

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA REGULAÇÃO**

**Regulação setorial e defesa do consumidor: limites da  
competência da Anvisa para regular publicidade**

**PEDRO AUGUSTO MAIA FELIZOLA**

**Brasília – DF**

**2013**

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA REGULAÇÃO**

**Regulação setorial e defesa do consumidor: limites da  
competência da Anvisa para regular publicidade**

Monografia apresentada como requisito  
para aprovação no Curso de  
Especialização em Direito da Regulação  
no Instituto Brasiliense de Direito Público –  
IDP.

**PEDRO AUGUSTO MAIA FELIZOLA**

**Brasília – DF**

**2013**

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA REGULAÇÃO**

**Regulação setorial e defesa do consumidor: limites da  
competência da Anvisa para regular publicidade**

Monografia apresentada como requisito para aprovação no Curso de Especialização em Direito da Regulação no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

---

**PEDRO AUGUSTO MAIA FELIZOLA**

**Brasília – DF**

**2013**

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por finalidade auxiliar a compreensão dos limites da competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa para regular publicidade.

Para tanto, parte-se da análise de um ato normativo da Anvisa (Resolução RE 2.247/2010) por meio da qual foi suspensa a veiculação de propagandas relativas ao produto *Alpino Fast*, fabricado pela Nestlé, em confronto com os parâmetros legais e doutrinários relativos ao papel das agências reguladoras na regulação da publicidade, cotejando tal função com as disposições atinentes à defesa do consumidor.

Busca-se, pois, aferir o (des) respeito, por parte da agência, aos limites de sua competência regulatória em matéria publicitária no caso concreto examinado, tomado como referência da atuação do ente regulador em questões que guardam estreita vinculação com matérias tipicamente consumeristas.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Regulação de publicidade; Anvisa; competências regulatórias.

## **ABSTRACT**

The present work intends to help the comprehension of the limits to Anvisa's competences for regulating advertising.

In order to achieve such goal, it is analyzed a regulation from Anvisa (Regulation RE 2.247/2010), which suspended advertisements regarding *Alpino Fast* (a product from Nestlé), in order to confront it to the legal and doctrinaire parameters concerning regulatory agencies' role on advertising regulation and their relation with consumer protection matters.

Thus, it is intended to check the (dis) respect, by Anvisa, to the limits of its competence regarding advertising regulation on the case under analysis, which is taken as a reference of the agency's procedure on matters intimately related to consumer subjects.

## **KEY WORDS**

Advertising regulation; Anvisa; regulatory competences.

## SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	7
2 – AGÊNCIAS REGULADORAS E DEFESA DO CONSUMIDOR: COMPETÊNCIAS DA ANVISA EM MATÉRIA PUBLICITÁRIA	11
3 – O CASO <i>ALPINO FAST</i> : RESOLUÇÃO RE 2.247/2010 E SEUS DESDOBRAMENTOS	20
4 – ANÁLISE DA (I)LEGALIDADE DA RESOLUÇÃO E DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA DA ANVISA EM MATÉRIA PUBLICITÁRIA	29
5 – CONCLUSÃO	40
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

## 1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar os limites da competência reguladora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa no que diz respeito à matéria publicitária, de modo a auxiliar na compreensão de seu papel dentro do mecanismo de defesa do consumidor instituído no Brasil.

A opção pela temática acima descrita decorre da percepção das dúvidas ainda remanescentes acerca da abrangência da função de defesa do consumidor a ser exercida pelas agências. Isso porque há quem defenda a isenção das agências como entes mediadores da relação empresas-consumidores, ou simplesmente o exercício de funções de regulação voltada à defesa dos interesses do próprio mercado (como instituição autônoma, independente daqueles que a compõem).

Ao mesmo tempo, destaca-se a preocupação das entidades de defesa do consumidor quanto ao decisivo papel a ser desempenhado pelas agências a fim de contribuírem para a proteção desse que se revela como a parte mais frágil nas relações de mercado.

Nesse sentido, explicam os Professores Gilmar Mendes, Inocência Coelho e Paulo Gustavo Gonet:

Nesse contexto, é fácil compreender por que, no bojo da constitucionalização da economia, a figura do consumidor mereceu tratamento específico e diferenciado, conferindo-se-lhe indiscutível superioridade jurídica para compensar a sua evidente inferioridade de fato, enquanto agente econômico mais vulnerável nas relações de consumo<sup>1</sup>.

Assim, nos mercados regulados, mostra-se relevante discutir a relação a se estabelecer entre agências, empresas e consumidores, de modo a alcançar a harmonização capaz de viabilizar as relações com eficiência e justiça. Na lição de Canotilho, “hoje, parece reconhecer-se que a determinação da essência de

1 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 1296.

um direito não é tarefa fácil, sobretudo quando ela se coloca perante os juízos de balanceamento de bens e direitos em caso de conflito<sup>2</sup>.”

No sentido de delimitar o tema, opta-se por restringir o escopo da pesquisa à esfera de atuação da Anvisa, à luz dos parâmetros legais aos quais se vincula, para então procurar concluir se a atuação da agência, na prática, tem obedecido aos critérios e limites delineados pela doutrina e pela jurisprudência, no que diz respeito à necessidade de ações voltadas à defesa do consumidor, especificamente no que tange à regulação da publicidade.

Conquanto, após uma análise perfunctória, seja possível afirmar que há ainda escassa produção doutrinária e mesmo pequena quantidade de precedentes judiciais que tratem da matéria, parece ser esse tema objeto de crescentes discussões, sobretudo em decorrência das medidas concretamente adotadas pela agência.

Toda a discussão sobre o papel das agências reguladoras no Brasil pode ser considerada relativamente recente, pois tais entes instituíram-se no país, nos moldes atuais, apenas a partir dos anos 1990:

No Brasil, a conformação regulatória predominante na segunda metade da década de 1990 até os dias de hoje revela a opção por uma forma de regulação com características específicas e que não resume o significado da regulação enquanto objeto de estudo de um direito regulatório que pretenda transcender as configurações presentes do ordenamento jurídico nacional, em que sequer há previsão de órgãos reguladores para todos os setores regulados. Embora, sob o ponto de vista estritamente constitucional, somente exista a previsão de estruturas reguladoras especializadas para dois setores (telecomunicações e energia elétrica), pode-se afirmar que o conjunto da normatização infraconstitucional expandiu consideravelmente esse modelo de regulação assentado em órgãos reguladores para o conjunto dos setores regulados (...)<sup>3</sup>.

---

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2008. Pp. 261-262.

3 CONSELHO EDITORIAL. *Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório*. In.: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações. Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações**. v. 1, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. Pp. 1-76. P.12.

Ao mesmo tempo, o direito do consumidor, como seara autônoma e gozando de destaque e prestígio, passou a ser tratado com mais propriedade no país somente no contexto da edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990).

Também das incertezas que ainda revestem os debates é que decorre a escolha de tomar como ponto de partida uma determinação da Anvisa destinada, em princípio, à proteção do consumidor, de modo a filtrá-la por meio dos parâmetros doutrinaria, legal e jurisprudencialmente estabelecidos.

O caso concreto que se pretende examinar no trabalho monográfico em questão revela-se supostamente como uma manifestação do exercício, pela Anvisa, de tais competências.

Trata-se de resolução (nº. 2.247/2010) editada pela agência com o propósito de suspender a publicidade do produto *Alpino Fast*, fabricado pela empresa *Nestlé Brasil Ltda.*, ao fundamento de as propagandas estarem induzindo o consumidor a acreditar que o produto possuía o chocolate *Alpino* em sua composição, o que não seria verdade.

Quer-se, portanto, averiguar a consecução dos objetivos do Estado regulador, de forma harmônica e consentânea com as instituições existentes na estrutura nacional hodierna, à luz da efetivação do direito fundamental à saúde tutelado pela Anvisa.

Nesse sentido, parte-se, a respeito da regulação, da noção bem delineada a seguir:

Assim, a regulação não é, em si mesma, uma característica diferencial do modelo atual de Estado regulador, pois a presença de competências regulatórias no Estado brasileiro não surgiu da nova configuração do Estado regulador. A regulação não é um fenômeno recente. O diferencial moderno inscrito no significado de Estado regulador está na proeminência de uma *espécie* de regulação estatal presente

na conformação atual dada ao Estado. Da mesma forma, o Estado regulador não se consubstanciou em oposição somente a um Estado Social-Burocrático empregador de prestadores de serviços essenciais à sociedade, mas também como opositor a um Estado caracterizado pela inexistência ou aversão à interferência no âmbito econômico e social, ou seja, à crença no mercado auto-regulável. O Estado regulador, portanto, não é um Estado intervencionista, nem mesmo abstencionista, no sentido que se costuma atribuir a tais expressões, mas um Estado que, embora não promova diretamente o desenvolvimento econômico e social (Estado do Bem-Estar Social), nem opte pela entrega dessa função a um terceiro mediante desregulação do mercado (Estado mínimo), atua como 'regulador e facilitador ou financiador a fundo perdido desse desenvolvimento'. O Estado regulador, portanto, é definido pelo caráter dirigente e gerencial de que se reveste a Administração Pública para conformação das atividades essenciais segundo ordens de promoção dos direitos fundamentais delas dependentes<sup>4</sup>.

Delineadas as circunstâncias do caso mencionado acima, pretende-se analisar se tal fundamentação adotada pela agência coaduna-se com suas competências legais, de modo a auxiliar a compreensão dos limites da atuação dos entes reguladores no que diz respeito à defesa do consumidor, especialmente em matéria publicitária.

---

4 CONSELHO EDITORIAL. *Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório*. In.: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações. Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações**. v. 1, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. Pp. 1-76. Pp. 14-15.

## 2 – AGÊNCIAS REGULADORAS E DEFESA DO CONSUMIDOR: COMPETÊNCIAS DA ANVISA EM MATÉRIA PUBLICITÁRIA

Desde a implementação do modelo de agências reguladoras no Brasil, instalou-se intenso debate acerca das competências de tais autarquias especiais, especialmente em face do princípio da separação de poderes e do dito *poder normativo* a elas conferido.

Isso porque se trata de situação em que o Poder Executivo (ao qual se vinculam as agências) passa a baixar normatizações com a finalidade de “complementar e particularizar as leis”, prática que poderia, caso não fosse adequadamente delimitada, ferir a integridade da função constitucional legislativa.

A essa prática, corresponde a responsabilidade de aferir a concreta e efetiva observância a tais comandos. “Trata-se do poder, atribuído por lei à Administração, de verificar permanentemente a regularidade do exercício dos direitos pelos administrados<sup>5</sup>.”

A propósito desse fenômeno de produção normativa pela Administração, explica o Professor Gustavo Binenbojm:

Cada vez mais, portanto, como assinala García de Enterría, a Administração não se apresenta como uma simples instância de execução de normas heterônomas, mas é, ao invés, em maior ou menor medida, fonte de normas autônomas. Tais normas, dado o seu volume numérico e importância prática, acabam sobrepujando a tradicional proeminência da lei. A proliferação das agências reguladoras nos Estados Unidos desde o New Deal, por exemplo, e sua espetacular produção normativa na regulação dos mais diversos campos econômicos e sociais, ensejam a afirmação de que 'vivemos em um Estado Administrativo'<sup>6</sup>.

A técnica mais utilizada no sentido de minimizar as

---

<sup>5</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 75.

<sup>6</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. In: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pp. 499-546. P. 514.

polêmicas em torno do tema foi a da autorização legislativa, ou delegação, de certas competências normativas para edição de textos que se limitem “a definir parâmetros genéricos para a atuação do Executivo, ou seja, assumindo a forma de *norma em branco*, ou de *lei-cadre* (lei-quadro).<sup>7</sup>”

De todo modo, parece claro que “às agências reguladoras – como, de resto, ao Estado em geral, enquanto ente regulador – cabe um poder normativo que não se confunde com o legislativo, nem com o regulamentar.<sup>8</sup>”

O Professor Fernando de Almeida explica:

Em relação ao legislativo, o poder normativo regulador é subordinado, por força do princípio da legalidade. Já a relação do poder normativo regulador com o regulamentar não é necessariamente de hierarquia. Trata-se antes de uma questão de definição de competências. Na situação em que couber regulamento, a atividade reguladora será a ele subordinada. Na situação em que não couber, a atividade reguladora será exercida nos seus próprios limites, em face da legalidade – ou seja, atuando sem violar a diretriz constitucional de que apenas a lei pode criar direitos e obrigações aos indivíduos<sup>9</sup>.

Assim, as leis de criação e regência das agências reguladoras brasileiras contêm previsões de competências normativas, de modo a lhes autorizar o exercício de tal função e com o objetivo último de conferir densidade e dinamismo às leis em sentido estrito que norteiam as práticas do setor em questão.

Em face desse processo, suscitam-se questionamentos relativos aos riscos decorrentes da proliferação de normas setoriais, razão pela qual elege-se a Constituição como instrumento de harmonização e integração do

---

7 BRUNA, Sérgio Varela. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 73.

8 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. Vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 135.

9 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. Vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 135-136.

ordenamento jurídico:

A tais riscos<sup>10</sup>, criados pelo enfraquecimento da lei formal e pela multiplicação dos ordenamentos administrativos setoriais, propõe-se como resposta a constitucionalização do direito administrativo. Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo<sup>11</sup>.

De modo a situar a produção normativa e a atuação das agências no contexto de suas competências, faz-se necessário vislumbrar a missão institucional a partir da qual devem ser analisados tais entes, aferição que depende do entendimento que se adota acerca do próprio conceito de regulação, cujo escopo é bem delineado pelo Professor Alexandre Aragão:

(...) A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis<sup>12</sup>.

Nessa linha, cabe destacar a vinculação da atuação dos entes reguladores (e do próprio instituto da regulação) à concretização de direitos fundamentais com os quais se relaciona determinado setor regulado.

Isso porque, na estrutura do Estado regulador, tem-se que a intervenção estatal na economia é apenas uma variável – e não o único fator determinante – para o atingimento de resultados previamente programados e almejados, cuja finalidade precípua deve ser a efetivação de direitos fundamentais:

---

10 Definidos pelo autor como “neofeudalização normativa do Estado democrático de direito” e “colonização do espaço público por tais órgãos tecno-burocráticos”.

11 BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. In: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pp. 499-546. P. 515.

12 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da Economia: Conceitos e Características Contemporâneas*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. Vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 431.

O Estado regulador, portanto, é um modelo estatal assentado na atuação concertada de intervenção estatal frente aos reflexos verificados *pari passu* no setor regulado. Por isso, dizer-se que o Estado regulador envolve atuação administrativa conjuntural, pois dependente de acompanhamento *pari passu* do desenvolvimento de um setor de atividades essenciais. Assim, tanto o mercado, quanto a intervenção estatal, são colocados, para o Estado regulador, como variáveis, cujo comportamento interfere nos rumos tomados por uma Administração Pública gerencial em prol da consecução dos direitos fundamentais<sup>13</sup>.

Assim é que a regulação constitui mecanismo de redirecionamento do espaço regulado (determinado mercado ou setor) para que este, de modo progressivo, alcance o que, de antemão, elegeram-se (de forma institucional) como um parâmetro de efetivação de direitos fundamentais a ser perseguido. Nesse sentido:

A regulação, portanto, enquanto regime jurídico regulatório, apresenta-se como um conjunto de disposições normativas e administrativas caracterizadas por seu caráter conjuntural de influência ou controle sobre o ambiente regulado mediante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados. O mecanismo regulador presente na origem terminológica da regulação apresenta-se como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como um conjunto de atuações normativas e administrativas capazes de interagir *pari passu* com os rumos efetivamente detectados no ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais<sup>14</sup>.

Os direitos do consumidor encaixam-se, nessa seara, como um elemento do “jogo – concertado – de restrições e complementações recíprocas em que consiste o processo de concretização dos princípios e valores constitucionais<sup>15</sup>”, em face de sua natureza preponderante de direitos sociais.

Ao comentarem os direitos dos consumidores tal como

---

13 CONSELHO EDITORIAL. *Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório*. In.: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações. Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações**. v. 1, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. Pp. 1-76. P. 16.

14 CONSELHO EDITORIAL. *Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório*. In.: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações. Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações**. v. 1, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. Pp. 1-76. P. 19.

15 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 1297.

preconizados na Constituição de Portugal, os Professores Canotilho e Vital Moreira asseveram: “Em todo o caso, independentemente do seu alcance enquanto direitos fundamentais, eles seguramente que têm, pelo menos, o efeito de legitimar todas as medidas de intervenção pública necessárias para os implementar<sup>16</sup>.”

Dessa forma, percebe-se a vinculação do Estado à implementação de tais direitos, o que, no Brasil, significa dizer, ao menos a princípio, que também as agências reguladoras teriam, dentre suas finalidades constitucional e legalmente estabelecidas, a de contribuir para a proteção do consumidor, numa perspectiva de garantia de direitos fundamentais.

O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 4º, uma Política Nacional das Relações de Consumo, a qual vincula o Estado à defesa dos consumidores, seja por ação direta (art. 4º, II, “a”), seja pelo incentivo à criação e ao desenvolvimento de associações representativas (art. 4º, II, “b”), por sua presença no mercado de consumo (art. 4º, II, “c”) ou mesmo garantindo “padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho” de produtos e serviços” (art. 4º, II, “d”). Assim, estariam também as agências, como participantes desse Estado que se vincula institucionalmente à defesa do consumidor, atreladas a esses objetivos.

Acerca da importância da participação das agências reguladoras nesse processo, pontua o relatório de pesquisa promovida pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, coordenado pelo Professor Marcelo Sodré:

As agências reguladoras são instituições relativamente novas no Brasil – as primeiras agências completaram uma década de criação, e ainda enfrentam desafios para se consolidarem institucionalmente e para se articularem com outros organismos que atuam de forma complementar, como é o caso dos órgãos de defesa do consumidor. A atuação das agências e órgãos reguladores impacta diretamente no dia-a-dia dos consumidores, pois a elas cabe fiscalizar, guiar e suplementar o mercado e corrigir

---

16 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. P. 323.

suas falhas, como o desequilíbrio entre consumidores – parte mais vulnerável na relação de consumo – e fornecedores<sup>17</sup>.

A avaliação do referido trabalho é de que o Brasil carece de uma política regulatória que efetivamente leve em consideração o consumidor, e vincula tal problemática às próprias origens das agências reguladoras no país:

Verifica-se no contexto brasileiro uma verdadeira ausência de política regulatória que considere os interesses do consumidor como prioritários. Tal fato decorre do próprio processo de criação das agências no Brasil, marcado pela inexistência de debate sobre as prioridades políticas, sobre o acesso e universalização de serviços públicos, pela ausência de marcos regulatórios claros e pela falta de definição dos mecanismos de transparência e de controle social e político. Nem os princípios básicos das agências, como a transparência e a participação, foram adequadamente definidos por uma lei específica, o que ocasionou uma grande diferença entre as formas de atuação desses órgãos. Na maioria dos casos não houve esclarecimento público sobre o papel dos órgãos criados, o que aumenta a dificuldade para os cidadãos monitorarem o seu desempenho. Configurou-se, portanto, uma total ausência de cultura reguladora no país<sup>18</sup>.

Essa “ausência de cultura reguladora” pode ser uma das razões para a dificuldade de se averiguar a medida da responsabilidade das agências na concretização dos direitos dos consumidores, e mais, de se aferirem os limites das competências de cada agência na regulação de aspectos de mercado que constituem elementos característicos da defesa do consumidor – caso, por exemplo, da publicidade de produtos e serviços.

Ao descrever a natureza e a finalidade das agências reguladoras, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

---

17 SODRÉ, Marcelo Gomes (coord.). **Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor – Sumário Executivo / Relatório de Pesquisa**. Série Pensando o Direito nº. 21/2010. São Paulo / Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2010. P. 11.

18 SODRÉ, Marcelo Gomes (coord.). **Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor – Sumário Executivo / Relatório de Pesquisa**. Série Pensando o Direito nº. 21/2010. São Paulo / Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2010. Pp. 15-16. Os autores do estudo complementam afirmando o seguinte: “Por isso verifica-se que a regulação no Brasil foi pensada como meio de viabilização das privatizações, com seu aspecto de regulação econômica fortalecido em detrimento da regulação social. Vislumbra-se, portanto, uma lacuna no que diz respeito à regulação social, voltada para efetivação de valores políticos como equidade, direito e justiça.” P. 16.

as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades. Algumas das atividades afetas à disciplina e controle de tais entidades são: (...) (d) atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (...)<sup>19</sup>.

Assim, no que diz respeito aos serviços de saúde, tem-se um serviço público, porém com prestação facultada aos particulares, “sob disciplina e controle” da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. No entanto, tal agência não se limita a regular a prestação de serviços de saúde propriamente ditos, tendo competências mais amplas para regular as demais questões atinentes à vigilância sanitária.

Dentre tais atribuições, a Lei nº. 9.782/99, que criou a agência, prevê diversas competências normativas, por exemplo, nos dispositivos a seguir:

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

(...)

III - **estabelecer normas**, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

IV - **estabelecer normas** e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;

(...)

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

(...)

§4º **A Agência poderá regulamentar** outros produtos e serviços de interesse para o controle de riscos à saúde da população, alcançados pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

Firmados tais pressupostos, deve-se apontar que, dentre as diversas competências legalmente conferidas à agência, encontra-se também a

---

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pp. 162-163.

seguinte:

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;**

Assim, no exercício de sua missão legal como ente regulador<sup>20</sup> da vigilância sanitária, cabe à Anvisa, dentre outras funções, exercer o controle, a fiscalização e o acompanhamento da propaganda e da publicidade relativas a produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária, tal como dispõe o art. 7º, XXVI, da Lei nº. 9.782/99.

De forma sintética e esquemática, é possível extrair as seguintes constatações lógicas do texto legal acima transcrito:

- (i) a Anvisa é competente para controlar, fiscalizar e acompanhar propaganda e publicidade;
- (ii) tais atividades (controle, fiscalização e acompanhamento) devem ser exercidas sob o prisma da legislação sanitária;
- (iii) a propaganda e publicidade que são alvos da atividade da Anvisa são aquelas concernentes a produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária.

Ora, é certo, à luz do texto legal, que a Anvisa possui competência para regular a propaganda e publicidade, porém o mesmo dispositivo estabelece os fatores determinantes para a delimitação dessa esfera regulatória que

---

<sup>20</sup> Entendendo-se por regulação, como parecem entender as leis de criação das agências (de acordo com ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. Vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 137) o “exercício do poder normativo, contemplando: (i) edição de normas para tratar de assuntos interna corporis do órgão regulador; (ii) edição de normas para explicitar conceitos e definir parâmetros técnicos aplicáveis à matéria regulada; e (iii) edição de normas infralegais e – nos casos em que couber regulamento – infra-regulamentares visando a disciplinar detalhes de sua atividade, concretizando, assim, a previsão de normas superiores.” Toma-se como referência ainda o disposto no art. 174 da Constituição Federal de 1988, que inclui no conceito de regulação as atividades de planejamento, incentivo (fomento) e fiscalização (controle).

lhe cabe, quais sejam: o critério para regular (legislação sanitária) e o que regular (propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária).

O art. 6º da Lei nº. 9.782/99, ao definir a finalidade institucional da agência, dispõe:

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.

Por sua vez, o Decreto nº. 3.029/99, que aprova o Regulamento da Anvisa, contém os mesmos termos em seu art. 2º, o que parece indicar que as competências da agência devem ser lidas à luz da missão de proteção da saúde.

Tendo em vista essa perspectiva, passa-se ao exame de um caso concreto (em que a agência emitiu norma regulamentando a propaganda e publicidade de um produto) para, em seguida, analisar a correspondência e a adequação entre tal atuação e a competência legalmente atribuída ao ente regulador.

### 3 – O CASO *ALPINO FAST*: RESOLUÇÃO RE 2.247/2010 E SEUS DESDOBRAMENTOS

A Resolução RE 2.247, de 17 de maio de 2010, editada pela Anvisa, estabeleceu o seguinte:

Artigo 1º Determinar, como medida de interesse sanitário, a suspensão, em todo território nacional, de todas as propagandas que apresentem denominações, designações e vocábulos que possibilitem interpretação falsa, erro e confusão quanto à composição do alimento *ALPINO FAST*, de responsabilidade da empresa NESTLÉ BRASIL LTDA, ao induzir o consumidor a acreditar que o produto possua em sua composição o chocolate Alpino, especialmente aquelas veiculadas no site [www.nestle-fast.com.br](http://www.nestle-fast.com.br)<sup>21</sup>.

Portanto, a referida norma indicou como fundamentação para a suspensão da publicidade do produto *Alpino Fast*, fabricado pela empresa Nestlé Brasil Ltda., o fato de as propagandas estarem supostamente induzindo o consumidor a acreditar que o produto possui o chocolate Alpino em sua composição.

O *Alpino Fast*<sup>22</sup> é uma bebida láctea que toma por referência o bombom *Alpino*, produzido pela mesma empresa. Em 2010, iniciou-se controvérsia acerca do fato de que a fabricante estaria tentando enganar os consumidores com a imagem do bombom no rótulo do produto, o que transmitiria a ideia de que o próprio chocolate *Alpino* estaria na composição da bebida<sup>23</sup>.

Segundo informações da empresa veiculadas na mídia<sup>24</sup> à época, o produto era resultado de um longo processo de pesquisa e de vários testes, que teriam comprovado a aceitação de cerca de 92% (noventa e dois por

21 Disponível em [http://www.portal.rn.gov.br/content/aplicacao/sesap\\_suvisa/arquivos/gerados/re\\_2247\\_2010.pdf](http://www.portal.rn.gov.br/content/aplicacao/sesap_suvisa/arquivos/gerados/re_2247_2010.pdf). Acesso em 17.9.2012.

22 As informações da Nestlé sobre o produto Alpino Fast podem ser encontradas na página oficial da empresa: [http://www.nestle.com.br/site/marcas/linha\\_fast/linha\\_fast/alpino\\_fast.aspx](http://www.nestle.com.br/site/marcas/linha_fast/linha_fast/alpino_fast.aspx). Acesso em 3.1.2013.

23 **Anvisa determina suspensão de propagandas do Alpino Fast.** Notícia disponível em <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/05/anvisa-determina-suspensao-de-propagandas-do-alpino-fast.html>. Acesso em 3.1.2013.

24 **Para Nestlé, consumidores não entenderam Alpino Fast.** Notícia disponível em <http://exame.abril.com.br/marketing/noticias/nestle-explica-alpino-fast-559542>. Acesso em 3.1.2013.

cento) dos consumidores quanto à correspondência entre o sabor da bebida e o do chocolate.

A partir de discussões na internet promovidas por um blog, surgiram iniciativas por parte do Ministério Público, do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária e também da Anvisa no sentido de suspender a veiculação de propagandas relativas ao produto, bem como de determinar que a fabricante adequasse a rotulagem e as informações transmitidas aos consumidores<sup>25</sup>.

Houve notícia de propositura de ação civil pública contra a Nestlé por parte do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio da qual se pleiteou a proibição da venda do produto, bem como a condenação da empresa ao pagamento de danos materiais e morais causados aos consumidores, no valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Também o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, vinculado ao Ministério da Justiça, abriu processo administrativo para apurar o caso<sup>26</sup>.

A ação da Anvisa, em particular, culminou na edição e publicação da referida resolução, cujo texto traduz a motivação da agência no sentido de evitar que consumidores sejam levados a acreditar que a bebida *Alpino Fast* possui o chocolate *Alpino* em sua composição.

Conforme noticiado à época, a Nestlé (fabricante do produto) impetrou mandado de segurança com o objetivo de ver reconhecida a nulidade de tal resolução, tendo obtido liminar perante a Justiça Federal, no Distrito Federal, para suspender os efeitos do ato normativo da Anvisa<sup>27</sup>.

---

25 **Nestlé vende bebida Alpino que não contém Alpino.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u733718.shtml>. Acesso em 3.1.2013.

26 **Nestlé na mira da Anvisa.** Disponível em <http://noticiasdodireito.com/2010/06/page/6>. Acesso em 17.9.2012.

27 **Nestlé obtém liminar para manter publicidade do Alpino Fast.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/759139-nestle-obtem-liminar-para-manter-publicidade-do-alpino-fast.shtml>. Acesso em 3.1.2013.

Em sua decisão, datada de 18.10.2010, o Juiz da 14ª Vara Federal consignou o seguinte:

(...). São relevantes os argumentos da Impetrante. De fato, a Resolução nº 2.247, de 17 de maio do corrente ano, pela qual a ANVISA determinou a suspensão da publicidade do produto “Alpino Fast”, por “induzir o consumidor a acreditar que o produto possua em sua composição o chocolate Alpino”, não aponta qual interesse sanitário estaria em discussão. Cabe à ANVISA, nos termos da Lei nº 9.782, de 1999, a monitoração e fiscalização da publicidade de produtos sujeitos à vigilância sanitária, para a prevenção de riscos à saúde da população. É certo que todo alimento está sujeito à vigilância sanitária, mas na hipótese dos autos não se verifica a presença de qualquer pressuposto da atuação da autarquia sanitária por cuidar-se não de registro ou sua alteração, mas de publicidade de produto já registrado. Com efeito, os dispositivos que embasaram a Resolução nº 2.247, ambos da Lei nº 9.782, dizem respeito a circunstâncias especiais de risco à saúde (art. 2º, item VII) e à competência da ANVISA para fiscalizar a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária “sob o prisma da legislação sanitária” (art. 7º, item XXVI), mas a hipótese não trata, efetivamente, de risco à saúde da população, tampouco foi enquadrada em qualquer dispositivo da lei sanitária. O fato de haver ou não informação falsa na embalagem de um produto, que leve o consumidor a acreditar que tal produto contenha esse ou aquele componente, não envolve, necessariamente, medida de interesse sanitário, mas sim de interesse do consumidor, situação em que devem atuar os órgãos de proteção do consumidor, como o CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, os Procons dos Estados ou o Ministério Público, havendo notícia, nos autos, de que houve, em algumas regiões, a iniciativa de Procons e até do Ministério Público no sentido de apurar eventuais irregularidades nas propagandas realizadas pela Impetrante em relação ao produto “Alpino Fast”. Depois, a ausência de informações, longe de configurar “revelia”, revela, porém, a aparente abusividade de ato restritivo de direito, não se animando a Autoridade Impetrada sequer a defendê-lo, o que sugere uso indevido do poder de polícia, desbordante do seu linde escorreito e legitimador. Tais as considerações, defiro a liminar, suspendendo os efeitos da Resolução nº 2.247, de 17 de maio do corrente ano, da ANVISA, até ulterior decisão deste juízo. (...)²⁸.

Percebe-se, pois, que o fundamento central adotado pelo Magistrado para suspender a eficácia da resolução foi a ausência de explicitação,

---

28 Decisão disponível em [http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=c14c328e4c7e3d0e92a082d94793687a&trf1\\_captcha=8z67&enviar=Pesquisar&secao=DF&proc=251106920104013400](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=c14c328e4c7e3d0e92a082d94793687a&trf1_captcha=8z67&enviar=Pesquisar&secao=DF&proc=251106920104013400). Acesso em 17.9.2012.

por parte da Anvisa, do interesse sanitário envolvido na questão.

É dizer: não se questionou, naquela oportunidade, a competência da Anvisa para regular matéria publicitária, desde que houvesse algum interesse sanitário envolvido. Caso contrário, segundo o Juiz, caberia ao CONAR, aos Procons ou mesmo ao Ministério Público averiguar “eventuais irregularidades nas propagandas realizadas”.

Assim, em síntese, seria insuficiente a suposta existência de informação falsa na embalagem do produto para justificar a atuação reguladora da Anvisa no sentido de proibir a veiculação de propagandas relativas a ele.

Segundo informação disponível na página virtual do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a Anvisa interpôs agravo de instrumento para cassar a liminar, sem, porém, obter êxito<sup>29</sup>.

Em seguida, sobreveio sentença por meio da qual o Magistrado ratificou a liminar inicialmente deferida e concedeu a ordem pleiteada pela empresa, a fim de “declarar a nulidade da Resolução nº 2.247/2010, da ANVISA.”

Referida sentença, além de repisar os termos da decisão que concedera a liminar, assentou o seguinte:

11.- Constata-se, assim, que a questão que discute o nome do produto, ou se a embalagem ou a propaganda do produto levam a um entendimento que não seria o correto, nada tem a ver com controle ou fiscalização sob o prisma da legislação sanitária, a ensejar a competência da ANVISA para suspender sua comercialização.

12.- Nesse sentido, opinou o representante ministerial:  
*“São vários os pontos controvertidos nos autos, porém, o primeiro a ser analisado, que é prejudicial aos demais, é se a ANVISA tem Competência para adotar a medida determinada na Resolução RE n ° 2.247, de 17 de maio de 2010. O artigo 1° do referido normativo estabelece:*

---

<sup>29</sup> Informação disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php?proc=445272320104010000&tipoCon=1>. Acesso em 3.1.2013.

*'a suspensão em todo o território nacional de todas as propagandas que apresentem denominações designações e vocábulos que possibilitem interpretação falsa, erro e confusão quanto à composição do alimento ALPINO FAST de responsabilidade da empresa NESTÉ BRASIL LTDA ao induzir o consumidor a acreditar que o produto possua em sua composição o chocolate Alpino especialmente aquelas veiculadas no site [www.nestle-fast.com.br](http://www.nestle-fast.com.br).'*

*Já o artigo 7º da Lei nº 9.782/99, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, dispõe sobre a competência da ANVISA:*

*Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do 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.*

*Pelo dispositivo citado, vê-se que a ANVISA apenas tem competência para controlar, fiscalizar e acompanhar a propaganda e publicidade dos produtos sob o prisma da legislação sanitária, o que não inclui a tutela pura do direito do consumidor que esteja diretamente relacionada à matéria sanitária. Analisando os argumentos utilizados pela ANVISA para suspender a propaganda do produto ALPINO FAST, resta evidente que os problemas detectados não guardam relação com a adequação sanitária do produto, mas sim e exclusivamente com a legislação que trata dos direitos do consumidor. Daí porque pode-se afirmar que a Agência extrapolou os seus poderes ao tutelar interesse estranho à legislação sanitária."*

13.- Portanto, configurou-se o uso indevido do poder de polícia por parte da ANVISA, que justificou a medida com base no próprio inciso XXVI do art. 7º, citado no item 9 acima, e no inciso II do § 1º do art. 8º, ambos da Lei nº 9.782, estabelecendo esse último que incumbe à ANVISA fiscalizar, entre outros, os alimentos e suas embalagens.

14.- Entretanto, tanto a competência para fiscalizar a propaganda e a publicidade, quanto a competência para fiscalizar os alimentos e suas embalagens restringem-se a questões que envolvam "risco à saúde pública", como fixam os próprios dispositivos e toda a legislação que trata do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária<sup>30</sup>.

O Magistrado cita trecho de parecer exarado pelo Ministério Público Federal, que sustentou não ser competência da Anvisa a "tutela pura do direito do consumidor", mas tão somente as questões relativas à adequação sanitária dos produtos.

O referido mandado de segurança ainda será julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em face da remessa oficial e de eventual

30 Sentença disponível em [http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=c14c328e4c7e3d0e92a082d94793687a&trf1\\_captcha=8z67&enviar=Pesquisar&secao=DF&proc=251106920104013400](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=c14c328e4c7e3d0e92a082d94793687a&trf1_captcha=8z67&enviar=Pesquisar&secao=DF&proc=251106920104013400). Acesso em 17.9.2012.

recurso de apelação.

Por sua vez, a ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (nº. 0163488-80.2010.8.19.0001) foi distribuída à 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, com pedido de antecipação de tutela a fim de proibir a Nestlé de:

(...) comercializar e fazer qualquer oferta ou publicidade da bebida Alpino Fast, retirando de seu rótulo e embalagem qualquer referência, direta ou indireta, ao chocolate Alpino, inclusive no que diz respeito ao nome dado à bebida, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais)<sup>31</sup>.

Em sua fundamentação, o Ministério Público alegou, em síntese:

- a violação ao direito dos consumidores à informação adequada e clara (art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor); segundo o *Parquet*, a Nestlé, por meio da embalagem, do rótulo e da publicidade relativos ao *Alpino Fast*, estaria induzindo o consumidor em erro quanto ao verdadeiro conteúdo da bebida, pelo que teria desrespeitado o dever de informar;

- o desrespeito à norma da oferta vinculante (dissonância entre rótulo e produto; art. 30 do CDC); defende o MP que haveria má-fé da empresa ao vincular o produto a informações que não correspondem ao seu efetivo conteúdo, afirmando que a Nestlé “não poderia ter lançado um produto ALPINO, sem semelhanças significativas na composição e ainda com divergência de sabores com o chocolate<sup>32</sup>”;

- a enganosidade da publicidade efetuada pela Nestlé (art. 37, §1º, do CDC); quanto a esse tópico, sustenta que, valendo-se da força da marca *Alpino*, a Nestlé

---

31 Petição inicial disponível em [www.mpcon.org.br/%2Fmanager%2Fdownload.asp%3Farquivo%3DINICIAL\\_ALPINO\\_FAST.doc%26onde%3D.%2Fconteudo&ei=18zqUIS8CNS50QHR3oGwBg&usg=AFQjCNHXboG31qH60Dh3mbMrgG9QRrTixg&sig2=h9FeyCm7qE89ArtCR1mAqg&bvm=bv.1355534169,d.dmQ](http://www.mpcon.org.br/%2Fmanager%2Fdownload.asp%3Farquivo%3DINICIAL_ALPINO_FAST.doc%26onde%3D.%2Fconteudo&ei=18zqUIS8CNS50QHR3oGwBg&usg=AFQjCNHXboG31qH60Dh3mbMrgG9QRrTixg&sig2=h9FeyCm7qE89ArtCR1mAqg&bvm=bv.1355534169,d.dmQ). Acesso em 7.1.2013.

32 Petição inicial disponível em [www.mpcon.org.br/%2Fmanager%2Fdownload.asp%3Farquivo%3DINICIAL\\_ALPINO\\_FAST.doc%26onde%3D.%2Fconteudo&ei=18zqUIS8CNS50QHR3oGwBg&usg=AFQjCNHXboG31qH60Dh3mbMrgG9QRrTixg&sig2=h9FeyCm7qE89ArtCR1mAqg&bvm=bv.1355534169,d.dmQ](http://www.mpcon.org.br/%2Fmanager%2Fdownload.asp%3Farquivo%3DINICIAL_ALPINO_FAST.doc%26onde%3D.%2Fconteudo&ei=18zqUIS8CNS50QHR3oGwBg&usg=AFQjCNHXboG31qH60Dh3mbMrgG9QRrTixg&sig2=h9FeyCm7qE89ArtCR1mAqg&bvm=bv.1355534169,d.dmQ). Acesso em 7.1.2013.

“desenvolveu uma “bebida achocolatada comum e usou o nome do famoso chocolate com o único intuito de atrair o consumidor e vender o produto por associação<sup>33</sup>.”

No mérito, pleiteou o MP a condenação da Anvisa a:

se abster de comercializar, realizar oferta ou publicidade da bebida Alpino Fast, ou equivalente, retirando de seu rótulo e embalagem qualquer referência, direta ou indireta, ao chocolate Alpino, inclusive no que diz respeito ao nome dado à bebida, sob pena de multa diária no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais); (...) indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, como estabelece o art. 6º, VI do CDC, em virtude da prática aqui tratada; (...) reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), corrigidos e acrescidos de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, mencionado no art. 13 da Lei nº 7.347/85<sup>34</sup>.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pelo magistrado, que afirmou não vislumbrar possibilidade de risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, além de considerar necessária a dilação probatória<sup>35</sup>.

Após dilação probatória, foi proferida sentença julgando improcedente a ação, a qual, em sua fundamentação, assentou o seguinte:

(...) De plano, consigne-se que o próprio Ministério Público reconhece que ‘o paladar apresenta certo componente subjetivo’ (fls. 07 - 1º parágrafo). Assim, para o especialista gastronômico citado na inicial e algumas outras pessoas, a bebida Alpino Fast pode não ter gosto do bombom Alpino, mas para o eminente e culto relator dos agravos aqui

---

33 Petição inicial disponível em [www.mpcon.org.br/%2Fmanager%2Fdownload.asp%3Farquivo%3DINICIAL.\\_ALPINO\\_FAST.doc%26onde%3D.%2Fconteudo&ei=18zqUIS8CNS50QHR3oGwBg&usg=AFQjCNHXboG31qH60Dh3mbMrgG9QRrTixg&sig2=h9FeyCm7qE89ArtCR1mAqg&bvm=bv.1355534169.d.dmQ](http://www.mpcon.org.br/%2Fmanager%2Fdownload.asp%3Farquivo%3DINICIAL._ALPINO_FAST.doc%26onde%3D.%2Fconteudo&ei=18zqUIS8CNS50QHR3oGwBg&usg=AFQjCNHXboG31qH60Dh3mbMrgG9QRrTixg&sig2=h9FeyCm7qE89ArtCR1mAqg&bvm=bv.1355534169.d.dmQ). Acesso em 7.1.2013.

34 Petição inicial disponível em [www.mpcon.org.br/%2Fmanager%2Fdownload.asp%3Farquivo%3DINICIAL.\\_ALPINO\\_FAST.doc%26onde%3D.%2Fconteudo&ei=18zqUIS8CNS50QHR3oGwBg&usg=AFQjCNHXboG31qH60Dh3mbMrgG9QRrTixg&sig2=h9FeyCm7qE89ArtCR1mAqg&bvm=bv.1355534169.d.dmQ](http://www.mpcon.org.br/%2Fmanager%2Fdownload.asp%3Farquivo%3DINICIAL._ALPINO_FAST.doc%26onde%3D.%2Fconteudo&ei=18zqUIS8CNS50QHR3oGwBg&usg=AFQjCNHXboG31qH60Dh3mbMrgG9QRrTixg&sig2=h9FeyCm7qE89ArtCR1mAqg&bvm=bv.1355534169.d.dmQ). Acesso em 7.1.2013.

35 Decisão disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2010.001.147257-4&acessoIP=internet&tipoUsuario=>. Acesso em 7.1.2013.

interpostos, Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, sua esposa, consoante consignou no v. acórdão de fls. 475/480, e outras tantas pessoas (vide fls. 187/191), a bebida tem sim gosto de chocolate Alpino. Como S. Exa. bem assinalou no referido acórdão: (...) . Esta Magistrada, adotando o mesmo expediente de S.Exa, também fez a comparação e constatou que há de fato similitude de gosto entre a bebida e o chocolate, destacando-se apenas o fato de a primeira ser menos doce. Com efeito, os fabricantes não prometem a mesma composição ou fórmula do produto original, tampouco pedaços da fruta ou do produto que é referência do sabor, mas apenas remetem ao sabor-referência. Como consta em várias passagens do processo, dos inúmeros produtos comercializados por diversas empresas, não se pode exigir que, na sua composição, a 'batata frita sabor churrasco' contenha carne, que o 'bolo sabor laranja' ou o 'chiclete sabor melancia' ou, ainda, o 'biscoito sabor morango' contenham as referidas frutas, e assim por diante, bastando haver semelhança de sabor. O tão só fato de a bebida Alpino Fast não conter pedaços do bombom em sua composição não caracteriza propaganda enganosa, na medida em que, além de o nome 'Alpino' referir-se a uma linha, uma família de produtos da Nestlé (vide fls. 526/539), a alusão ao chocolate Alpino não induz o consumidor a acreditar que o produto contém o bombom em sua composição, mas apenas que apresenta sabor semelhante ao do referido chocolate. E foi isto que a ré prometeu - bebida com o sabor do chocolate Alpino (vide fls. 80) -, estando, ademais, em grande destaque na embalagem do produto tratar-se de bebida 'sabor chocolate' (vide embalagem às fls. 526/528). (...) Enfim, não vislumbro propaganda enganosa ou outra conduta ilícita qualquer da ré que pudesse justificar a procedência da ação, porquanto, no rótulo do produto Alpino Fast a ré não promete pedaços do chocolate Alpino, nem a forma líquida do mesmo, mas, de maneira clara, adequada e suficiente, apenas o sabor do chocolate, o que está em perfeita consonância com as regras do Código de Defesa do Consumidor<sup>36</sup>.

Diante de tal sentença, o Ministério Público interpôs apelação, o que acarretou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permanecem aguardando julgamento.

A partir da apresentação das duas ações acima narradas (mandado de segurança impetrado pela Nestlé em face da Resolução RE 2.247/2010 da Anvisa e ação civil pública movida pelo MPERJ contra a Nestlé), percebe-se que, enquanto na primeira o ponto central da controvérsia era a (in) existência de interesse sanitário capaz de atrair a competência da Anvisa para

---

36 Sentença disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descr%E7%E3o&numMov=31&descMov=Senten%E7a>. Acesso em 7.1.2013.

regular a publicidade do produto em questão (*Alpino Fast*), tem-se, na segunda, discussão focada na in (ocorrência) de lesão a direitos dos consumidores (em razão de suposta disparidade entre o produto e a publicidade feita a seu respeito).

Todavia, a despeito das diferentes perspectivas adotadas nas demandas judiciais em questão (enfoque regulatório na ação manejada pela empresa contra a agência; enfoque consumerista adotado pelo MPERJ na demanda contra a empresa), percebe-se a semelhança entre os argumentos deduzidos pelo MP e aqueles apresentados pela Anvisa na própria resolução por ela editada, alvo da impetração da Nestlé.

De fato, a Resolução RE 2.247/2010, ao suspender a publicidade do produto *Alpino Fast*, indica como fundamento a circunstância de se estar induzindo o consumidor a crer que a bebida contém o chocolate *Alpino* em sua composição.

Trata-se, portanto, da mesma motivação utilizada pelo Ministério Público para pleitear não apenas a proibição da publicidade, mas também da comercialização do produto, além da condenação da empresa a indenizar os consumidores por danos materiais e morais.

À luz de tal constatação, propõe-se analisar a (i) legalidade da referida resolução, de modo a identificar os limites da competência da Anvisa para regular publicidade e aferir se houve, no caso concreto, respeito por parte do ente regulador a tais parâmetros.

#### **4 – ANÁLISE DA (I)LEGALIDADE DA RESOLUÇÃO E DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA DA ANVISA EM MATÉRIA PUBLICITÁRIA**

Pretende-se, à luz das considerações feitas, averiguar se a Anvisa agiu, no caso concreto descrito, dentro de sua competência legalmente estabelecida, no que concerne à regulação de matéria publicitária, e, por via de consequência, se a resolução por ela editada está ou não eivada de ilegalidade.

A partir de tal análise, busca-se investigar os limites da competência da agência atuando na esfera da defesa do consumidor, especificamente no que toca à publicidade de produtos e serviços.

De início, cumpre salientar que a produção normativa das agências guarda estreita relação com a noção de regulação técnica, por meio do qual se justifica a atuação desses entes a partir de um viés específico do conceito de discricionariedade, qual seja, o da discricionariedade técnica.

Isso porque a consecução de finalidades estabelecidas pelo Estado em determinados setores (tidos como de peculiar relevância para a sociedade, como é o caso da energia elétrica, das telecomunicações, da vigilância sanitária e de outros), demanda dos entes primacialmente responsáveis pela regulação das atividades desenvolvidas no âmbito de cada um desses mercados uma atuação consentânea com conceitos não estritamente jurídicos, mas também de natureza econômica.

Assim, ao produzir normas destinadas ao setor em relação ao qual recebeu competência legal, a agência exerce uma espécie de discricionariedade técnica, que deve culminar numa regulação igualmente técnica daquele mercado – sujeito, por sua vez, àquele comando normativo. É o que explica o Professor Flávio Roman:

No entanto, a indicação de determinadas finalidades a serem alcançadas pela Administração Pública, em especial

na regulação econômica, faz-se, necessariamente, com a remissão a conceitos mais aproximados da ciência econômica do que propriamente de conceitos tradicionalmente jurídicos. Daí a necessidade de se socorrer à técnica de outras ciências para a definição de um conceito legal e, nesse sentido, um conceito também jurídico. A partir dessa compreensão, embora a história da discricionariedade seja a de ampliação das formas de controle, recentemente se tem invocado a discricionariedade técnica em favor das agências reguladoras para lhes ampliar as prerrogativas. Argumenta-se, assim, a imperiosidade desses órgãos expedirem normas técnicas à regulação econômica. Exerceriam, pois, tais agências uma regulação técnica<sup>37</sup>.

Superadas, em grande medida, as controvérsias atinentes à natureza desses atos expedidos pelas agências, mostra-se de especial relevância inquirir acerca da pertinência de tais medidas, em confronto com as competências dos entes reguladores e o papel institucional que lhes cabe.

Em verdade, só há razão para se estimular o exercício dessa espécie de poder normativo por parte das agências reguladoras se, por meio dele, for confirmada a expectativa de que os setores regulados funcionem de modo mais eficiente e em harmonia com as finalidades institucional e estruturalmente almejadas.

Nesse sentido é a lição de Juliana Rezio ao analisar o “paradigma finalístico” do Estado hodierno e os mecanismos de concretização desse ideal:

O aprimoramento do exercício de funções reguladoras, pelo Estado Social de Direito, ganha importância na medida em que ele se afasta do papel de provedor para se tornar fiscalizador das atividades reguladas. Com isso, fez-se necessário intensificar a produção normativa do Executivo para que a Administração efetivasse o cumprimento dos objetivos traçados pelo ente estatal. (...) Sob esse enfoque, a pluralização das fontes normativas conjugada à descentralização do aparato estatal, pela criação de entes ou órgãos autônomos independentes, representam o grande paradigma finalístico do Estado moderno. Nesse contexto, a

---

37 ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia: o Problema da Discricionariedade Técnica*. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (coord.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Pp. 89-125. Pp. 91-92.

normatização setorial constitui eficaz instrumento regulatório diante dos mecanismos, até então, adotados pelo Estado<sup>38</sup>.

O exercício da regulação por meio da produção normativa das agências é, pois, uma ferramenta para o direcionamento da atividade econômica setorial, de modo a se atingirem os objetivos institucionais, os quais, por sua vez, devem ser pautados e definidos de modo a concretizarem direitos fundamentais:

Regulação é a reconfiguração conjuntural do ambiente regulado voltado à consecução de um modelo ideal de funcionamento do sistema dirigido por regras e princípios inscritos e espelhados nos direitos fundamentais. (...) Regulação, enfim, é *intenção de direcionamento conjuntural da atividade econômica pelo Estado*<sup>39</sup>.

Pois bem. Considerando tais valores caros ao Estado Regulador, bem como essa estreita sintonia que se almeja entre a regulação (e, para os fins da presente discussão, compreendida agora apenas pelo viés da produção normativa regulatória pelas agências) e os fins perseguidos (alinhados à efetivação de direitos fundamentais), passa-se ao exame da (i) legalidade da Resolução RE 2.247/2010, editada pela Anvisa.

Vale, para tanto, lembrar o teor do mencionado ato normativo, datado de 17 de maio de 2010:

Artigo 1º Determinar, como medida de interesse sanitário, a suspensão, em todo território nacional, de todas as propagandas que apresentem denominações, designações e vocábulos que possibilitem interpretação falsa, erro e confusão quanto à composição do alimento ALPINO FAST, de responsabilidade da empresa NESTLÉ BRASIL LTDA, ao induzir o consumidor a acreditar que o produto possua em sua composição o chocolate Alpino, especialmente aquelas veiculadas no site [www.nestle-fast.com.br](http://www.nestle-fast.com.br)<sup>40</sup>.

38 REZIO, Juliana. *O poder normativo do Executivo e a separação dos poderes*. In.: ARANHA, Márcio Lório. **Direito das Telecomunicações: Estrutura institucional regulatória e infraestrutura das telecomunicações no Brasil**. Brasília: JR Gráfica, 2005. Pp. 81-120. Pp. 100-101.

39 CONSELHO EDITORIAL. *Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório*. In.: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações. Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações**. v. 1, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. Pp. 1-76. Pp. 22-23.

40 Disponível em [http://www.portal.rn.gov.br/content/aplicacao/sesap\\_suvisa/arquivos/gerados/re\\_2247\\_2010.pdf](http://www.portal.rn.gov.br/content/aplicacao/sesap_suvisa/arquivos/gerados/re_2247_2010.pdf). Acesso em 17.9.2012.

Como mencionado anteriormente, a motivação apresentada pela Anvisa na resolução para fundamentar a suspensão da publicidade do produto é evitar que consumidores sejam levados a crer que a bebida possui o chocolate Alpino em sua composição.

Por sua vez, a Lei nº. 9.782/99 prevê as competências normativas da agência, dispostas nos arts. 7º e 8º, dentre as quais encontram-se as seguintes:

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

(...)

III - **estabelecer normas**, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

(...)

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

(...)

§4º **A Agência poderá regulamentar** outros produtos e serviços de interesse para o controle de riscos à saúde da população, alcançados pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

No que tange especificamente ao controle, fiscalização e acompanhamento de propaganda e publicidade, dispõe o inciso XXVI do mesmo art. 7º:

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;**

Para completar o quadro legal de regência das competências da Anvisa ora examinadas, merece nova transcrição também o art. 6º da Lei nº. 9.782/99, que delineia a finalidade institucional da agência:

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.

Do exame de tais dispositivos, é possível concluir ser a Anvisa, de fato, competente para normatizar (art. 7º, III; art. 8º, *caput* e § 4º) matéria atinente à propaganda e publicidade de produtos (art. 7º, XXVI), bem como para exercer o controle da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária (art. 6º), dentre os quais, por expressa previsão da mesma Lei nº. 9.782/99<sup>41</sup>, encontram-se os alimentos.

Todavia, tais competências são vinculadas pelas mesmas normas a um conteúdo específico, atrelado ao setor submetido pelo legislador à regulação da Anvisa. Assim:

- a competência geral para normatizar contida no art. 7º, III, é associada a medidas de vigilância sanitária [“(...) **estabelecer normas**, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de **vigilância sanitária**”];

- a competência específica para normatizar matéria publicitária prevista no art. 8º, *caput* e § 4º, é vinculada a produtos que envolvam algum tipo de risco à saúde pública, ou que constituam interesse para o controle de riscos à saúde da população [“(...) **regulamentar**, controlar e fiscalizar os produtos e serviços **que envolvam risco à saúde pública**”; “(...) **poderá regulamentar** outros produtos e serviços **de interesse para o controle de riscos à saúde da população**, alcançados pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária”];

- a competência para controlar a produção e a comercialização de produtos

---

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

§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;

(...).

submetidos à vigilância sanitária estabelecida no art. 6º é atrelada ao controle sanitário para proteção da saúde da população [“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 (...)”].

À luz dessas constatações, não se verifica nenhuma competência legal a amparar a medida adotada pela Anvisa (Resolução RE 2.247/2010) no sentido de suspender a publicidade do produto em questão, eis que os fundamentos adotados pela agência não traduzem preocupações aptas a ensejar a atuação regulatória restritiva de direitos como feito em concreto.

De fato, não foram apresentadas razões atinentes a interesse sanitário, proteção da saúde ou controle de riscos à saúde, pelo que se verifica que a controvérsia acerca do verdadeiro conteúdo da bebida e da veracidade das informações transmitidas aos consumidores não constitui matéria conferida por lei à atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Não se ignora (como, aliás, já foi mencionado) que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu uma Política Nacional das Relações de Consumo, por meio da qual todo o Estado (e, por conseguinte, também as agências reguladoras) encontra-se obrigado à defesa dos consumidores, a despeito de inexistir menção expressa acerca dos setores regulados.

A propósito, mostra-se de extremo valor a lição do supracitado relatório de pesquisa promovida pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD:

No momento da concepção do Código de Defesa do Consumidor (1990), o movimento em torno da reforma regulatória ainda era incipiente, visto que apenas a partir de 1995 tal reforma passou a tomar corpo através das privatizações. Não havia, naquele contexto histórico, a necessidade social para que se previsse no Código de Defesa do Consumidor regras mais abrangentes quanto à prestação de serviços públicos regulados. Ainda assim, e

dada a própria natureza do Código de Defesa do Consumidor, é possível identificar a maneira como suas matrizes principiológicas atingem as atividades reguladas<sup>42</sup>.

Tal estudo, aliás, analisou detidamente a relação entre a atuação das agências e a defesa dos consumidores, constatando, dentre outros aspectos, a íntima relação entre o princípio da supremacia do interesse público com a regulação e a proteção dos direitos do consumidor:

Os princípios do direito administrativo atingem diretamente as atividades regulatórias. Do princípio da supremacia do interesse público infere-se que há uma posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público, e de exprimi-lo nas relações com particulares. Nesse sentido, o objetivo de garantir o interesse público com fim primeiro da atividade da administração deve pautar todos os atos e decisões regulatórias, havendo assim uma íntima relação com o interesse pela proteção dos direitos do consumidor. Além disso, há que se ressaltar que a Constituição Federal (art. 5º, XXXII) prevê que cabe ao Estado promover a proteção do consumidor. Não existe previsão em igual sentido quanto à proteção de fornecedores<sup>43</sup>.

Ora, não se está a questionar a aplicabilidade do CDC aos setores regulados, nem a competência dos entes reguladores para exercerem regulação baseada nas disposições de tal diploma. O mesmo relatório reconhece haver movimentos dentro das próprias agências que defendem esse ponto de vista:

A influência principiológica do CDC na legislação setorial é notada em algumas disposições que revelam a vulnerabilidade do consumidor, como as que versam sobre razoabilidade de preço, qualidade, adequação e eficiência. No entanto, a legislação existente não têm barrado os questionamentos quanto à competência das agências em aplicar o Código de Defesa do Consumidor, havendo movimentos nesse sentido mesmo dentro das próprias agências<sup>44</sup>.

---

42 SODRÉ, Marcelo Gomes (coord.). **Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor – Sumário Executivo / Relatório de Pesquisa**. Série Pensando o Direito nº. 21/2010. São Paulo / Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2010. P. 17.

43 SODRÉ, Marcelo Gomes (coord.). **Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor – Sumário Executivo / Relatório de Pesquisa**. Série Pensando o Direito nº. 21/2010. São Paulo / Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2010. P. 17.

44 SODRÉ, Marcelo Gomes (coord.). **Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor – Sumário Executivo / Relatório de Pesquisa**. Série Pensando o Direito nº. 21/2010. São Paulo / Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2010. Pp. 18-19.

Contudo, verifica-se a necessidade de identificar claramente o espectro de atuação de cada órgão ou ente, em obediência aos parâmetros e às competências legalmente estabelecidos, de modo que, interpretando-se sistematicamente o ordenamento jurídico, seja a sua racionalidade preservada.

Desse modo, a atuação da Anvisa encontra-se estreitamente amarrada à concretização do direito fundamental à saúde, sendo este o mote finalístico do papel institucional desse ente público. Tal função revela perfeita sintonia com a previsão contida no art. 196 da Constituição, que prevê:

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

Nessa linha, leciona Sebastião Tojal:

Com efeito, a garantia do direito à saúde, expressamente referida no artigo 196 da Constituição, inscreve-se exata e precisamente no rol daquele conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos voltadas para a realização da nova ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça sociais. Lê-se, efetivamente, no artigo 196 da Constituição Federal que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando a construção da nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas<sup>45</sup>.

Percebe-se, pois, a necessidade de que os entes reguladores compreendam efetivamente seus espaços de atuação, bem como a relevância e urgência de suas ações, de modo a cumprirem suas missões institucionais e assegurarem, tanto a consumidores (cuja proteção, dentro de suas

---

45 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário*. In: ARANHA, Márcio Lório (org.). **Direito Sanitário e saúde pública**. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Pp. 22-38. Pp. 28-29.

esferas de regulação, é impositiva) como a empresas, o adequado e eficiente funcionamento dos setores que são de sua responsabilidade.

Acerca dessa demanda, especificamente no tocante ao direito à saúde, explica o Professor Clayton Maranhão:

O modelo neoliberal tende, por essência, à injustiça econômico-distributiva, uma vez que têm sido crescentes as falhas de mercado, como se percebe no cotidiano dos problemas que envolvem o meio ambiente, as relações de produção, de distribuição e de consumo. Paralelamente, o Estado tem sido tímido na regulação de alguns setores estratégicos da sociedade, com especial relevo para o setor de saúde, cujo intervencionismo é ainda insatisfatório, embora com alguns avanços na última década (...). Contudo, o Estado está remetendo ao mercado um setor de suma importância para a dignidade da pessoa humana, sendo que a lógica de mercado não é perfeita, por uma série de razões, do que derivam exclusões de acesso aos bens de consumo de interesse para a saúde humana<sup>46</sup>.

Depreende-se haver ampla margem para a atuação regulatória do Estado no que concerne, portanto, à efetivação do direito fundamental à saúde, seja pela averiguação – como pondera a Professora Sueli Dallari – do substrato ideológico da regulação, seja pela posição usualmente defendida de que seria, no mínimo, temerário permitir que o próprio mercado controlasse a saúde pública. Nesse sentido:

Desvendando-se o substrato ideológico da regulação (harmonia de interesses, racionalidade da organização social e necessidade de que exista um terceiro árbitro, seja ele o Estado ou o mercado) e aceitando que a saúde pública não pode ser adequadamente protegida pela mediação do mercado – conforme a experiência histórica demonstrou – deve-se identificar o direito sanitário com o direito regulatório. Entretanto, é indispensável que se tenha claro que essa adjetivação nada mais faz que denominar todo o direito do Estado contemporâneo. Assim, a regulação que caracteriza o direito no Brasil de hoje, pode ser encontrada, igualmente, no sistema de saúde brasileiro<sup>47</sup>.

---

46 MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde: arts. 83 e 84, CDC**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 7. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 216.

47 DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. In: ARANHA, Márcio Lório (org.). **Direito Sanitário e saúde pública**. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Pp. 39-61.

Assim, de modo a cumprir seu projeto finalístico e, concomitantemente, efetivar a proteção ao consumidor a que se vincula, poderia a Anvisa (raciocínio aplicável também a outras agências) ampliar a participação social nos processos de tomada de decisão e de produção normativa:

Para a viabilização da participação social, os órgãos reguladores devem trabalhar para que se satisfaçam os seguintes itens: (a) existência de canais institucionalizados e condições para a participação dos consumidores; (b) transparência de atos, procedimentos e processos decisórios; (c) acesso à informação e resultados das ações dos órgãos; e (d) divulgação do órgão e mecanismos de contatos para os consumidores<sup>48</sup>.

Outra medida passível de ser implementada e com perspectiva de maior eficiência na associação entre regulação setorial e defesa do consumidor é o estabelecimento de mecanismos de coordenação entre as agências e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, como propõe Marilena Lazzarini:

Nem os princípios básicos das agências, como a transparência e a participação, foram adequadamente definidos por uma lei específica, o que ocasionou uma grande diferença entre as formas de atuação desses órgãos. Na maioria dos casos, não houve esclarecimento público sobre o papel dos órgãos criados, o que aumenta a dificuldade para os cidadãos monitorarem o seu desempenho. As instituições de proteção e defesa do consumidor, governamentais e não governamentais, ficaram praticamente excluídas desse debate. Uma das consequências disso é a quase total ausência de mecanismos de coordenação entre as agências e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previsto pelo Código de Defesa do Consumidor (artigos 105 e 106), fato que agrava as dificuldades do consumidor brasileiro duas décadas depois<sup>49</sup>.

Tais aspectos podem se mostrar eficazes no desafio de imprimir nas agências a cultura da defesa do consumidor, estabelecida pelo legislador como dever do Estado, sem que, com isso, sejam ultrapassados os limites

---

P. 57.

48 SODRÉ, Marcelo Gomes (coord.). **Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor – Sumário Executivo / Relatório de Pesquisa**. Série Pensando o Direito nº. 21/2010. São Paulo / Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2010. P. 25.

49 LAZZARINI, Marilena. A voz dos consumidores nas agências reguladoras. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira; MONTAGNER, Paula (org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2006. Pp. 59-72. P. 64.

das competências atribuídas pelo mesmo legislador a tais entes, dentro de suas esferas de atuação.

## 5 – CONCLUSÃO

A partir da investigação acerca das competências da Anvisa quanto à regulação de matéria publicitária, confrontadas com o caso concreto escolhido (Resolução RE 2.247/2010, que suspendeu a publicidade do produto *Alpino Fast*), percebe-se ter havido extrapolação dos limites legalmente estabelecidos para a atuação da agência.

De fato, conquanto sejam as agências reguladoras competentes para regular publicidade de produtos, deve haver, no caso específico da Anvisa, interesse sanitário a ser protegido pela medida adotada, a justificar a atuação regulatória no sentido de restringir direitos de liberdade do anunciante.

Ademais, apesar de se reconhecer a relevância do efetivo envolvimento das agências na proteção do consumidor, bem como a imposição legal nesse sentido, constatou-se também a necessidade de se respeitarem as restrições igualmente previstas em lei para as medidas regulatórias adotadas.

Assim, quanto à Anvisa, é certo que lhe compete defender os consumidores, inclusive no tocante à publicidade e à propaganda de alimentos (que constituem, como visto, objeto de vigilância sanitária).

Todavia, essa defesa deve respeitar os parâmetros estabelecidos pela lei de regência do ente, quais sejam, existência de razões relativas a interesse sanitário, proteção da saúde ou controle de riscos à saúde, o que não ocorreu (ou, ao menos, não foi demonstrado) na hipótese analisada.

Apontaram-se ainda instrumentos capazes (se adotados pelas agências, em coordenação com os entes que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) de elevar a eficácia da proteção ao consumidor no âmbito das agências reguladoras, sem que estas, para tanto, se desviem de suas funções institucionais e do paradigma finalístico que marcou suas criações.

No que toca especificamente à Anvisa, apresenta-se a necessidade de se promover uma atuação regulatória capaz de contribuir com a efetivação do direito fundamental à saúde, cuja relegação à autotutela do mercado revela-se, no mínimo, arriscada.

Daí que tal finalidade deve convergir, e não concorrer, com a missão legal de defesa do consumidor, sendo esse o caminho traçado pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, a despeito de inexistir previsão específica, no bojo do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação de suas normas aos setores, produtos e serviços regulados, seu caráter principiológico e a expressa vinculação de todo o organismo estatal a tais comandos legitimam sua aplicação a tais contextos.

Todavia, mostra-se indispensável a correta delimitação e compreensão dos limites e das fronteiras existentes entre as searas regulatória e consumerista, de forma a se respeitarem as competências legalmente estabelecidas e a se alcançarem os objetivos institucionalmente firmados.

É exatamente essa a preocupação que manifesta o supracitado relatório da pesquisa do PNUD:

O Código de Defesa do Consumidor, por seu caráter aberto e principiológico, é plenamente aplicável aos setores regulados, embora tenha sido editado em contexto histórico pré-privatização. Não se ignora, todavia, a necessidade de reflexão acerca de eventual complementação do Código no que diz respeito a serviços públicos e a serviços de interesse público regulados, adensando-se as previsões referentes à proteção do consumidor, à interação das agências reguladoras com os órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e à aplicação da legislação consumerista nos setores regulados – especialmente de forma coletiva<sup>50</sup>.

---

50 SODRÉ, Marcelo Gomes (coord.). **Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor – Sumário Executivo / Relatório de Pesquisa**. Série Pensando o Direito nº. 21/2010. São Paulo / Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2010. P. 26.

É verdade que não se trata de tarefa simples, até pelas dificuldades verificadas, de modo pertinente, pela Professora Élvia Fadul:

A regulação tem, ainda, duas dificuldades principais: uma, é a *incerteza*, ou seja, a imprevisibilidade dos comportamentos dos componentes do sistema e dos resultados da utilização dos mecanismos de ajustamento; a outra, é a *delimitação dos campos da ação*, ou seja, a definição das fronteiras entre as estratégias de cada um dos componentes<sup>51</sup>.

Em síntese, percebe-se o desafio de equilibrar as incertezas peculiares à regulação (que lida com o dinamismo do mercado e o desequilíbrio de forças entre seus componentes, consumidores e fornecedores) e a definição dos limites das esferas de atuação dos entes (agências e órgãos de defesa dos consumidores propriamente ditos), de forma consentânea e eficaz, concretizando-se, ao fim e ao cabo, os objetivos traçados pelo Estado e almejados pela sociedade.

---

51 FADUL, Élvia M. Cacalcanti. **Agências reguladoras multisetoriais: desafios organizacionais e dinâmicas de poder**. Anais do VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 de outubro de 2002. P. 5.

## 6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. Vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Pp 119-148.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da Economia: Conceitos e Características Contemporâneas*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. Vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Pp. 413-467.

BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. In: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pp. 499-546.

BRUNA, Sérgio Varela. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

\_\_\_\_\_ ; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CONSELHO EDITORIAL. *Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório*. In.: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações. v. 1, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. Pp. 1-76.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. In: ARANHA, Márcio Iório (org.). **Direito Sanitário e saúde pública**. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Pp. 39-61.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1999.

FADUL, Élvia M. Cacalcanti. **Agências reguladoras multisetoriais: desafios organizacionais e dinâmicas de poder**. Anais do VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 de outubro de 2002.

FARENA, Duciran Van Marsen. A voz dos consumidores nas agências reguladoras. Ministério Público Federal. Procuradoria da República na Paraíba, 2009. Disponível em: [www.regulacao.gov.br/cursos/parceria-enap/2009/material-palestras/dia-09-07-a-voz-dos-consumidores-nas-agencias-reguladoras&ei=rbHQUL\\_sJJcm8ASIk4CQDw&usg=AFQjCNF2vZLc0ec40LC4JbdpCfBUIXdNJA&sig2=pUhqdc4\\_Nh95Z3Dk\\_UhMw&bvm=bv.1355534169,d.eWU](http://www.regulacao.gov.br/cursos/parceria-enap/2009/material-palestras/dia-09-07-a-voz-dos-consumidores-nas-agencias-reguladoras&ei=rbHQUL_sJJcm8ASIk4CQDw&usg=AFQjCNF2vZLc0ec40LC4JbdpCfBUIXdNJA&sig2=pUhqdc4_Nh95Z3Dk_UhMw&bvm=bv.1355534169,d.eWU) (acesso em 18.12.2012).

HAYEK, Friedrich. **The Road to Serfdom**. Chicago: University of Chicago Press, 1944.

LAZZARINI, Marilena. *A voz dos consumidores nas agências reguladoras*. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira; MONTAGNER, Paula (org.).

**Desafios da regulação no Brasil.** Brasília: ENAP, 2006. Pp. 59-72.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde: arts. 83 e 84, CDC.** Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 7. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.

MEDEIROS, Fábio Mauro. *As relações do Poder Público com o Código de Defesa do Consumidor.* In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (coord.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.** Belo Horizonte: Fórum, 2010. Pp. 73-87.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras.** São Paulo: Ed. Manole, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

REZIO, Juliana. *O poder normativo do Executivo e a separação dos poderes*. In.: ARANHA, Márcio Iório. **Direito das Telecomunicações: Estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil**. Brasília: JR Gráfica, 2005. Pp. 81-120.

ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia: o Problema da Discricionariedade Técnica*. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (coord.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Pp. 89-125.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_ (coord.). **Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor – Sumário Executivo / Relatório de Pesquisa**. Série Pensando o Direito nº. 21/2010. São Paulo / Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Administração Pública na era do direito global*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 157-168.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário*. In: ARANHA, Márcio Lório (org.). **Direito Sanitário e saúde pública**. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Pp. 22-38.

## NOTÍCIAS

**Para Nestlé, consumidores não entenderam Alpino Fast.** Notícia disponível em <http://exame.abril.com.br/marketing/noticias/nestle-explica-alpino-fast-559542>. Acesso em 3.1.2013.

**Anvisa determina suspensão de propagandas do Alpino Fast.** Notícia disponível em <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/05/anvisa-determina-suspensao-de-propagandas-do-alpino-fast.html>. Acesso em 3.1.2013.

**Nestlé vende bebida Alpino que não contém Alpino.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u733718.shtml>. Acesso em 3.1.2013.

**Nestlé obtém liminar para manter publicidade do Alpino Fast.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/759139-nestle-obtem-liminar-para-manter-publicidade-do-alpino-fast.shtml>. Acesso em 3.1.2013.

**Nestlé na mira da Anvisa.** Disponível em <http://noticiasdodireito.com/2010/06/page/6>. Acesso em 17.9.2012.