

# Destinatários da Regulação Sanitária da Publicidade

Marcos Juruena Villela Souto<sup>1</sup>

## Apresentação da problemática

A veiculação de mensagens publicitárias pelas empresas de radiodifusão tem sido objeto de intensas fiscalizações e autuações por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Com base na Resolução de Diretoria Colegiada nº 102, de 30.11.2000, “*Regulamento sobre propagandas, mensagens publicitárias e promocionais e outras práticas cujo objeto seja a divulgação, promoção ou comercialização de medicamentos de produção nacional ou importados, quaisquer que sejam as formas e meios de sua veiculação, incluindo as transmitidas no decorrer da programação normal das emissoras de rádio e televisão*”, a ANVISA tem imposto autos de infração sanitária, multas e requisitado gravações de conteúdos exibidos pelas emissoras de radiodifusão.

Surge, pois, a discussão sobre a legitimidade de a ANVISA exercer o controle sobre a publicidade comercial, diante do disposto no art. 220 § 4º da CF e no artigo 7º, da Lei nº 9.782/99, que atribuiu à ANVISA a competência para “*controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária*”.

Em resumo: além da exigência da observância do preenchimento de requisitos formais da atividade de veiculação de peças publicitárias, poderia a ANVISA exigir das emissoras de radiodifusão que ajam como órgãos de fiscalização de seus próprios clientes?

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Administrativo Regulatório no Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

## I O tema em sede constitucional

O advento do Estado Democrático de Direito trouxe, entre outras saudáveis conseqüências, a volta da liberdade de expressão e de comunicação e o fim da censura, conforme explicitado no Texto Constitucional:

*“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

[...]

*§ 3º Compete à lei federal:*

[...]

*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.*

*§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”*

Sobre a disciplina jurídica da publicidade, leciona CLÊMERTON MERLIN CLÈVE:<sup>2</sup>

*“O tema da propaganda comercial, como se sabe, mantém estreita conexão com os direitos fundamentais. A liberdade de expressão, o direito à informação, o regime da comunicação assim como as liberdades de iniciativa e concorrência, desenham o mapa de tutela constitucional da expressão publicitária. [...] Ora, a Constituição de 1988, marcada pelo espírito democratizador da época de sua elaboração, assegura como direitos fundamentais a liberdade de comunicação (art. 5º, incisos IV e IX) e o acesso à informação (art. 5º, inciso XIV). A livre iniciativa, por seu turno, foi erigida à condição de fundamento da República (art. 1º, inciso IV) e da Ordem Econômica Constitucional (art. 170, caput). Na Constituição brasileira, a liberdade de comunicação foi, ainda, mais reforçada. O Constituinte dedicou-lhe, além dos já citados dispositivos, um capítulo específico (‘Da Comunicação Social’ – arts. 220 a 224 da Constituição), no qual fundiu o princípio segundo o qual as atividades de divulgação de informações ‘não sofrerão qualquer restrição’ (art. 220, caput).”*

<sup>2</sup> CLÈVE, Clémerton Merlin. Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2005, nº 21, p. 146-147.

E ainda o autor,<sup>3</sup> comentando o tratamento desse tema no âmbito do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), em particular, pelo art. 37 e parágrafos:

*“A publicidade honesta, a publicidade despida de vícios e, por isso mesmo, não enganosa é indispensável para que o consumidor maduro, suficientemente informado, possa livremente decidir a propósito do que é de seu interesse. Não se trata, aqui, portanto, de proibição da propaganda, mas de definir os seus contornos, tudo para permitir a emergência de um consumidor capaz de operar, de forma consciente, uma escolha racional”.*

Buscando dar aplicabilidade ao comando constitucional, foi editada, ainda, a Lei nº 9.294/1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à publicidade de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. A Medida Provisória nº 1.912-9, de 26 de dezembro de 2000, inseriu no art. 3º da Lei nº 9.294, de 1996, um parágrafo, com a seguinte redação:

*“§ 6º A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para impedir a veiculação de propaganda enganosa de produtos e serviços submetidos ao seu controle, poderá exigir apresentação prévia de cópias das peças publicitárias referentes a esses produtos e serviços, conforme regulamento aprovado pela sua Diretoria Colegiada”* (os grifos não são do original).

Diante de tal comando, assim reagiu o ilustre constitucionalista CLÊMERTON MERLIN CLÈVE:<sup>4</sup>

*“Esta disposição, que deixou de constar do corpo da Lei nº 9.294, de 1996, a partir da edição da Medida Provisória nº 2.039-24, de 21 de dezembro de 2002, é manifestamente inconstitucional. Substancia censura prévia insuscetível de justificação na ordem jurídica brasileira. A inconstitucionalidade é tão evidente que sequer há necessidade de promover uma argumentação mais elaborada a respeito. De outra banda, as mudanças inseridas pela Medida Provisória nº 2.039, de 2000 e, depois, pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001, padecem de vício de inconstitucionalidade, [...]”* (os grifos não são do original).

Ora, se a **censura prévia** da peça publicitária já é reputada como inconstitucional, mais grave, ainda, é pretender que tal poder de polícia abusivo seja atribuído a uma empresa privada, que não é nem a fornecedora do bem ou serviço, nem a criadora da peça publicitária. A isso se voltará adiante.

<sup>3</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob cit, p. 148-149.

<sup>4</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, nº 21, p. 149-153.

Por ora, cabe também questionar a constitucionalidade da Lei nº 6.360/76, que dispõe sobre vigilância sanitária sobre a publicidade, que já estabelecia um mecanismo de consulta prévia:

*“Art. 58. 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.”*

É certo, pois, que a Lei Maior estabeleceu um **condicionamento** da regra geral de **liberdade de expressão** e de **comunicação apenas para os produtos excepcionados pela própria Lei Maior. Nunca, no entanto, a censura prévia**, incompatível com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da liberdade de expressão. Em outras palavras, se nem a autoridade administrativa, investida de poder de polícia, pode atuar no julgamento prévio de liberdade de expressão, não há fundamento para exigir que a emissora de radiodifusão assumira tal papel.

## 2 A tecnicidade no exame da peça publicitária

Para estes restritos produtos contemplados na Lei Maior, a idéia foi impor o fornecimento de elementos para a decisão de consumo, coibindo-se a **publicidade enganosa**.

Ao regulador encarregado de tal mister compete orientar sua intervenção com base em fundamentos **técnicos**, que sejam precedidos do indispensável **direito de participação** – em que regulados e destinatários da proteção sejam previamente ouvidos, inclusive na fase de conciliação – na instauração de algum contencioso regulatório (regulação judicante).<sup>5</sup>

Não basta, pois, invocar a **proteção da saúde** e o Código de Defesa do Consumidor, que, em seu art. 6º, I e III, traz como **princípios** norteadores, entre outros, a “informação” e a “segurança”. É preciso fundamentar **tecnicamente** a decisão de criar obrigações ou impor penalidades.

<sup>5</sup> Sobre a conciliação, como fase indispensável na regulação judicante, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 62-70.

Não é demais lembrar, por exemplo, que o conceito de “medicamento” é técnico, submetido à medicina, à biologia e à química, tanto quanto é técnico o conceito de “indução ao consumo”, submetido ao marketing, publicidade e psicologia. Enfim, exige-se uma formação e um exercício por profissionais que preencham requisitos estabelecidos em lei para o manejo de tais conceitos.

Logo, essa **tecnicidade e cientificidade** no julgamento também não podem ser exigidas das emissoras de televisão. A formação e notório saber dos julgadores para tal mister são atributos que justificam a criação de uma agência reguladora a isso vocacionada. A emissora atua orientada por critérios de eficiência econômica. E, mais, tal agência de regulação tem personalidade jurídica de **direito público**, exatamente para o desenvolvimento da **função de autoridade**, que, quando for o caso, pode ensejar **condicionamentos ao exercício da liberdade**.

Os destinatários de tal **decisão de autoridade**, em conseqüência de um prévio dever jurídico, são o **fornecedor** (anunciante) e, por via de conseqüência, a **agência de publicidade** que para ele produz a peça publicitária. A eles, **responsáveis pela produção da informação**, devem ser dirigidas as ações previstas nos dispositivos sobre publicidade, que legitimam a existência e a atuação fiscalizadora.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, acerca do tema, estabelece: “[...] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; [...] Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...] Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto. Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto. Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. § 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. [...] Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas

Ainda assim, não é demais lembrar que o objetivo do regulador é evitar a publicidade enganosa ou que induza o consumidor em erro. Não está legitimado a mais que isso nesse mister.

Não cabe, pois, à pessoa jurídica de direito privado, despida de **autoridade** e do dever de **tecnicidade**, interferência na atividade (fruto da liberdade de expressão).

### 3 O marco regulatório da vigilância sanitária

Para essa interferência **técnica** de **autoridade** se concebeu a criação de uma estrutura administrativa diferenciada. A agência reguladora tem personalidade autárquica (que lhe confere **autonomia** e **autoridade**), voltada para uma atuação específica para as ações de **vigilância sanitária**, tema esse que tem sede constitucional, conforme se vê do art. 196, CF:

*“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”* (os grifos não são do original).

O art. 200, CF, também trata da fiscalização dos produtos:

*“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:*

*[...]*

*VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano.”*

---

características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. [...] Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

A Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária,<sup>7</sup> com a finalidade de promover a defesa da saúde, exercendo o **controle sanitário**, por meio da edição de atos normativos, executivos e judicantes sobre **produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública**.

Nesse controle se insere a **fiscalização** sobre a **apresentação** de produtos – que envolve não apenas a publicidade (que é uma das formas de apresentação, ao lado dos rótulos e embalagens).

Da lei criadora da Agência se vê a seguinte competência:

*“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; (Vide Medida Provisória nº 2.190-34, de 23.8.2001)*

*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:***

*I – medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;*

*II – alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;” (os grifos não são do original).*

A Lei nº 6.437/77, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001, já tratava das infrações à legislação sanitária federal e estabelecia as sanções respectivas.

Tal norma prevê, em seu art. 3º, que o resultado da infração sanitária é **imputável a quem lhe deu causa ou para ela concorreu**, explicitando, em seu parágrafo primeiro, que se considera **causa a ação ou omissão sem a qual a infração não teria ocorrido**.

<sup>7</sup> Autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. A natureza de autarquia especial é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes. Art. 37, § 8º, CF: “A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal.”

Claro que não se pode dar a isso uma elasticidade infinita, sob pena de se chegar ao absurdo de atingir os que fabricam e vendem a televisão, bem como os produtores dos filmes e novelas patrocinados pelos produtos cuja publicidade é questionada.

Assim, o mesmo diploma legal, em seu artigo 10, prevê como infração sanitária **fazer propaganda de produtos sob vigilância sanitária**, alimentos e outros, contrariando a legislação sanitária.

O exame da pena imposta deixa claro que **o seu destinatário não é a emissora de radiodifusão**, mas, sim, o **anunciante**:

*“Pena – advertência, apreensão, inutilização e/ou interdição do **produto**; suspensão de venda e/ou de fabricação do **produto**, cancelamento do registro do **produto**; interdição parcial ou total do **estabelecimento**, cancelamento de autorização para funcionamento da **empresa**, cancelamento do alvará de licenciamento do **estabelecimento**, proibição de propaganda;”* (os grifos não são do original).

Sobre o objeto fiscalizado, o art. 31 do Decreto-lei nº 986/1969 não deixa dúvidas de que a fiscalização “se estenderá à publicidade e à propaganda de alimentos, qualquer que seja o veículo empregado para sua divulgação”.

Isso também deixa clara a irrelevância da mídia, que não é o **agente** – regulado – mas, quando muito, o **instrumento**. Numa simplória analogia com o direito penal, apenas para fins didáticos, a emissora seria a “arma” do crime e não o “criminoso” ou o “crime em si mesmo”. Esse raciocínio sobre responsabilidade (e sobre quem deve “responder”) se aplica perfeitamente ao caso em exame.

Vê-se, pois, que é patente a legitimidade da ANVISA para desenvolver tal controle.

Ocorre que não é isso que, aqui, se discute.

A questão em exame é, apenas, o destinatário de tal ação reguladora e de suas conseqüências.

Daí se demonstrar, com amparo no Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078/90, que o destinatário das normas de publicidade é o fornecedor anunciante e não o veículo. A leitura dos dispositivos abaixo, e as ações nele contempladas, também deixam evidente tal raciocínio.

Sobre o **conteúdo**, confira-se o art. 36:

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

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



Sobre o julgamento do conteúdo indevido ou insuficiente, leia-se o art. 37:

*“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*

*§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”*

Sobre a responsabilidade, veja-se o art. 38:

*“Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”*

Sobre as conseqüências do conteúdo, dispõem os arts. 60 e 67 a 69:

*“Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.*

*Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:*

*Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.*

*Parágrafo único. (Vetado).*

*Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:*

*Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa:*

*Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:*

*Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.”*

Bem definido, pois, o universo atingido pela regulação sanitária da publicidade.

## 4 A polícia administrativa e as prerrogativas de autoridade

Conforme vem se sustentando, a ANVISA tem legitimidade para, na regulação da vigilância sanitária, exercer ações também sobre a publicidade (sem impedir a liberdade de expressão, mas, apenas, condicionando-a a certos requisitos previstos na Lei Maior), mas não sobre os veículos de comunicação. Estes, de sua parte, estão submetidos a outro tipo de regulação e autoridade reguladora.

O parcialmente revogado Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) já previa, em diversos artigos, uma disciplina sobre a publicidade, valendo, no entanto, registrar que a Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 215 (Lei nº. 9.472/97), manteve alguns dispositivos em vigor:

*“Ficam revogados: I – a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.”*

Assim, pode-se afirmar que, no que tange à radiodifusão, a regulação da publicidade continua ser disciplinada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações.

Em razão disso, cabe apontar que a regulação e fiscalização serão exercidas pelo órgão do Ministério das Comunicações (hoje, a ANATEL), ficando claro que as autoridades são distintas, como estabelece a Lei nº 9.294/96 (com a redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000):

*“§ 3º Considera-se infrator, para os efeitos desta Lei, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que, de forma direta ou indireta, seja responsável pela divulgação da peça publicitária ou pelo respectivo veículo de comunicação.*

*§ 4º Compete à autoridade sanitária municipal aplicar as sanções previstas neste artigo, na forma do art. 12 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, ressalvada a competência exclusiva ou concorrente: [...]*

*III – do órgão do Ministério das Comunicações responsável pela fiscalização das emissoras de rádio e televisão; [...]*”

No mais, a Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e sobre outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, atribuiu à ANATEL a competência para a fiscalização dos serviços de radiodifusão, excluindo, apenas, a outorga<sup>8</sup> de tais serviços.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o Recurso Especial nº 690819/RS,<sup>9</sup> reconhece a Competência da ANATEL para fiscalizar as empresas concessionárias e permissionárias de radiodifusão:

*“ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO. ESPERA DE CINCO ANOS DA RÁDIO REQUERENTE. VIOLAÇÃO AOS*

<sup>8</sup> Art. 211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica. Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações.

<sup>9</sup> REsp 690819/RS; REsp 2004/0137420-7. Relator(a) Ministro José Delgado (1105). Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 22.2.2005. Data da publicação: 19.12.2005; fonte: DJ, p. 234.

**PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. VULNERAÇÃO AOS ARTIGOS 165, 458, I, II E 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SEARA DO PODER EXECUTIVO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELA ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 2º DA LEI 9612/9870 DA LEI 4.117/62 EM FACE DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DEMAIS ARTIGOS ELENCADOS PELAS RECORRENTES. DESPROVIMENTO.**

*1. Cuida-se de recursos especiais (fls. 559/589 e 630/644) interpostos, respectivamente, pela AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL e pela UNIÃO, ambos com fulcro na alínea ‘a’, sendo o da ANATEL baseado também na letra ‘c’ do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 526-v).”*

**“ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. FUNCIONAMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RAZOABILIDADE. APREENSÃO. POLÍCIA FEDERAL. INTERFERÊNCIA. 1.** O conteúdo da sentença apelada não implica em invasão da competência do Poder Executivo pelo Judiciário, posto não conceder autorização para o funcionamento, mas apenas impede que o funcionamento da Rádio Comunitária seja perturbada enquanto não for examinado o pedido de autorização. 2. O cidadão tem direito a receber um tratamento adequado por parte do Ministério das Comunicações, que deve responder as postulações feitas. Não o tendo feito no prazo da lei que rege os procedimentos administrativos, está a desrespeitar o devido processo legal e a razoabilidade. 3. Embora os fiscais da Agência Nacional de Telecomunicações não tenham poderes para, administrativamente, proceder à apreensão de bens e equipamentos no âmbito de sua competência, tendo em vista a suspensão da eficácia do art. 19, inc. XV, da Lei nº 9.472/97, pela medida cautelar concedida pelo Plenário do STF na ADIn nº 1.688, tal vedação não atinge os agentes da Polícia Federal, que têm o dever de apreender os instrumentos utilizados na prática de crimes. 4. No tocante às alegações de interferência dos equipamentos da rádio comunitária no espectro eletromagnético, compete à União Federal a respectiva fiscalização, procedendo às medidas necessárias para evitar interferência em outros sistemas de telecomunicações. 5. Apelações cíveis da ANATEL e remessa de ofício improvidas. **Apelação cível da União Federal parcialmente provida. 2.** Recursos especiais apreciados conjuntamente já que ambas as recorrentes requerem a anulação do acórdão por violação do artigo 535, II, (omissão), sendo que a União aduz, ainda, afronta aos artigos 165 e 458 e incisos por ausência de fundamentação e, no mérito, o provimento para determinar a reforma do acórdão. Não existe afronta aos artigos 165, 458, I, II, III e 535, II do Código de Processo Civil quando o decisório combatido resolve a lide enfrentando as questões relevantes ao deslinde da controvérsia. O fato de não emitir pronunciamento acerca de todos os dispositivos legais suscitados pelas partes não é motivo para decretar nula a decisão. 3. **Merece confirmação o acórdão que julga procedente pedido para que a União e a ANATEL se abstenham de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão, até que seja decidido o pleito administrativo da recorrida que, tendo cumprido as formalidades legais exigidas, espera já há cinco anos, sem que tenha obtido uma simples resposta da Administração.** 4. A Lei 9.784/99 foi

*promulgada justamente para introduzir no nosso ordenamento jurídico o instituto da Mora Administrativa como forma de reprimir o arbítrio administrativo, pois não obstante a discricionariedade que reveste o ato da autorização, não se pode conceber que o cidadão fique sujeito à uma espera abusiva que não deve ser tolerada e que está sujeita, sim, ao controle do Judiciário a quem incumbe a preservação dos direitos, posto que visa a efetiva observância da lei em cada caso concreto. 5. O Poder Concedente deve observar prazos razoáveis para instrução e conclusão dos processos de outorga de autorização para funcionamento, não podendo estes prolongar-se por tempo indeterminado', sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoabilidade. 6. Recursos parcialmente conhecidos e desprovidos."*

Vê-se, pois, que o órgão setorial teve sua competência reconhecida, afastando a incidência de outras autoridades.

## 5 A polícia da publicidade por pessoa jurídica de direito público

No ponto que vem sendo sustentado, vale respaldar a tese com os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,<sup>10</sup> acerca da delegação dos atos de polícia administrativa:

*"Os atos jurídicos expressivos de poder público, de autoridade pública, e, portanto, os de polícia administrativa, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses, muito específicas (caso, exempli gratia, dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados.*

*A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares fundase no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros."*

Também nessa linha, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>11</sup> destaca que, embora a liberdade de expressão e criação sejam direitos assegurados, o Poder Público tem competência para gerir a **fiscalização** sobre tais atividades:

*"A manifestação da inteligência humana é, também, absolutamente livre nas suas expressões intelectual, artística, científica e através dos meios de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, CF).*

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 735.

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 404.

*Não obstante inexistir a censura (art. 220, § 2º, CF), à União se reservou a atuação de polícia para regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, § 3º, I, CF), estabelecer os meios legais de defesa social contra o abuso bem como contra a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, II, CF), prestigiando a auto-regulação, a cargo das entidades sociais intermédias.”*

Por fim, impõe-se consolidar a orientação com o entendimento do Eg. STJ,<sup>12</sup> que, acolhendo a orientação já fixada pelo Eg. STF, concluiu que a polícia das profissões (e, por consequência, de atividades econômicas) não pode ser exercida por pessoas privadas:

*“1. O Supremo Tribunal Federal, na ADIn 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.649/98, que alteraram a natureza jurídica dos conselhos profissionais por ser indelegável a entidade privada atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício das atividades profissionais regulamentadas. [...]”*

Dada a lição supra, a ação estatal deve prestigiar ou se basear em algum comando de auto-regulação que promova prévia valoração sobre o tema.

## 6 A auto-regulação pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR)

Reconhecida a existência e a importância da auto-regulação, cabe examinar, ainda, a existência de outras normas ou decisões que possam fixar alguma responsabilidade ao veículo de comunicação, a despeito da orientação supratracada, de descabimento de atribuição de tal fiscalização, restrição ou censura a pessoas jurídicas de direito privado.

Como se sabe, no auge da crise do princípio da legalidade, impõe-se reconhecer o papel da auto-regulação como fonte produtora de norma jurídica, de valor igual ou, até mesmo, superior à lei (em face dos princípios da subsidiariedade e da legitimidade).

Nesse passo, registre-se que, antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária já tratava do tema, inclusive sobre a responsabilidade **primordial** do **anunciante** e da **agência**, assim dispendo em seu art. 45:

<sup>12</sup> Processo CC 70051/SP. Conflito de competência 2006/0206086-7. Relator(a) Ministra ELLANA CALMON (1114). Órgão Julgador: Primeira seção. Data do julgamento: 13.12.2006. Data da publicação 12.2.2007. Fonte DJ, p. 224. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – MANDADO DE SEGURANÇA – PENALIDADE IMPOSTA NO EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO DO CONSELHO AUTÁRQUICO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.”

*“Artigo 45. A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo:*

- a) o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;*
- b) a Agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste Código; [...]”*

O mesmo dispositivo trata da participação do veículo de comunicação no controle das peças publicitárias, **recomendendo** a adoção de medidas preventivas e **facultando** a recusa em situações específicas, que envolvam uma **flagrante** violação de princípios da auto-regulação definidas pelo CONAR.

Em outras palavras, em sede convencional, não é reputado lesivo à liberdade de iniciativa, mas, ao revés, dela decorre o direito do veículo aceitar, ou não, ser contratado, se houver fundados e flagrantes motivos para tanto:

*“c) este Código **recomenda** aos Veículos que, como medida **preventiva**, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios.*

***Poderá** o veículo:*

*c.1) **recusar** o anúncio, independentemente de decisão do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR, quando entender que o seu conteúdo fere, **flagrantemente, princípios** deste Código, devendo, nesta hipótese, comunicar sua decisão ao Conselho Superior do CONAR que, se for o caso, determinará a instauração de processo ético;*

*c.2) recusar anúncio que fira a sua **linha editorial**, jornalística ou de programação;*

*c.3) recusar anúncio **sem identificação do patrocinador**, salvo o caso de campanha que se enquadre no parágrafo único do artigo 9º (teaser);*

*c.4) recusar anúncio de **polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça;***

*d) o controle na recepção de anúncios, preconizado na letra ‘c’ deste artigo, deverá adotar **maiores precauções** em relação à **peça apresentada sem a intermediação de Agência**, que por ignorância ou má-fé do Anunciante, poderá transgredir princípios deste Código.”*

Registre-se, com base no mesmo dispositivo, que a responsabilidade do veículo só pode ser equiparada à do anunciante se a **recomendação do CONAR** lhe foi expressamente comunicada:

*“e) a responsabilidade do Veículo será equiparada à do Anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR.”*

Trata-se de uma decorrência natural do princípio da livre iniciativa, na sua vertente, autonomia da vontade ou autonomia contratual.

Se não houver comunicação prévia do CONAR, não se pode exigir um ato de polícia ou aplicar penalidade a um veículo que, em decorrência de sua autonomia, firma contratos para veicular informação decorrente da liberdade de expressão, pela qual respondem os seus produtores.

Reconhecido o valor da auto-regulação como fonte produtora de norma jurídica, inserida no ordenamento jurídico que tem na Constituição a sua fonte inspiradora, cabível o controle de constitucionalidade sobre seu conteúdo e aplicação – tal como ocorre sobre qualquer outra norma jurídica.

Destarte, será inconstitucional qualquer tipo de interpretação que busque nesses dispositivos de auto-regulamentação uma autorização de censura prévia.

Sequer no âmbito do CONAR pode se vislumbrar alguma disciplina ou recomendação que interfira no conteúdo das peças publicitárias. Ademais, não se pode imaginar que tais peças substituam informações que devem caber à embalagem e à bula dos produtos, quando se enquadrarem no conceito de medicamentos.

Se é certo que a publicidade é uma das formas de apresentação, não é menos exato que não é nem a única nem a ela se dirigem comandos que devem ser destinados aos rótulos, embalagens e bulas.

Do contrário, dar-se-ia, além de interferência no processo criativo, violação do princípio da razoabilidade, já que o tempo, tamanho e custo da publicidade nem sempre comportam todas as informações que devam acompanhar o produto anunciado – este, sim, entrará em contato direto com o consumidor.

O que busca o dispositivo do Código de Auto-Regulamentação é salvaguardar o veículo de comunicação em relação a situações extremas em que o ilícito seja evidentemente contrário ao ordenamento jurídico e aos valores acolhidos pela sociedade, bem como, em função do princípio da livre iniciativa, em defesa dos negócios da emissora.

## **7 Em síntese, veículos de comunicação não podem responder por publicidade abusiva ou enganosa**

Na linha do que vem sendo sustentando neste estudo, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma,<sup>13</sup> frustrou tentativa de cobrança de multa de veículos de comunicação pela publicação de anúncios relacionados à oferta de

<sup>13</sup> Processo: REsp 604172. UF: SP. Registro: 2003/0198665-8. REsp. Autuação: 29.10.2003. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: O Estado de São Paulo S.A. Relator(a): Min. Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Assunto: Civil – Contrato – Mútuo – Localização: Saída para Coordenadoria da Terceira Turma em 28.3.2007. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=83909](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=83909)>.

crédito ou empréstimo de dinheiro cuja taxa de juros seja superior à permitida pela lei, ou seja, 12% ao ano.

A medida judicial sustentou haver violação do dever de bem informar, o que representaria, no entender do autor, publicidade abusiva, por incentivar a prática de crime de usura, induzindo os consumidores crédulos a procurar os anunciantes para deles tomar dinheiro emprestado a juros acima do legalmente permitido.

Em todas as instâncias (juízo *a quo*, TJSP e, agora, no STJ), o entendimento foi no sentido de que a veracidade das informações publicitárias veiculadas é de responsabilidade de quem as patrocina, não havendo imposição legal ao veículo de verificação e comprovação da fidedignidade e correção ou não desses anúncios.

Daí por que o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, relator do acórdão, entendeu que **o veículo de comunicação não pode ser responsabilizado pelo conteúdo das publicações que não são de sua autoria**, cabendo ao fornecedor anunciante manter, em próprio poder, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem para a informação dos legítimos interessados.

## Conclusões

De tudo o que foi visto, pode-se concluir que, se ilícito houver numa peça publicitária veiculada por emissora de radiodifusão, constatado a partir de decisão tecnicamente motivada pela agência reguladora – e só após tal ato –, por ele respondem os agentes e não o instrumento por eles empregado.

Logo, do cotejo entre o art. 7º da Lei nº 9.792/99 e o princípio da reserva legal (art. 22, inciso nº XXIX), há legitimidade da ANVISA para exercer o controle sobre a publicidade. A polícia sanitária inclui a publicidade sobre os objetos regulados. O que não cabe é a extensão desse poder aos veículos de divulgação.

A atividade de “controle” da publicidade de produtos e serviços enumerados no art. 220, § 4º, da CF (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias), compreende o atendimento de requisitos legalmente exigidos para a apresentação dos produtos; como a publicidade é uma das formas de apresentação dos produtos, a ANVISA tem competência para tal verificação e imposição de sanção. O que não cabe, frise-se, é a extensão desse poder aos veículos de divulgação.

A questão não envolve delegação da competência legislativa da União, estabelecida em seu art. 22, XXIX, para a ANVISA, mas mera explicitação técnica, pelos reguladores, do atendimento dos comandos legalmente estabelecidos. A lei cria os direitos, obrigações, limites e condicionamentos. A agência reguladora explicita como se atende a tais pontos. Logo, a diretoria colegiada da ANVISA detém poderes para editar resoluções colegiadas sobre a matéria, observada a competência legislativa exclusiva da União. O poder normativo das agências reguladoras, observado o limite da lei, é admitido. Frise-se, sempre, que a ANVISA não produz a proibição, mas, apenas, define como ela se desenvolve. O condicionamento deve



ter sede legal, sendo certo que, em se tratando de produtos lícitos, não há que se falar em proibição, mas, quando muito, em advertência, nos casos reclamados pelo art. 220, § 4º, CF.

A carga regulatória deverá recair sobre o anunciante e/ou seu agente; o veículo não produz nem o bem nem a peça publicitária e não pode sobre ela exercer censura, que, mesmo se fosse admitida, seria ato de autoridade.

Embora as concessionárias de serviço público de radiodifusão sejam disciplinadas pelo Ministério das Comunicações (outorga) e pela ANATEL (uso do espectro), a ANVISA tem legitimidade para requisitar cópias de programação (conteúdo) e de intervalos comerciais, já que, em princípio, o pedido de informações por uma autoridade não é ilegal; afinal, como dito, o anunciante e sua agência estão sujeitos à regulação da ANVISA; portanto, como a censura prévia não é aceita, ela pode requisitar o objeto regulado (publicidade) junto ao veículo, após a exibição, para exercer sua atuação sobre o anunciante ou sobre a agência. No entanto, em face do disposto no artigo 71 da Lei nº 4.117/62, que obriga as emissoras a manterem toda a irradiação por elas feita gravada e arquivada pelo prazo de 24 horas, as empresas de radiodifusão não estão obrigadas a atender às requisições da ANVISA que tenham por objetos programações exibidas além deste prazo.

Enfim, na era do Estado Democrático de Direito, o fim da censura é característica da liberdade de expressão.

Embora haja legitimidade da ANVISA para controlar os abusos, em defesa da segurança do consumidor, tal legitimidade não pode ser atribuída ao veículo de comunicação, nem, menos ainda, se esperar que ele, sem qualquer delegação, a exerça, censurando anúncios produzidos pela agência de publicidade a pedido do fornecedor.

Até porque tal restrição à liberdade, quando admitida pelo ordenamento, só pode vir por pessoa dotada de autoridade, ou seja, pessoa jurídica de direito público, o que não é o caso da televisão.

## Referências

### Bibliográficas

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, nº 21, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

### Jurisprudenciais

Processo: CC 70051/SP. Conflito de Competência 2006/0206086-7. Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114). Órgão Julgador: Primeira Seção. Data do Julgamento: 13.12.2006. Data da publicação: 12.2.2007. Fonte: *DJ*.

REsp 690819/RS; REsp 2004/0137420-7. Relator(a) Ministro José Delgado (1105). Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 22.2.2005. Data da publicação 19.12.2005. Fonte: *DJ*, p. 234.

Processo: REsp 604172. UF: SP. Registro: 2003/0198665-8. Recurso Especial Autuação: 29.10.2003 – Relator(a): Min. Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=83909](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=83909)>.