

PARECER

A CONSULTA

A ABIR-ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE REFRIGERANTES E DE BEBIDAS NÃO ALCOÓLICAS, honrando-me com o pedido de um parecer jurídico, narra que a ANVISA-AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA constituiu um Grupo de Trabalho, com representantes de diversas áreas, especialmente públicas, com a finalidade de preparar estudo visando a elaboração de uma Resolução, destinada a estabelecer regras sobre o controle da propaganda e publicidade de alimentos. Solicitou que fosse admitido também um seu representante naquele Grupo de Trabalho, mas a ANVISA recusou a solicitação, formulando, no entanto, um convite para que a ABIR participasse do Grupo apenas como observadora, o que não foi aceito. A ANVISA, contudo, encaminhou à consulente uma circular e um questionário sobre o conteúdo da pretendida Resolução. A consulente expressou sua surpresa quanto à amplitude da proposta de regulamentação pretendida, manifestando-se expressamente no sentido de que a Constituição não acolhe tal pretensão, e assim “seria necessariamente inconstitucional qualquer regra que viesse a ser baixada pela ANVISA, ou por outro órgão do Poder Executivo, com o objetivo de ‘controlar’ algo que não pode ser objeto de ‘qualquer restrição, salvo na hipótese e na forma estabelecida pela própria Constituição”. Diante disso, formula a presente consulta, quanto ao monitoramento e controle pretendidos pela ANVISA, desejando ver analisada: “a) a constitucionalidade da atividade do monitoramento e controle da propaganda, publicidade e informação de alimentos por parte da ANVISA; b) a competência e legitimidade da ANVISA sobre a matéria; c) a extensão da atividade de ‘controle’ da propaganda e da publicidade de alimentos pela AVISA; e, d) representatividade no grupo de trabalho em função da paridade necessária em se tratando de gestão participativa”, para o que apresenta os seguintes quesitos:

- 1) Quais podem ser as restrições à publicidade de acordo com a Constituição Federal?
- 2) Quais são as formas legais para estabelecer as restrições?
- 3) Qual o objeto e o conteúdo das restrições à publicidade?



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

- 4) A propaganda de alimentos poderia ser restringida? Em que hipótese? De que forma?
- 5) Somente lei federal pode restringir/regulamentar a propaganda de alimentos?
- 6) Há conflito entre a norma regulatória (Resolução, Portaria, etc.) própria da agência e a competência exclusiva da União para legislar sobre propaganda comercial (art. 22, inciso XXIX, da CF)? Um ato administrativo de agência reguladora não estaria condenado à inconstitucionalidade se substituísse lei federal sobre publicidade?
- 7) A inserção do inciso XXVI, do art. 7º da Lei 9.782/1999, que confere competência à ANVISA para controlar, fiscalizar e acompanhar a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária – via Medida Provisória (MP 2190-34/2001) padece de “vício de forma”?
- 8) Dada a competência à ANVISA pelo inciso XXVI do art. 7º da Lei 9.782/1999 para controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária, está a agência autorizada a criar normas sobre propaganda de alimentos?
- 9) Em sendo possível a normatização pela ANVISA da propaganda de alimentos, qual o conteúdo e natureza desses dispositivos?
- 10) As atividades de controle, fiscalização e acompanhamento na forma prevista no inciso XXVI do art. 7º da Lei 9.782/1999 estão condicionadas e/ou limitadas à legislação sanitária pertinente aos alimentos?
- 11) A atividade de controle pode recair sobre o alimento, considerando-se que o alimento não é produto nocivo à saúde?
- 12) A auto-regulamentação como forma de controle da atividade publicitária, inclusive com dispositivo específico voltado para alimentos (art. 37 e anexo H, CBARP) pode ser qualificada como ‘fonte de direito’?
- 13) Como podem ser classificadas as atividades do CONAR dentro do ordenamento jurídico?
- 14) Quais seriam as responsabilidades dos agentes envolvidos na atividade na atividade publicitária, inclusive os veículos de comunicação com relação ao controle do conteúdo das mensagens?



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

- 15) Dada a lista exaustiva de restrições à propaganda comercial constante no § 4º do art. 220 da Constituição Federal, pode a legislação infraconstitucional inovar o texto constitucional incluindo novas restrições?
- 16) Poderia o Legislador outorgar competência à ANVISA para eventual controle da publicidade de alimentos e bebidas?

Para responder sinteticamente aos quesitos da consulta, ao final, temos que estabelecer algumas premissas doutrinárias sobre a natureza jurídica da propaganda e publicidade e, especialmente, sobre o regime constitucional da propaganda e publicidade, para, a partir daí, verificar a possibilidade ou não da regulamentação da propaganda e publicidade de alimentos.

1 – Propaganda e publicidade

1. Não é necessário entrar aqui em pormenores sobre *publicidade* e *propaganda*, mas algumas idéias gerais sobre esses conceitos ajudarão a compreender o seu regime jurídico. Igualmente, não é preciso, para os efeitos deste parecer, sequer discernir sobre eventual distinção entre os dois termos; podemos dizer que a *propaganda* tem por objeto a *publicidade* de produtos e serviços por processo ou veículos de comunicação social; nesse sentido, os termos são intercambiáveis; por isso, são empregados indiferentemente, tomado o termo *publicidade* como sinônimo de *propaganda*, que se efetiva pela divulgação do seu objeto pelos veículos de comunicação de massa: rádio, televisão, cinema, jornais, revistas, outdoors etc., conforme definição legal, contida no art. 5º da Lei 4.680, de 18.6.1965, que dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda:

“Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado”.

Não é diferente a regra da propaganda de alimentos, conforme disposto no art. 2º, XIV, do Decreto-lei 986/1969:

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



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

A propaganda, em qualquer caso, efetiva-se pelos sistemas de comunicação, consoante estatui o art. 4º da citada lei:

“São veículos de divulgação, para os efeitos desta lei, quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim consideradas as associações civis locais e regionais de propaganda, bem como os sindicatos de publicitários”.

2. Dessas regras legais se extrai, desde logo, uma conclusão iniludível: o princípio é o de que a publicidade consiste na livre difusão de idéias, de mercadorias ou produtos e de serviços, por meio dos veículos de divulgação, considerado assim qualquer meio de comunicação visual ou auditiva, o que vale dizer, em termos simples, qualquer meio de comunicação de massa que são os veículos capazes de transmitir, ao público, “mensagens de propaganda”, expressão legal que dá a idéia de que propaganda e publicidade constituem sistema de informação ao público de alguma coisa que é do seu interesse. Outra regra é a de que, consoante dispõe o art. 22, XXIX, da Constituição Federal, só a *lei federal* pode regular, privativamente, a *propaganda comercial*. Isso tem dupla conseqüência: por um lado, afasta a competência dos Estados e Municípios; por outro, a matéria está sujeita à reserva legal, o que vale dizer: não pode ser regulada por normas infralegais (decretos, portarias, resoluções).

2. Natureza jurídica da publicidade

3. A publicidade é uma atividade de natureza artística e técnica. Por isso é que a legislação declara que a profissão de publicitário compreende as atividades daqueles que, em caráter regular e permanente, exercem funções artísticas e técnicas através das quais se estuda, concebe, executa e distribui propaganda.¹ Essa concepção se integra da definição do que sejam *atividades artísticas* nessa matéria, assim reputadas “as que se relacionam com trabalhos gráficos, plásticos e outros, também de expressão estética, destinados a exaltar e difundir pela imagem, pela palavra ou pelo som, as qualidades e conveniências de uso ou de consumo das mercadorias, produtos e serviços a que visa a propaganda”,² e *técnicas* são as *atividades* “que promovem a combinação harmoniosa dos conhecimentos científicos com os artísticos, tendo em vista dar à mensagem publicitária o máximo de rendimento e impacto”.³

4. A publicidade, como se vê, é definida, por um lado, como forma de *criação* artística e técnicas, sendo que esta consiste na combinação harmoniosa (vale dizer: artística) dos conhecimentos científicos com os artísticos, tendo em vista a *mensagem* publicitária; por outro

¹ Cf. art. 1º do Regulamento da Lei 4.680/1965 baixado pelo Decreto 57.690, de 1.2.1965.

² Cf. art. 4º do citado Regulamento.

³ Cf. art. 5º do citado Regulamento.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

lado, como forma de mensagem transmitida ao público pelos meios de divulgação visual, auditiva ou áudio-visual, para usar a fórmula da legislação abrangente de todo veículo de comunicação social, a publicidade se caracteriza como forma de *expressão* artística e intelectual; finalmente, na medida em que essa mensagem publicitária se destina a esclarecer ao público, a que é transmitida, as qualidades e conveniências do seu objeto (produto ou serviço), a publicidade se revela *informação*.

5. Essa natureza jurídica, extraída da legislação pertinente, mostra que a publicidade, *prima facie*, se encaixa, como luva, no caput do art. 220 da Constituição:

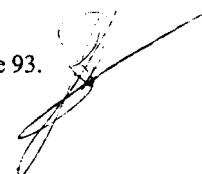
“A manifestação do pensamento, a *criação*, a *expressão* e a *informação*, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

A *criação*, *expressão* e a *informação* são formas de liberdade garantidas pela Constituição não só nesse art. 220, mas em outros dispositivos que integram o rol dos direitos constantes do art. 5º.

6. As *criações artísticas e técnico-científicas*, como são as criações de publicidade, em si não podem sofrer restrição alguma, nem mesmo pela lei, porque criações dessa natureza se situam no âmbito da vida privada, mesmo quando provenha de atuação de uma equipe no recesso de uma agência de propaganda. A concepção da publicidade e sua execução pelo publicitário é questão de foro íntimo, porque ainda se situa no âmbito da vida do criador que está imune à interferências estranhas, incluindo interferências do legislador, porque está protegida pela liberdade de consciência, que é inviolável, nos termos do art. 5º, VI, da Constituição. Esse dispositivo declara inviolável a liberdade de consciência. A Constituição reconhece aí a existência do direito pela declaração de sua inviolabilidade, “inviolável”, com o artigo definido de seu objeto (“a liberdade”), aí, é um signo que denota o valor universal absoluto da liberdade de consciência, de que a livre manifestação do pensamento (CF, art. 5º, IV) e a livre expressão da atividade intelectual, artística e científica e de comunicação (CF, art. 5º, IX) constituem sua exteriorização.⁴

7. A *mensagem publicitária*, formada pela combinação harmoniosa dos conhecimentos científicos com os artísticos, se destina à divulgação pelos veículos de comunicação social, para que a população tome conhecimento das qualidades e conveniências do seu objeto

⁴ Cf. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 92 e 93.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

(produto anunciado). É a própria legislação que o diz, e até diz mais, porque requer que a mensagem publicitária atenda o máximo de rendimento e de impacto.⁵ A mensagem se caracteriza, assim, como um modo de informação ao público. A palavra “informação”, de fato, designa “o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público), sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, idéias ou opiniões”.⁶ Como esclarece Albino Greco, por “informação” se entende “o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do *direito de informar* e a do *direito de ser informado*”.⁷ A *liberdade de informação* compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura. O mesmo é dizer que a liberdade de informação compreende a *liberdade de informar* e a *liberdade de ser informado*. A primeira – observa Albino Greco – coincide com a liberdade de manifestação do pensamento *pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão*.⁸ A segunda se revela como direito *coletivo da informação*, ou *direito da coletividade à informação*.

A Constituição acolheu essa distinção. No capítulo da comunicação social (arts. 220-224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV). No mesmo art. 5º, XIV já temos a dimensão coletiva do direito à informação, ao declarar “assegurado a todos o acesso à informação”. “Assegurar” equivale a *conferir uma garantia*. “A todos” é signo de universalidade. Logo se vê que o signo “todos” estende a garantia da liberdade tanto às fontes de difusão da informação como a seus destinatários. A manifestação dessa liberdade, sob qualquer forma, processo e veículo não está sujeita a qualquer limitação, salvo as previstas na própria Constituição (art. 220).

3. Liberdade de expressão publicitária

8. A natureza artística e técnico-científica da criação publicitária não comporta dúvida, porque não se trata de mera opinião pessoal, mas de definição legal, como visto. Todas criações artísticas, técnicas e científicas têm a vocação natural de se expressar; tanto é assim que se incluem no patrimônio cultural brasileiro, por força do art. 216, III, da Constituição.

⁵ Cf. art. 5º do citado Regulamento.

⁶ Cf. Fernand Terrou, *L'Information*, cit. por Freitas Nobre, *Comentários ...*, 2ª ed., pp. 7-8.

⁷ *La Libertà di Stampa nell'Ordinamento Giuridico Italiano*, p. 38, citando Chiola, *L'Informazione nella Cosi*

⁸ Idem, p. 40.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Logo, por conseqüência, também não resta dúvida de que se trata de uma atividade cuja expressão está ao abrigo do disposto no inc. IX do art. 5º da Constituição, que declara “*livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”.

9. O conteúdo desse dispositivo vai muito além das nossas preocupações neste parecer, porque envolve todas formas de expressão do conhecimento, tomado este termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos. Trata-se de liberdade de *expressão* daquelas atividades indicadas, atividades que abrangem todos os campos do saber conceptual e intuitivo. *Liberdade de expressão* é, de si, um sistema complexo que constitui o centro de um leque de faculdades constitucionalmente garantido. "O sistema por um lado, significa a possibilidade de expressar as idéias e crenças sobre qualquer matéria e comunicá-las, em princípio por qualquer meio; por outro lado, inclui o direito de escutar, ouvir, ler e também contemplar as imagens que expressam os pontos de vista que outros emitem sobre fatos, idéias e crenças".⁹

10. A *atividade artística*, cuja liberdade se reconhece no mencionado art. 5º. IX, é uma especial expressão de cultura. A ciência como complexo de conhecimentos é livre por definição, mas a norma constitucional, em tela, tem especial relevância porque tutela igualmente os bens a que tais conhecimentos são incorporados (publicações científicas) ou as formas de transmissão desses conhecimentos (liberdade de ensino científico, por exemplo). A liberdade de expressão intelectual e científica refere-se tanto à escolha do objeto de pesquisa científica e filosófica, quando à escolha do seu método, tanto ao direito de dispor de meios suficientes para seu desenvolvimento, quanto ao direito de publicar e transmitir os seus resultados, pois a Constituição inclui o *artístico* no cultural, como se infere das normas e princípios contidos nos arts. 215 e 216.

4. A questão dos limites à liberdade de expressão

11. Temos que partir da distinção entre *artefatos culturais funcionais* e *artefatos culturais textuais*. Aqueles são especialmente produzidos por via de atuação tecnológica, geradora de bens utilitários, cuja acumulação forma a cultura material da comunidade, sujeita ao regime jurídico das atividades industriais e comerciais. Os *textuais* provém da atividade

⁹. Cf. Carlos E. Colautti, *Libertad de expresión y censura cinematográfica*, Buenos Aires, Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983, p. 9.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

intelectual, científica e artística, cujos objetos diversificados formam o sistema de fins que presidem à ordenação social, o que vale dizer constitui os sistemas simbólicos que constituem as culturas.¹⁰ É neste último caso que se põe a questão dos limites à liberdade de expressão publicitária.

12. E esta é uma temática delicada, que requer extremo cuidado, para não se desbordar de limites e do equilíbrio necessários à preservação essencial de valores constitucionalmente protegidos. Há de se partir da premissa básica de que a liberdade de expressão independe de censura ou de licença (art. 5º, IX), ou seja, independe de qualquer tipo de censura, inclusive da moral, não apenas da censura de natureza política, ideológica e artística, expressamente vetada no art. 220, § 2º. Em remate, os limites que possam haver à liberdade de expressão publicitária não podem importar em censura. Esta consiste na interferência do censor no conteúdo da manifestação, ou no modo de ser de sua apresentação intrínseca, ou no modo de ser do veículo de sua divulgação.

13. Mas, se a liberdade, em qualquer de suas formas, é um valor essencial à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana, não é, porém, um valor absoluto e ilimitado. Isso é pacífico. A Constituição mesma indica regras de restrição às liberdades e, muitas vezes, autoriza o legislador ordinário a produzir normas restritivas. Lembra Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que "o grau de importância que a Constituição atribui à livre expressão, como direito fundamental, a põe a salvo de certas investidas do poder público visando à sua limitação. Assim, vige, para ela o princípio distributivo, que assegura-lhe, em princípio, ampla liberdade, na medida em que a intervenção estatal é limitável, controlável e dependente de permissão constitucional, como consagra o artigo 220 da Constituição".¹¹ O autor cita decisões judiciais que prestigiam a liberdade de expressão¹² dentre as quais releva destacar do TJRJ, em MS 1.011/95, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. João Wehbi Dib, que conclui: "*A liberdade de expressão é direito fundamental. Vedação total da censura. Os autores de possíveis abusos ao direito de expressão, respondem civil e criminalmente*".¹³

14. Em conclusão, prevalece a liberdade de expressão publicitária, como forma de atividade artística e técnico-científica, sujeita apenas às limitações expressamente previstas na Constituição. Isso possibilita tomar medidas para garantir os valores que a Constituição reconhece à criança e adolescente, à família. Mas tais medidas são exclusivamente as que a

¹⁰. Sob o tema, Celso Furtado. *O capitalismo global*, cit., p. 70.

¹¹. Cf. ob. cit., p. 49.

¹². Idem ibidem, pp. 30 a 48.

¹³. Idem ibidem, p. 45.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

própria Constituição expressamente estabelece nos termos do art. 220, §§ 3º e 4º, que tem pouca ou nenhuma pertinência ao caso de que se ocupa este parecer. O § 4º, como se sabe, estabelece restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, o que nada tem a ver com o tema deste parecer que se refere à propaganda de produtos alimentícios e bebidas não alcoólicas. O inc. I do § 3º não atinge a questão que nos ocupa, por se referir à regulamentação das diversões e espetáculos públicos. Apenas a cláusula que grifamos do inc. II do § 3º é que poderia ter alguma conexão com o nosso tema. Eis o seu enunciado:

§ 3º Compete à lei *federal*:

.....

“II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da *propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente*”.

15. Mas o dispositivo tem relevância para a solução da questão posta pela consulta, porque, mesmo quando admite restrição, exige que estas se expressem por *lei federal*, ou seja, por lei regularmente aprovada pelo Congresso Nacional. Portanto, desde logo, já se pode concluir que uma *resolução* de agência reguladora ou de qualquer outro órgão da administração pública não tem competência para estabelecer tais restrições e, em o fazendo, incide em inconstitucionalidade manifesta.

5. Meios de defesa pessoal e familiar em face de programas de radiodifusão e da propaganda de produtos nocivos.

16. O que se disse acima, por si só, já seria bastante para compreender a inconstitucionalidade da pretendida Resolução da ANVISA. Não obstante isso, vamos examinar um pouco o conteúdo dos §§ 3º e 4º do art. 220 da Constituição, para verificar, de perto, se há possibilidade de restrição, mesmo por lei federal, da propaganda de alimentos e bebidas não alcoólicas.

17. Mas antes disso, cumpre recordar que a *livre iniciativa* é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV) e um dos princípios da ordem econômica, nos termos do art. 170, que, no seu parágrafo único, também assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, “salvo casos previstos em lei”. Com isto já se abre a possibilidade de a lei definir *casos* em que essa liberdade econômica pode sofrer restrições. Mas a própria Constituição, nos §§ 3º e 4º do art. 220, já

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

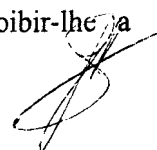
indicou alguns produtos e algumas atividades sujeitas a restrições legais. Aqui, a Constituição, por si mesma, ponderou entre valores e decidiu pela defesa à pessoa e à família, atribuindo à *lei federal*, no que interessa a este parecer, a competência para estabelecer os meios legais que lhes garantam a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde.

18. Veja-se que, pelo teor do dispositivo, nem a *lei federal* pode restringir a propaganda aí indicada. O que lhe cabe é estabelecer os meios que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem dela. As únicas hipóteses de restrições, por lei, e apenas por *lei federal*, à propaganda, admitidas pela Constituição, são as que constam do § 4º do art. 220, referente a tabaco, bebida alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. Nada disso se aplica ao caso que nos ocupa neste parecer.

6. Propaganda de alimentos

19. A lei federal pode, como visto, estabelecer *meios* que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de propaganda de produtos e serviços que possam ser nocivos à saúde (CF, art. 220, §3º, II). Repita-se: essa disposição constitucional não autoriza restringir e menos ainda proibir a propaganda dos produtos e serviços indicados, mas apenas a preordenação legal de meios para que pessoas e famílias possam, a seu critério, defender-se daquele tipo de propaganda. A lei, e apenas a lei, só pode proibir, como efetivamente proíbe publicidade enganosa ou abusiva de qualquer produto, inclusive de alimentos. Essa proibição se encontra no art. 37 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que não é o caso que nos ocupa neste parecer.

20. A citada disposição constitucional estatui sobre a defesa da pessoa e da família contra produtos que possam ser *nocivos à saúde*. Os *meios legais* para possibilitar essa defesa podem ser de variada natureza, como o é a determinação do art. 36 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quando exige que a publicidade seja veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, assim como exigência de indicações de componentes e padrões de qualidade, como bem observa o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em seu parecer: “Se o produto é *lícito*, mas pode ser nocivo à saúde, cabe à lei pôr à disposição da pessoa e da família os **meios legais** para se defenderem. Tais *meios legais* são, por exemplo, constituídos de padrões de qualidade dos produtos veiculados em propaganda, que podem ser utilizados na avaliação posterior de eventual responsabilidade civil por danos materiais e morais causados pela publicidade. Ou seja, a Constituição encara essa potencialidade (nocividade) como um atributo suficiente não para proibir-lhe a



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

propaganda, mas para estabelecer os meios legais para avaliação de responsabilidade”. Aqui, a Constituição não autoriza nem a proibir nem a restringir a propaganda, porque ela fez nítida distinção entre produtos que eventualmente possam ser *nocivos* à saúde e ao meio ambiente e aqueles que colocam em *risco* à saúde, tais como os previstos no §4º do art. 220 da Constituição: tabacos, bebida alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, cujo uso ela reputa maléficis, razão por que, neste caso, ela autoriza à lei estabelecer restrições à sua propaganda. Foi com base nesse permissivo constitucional que se promulgou a Lei 9.294/1996, dispondo sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Note-se que nem aqui se proíbe a propaganda, porque, se o fizesse, incidiria em inconstitucionalidade. Há hipótese em que a legislação sanitária prevê a proibição de propaganda de produto, inclusive de alimentos, mas *apenas* como *sanção* a infrações sanitárias, em casos especiais (Cf. Lei 6.437/1977, com redação da Lei 9.695/1998, art. 2º, IX, e art. 10, V).

21. Essas normas, em princípio, não se aplicam aos alimentos, incluindo bebidas não alcoólicas. O que é alimento? A definição legal se encontra no art. 2º, I, do Decreto-lei 986/1969, que institui normas básicas sobre alimentos. “Alimento [é] toda substância ou mistura de substância, no estado sólido, líquido, pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinadas a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento”. Nessa definição, como se vê, entram também bebidas não alcoólicas. Ora, se alimentos são substâncias que fornecem ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento, claro está que alimentos não podem nunca ser, por si, nocivos à saúde. Por isso é que a legislação sanitária, separa nitidamente os alimentos dos demais produtos, para fins de controle, não para restrição à propaganda

22. É claro que os alimentos ficam sujeitos ao controle e fiscalização sanitária, como se vê do art. 8º, § 1º, II, da Lei 9.782/1999. O primeiro elemento desse controle consiste na exigência do registro, conforme disposto no art. 3º do Decreto-lei 986/1969: “Todo alimento somente será exposto ao consumo ou entregue à venda depois de registrado no órgão competente do Ministério da Saúde”. Esse órgão é a ANVISA a que hoje cabe aquela função registrária e o exercício do controle e fiscalização de produtos e serviços, inclusive de alimentos e respectiva embalagem, nos termos do art. 2º, § 1º, II, da Lei 9.782/1999, e segundo a norma geral constante do art. 6º da 9.782/1999, *in verbis*:



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

“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”.

É com base nesse permissivo legal que se pode exigir, por exemplo, que constem nas embalagens e rótulos dos produtos alimentícios, incluindo bebidas não alcoólicas, os elementos ou insumos que entram na sua composição.

23. O que se quer aqui destacar é que a propaganda de alimentos, incluindo as bebidas não alcoólicas, é livre, tanto que é definida no Decreto-lei 986/1969, sem restrição e, nesse particular, esse decreto-lei foi recepcionado pela Constituição que, como vimos, não admite nenhuma restrição à propaganda, ressalvado sempre o disposto no seu art. 220, § 4º, que não é o caso. Repitamos aqui, para análise, a definição da propaganda de alimentos, prevista no art. 2º, XIV, daquele decreto-lei:

“Propaganda [é] a difusão, por quaisquer meios, de indicações e a distribuição de alimentos relacionados com a venda, e o emprego de matéria-prima alimentar, alimento in natura, materiais utilizados no seu fabrico ou preservação objetivando promover ou incrementar o seu consumo”.

Se a lei, assim, reconhece que a propaganda do alimento tem por objetivo promover ou incrementar o seu consumo, bem se vê que ela considera essa publicidade positiva e benéfica. E tem um fundamento jurídico que é necessário ressaltar. É que, se o produto é registrado como alimento, é porque se encontraram nele as propriedades nutricionais adequadas à formação, à manutenção e o desenvolvimento do organismo humano, na conformidade da definição de alimento, dada pelo mesmo decreto-lei, como visto antes (art. 2º, I). Isso significa que o alimento, devidamente registrado, não pode ser nocivo à saúde, e menos ainda maléfico ao organismo humano. Não pode ser nocivo à saúde, porque, do contrário, não poderia ser registrado como alimento. Se é assim, tem-se o corolário lógico de que se entende o produto como benéfico ao organismo humano, e logo, por consequência, se reconhecem as vantagens ou conveniências do consumo. Assim se fecha o círculo, o produto alimentício tido como bom ao consumo humano pelo registro, deve ter esse consumo incentivado por todas as formas, especialmente pela propaganda tal como estabelece o supra-indicado inc. XIV do art. 2º do Decreto-lei 986/1969.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

7. Competência da ANVISA e a propaganda de alimentos

24. As premissas postas até aqui nos permitem analisar adequadamente aquela disposição introduzida no art. 7º da Lei 9.782/1999, pela redação dada ao seu inc. XIV pela Medida Provisória 2.190-34/2001, *in verbis*:

“Art. 7º Compete à Agência [ANVISA] proceder à implementação e à execução do depósito 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”.

Essa disposição tem que ser compreendida em face da Constituição. Quer dizer, sua interpretação conforme com a Constituição mostrará seu alcance e limites, mas uma simples interpretação sistemática já é suficiente para mostrar que ela não se aplica à hipótese que nos ocupa neste parecer.

25. Ora, a publicidade, como visto, nos termos da legislação pertinente, tem natureza de atividade artística e técnico-científica, pelo que sua expressão é declarada livre pela Constituição, portanto só fica sujeita às restrições estritamente autorizadas pela Constituição, conforme já vimos. Essa liberdade é ainda mais ampla quando se trata de publicidade de alimentos, a respeito da qual a Constituição não admite qualquer forma de interferência de órgãos do Poder Público, por não ser hipótese que se encaixe na previsão do § 4º do seu art. 220, nem mesmo na do §3º, II, do mesmo artigo constitucional que só admite a expedição de lei federal que preordene meios de defesa contra propaganda de produtos, práticas e serviços nocivos à saúde, que não o caso de produtos alimentícios, como também já ficou devidamente demonstrado. Em assim sendo, aquele dispositivo não autoriza a ANVISA a controlar, fiscalizar e acompanhar a propaganda e publicidade dos alimentos incluindo bebidas não alcoólicas.

26. Por outro lado, o controle, a fiscalização e o acompanhamento da propaganda e da publicidade, segundo o dispositivo em exame, têm que ser feitos *sob o prisma da legislação sanitária*, o que exige uma interpretação sistemática para se colher seu sentido, alcance e limites. Poder-se-ia suspender aqui o raciocínio, com o argumento de que esse sentido, alcance e limites já foram estabelecidos com uma interpretação conforme com a Constituição. Não obstante isso, vamos percorrer os termos da legislação sanitária, para confirmar o argumento.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

27. A *legislação sanitária* é bastante complexa. Relembremos, em primeiro lugar, o Decreto-lei 986/1969 que institui normas básicas sobre alimentos, e que define a propaganda sobre alimentos em termos já vistos, sem admitir qualquer foram de restrição. Depois, temos a Lei 5.991/1973 que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, conforme definições constantes de seu art. 4º, mas essa lei, se não foi inteiramente revogada, foi profundamente modificada pela Lei 6.360/1976, que, com redação da Medida Provisória 2.190-34/2001, dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os *medicamentos*, as *drogas*, os *insumos farmacêuticos* e *correlatos* [aparelhos, instrumentos e acessórios usados em medicina, odontologia etc.], *cosméticos*, *saneantes* [inseticidas, raticidas, desinfetantes, detergentes etc.] e *outros produtos*, conforme definição de seu art. 3º; esses produtos estão sujeitos a um controle e fiscalização mais rigoroso, em face de seu imediato interesse para a saúde e porque muitos deles podem importar risco à saúde, como são exemplos os inseticidas e raticidas. Por essa razão e dadas as suas características sanitárias, medicamentosas ou profiláticas, curativas, paliativas, ou mesmo para fins de diagnóstico, seu registro fica sujeito, além do atendimento das exigências próprias, a requisitos específicos, indicados no art. 16 da Lei 6.360/1976, bem diferentes do que se requer para o registro dos alimentos (Dl. 986/1969, art. 3º). Pois bem é aqui que está o campo de incidência daquela norma que permite a ANVISA controlar, fiscalizar e acompanhar a propaganda de produtos submetidos à vigilância sanitária.

28. De fato, vejamos os termos daquele dispositivo. Ele só autoriza a ANVISA a controlar, fiscalizar e acompanhar a propaganda e a publicidade de produtos submetidos à vigilância sanitária. Aí não se inclui a competência para dispor sobre propaganda nenhuma, como ela está pretendendo fazer sobre a propaganda de alimentos, incluindo bebidas não alcoólicas, mediante resolução. O dispositivo, repita-se, não lhe dá essa competência, até porque se desse seria uma espécie de delegação inconstitucional, já que legislar sobre propaganda é função da *lei* (CF, art. 22, XXIX). Logo, controlar, fiscalizar e acompanhar propaganda significa fazê-lo nas hipóteses em que a legislação sanitária estabeleceu uma disciplina própria de propaganda de algum produto. Pois bem, como se viu, as drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros previstos no art. 3º da Lei 6.360/1976 é que são submetidos a rigoroso controle e fiscalização sanitária, como vimos. Por isso, sua propaganda e publicidade também são rigorosamente disciplinadas por essa lei, conforme consta de seus arts. 58 e 59 e os termos do art. 7º da Lei 9.294/1996.

Lei 3.3650/1976:



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

“Art. 53. A propaganda, sob qualquer forma de divulgação e meio de comunicação, dos produtos sob o regime desta Lei somente poderá ser promovida após autorização do Ministério da Saúde, conforme se dispuser em regulamento.

“§ 1º - Quando se tratar de droga, medicamento ou qualquer outro produto com a exigência de venda sujeita a prescrição médica ou odontológica, a propaganda ficará restrita a publicações que se destinem exclusivamente à distribuição a médicos, cirurgiões-dentistas e farmacêuticos.

“§ 2º - A propaganda dos medicamentos de venda livre, dos produtos dietéticos, dos saneantes domissanitários, de cosméticos e de produtos de higiene, será objeto de normas específicas a serem dispostas em regulamento.

“Art. 59. Não poderão constar de rotulagem ou de propaganda dos produtos de que trata esta Lei designações, nomes geográficos, símbolos, figuras, desenhos ou quaisquer indicações que possibilitem interpretação falsa, erro ou confusão quanto à origem, procedência, natureza, composição ou qualidade, que atribuam ao produto finalidades ou características diferentes daqueles que realmente possui”.

Lei 9.291/1996:

“Art. 7º A propaganda de medicamentos e terapias de qualquer tipo ou espécie poderá ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde. (Vide Medida Provisória nº 2.190-34, de 23.8.2001)

“§ 1º Os medicamentos anódinos e de venda livre, assim classificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde, poderão ser anunciados nos órgãos de comunicação social com as advertências quanto ao seu abuso, conforme indicado pela autoridade classificatória.

“§ 2º A propaganda dos medicamentos referidos neste artigo não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo.

“§ 3º Os produtos fitoterápicos da flora medicinal brasileira que se enquadram no disposto no § 1º deste artigo deverão apresentar comprovação científica dos seus efeitos terapêuticos no prazo de cinco anos da publicação desta Lei, sem o que sua propaganda será automaticamente vedada.

“§ 4º Toda a propaganda de medicamentos conterà obrigatoriamente advertência indicando que, a persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado”.

Entra também na competência da ANVISA, nos termos do dispositivo sob exame, controlar, fiscalizar e acompanhar a propaganda sobre produtos fumíferos, bebidas alcoólicas e defensivos agrícolas, nos termos dos arts. 3º, 3ºA, 3ºB, 3ºC, 4º, 5º, 6º e 8º da Lei 9.294/1996.

29. Essa é a propaganda que cabe à ANVISA controlar, fiscalizar e acompanhar, não disciplinar, porque a disciplina é essa que dá a lei, jamais por resolução de qualquer outro órgão público. Cabe a ela, sim, exercer o controle e a fiscalização dos produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública (Lei 9.782/1999, art. 8º, caput), especialmente aqueles produtos e insumos no caso de risco iminente à saúde (arts. 7º, XIV, XV, XVI da mesma lei).

30. Em conclusão, nem a Constituição autoriza interferência na publicidade de alimentos e bebidas não alcoólicas, nem a legislação dá à ANVISA competência para dispor sobre



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

propaganda de qualquer tipo. O que o art. 7º, XXVI, com a redação dada pela Medida Provisória 2.190-34/2001, confere a ela é pura função de controle e de fiscalização de propaganda e publicidade disciplinada pela legislação sanitária, nos termos e limites que já mostramos acima. Essas considerações são suficientes para indicar o sentido do termo “controle” no dispositivo. Mesmo assim, convém ter em mente que “controle”, em português, não tem a mesma conotação e extensão do “control” inglês, onde, dependendo de regência, pode significar poder de dominação (*to control a country, to have authority over*), poder de direção (*power to direct, order or limit*), poder de regulação (*power to regulate*) etc. Em português, especialmente no campo jurídico, só recebemos do termo inglês os sentidos de verificação (*verify*), inspeção (*check*), avaliação (*standart, test*) e, por comunicação de sentido com fiscalização, vigilância, supervisão, comprovação de regularidade; porém, nunca o poder de regulamentação, porque, para isso, existe o termo vernáculo próprio, tudo isso porque não recebemos o termo diretamente do inglês, mas do francês, onde significa *inspection, pointage* (apontamento, ação de marcar o ponto), *verification*; daí *contrôle d'une comptabilité, d'une caisse, contrôle financier; contrôle fiscal, contrôle de billets de chemin de fer, de théâtre, contrôle d'identité, contrôle de police, contrôle sanitaire; contrôle des finances publiques; contrôle de dépenses et de recettes; contrôle administratif et juridictionnel, contrôle des changes* etc.¹⁴ É nesse sentido de avaliação, de verificação, de inspeção que o termo é empregado no direito brasileiro, quando se fala em controle de constitucionalidade, controle de legalidade, falando-se em fiscalização contábil etc., mediante controle externo e interno (CF, art. 70), como verificação da regularidade das despesas, como apreciação das contas; avaliação dos resultados, comprovação da legalidade (CF, arts. 71 e 74), sem nenhuma conotação de regulamentação, de normatização.

8. Respostas aos quesitos da consulta

31. À vista do exposto, podemos passar a responder, sinteticamente, aos quesitos da consulta, como segue:

Ao 1º quesito

Pergunta-se: “Quais podem ser as restrições à publicidade de acordo com a Constituição Federal?”

Resposta: A publicidade é concebida pela legislação aplicável como uma atividade artística e técnico-científica (Regulamento para a execução da Lei 4.680/1965). Significa,

¹⁴ Cf. Paul Robert, *Le nouveau Petit Robert*, verbete “Contôle”, onde dá, em separado, o sentido do termo em inglês.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

portanto, que se trata de atividade protegida pela liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) e, particularmente, pelo disposto no art. 220 da Constituição, segundo o qual a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na própria Constituição. Por aí se vê que a única restrição à propaganda é a que consta do §4º daquele art. 220, ou seja, a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamento e terapias, na forma estabelecida em lei federal (Lei 9.294/1996). A Constituição (art. 220, §3º, II) também prevê a possibilidade de lei federal estabelecer meios que possibilitem à pessoa e à família defender-se de propaganda nociva à saúde. Mas aqui sem autorizar restrições.

Ao 2º quesito:

Pergunta-se: “Quais são as formas legais para estabelecer as restrições?”

Resposta: Como se viu na resposta ao quesito anterior, a liberdade de expressão publicitária só pode ser restringida por lei federal, nunca por normatividade infralegal como são os decretos, as portarias e as resoluções. Mesmo assim, a lei federal só está autorizada a restringir propaganda nos casos taxativamente permitidos pela Constituição, porque esta, no caput do art. 220, estabeleceu que o direito de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá restrição, observado o que nela se dispuser.

Ao 3º quesito

Pergunta-se: “Qual o objeto e o conteúdo das restrições à publicidade?”

Resposta: Como se viu na resposta anterior, a publicidade em princípio não pode sofrer restrições dada a sua natureza de expressão de uma atividade artístico e técnico-científica. Mas a Constituição indicou casos em que a lei pode estabelecer restrições que são os referentes à propaganda comercial de tabaco, bebida alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, tendo por objeto a proteção da saúde da população e por conteúdo advertir sobre os *malefícios de seu uso* (CF, art. 220, §4º). O § 3º desse art. 220, em si, não autoriza as restrições, mas tendo em vista que certos produtos, práticas e serviços podem ser *nocivos à saúde* humana, autoriza-se à lei federal a preordenar meios que possibilitem à pessoa e à família defender-se de sua propaganda.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Ao 4º quesito


Pergunta-se: “A propaganda de alimentos poderia ser restringida? Em que hipótese? De que forma?”

Resposta: Não. Alimento é definido pela lei como toda substância, no estado sólido, líquido, pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinadas a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento. Ora, se alimentos são substâncias que fornecem ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento, claro está que alimentos não podem nunca ser, por si, nocivos à saúde. Por isso é que a legislação sanitária, separa nitidamente os alimentos dos demais produtos, para fins de controle, não para restrição à propaganda. Há, no entanto, uma hipótese possível de restrição à propaganda de alimentos sob a forma de sanção a infrações sanitárias, em casos especiais (Cf. Lei 6.437/1977, com redação da Lei 9.695/1998, art. 2º, IX, e art. 10, V). Os produtos alimentícios estão sujeitos a controle e fiscalização sanitárias, pelo que a eles se impõem exigências de várias natureza: registro, padrão de qualidade, observância de regras de higiene, forma de embalagem, indicação dos elementos que entram na sua composição etc. Pode ser que determinado fabricante descumpra alguma dessas exigências sanitárias, ficando, por isso, sujeito a sanções que vão desde a advertência até eventual intervenção no estabelecimento, incluindo a possibilidade de suspensão ou proibição da propaganda. É o que consta do art. 10 da Lei 6.437, com a redação dada pela Medida Provisória 2.190-34/2001: “São infrações sanitárias: V – fazer propaganda de produtos sob vigilância sanitária, alimentos e outros, contrariando a legislação sanitária; pena – advertência, proibição de propaganda, suspensão de venda e/ou multa”. A aplicação da sanção se faz por ato da autoridade sanitária competente (ANVISA) em devido processo legal administrativo, em que se garantam o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV).

Ao 5º quesito

Pergunta-se: “Somente lei federal pode restringir/regulamentar a propaganda de alimentos?”

Resposta: Sim. A propaganda comercial é matéria de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, XXIX, da Constituição; significa dizer, portanto, que a propaganda de alimentos como de qualquer outro produto ou serviço só pode ser regulamentada por lei federal. A restrição de qualquer propaganda só pode



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

fazer-se, só por lei federal, nas hipóteses indicadas pela Constituição, que, como visto antes, não prevê a possibilidade de restrição da propaganda de alimentos, salvo apenas como sanção a infrações sanitárias.

Ao 6º quesito

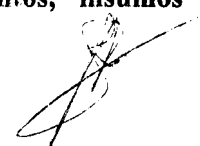
Pergunta-se: “Há conflito entre a norma regulatória (Resolução, Portaria, etc.) própria da agência e a competência exclusiva da União para legislar sobre propaganda comercial (art. 22, inciso XXIX, da CF)? Um ato administrativo de agência reguladora não estaria condenado à inconstitucionalidade se substituísse lei federal sobre publicidade?”

Resposta: Sim, sem nenhuma dúvida. Se a norma da agência inova na matéria de competência legislativa da União, significa que ela não se conteve nos limites de sua própria competência. Se a Constituição confere à União a competência privativa para legislar sobre propaganda comercial (art. 22, XXIX) e se cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União (art. 48), o que ele faz *por lei*, isso significa que nenhum outro órgão o poderá fazer, e se o fizer seu ato padecerá de inconstitucionalidade.

Ao 7º quesito

Pergunta-se: “A inserção do inciso XXVI, do art. 7º da Lei 9.782/1999, que confere competência à ANVISA para controlar, fiscalizar e acompanhar a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária – via Medida Provisória (MP 2190-34/2001) padece de “vício de forma”?”

Resposta: Cumpre observar que o inc. XXVI do art. 7º da Lei 9.782/1999, com a redação da Medida Provisória 2.190-34/2001, não dá competência à ANVISA para dispor sobre propaganda. O dispositivo, repita-se, não lhe dá essa competência, até porque se desse seria uma espécie de delegação inconstitucional, já que legislar sobre propaganda é função da *lei* (CF, art. 22, XXIX). Dá-lhe competência para controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e a publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária. Não se lhe outorga aí a possibilidade de expedir resoluções ou outro ato disciplinando propaganda e publicidade, mas apenas a competência para controlar, fiscalizar e acompanhar a propaganda sanitária. Logo, controlar, fiscalizar e acompanhar propaganda significa fazê-lo nas hipóteses em que a legislação sanitária estabeleceu uma disciplina própria de propaganda de algum produto. É o caso das drogas, medicamentos, insumos



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros previstos no art. 3º da Lei 6.360/1976 é que são submetidos a rigoroso controle e fiscalização sanitária. Por isso, sua propaganda e publicidade também são rigorosamente disciplinadas por essa lei, conforme consta de seus arts. 58 e 59 e os termos do art. 7º da Lei 9.294/1996. E é nesse limite que incide aquele dispositivo, interpretado conforme a Constituição. Propaganda sobre alimentos, portanto, estão fora da incidência da regra do dispositivo.

Ao 8º quesito

Pergunta-se: “Dada a competência à ANVISA pelo inciso XXVI do art. 7º da Lei 9.782/1999 para controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária, está a agência autorizada a criar normas sobre propaganda de alimentos?”

Resposta: Veja-se a resposta ao quesito anterior que demonstrou que a competência prevista naquele inciso não confere à ANVISA competência para criar normas sobre propaganda, que é matéria de exclusiva competência do Congresso Nacional, por via de lei federal.

Ao 9º quesito

Pergunta-se: “Em sendo possível a normatização pela ANVISA da propaganda de alimentos, qual o conteúdo e natureza desses dispositivos?”

Resposta: Prejudicado em face das respostas anteriores que concluíram que a ANVISA não tem competência para normatizar propaganda de alimentos.

Ao 10º quesito

Pergunta-se: “As atividades de controle, fiscalização e acompanhamento na forma prevista no inciso XXVI do art. 7º da Lei 9.782/1999 estão condicionadas e/ou limitadas à legislação sanitária pertinente aos alimentos?”

Resposta: Prejudicado em face das respostas aos quesitos anteriores.

Ao 11º quesito

Pergunta-se: “A atividade de controle pode recair sobre o alimento, considerando-se que o alimento não é produto nocivo à saúde?”

Resposta: A atividade de controles pode recair sobre alimento nos termos do Decreto-lei 986/1969. Alimentos interessam à saúde, por isso ficam sujeitos a diversos tipos de controle sanitário: padrão de qualidade, composição etc. Isso é da competência da ANVISA, nos termos do § 1º do art. 8º da Lei 9.782/1999: “Consideram-se bens e



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitário 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”. Essa competência é legítima. Mas, advirta-se, uma coisa é o controle *sobre o produto, sobre o alimento*, outra coisa diferente é o controle *sobre propaganda e publicidade*, questão que já foi respondida nos quesitos anteriores.

Ao 12º quesito

Pergunta-se: “A auto-regulamentação como forma de controle da atividade publicitária, inclusive com dispositivo específico voltado para alimentos (art. 37 e anexo H, CBARP) pode ser qualificada como ‘fonte de direito’?”

Resposta: A resposta a este quesito se encontra, em boa parte, expressa no art. 17 da Lei 4.680/1965 que regula o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda, e que se exprime do seguinte modo:

“Art. 17. A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro”.

Isso dá ao Código de Ética força legal e, como tal, fonte de direito, mas fonte subsidiária. Nesse sentido, dispõe o art. 16 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, estatuinto que “este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio”. O Código é instituído por acordo, originário ou por adesão, de entidades representativas do mercado brasileiro de publicidade que assim ficam vinculadas às suas regras, aos direitos e obrigações que ele impõe, inclusive às sanções por infrações das normas nele estabelecidas (art. 50). Respeitada a legislação sobre propaganda e publicidade, é nesses limites que o Código é fonte de direito, mas também o é em relação a terceiros que podem invocá-lo em caso de eventual lesão de direito em decorrência de publicidade em desrespeito às suas normas.

Ao 13º quesito

Pergunta-se: “Como podem ser classificadas as atividades do CONAR dentro do ordenamento jurídico?”



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Resposta: O CONAR- Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária revela-se como uma entidade de fiscalização profissional, de natureza associativa privada. Assemelha-se, por essa sua função, aos Conselhos Federais (medicina, engenharia etc) de fiscalização das profissões liberais, com a diferença fundamental de que estes são autarquias corporativas, criadas por lei, o que lhes dá, neste particular, uma natureza diversa da do CONAR.

Ao 14º quesito

Pergunta-se: “Quais seriam as responsabilidades dos agentes envolvidos na atividade publicitária, inclusive os veículos de comunicação com relação ao controle do conteúdo das mensagens?”

Resposta: Em primeiro lugar, as responsabilidades das Agências de Propaganda, os Veículos de Divulgação e os Publicitários ficam sujeitos aos preceitos estabelecidos no art. 17 do Regulamento da Lei 4.680/1965, que arrola diversas proibições que envolvem o conteúdo da publicidade, tais como: não publicar textos ou ilustrações que atentem contra a ordem pública, a moral e os bons costumes, não divulgar informações confidenciais relativas a negócios ou planos de clientes-anunciantes, não difamar concorrentes nem depreciar seus méritos etc., sendo de sua responsabilidade, de ser dever, divulgar somente acontecimentos verídicos e qualidades ou testemunhos comprovados etc. Demais disso, as responsabilidades dos agentes envolvidos na atividade publicitária estão relacionadas no art. 45 do Código de Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Diz que o anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade, mas declara que a Agência deve ter o máximo de cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela observância dos preceitos do Código. Recomenda-se, ainda, aos veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncio, devendo recusar anúncio que fira princípio do Código, sua linha editorial ou de programação, anúncio de polêmica ou denúncia. A responsabilidade na observância das normas do Código abrange o conteúdo e a forma do anúncio, e não escusa o fato de o conteúdo e a forma serem originários de outras fontes.

Ao 15º quesito

Pergunta-se: “Dada a lista exaustiva de restrições à propaganda comercial constante no § 4º do art. 220 da Constituição Federal, pode a legislação infraconstitucional inovar o texto constitucional incluindo novas restrições?”



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Resposta: Não. As restrições à propaganda comercial constantes do §4º do art. 220 da Constituição Federal constituem exceções ao disposto no caput do artigo, onde se garante que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado disposto na própria Constituição. Esta cláusula final remete ao disposto nos §§ 3º e 4º do mesmo artigo. Logo, sendo exceção ao princípio da ampla liberdade de expressão publicitária, agasalhado também no caput do artigo, sua compreensão deve ser estrita, não comportando inovação e ampliação por legislação infraconstitucional.

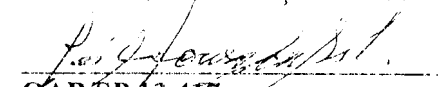
Ao 16º quesito

Pergunta-se: “Poderia o Legislador outorgar competência à ANVISA para eventual controle da publicidade de alimentos e bebidas?”

Resposta: Este quesito já está respondido, quando, na resposta aos quesitos 5º, 6º e 7º, mostramos que só a lei federal, ou seja, a lei feita pelo Congresso Nacional (arts. 22, XXIX, e 48), pode disciplinar a propaganda, o que significa que nenhum outro órgão o poderá fazer, e se o fizer seu ato padecerá de inconstitucionalidade, e que a lei não pode outorgar à ANVISA a possibilidade de expedir resoluções ou outro ato disciplinando propaganda e publicidade alguma e, se o fizer, comete inconstitucionalidade, mas apenas a competência para controlar, fiscalizar e acompanhar a propaganda sanitária, que XXVI do art. 7º da Lei 9.782/1999, com a redação da Medida Provisória 2.190-34/2001, que não dá competência à ANVISA para dispor sobre propaganda. Dá-lhe competência para controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e a publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária, ou seja, nas hipóteses em que a legislação sanitária estabeleceu uma disciplina própria de propaganda de algum produto, que é o caso das drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros previstos no art. 3º da Lei 6.360/1976.

É o nosso parecer.

São Paulo, 27 de março de 2006


OAB/SP 13.417
RG 1.416.813-6
CPF 032.588.748-91