades de um produto. Deve ser o consumidor informado também de certas qualidades de um produto que podem lhe ser nocivas; trata-se até mesmo de um direito seu como observado anteriormente. Logicamente, caso a nocividade fosse extrema, o produto alimentício poderia simplesmente ser proibido de ser comercializado, mas, conforme analisado em item anterior, os riscos e danos inerentes a certas substâncias tendem a ocorrer em um consumo excessivo e prolongado.

O consumidor continua sendo livre para fazer a sua escolha, continua sendo suscetível aos diversos meios de publicidade que podem induzir o seu processo de escolha. No entanto, através de certos elementos incluídos em determinados meios de publicidade, passa o consumidor a ter acesso a certas informações que lhe permitem fazer uma opção mais consciente.

4.1 O princípio da subsidiariedade

Dentro da abordagem já realizada, é necessário estabelecer um princípio que auxiliará na interpretação das questões relativas à regulação

variadas que mudariam o foco do trabalho. O propósito desta menção foi meramente a de estabelecer que existe a possibilidade de ter que divulgar algo que é contrário a imagem de um produto.

da publicidade de alimentos. Este princípio está presente na Constituição de 1988,²⁴ servindo como uma nova diretriz para a atuação do Estado. Esta forma de atuação surge como uma alternativa ao Estado do Bem-Estar Social e tem como um de seus fundamentos a intervenção somente em situações nas quais os diversos agentes que compõem o corpo social não sejam capazes de, por si sós, satisfazerem seus próprios interesses ou do interesse coletivo afeto ao tema. A intervenção do Estado se dará na medida da necessidade aferida no plano social. Dentro desta ideia, é formada uma cadeia de subsidiariedades, na qual o ente maior, o Estado, só tem razão e dever de intervir quando os entes menores não tiverem condições de atuar de modo eficiente. Como primeiro entre os entes menores considera-se o indivíduo. Em seguida, existe o conjunto de indivíduos, como nas associações ou nas empresas. E isso vai aumentando até incluir o Estado, em um primeiro momento na figura do ente municipal, seguido do estado membro e, por fim, da União.

Sob um enfoque mais prático, se uma atividade empresarial puder ser concretizada de forma eficiente por um indivíduo/empresário ou pelo Estado, esta atividade deverá ser realizada por aquele que estiver no plano mais baixo, ou seja, o indivíduo/empresário. Neste contexto, observa-se que a atividade de produção e comercialização de alimentos pode ser e, em regra, é executada por agentes privados, grupos empresariais dos mais diversos portes econômicos, nacionais e internacionais, e atuantes nos mais diversos momentos da cadeia produtiva. Dentro da ideia de livre iniciativa e concorrência, estes agentes atuam com a finalidade de maximizar seus respectivos lucros, como uma forma de ganhar reputação nos mais variados segmentos em que atuam, fazendo uso da publicidade, principalmente quando a questão envolve a comercialização para os consumidores finais desta cadeia produtiva.

Especificamente em relação à publicidade de alimentos, pode ser desenvolvida a seguinte cadeia de subsidiariedade. Em um primeiro nível, a publicidade é concebida na empresa produtora de alimentos, pelo pessoal alocado para executar esta função e, possivelmente, em conjunto com

²⁴ Neste sentido, transcreve-se parte do exposto pela professora Sílvia Faber Torres:

"A Constituição de 1988 é um marco importante para o processo de reestruturação do Estado e, embora comprometida com os grupos dos mais diversos, o que põe sob a suspeita de ilegitimidade vários de seus dispositivos, é certo que ela deixou-se inspirar pelos postulados do princípio da subsidiariedade, logrando avançar, ainda que timidamente, em direção a um Estado menos centralizador e mais coordenado com a sociedade" (TORRES, Sílvia Faber. O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.148).

uma agência de publicidade que assessora a empresa. Na racionalidade da empresa busca-se criar uma imagem de um produto que lhe confira a maior capacidade de comercialização e, conseqüentemente, lucro. Nesta racionalidade não tende a haver uma ação de um agente que exponha em sua publicidade argumentos desfavoráveis à comercialização do produto, tais como aquelas questões afetas à saúde pública.

Em um segundo nível, a classificação pode ser feita por uma entidade da sociedade civil ou um órgão de classe que goze de legitimidade perante os agentes do setor para regular a publicidade de alimentos de forma a prover as informações necessárias à devida escolha dos alimentos pelos consumidores finais e, de certa forma, a concretização da política de saúde pública desenhada. Como fato que impossibilite esta solução no segundo nível, existe a possibilidade de, simplesmente, não existir tal entidade ou dela não gozar da neutralidade necessária para a atividade. Cabe menção, neste ponto, a hipótese da autorregulação e da possibilidade de intervenção do CONAR. Por uma questão didática, optamos por tratar esta questão de forma um pouco mais aprofundada no próximo item.

Por fim, em um terceiro nível, há a atuação direta do Estado, no sentido de regular a publicidade de alimentos. Em um primeiro momento seria necessário aferir a possibilidade do menor ente, qual seja, o município, atuar nesta regulação. Posteriormente, ser aferida a possibilidade de atuação do estado membro e, como último nível, a atuação na esfera federal, no âmbito da União.

Apesar de ser bastante comum se pensar na regulação como algo ligado à estrutura federal, existem diversas hipóteses nas quais estas regulações são realizadas pelos estados membros, principalmente no rol constitucional de competências comuns e concorrentes para legislar. Também não é rara a hipótese em que um estado membro regula uma determinada relação no âmbito regional e, por conta da repercussão criada, este tema passa a ser tratado, em um segundo momento, na esfera nacional.

4.1.1 Autorregulação

A autorregulação está relacionada ao segundo nível da cadeia de subsidiariedade. Seria a própria sociedade civil se organizando como forma de atingir certos fins de interesse privado e, eventualmente, até mesmo fins públicos. Na publicidade de alimentos, observamos duas situações em que esta ocorre. A primeira diz respeito a selos de qualidade inseridos no

produto que buscam, na maioria dos casos, atestar a origem do produto. A segunda situação diz respeito ao estabelecimento de condutas harmoniosas e de um padrão ético no mercado publicitário, não diz respeito especificamente ao setor de alimentos, mas se aplica a todo o mercado publicitário.

Os selos de qualidade têm a função de estabelecer informações que um determinado grupo de agentes de um mercado passou a considerar relevante, em certos casos um diferencial em relação a outros agentes. Visam, em última instância, informar ao consumidor em relação a certos aspectos do produto que ele pretende adquirir. No âmbito do direito da propriedade industrial, são tratadas como marcas coletivas e possuem um rito específico para o seu registro.²⁵ Um exemplo bastante conhecido no Brasil diz respeito à atuação da Associação Brasileira da Indústria do Café (ABIC) e do selo de qualidade criado por esta associação. Inicialmente, cabe destacar que o uso do selo não é obrigatório para a comercialização do café no Brasil, basta que o produto tenha sua comercialização autorizada pelos órgãos de vigilância sanitária com competência. No entanto, quando a ABIC cria um selo de qualidade que trata da pureza do café, ela busca, através deste selo, informar ao público consumidor que os produtos com tal selo possuem um padrão mínimo de qualidade estabelecido pela associação. Aqueles que não obedecerem aquele padrão, mesmo sendo membros da associação, não poderão utilizar aquela marca. Se, por hipótese, uma empresa produtora de café não quiser participar da ABIC, ela é livre para não participar, considerando que a livre associação é um direito constitucional. Esta empresa pode até mesmo organizar outra associação que, eventualmente, venha a criar um selo de qualidade com standards mais elevados do que o da ABIC.

Portanto, observa-se que os selos de qualidade têm diversas funções. Uma primeira função é a de informar o consumidor de que um determinado produto contém certos padrões ou observa uma estrutura de produção. É uma forma privada, dentro de uma estrutura contratual, de estabelecer condutas consideradas como desejadas por aquele determinado grupo de agentes, tendendo a contribuir para a reputação do produto e da empresa que possuem tal selo. Como uma segunda função, os selos de qualidade tendem a reduzir eventuais assimetrias de informação, posto que o consumidor pode ter acesso a informações relativas ao produto ou serviço oferecido que seriam difíceis de serem obtidas. Como terceira

²⁵ Artigo 147 e seguintes da Lei de Propriedade Industrial – Lei nº 9.279/96.

função, observa-se que os selos de qualidade tendem a realizar a defesa dos produtores atuantes em um segmento; em relação a outros produtores, trata-se de uma forma privada de defesa e restrição, em condições especiais pode até mesmo vir a ser considerada como anticoncorrencial.

Uma segunda forma de autorregulação que iremos abordar diz respeito aos órgãos de classe que buscam estabelecer padrões de conduta entre seus agentes e, eventualmente, chegam a possuir até mesmo uma função arbitral. Uma experiência nesta questão, que tem sido bastante reconhecida, é a do CONAR, já referido anteriormente e que pretendemos nos aprofundar neste momento. O CONAR é um legítimo órgão de autorregulação do mercado publicitário que possui em seu quadro social entidades representativas (das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e dos anunciantes) e, isoladamente, por agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda. Podem, ainda, participar do quadro social do CONAR entidades privadas dotadas de personalidade jurídica e que objetivem a defesa do consumidor.²⁶

A atuação do CONAR é voltada à concretização do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária, um conjunto de regras estabelecidas pela associação com cunho contratual e, conseqüentemente, somente válida entre as partes que aderiram a tais termos. Observa-se, ainda, o estabelecimento de certos objetivos sociais, tais como promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Objetivos estes legítimos, em se tratando de uma associação de classe, mas que não necessariamente atingem certos fins públicos afetos à publicidade e, no caso em exame, na publicidade de alimentos.

Dentro de uma visão sistemática do ordenamento jurídico-constitucional, observa-se que, nas diversas relações sociais existentes, em vários momentos será necessária a relativização e a ponderação de certos direitos em favor de outros, tendo em vista a execução de um fim público. Um exemplo dentro da ideia de liberdade de expressão é a classificação indicativa em que a liberdade de expressão é ponderada com o direito à informação dos cidadãos e com a tutela aos menores de idade.

Diante do exposto, observa-se que a atuação do CONAR atinge os fins desejados por seus associados, mas estes fins não necessariamente

²⁶ Conforme artigo 5º do seu respectivo estatuto, disponível na internet no sítio <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

serão os mesmos fins desejados pelo Estado na concretização de suas políticas públicas. Tal fato fica constatado, por exemplo, em manifestação do presidente da entidade, o Sr. Gilberto Leifert,²⁷ que tem por finalidade defender as prerrogativas de sua associação e de seu quadro social; trata-se de uma defesa institucional, sem gozar da neutralidade que o Estado e, mais especificamente, uma agência reguladora, devem ter ao intervir em um determinado mercado.

4.1.2 Intervenção subsidiária do Estado

Tendo em vista aspectos abordados neste item, constata-se que as informações e a abordagem dada pela publicidade de alimentos exercida pelos agentes do mercado, ou seja, no primeiro nível, em diversos momentos têm sido ineficazes no que diz respeito a aspectos de saúde pública. A mera informação técnica que consta de certos produtos não é suficiente para que uma significativa parte da população seja capaz de fazer escolhas mais qualificadas.

Passando-se para uma análise do segundo nível, tem-se que a autorregulação é um instrumento legítimo de solução de conflitos entre agentes de um mesmo mercado. Todavia esta não se tem demonstrado adequada quando há a necessidade de ponderar os interesses entre agentes sociais com os mais diversos interesses empresariais. Para exemplificar tal fato, cabe ampliar a discussão e trazer o exemplo da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), cujo Código de Ética da Radiodifusão Brasileira traz princípios gerais de autorregulação e possui instrumentos bem estruturados, destacando-se que boa parte da publicidade de alimentos é veiculada através da televisão. No entanto, quando é observada a atuação desta instituição sobre outro enfoque, consta de seu estatuto,²⁸ no inciso I, do artigo 2º, como um de seus objetivos: defender a liberdade de expressão, em todas as suas formas, bem como defender os interesses das emissoras de radiodifusão, suas prerrogativas como executoras de serviços de interesse público, assim como seus direitos e garantias. Ora, este objetivo é razoável em se tratando de uma associação de membros de um setor, mas será difícil constatar que tal associação gozará da neutralidade necessária em uma situação prática que envolva interesses conflitantes entre seus

²⁷ Conforme reportagem "Publicidade de produto lícito não faz mal à saúde". Para o presidente do Conar, tentativas de restringir a propaganda não encontram respaldo na sociedade (Folha de S.Paulo, 01 ago. 2010. Sessão Mercado, p. B6).

²⁸ Estatuto acessado no sítio: <http://www.abert.org.br/novo_estatuto.pdf>. Acesso em: 17 out. 2007.

membros e grupos de defesa da infância, que, por hipótese, entendam que uma determinada publicidade voltada ao público infantil ultrapasse o limite do razoável. Torna-se necessário um tratamento da questão no terceiro nível, ou seja, no âmbito do Estado.

No entanto, o tratamento de questões desta espécie pelo Estado não é algo tão pacífico, considerando episódios da história brasileira. Constata-se que a mera participação do Estado, por si só, pode não garantir a neutralidade desejada. Desta forma, é necessário buscar meios e instrumentos de participação²⁹ dos agentes sociais e dar aos mecanismos de regulação da publicidade de alimentos a permeabilidade necessária para que sejam alcançados seus objetivos sociais. Neste modelo, o Estado deve ser meramente o “local” onde se realiza a troca de ideias associadas à regulação da publicidade de alimentos, que tem por atores os diversos grupos sociais que compõem a população brasileira. Esta possibilidade ficou clara inclusive no período de debates que antecedeu a Resolução nº 24 da ANVISA, de 15 de junho de 2010 que regulamenta o tema, em que houve processo de consulta e audiências públicas com intensa participação. Esta permeabilidade representa um aprofundamento da democracia, onde a participação do cidadão não está restrita ao voto nas eleições gerais, mas ocorre num processo constante de participação³⁰ e de opinião nos diversos segmentos.

5 Algumas experiências internacionais

Neste ponto, inicialmente é preciso observar que problemas envolvendo as DCNT, assim como a obesidade, não são um problema exclusivamente brasileiro. A obesidade, por exemplo, ataca de forma intensa alguns países economicamente mais desenvolvidos que o Brasil, como a Inglaterra, no qual cerca de 57% das mulheres e mais de 65% dos homens são considerados acima do peso, assim como também aflige economias

²⁹ Neste sentido, é oportuna a observação do professor Rodrigo Galvão: “Todos os três autores [Bobbio, Lefort e Touraine] são concordes em apontar a necessidade de se franquear a maior participação possível do cidadão na gestão da coisa pública, de modo que todos, inclusive as minorias, façam-se ouvir no sistema político-administrativo (...)” (GALVÃO, Rodrigo. Por um conceito contemporâneo de democracia. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 175-187, abr./jun. 2006. p. 186).

³⁰ Cabe reproduzir duas partes de texto da Professora Odete Medauar que tem afinidade direta com o tema em estudo: “Vincula-se o pluralismo, caracterizado na essência, pela multiplicidade dos grupos, pela multiplicidade das interações indivíduo-sociedade e dos interesses; o binômio pluralismo-participação é indissolúvel” (p. 229). “A participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses” (MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

menos desenvolvidas que a nossa, como, por exemplo, o México, onde mais de 70% das mulheres e 68% dos homens são considerados acima do peso.³¹ Neste contexto, diversas jurisdições buscam formas de tratar de forma preventiva questões de saúde pública como as abordadas ao longo deste trabalho. Desta forma, o Brasil não se apresenta como um inovador nesta questão como será visto mais adiante. A ideia de regular a publicidade de alimentos não é algo original, mas consolidado em vários países, em menor ou maior grau.

Entendemos que o ponto que chama a atenção na experiência brasileira esteja no fato de delegar a atribuição de regular a publicidade de alimentos a uma agência reguladora, ou seja, delegar a um órgão do Estado que idealmente possui significativa neutralidade e permeabilidade ao invés de delegar a um órgão do poder executivo que, por não gozar de independência, poderia, em algumas situações, ter dificuldades de intervir de uma forma harmônica. A regulação através de um órgão independente tende a evitar também o conflito com outras políticas públicas no âmbito do governo, assim como uma instabilidade na implementação da política pública, uma vez que esta seja considerada uma política de governo e não de Estado. Considerando uma política de governo, um novo governante que venha a assumir o poder pode simplesmente terminar com a política; sendo uma política de Estado esta questão estará além de um ou de outro governo ou partido, mas será uma política tratada numa esfera técnica, por agentes com significativa neutralidade e alheios às inconstâncias da política partidária, sendo garantida a permeabilidade e transparência social.

Na esfera internacional, as políticas relativas à dieta, saúde e nutrição têm um foco dividido em duas linhas de ação. A primeira, voltada à promoção do consumo de alimentos saudáveis, tais como frutas e vegetais, principalmente entre crianças. A segunda, diz respeito ao incremento das informações aos consumidores relativas aos alimentos e à sua relação com a saúde, para que estes realizem escolhas mais maduras, tendo uma maior quantidade de informações, coordenada em conjunto com campanhas educacionais. De certa forma, pode ser compreendido que não basta a informação, é necessário também uma capacidade de analisá-la e interpretá-la. Educação e informação devem andar juntas.

Em pesquisa realizada pela OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development), é observado que a regulação da publicidade

³¹ Dados do Third Lancet Series on Chronic Diseases elaborado pela OCDE.

de alimentos é realizada em diversos países. Na Hungria e na Espanha, tal regulação é realizada no âmbito dos respectivos ministérios da agricultura. No Canadá, no México e na Holanda, tal regulação é realizada no âmbito dos ministérios da saúde ou órgãos de vigilância sanitária. Na França, a regulação é realizada tanto na esfera do ministério da agricultura quanto no ministério da saúde. Cabe mencionar que tanto a França como a Hungria indicaram que esta modalidade de regulação é uma importante iniciativa.

A experiência internacional foca intensamente na questão da informação³² como um passo essencial na busca da solução para o problema. Aspecto relevante desta discussão em outros países passa também pelo uso de instrumentos informacionais eficientes, tendo em vista a força e o porte do investimento publicitário do setor de alimentos. Por exemplo, no ano de 1999, este investimento foi estimado em mais de sete bilhões de dólares internacionalmente. Este valor tende a ter aumentado nos últimos anos. Desta forma, uma política pública voltada à informação, que pode ter conteúdo diverso do desejado pelos agentes do mercado, deve observar o porte do mercado publicitário envolvido, mercado este que tem por objetivo incrementar as vendas e não necessariamente informar sobre aspectos de saúde.

Cabe também mencionar um pouco do modelo norte-americano, no qual é considerado que a intervenção federal na rotulagem de alimentos tem por objetivo alcançar algumas questões sociais, tais como: incrementar a saúde e a segurança humana, mitigar possíveis prejuízos ambientais, evitar disputas internacionais comerciais e dar apoio à produção agrícola e beneficiamento de alimentos domésticos. Estes objetivos, dispostos em estudo do Ministério da Agricultura,³³ fazem bastante sentido, mas fogem um pouco do objeto deste trabalho. No entanto, entendemos que servem para demonstrar a complexidade que pode ser dada ao tema.

Seguindo adiante, nos EUA há o Nutrition, Labeling and Education Act of 1990 (NLEA), existindo a atuação de dois órgãos em conjunto, a Federal Trade Commission (FTC) e a Food and Drug Administration (FDA). As regras

³² Nesta oportunidade, cabe reproduzir as seguintes observações da pesquisadora Linda Fulponi: "Information is seen as a key necessary ingredient to make healthy food choices, thus initiatives are focused on communicating the information and advice so that it becomes an effective instrument to affect food habits". Em um segundo momento dispõe também: "Generally speaking, as links between diet and health based on empirical evidence increase, governments translate these into practical advice on diet to consumers" (FULPONI, op. cit., p. 13).

³³ GOLAN, Elise; KUCHLER, Fred; MITCHELL, Lorraine. Economics of Food Labeling. Trabalho elaborado no âmbito do Economic Research Service, U.S. Department of Agriculture. Agricultural Economic Report n. 793.

estabelecidas nos EUA têm por foco o consumidor, tanto no sentido de evitar riscos como na ideia de fornecer informação, assim como a ideia de uma concorrência leal entre os agentes. Desta forma, o foco principal está relacionado ao uso correto da publicidade e os parâmetros para que o produtor possa dispor certa informação em seu rótulo. Desta forma, um produto que coloque em seu rótulo algo como “rico em vitamina C” deverá conter uma quantidade de vitamina C de acordo com os padrões estabelecidos pelo FDA. Assim como esta, existem outras várias intervenções com fundamento no NLEA na publicidade e nas informações constantes dos alimentos. A regulamentação do NLEA também se apresenta como um trabalho complexo com a finalidade de estabelecer parâmetros na questão.

Na experiência norte-americana houve uma situação interessante envolvendo o tema deste trabalho, no estado norte-americano da Califórnia. Em 1986, houve a discussão de uma norma que estabelecia a obrigação de informar no rótulo do produto, quando este possuísse elementos cancerígenos ou intoxicantes, que ficou conhecida como “Proposition 65”. No caso de produtos cancerígenos, a mensagem que aparecia era “WARNING: This product contains a chemical known to the state of California to cause cancer” e envolvia produtos aos quais estivessem associados certos riscos estatísticos de desenvolvimento das mais variadas espécies de câncer. Houve significativa discussão desta questão, um dos temas discutidos estava na dificuldade logística que repercutia em custos acerca da necessidade de prover o mercado californiano com determinado aviso na embalagem. As empresas que, em um primeiro momento, foram contrárias à norma californiana, passaram a se posicionar a favor de uma regulação federal do tema que criasse um padrão, uma vez que havia a possibilidade dos diversos estados norte-americanos adotarem normas próprias para intervir na questão, o que poderia acarretar novas e diversas abordagens. Ao fim, não houve a adoção de uma norma federal e não se concretizou a possibilidade de normas estaduais conflitantes. De certa forma, o incremento nos custos logísticos também não se concretizou. As empresas optaram por reformular a maioria dos produtos que continham as substâncias problemáticas sujeitas à rotulagem como uma forma de evitar que seus produtos viessem a ser estigmatizados no mercado.³⁴

³⁴ VISCUSI, W. Kip; HARRIGTON, JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th ed. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 17.

Conclusão

Diante do exposto, entendemos que a regulação da publicidade de alimentos é um instrumento legítimo de intervenção no mercado. Busca-se, com esta intervenção, ponderar a livre iniciativa, o interesse dos mais diversos agentes do mercado, com um direito da coletividade, o direito à saúde, em sua forma preventiva. O Estado, como responsável pela defesa do direito da coletividade, passa a atuar de uma forma proativa, não só no tratamento de doenças, mas também na prevenção a estas, que podem ser efetivadas com uma maior eficiência caso os cidadãos venham a ter acesso a um certo rol de informações. A concretização do direito do cidadão e do consumidor à informação.

A regulação da publicidade de alimentos também tende a ser uma solução equilibrada, ponderada. A livre iniciativa e a liberdade para empreender continuam presentes, tendo em vista que não existe uma proibição à circulação ou à publicidade. Ao mesmo tempo, está preservado o direito de escolha, a liberdade de consumo, do cidadão. Este continua livre para consumir alimentos que lhe satisfaçam, desejavelmente, de uma forma equilibrada. Tem-se, portanto, uma forma mínima e pontual de intervenção, que preserva as liberdades tanto dos produtores quanto dos consumidores.

Medidas de restrição à publicidade de alimentos são algo normal em outras jurisdições, não estaríamos no Brasil criando um modelo inédito ou *sui generis*. Pelo contrário, estaríamos adotando um caminho trilhado por países nos quais a saúde pública está mais madura. Estaria também sendo adotado um modelo afim ao adotado em outros segmentos de mercado, como os medicamentos e fumíferos, que sofrem limitações por conta dos aspectos de saúde pública que lhe são afetos.

Uma vantagem de uma regulação da publicidade de alimentos equilibrada é que ela permite realizar uma regulação por indução do setor, ou seja, ao criar parâmetros em relação ao que é adequado, ou saudável, e rotular aqueles que estejam acima dos parâmetros, estará se estimulando a produção de alimentos que fiquem abaixo dos limites considerados ideais. Por exemplo, se alimentos com uma determinada quantidade de sódio são rotulados como produtos com alto índice de sódio, a contrario sensu, estará sendo estimulada a produção de alimentos com uma menor quantidade de sódio.

Desta forma, podemos concluir ressaltando a importância de se buscar soluções para problemas sérios de saúde, que afligem a sociedade moderna. O tempo conspira contra aqueles que não agem, principalmente em questões importantes como a tratada neste trabalho. Estamos diante de uma bomba-relógio cuja mera presença já causa danos, havendo cidadãos morrendo dessas endemias. Agora, mais do que nunca, está na hora de tentar desarmar esta bomba. Um primeiro e efetivo passo está na regulação da publicidade de alimentos, para que esta publicidade venha a cumprir a sua função social, qual seja, a de informar, um primeiro passo, mas que se espera que traga bons frutos para toda a sociedade.

Legitimacy of the Food Publicity Regulation by ANVISA

Abstract: This article analyses the legitimacy of the food publicity regulation by the State, more specifically by the federal agency responsible for regulating sanitary matters, ANVISA. The importance of this subject is closely related to the right of information, a consumer and citizen right, as well as a matter of public health since the alimentary habits of the population has changed. Unfortunately, they have changed in a negative way as can be verified an increasing number of citizens with health problems and a growth tendency in the State health spending. The regulation of food publicity has the characteristics of a preventive public policy in such an important subject.

Key words: Regulation. Advertising. Public health. Agencies.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FERREIRA, Renata Araújo. *O controle da publicidade de alimentos na imprensa brasileira: uma análise de artigos publicados em jornais*. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Saúde Coletiva da UFBA, 2009.
- FULPONI, Linda. *Policy Initiatives Concerning Diet, Health and Nutrition*. OCDE – Food, Agriculture and Fisheries Working Papers, n. 14, 2009.
- KOTLER, Philip. *Marketing Management: analysis, planning, implementation & control*. 7th ed. New Jersey: Prentice Hall, 1991.
- MARTINS, Vinicius Portela. *Teoria da regulação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 337-375.

PÉREZ, Diego Selhane. Auto-Regulação: aspectos gerais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 583-600.

POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TORRES, Silvia Faber. O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VISCUSI, W. Kip. Regulation of Health, Safety and Environmental Risks. Discussion Paper, Cambridge, n. 544, 02/2006. John M. Olin Center for Law, Economics and Business of Harvard University.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4th ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REIS, Sérgio L. B. F. A legitimidade da ANVISA para a regulação da publicidade de alimentos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p.133 -164, abr./jun. 2011.

Recebido em: 02.05.11

Aprovado em: 14.06.11