

EXMA. SRa. DRa. JUÍZA DA DÉCIMA SEXTA VARA FEDERAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Ref.: processo nº 42882-45.2010.4.01.3400

RECEBIDA EM CARTA
14-Fev-2011 17:15:00Z-000

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DA ALIMENTAÇÃO – ABIA, já qualificada nos autos da ação epígrafada, por seus advogados ao final assinados, nos autos da ação ordinária movida em face da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, vem a V. Exa., nos termos do artigo 326 do Código de Processo Civil, apresentar **RÉPLICA** à contestação de fls. 662-676.

1. Em síntese, três são os argumentos principais que se extraem da contestação: A ré (i) pretende, preliminarmente, que os efeitos da sentença a ser proferida nestes autos sofram ampla limitação; (ii) sustenta que teria competência para expedir a RDC nº 24/2010, embora reconheça que a legislação não apresenta “densidade normativa” suficiente na matéria, o que justificaria, a seu ver, sua atuação; e (iii) tentará demonstrar a fundamentação científica das disposições da RDC nº 24/2010 com a menção a estudo produzido no Reino Unido. Os três pontos serão examinados, brevemente, na sequência. A ora suplicante aproveita para se manifestar também sobre petição juntada aos autos em nome do Instituto Alana e do IDEC requerendo ingresso nos autos na qualidade de *amici curiae*.

2. Já se pode adiantar que os argumentos trazidos pela ré aos autos não infirmam – antes confirmam – as razões apresentadas na petição inicial. Menos ainda infirmam eles as razões desenvolvidas por esse MM. Juízo ao conceder a liminar em favor da autora, bem como pelo eminente Des. Jirair Aram Meguerian, ao indeferir a antecipação de tutela recursal pretendida pela ré no Agravo de Instrumento nº 0067108-32.2010.4.01.0000¹ (doc. nº 1). Como destacado pelo eminente Desembargador, a

¹ Confira-se o trecho pertinente da r. decisão liminar publicada em 13 de janeiro de 2011 no AI nº 0067108-32.2010.4.01.0000, na qual o eminente relator do recurso indeferiu o efeito suspensivo pleiteado pela ré, então agravante: “(...) não poderia a autarquia agravante, por meio de Resolução, disciplinar a matéria de forma tão abrangente, impondo às empresas que produzem e

Resolução aqui impugnada não poderia disciplinar a matéria de modo não previsto em lei federal², como exige a Constituição³. Ademais, a própria União, por sua Advocacia-Geral, emitiu despacho em resposta a consulta formulada pelo CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária recomendando a suspensão da RDC nº 24/2010 até pronunciamento definitivo da AGU, tendo em vista a reserva de lei federal na matéria por ela regulada e a ausência de dispositivo legal que obrigue a veiculação das cláusulas de advertência por ela pretendidas (fls. 66-73).

1. Preliminarmente: alcance da tutela concedida

3. A ANVISA sustenta, sem razão, que os efeitos da tutela concedida à autora deveriam ser limitados às entidades já associadas à autora quando do ajuizamento da presente ação e com sede no Distrito Federal. Seu fundamento seria a nova redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85 e, em linha semelhante, o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97. É certo que as normas em questão pretenderam restringir os efeitos da coisa julgada ao território de competência do órgão prolator da decisão. Nada obstante, e independentemente da controvérsia doutrinária e jurisprudencial que continua a existir sobre o alcance e a validade da regra⁴, é igualmente certo que tal norma deve conviver com as previsões do Código de Defesa do Consumidor – aplicáveis a todo o sistema de

comercializam os produtos alimentícios alcançados pela norma em comento restrições não previstas em lei, conforme exige o texto constitucional.”.

² Cumpra-se destacar, também, que a RDC nº 24/2010 é objeto de dois projetos de decreto legislativo em trâmite na Câmara dos Deputados, os PDCs nº 2830/2010 e 2832/2010, que propõem, ambos, a sustação da Resolução, uma vez que é “inconstitucional e, de forma claríssima, exorbita do poder regulamentar conferido por lei federal àquela Agência”, usurpando “competência legislativa do Congresso, já que a matéria tratada na Resolução referida contém dispositivos próprios de lei, em sentido estrito.” (doc. nº 3).

³ Note-se, a propósito, que tal decisão segue a linha de outras decisões desse Eg. TRF (doc. nº 2) que consideraram liminarmente inválida outra resolução da ANVISA, a RDC nº 96/08, que também pretendia impor restrições à publicidade – no caso, de medicamentos – de forma não prevista ou não autorizada em lei. Tais decisões foram proferidas em ações ajuizadas pela ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (liminar deferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos do processo nº 2009.34.00.020011-5 e mantida pela Juíza Federal convocada Gilda Sigmaringa Seixas no AI nº 2009.01.00.039690-1/DF), pela ABRA – Associação Brasileira de Radiodifusores (liminar deferida pelo Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos do processo nº 2009.34.00.021301-9 e mantida pelo Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro no AI nº 2009.01.00.049609-9/DF), pela ABRAFARMA – Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias (liminar deferida pelo Juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos do processo nº 2009.34.00.023841-0) e pela ABIMIP – Associação Brasileira da Indústria de Medicamentos Isentos de Prescrição (liminar deferida pelo Juiz Federal convocado Carlos Augusto Pires Brandão no AI nº 2009.01.00.034566-9/DF).

⁴ Sobre o tema, v. Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, 2007, p. 144; Luciano Coelho Ávila, Da limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva em sede de ação civil pública – Uma abordagem crítica à luz do moderno direito processual coletivo e do projeto de lei 5.100/2005. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 861, jul.2007, p. 62-67; João Batista de Almeida, *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*, 2001, p. 164-171.

ações coletivas – que cuidam da eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em ações coletivas⁵.

4. Ora, nos termos da disciplina processual de que cuida o CDC, há hipóteses em que a decisão deverá ter abrangência nacional, inclusive por imperativo lógico. Nesse sentido, o art. 93 do CDC⁶ define o âmbito de competência territorial do órgão prolator e seu inciso II trata justamente dos danos de abrangência regional ou nacional, que demandam decisão uniforme para toda a área afetada. Nesses casos, prevê o CDC e entende a jurisprudência do Eg. STJ que a ação deverá ser proposta na Capital do Estado ou no Distrito Federal, valendo, nesse caso, em todo o território nacional⁷.

5. Essa é justamente a situação dos autos. O dano produzido pela RDC nº 24/2010 da ANVISA – que tem competência em todo o país e foro no Distrito Federal, note-se – é de abrangência nacional, sendo inviável suspender a sua aplicação apenas em relação a determinados substituídos da autora, sob pena de evidente ofensa aos princípios da isonomia e da legalidade, bem como ao dever de coerência. Sobre o ponto, vale reproduzir a conclusão do relator do AI nº 0067108-32.2010.4.01.0000, Des. Jirair Aram Megueriam, na r. decisão liminar que indeferiu a antecipação de tutela recursal pretendida pela ré, então agravante:

“Antes, porém, da análise de questão principal, ressalto não ser aplicável à hipótese em exame, ao contrário do que pretende, o disposto no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, que limita os efeitos de sentença prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa aos substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência

⁵ Luciano Coelho Ávila, Da limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva em sede de ação civil pública – Uma abordagem crítica à luz do moderno direito processual coletivo e do projeto de lei 5.100/2005, *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 861, jul.2007, p. 66: “Daí porque, na visão da melhor doutrina, a inovação legislativa do art. 16 da LACP apresentou-se totalmente inócua e despicienda, vista haja que não teve o condão de alcançar o sistema do Código de Defesa do Consumidor, limitando-se a alterar a Lei de Ação Civil Pública. Tudo porque, como já dito, o sistema da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor é unificado, um verdadeiro microsistema integrado de tutela jurisdicional coletiva por meio do qual ambos os diplomas legais interagem e se complementam, ensejando um todo harmônico (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC). Considerando que o sistema do Código de Defesa do Consumidor sobre coisa julgada é muito mais completo do que o estabelecido pela Lei de Ação Civil Pública, o primeiro não foi alterado pela Lei nº 9.494/97, além de alcançar inteiramente toda e qualquer defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, passando a reger a coisa julgada em todo os processos coletivos, não só aqueles atinentes à defesa do consumidor, como, de maneira integrada, aqueles atinentes à defesa de quaisquer outros interesses transindividuais”.

⁶ CDC: “Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

⁷ Confira-se, exemplificativamente, STJ, *DJe* 05.ago.2008, REsp 411.529/SP, Rel. Min. Nancy Andrigui e *DJe* 20.abr.2009, REsp 399.357/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigui.

territorial do respectivo órgão prolator. Isso porque, além de ~~isto~~ **impugnado possuir repercussão em todo o território nacional, vez que editado pela ANVISA, a ação objetivando a sua desconstituição foi ajuizada por associação de âmbito igualmente nacional, representando os interesses de associados que possuem sede nos mais variados entes da federação.**

Não bastasse isso, entendo que acolher a tese em exame seria reconhecer a necessidade de ajuizamento de ações, com o mesmo objeto e causa de pedir, nos diversos Juízos Federais existentes no País, de forma a permitir que cada Tribunal Regional Federal, que totalizam cinco, se pronuncie a respeito da matéria posta para debate, produzindo efeitos circunscritos, apenas, aos limites territoriais de suas competências." (negrito acrescido)

6. Nessa linha, descabida também a alegação de que os efeitos da tutela concedida deveriam se limitar às entidades associadas à autora à época do ajuizamento desta ação. Em demandas coletivas nas quais se discute direitos transindividuais de natureza indivisível não se há de falar em limitar os efeitos da sentença de procedência sequer aos associados da autora, já que fazem jus a usufruir da decisão todos aqueles que se encaixam na situação fática nela descrita. Menos ainda seria lícito ou razoável discriminar entre associados com a mesma situação substantiva com fundamento na data de sua associação. Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes do STJ:


*"3. Impossibilidade de restrição, na fase de execução, dos efeitos de sentença proferida em ação coletiva, ainda que o exequente tenha se filiado à associação de classe após o ajuizamento da ação de conhecimento."*⁸

*"A sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação gera efeitos perante todos aqueles que se encontrem em situação alcançada pelos fins institucionais, ainda que não sejam associados. (...) Negado provimento ao agravo."*⁹

7. Desse modo, deve ser mantida a tutela antecipada concedida à autora, reconhecendo-se seus efeitos, bem como os da r. sentença a ser proferida por

⁸ STJ, DJe 12.abr.2010, AgRg no REsp 1153359/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi.

⁹ STJ, DJ 03.ago.2004, AgRg no REsp 651.039/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Na mesma linha: STJ, DJe 19.set.2008, AgRg no MS 13.505/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: "(...) 3. A indivisibilidade do objeto da ação coletiva, muitas das vezes, importa na extensão dos efeitos favoráveis da decisão a pessoas não vinculadas diretamente à entidade classista, que na verdade, não é a titular do direito, mas tão-somente a substituta processual dos integrantes da categoria, a quem a lei conferiu legitimidade autônoma para a promoção da ação. 4. Irrelevante o fato de a totalidade da categoria ou grupo interessado e titular do direito material não ser filiado à entidade postulante, uma vez que os efeitos do julgado, em caso de acolhimento da pretensão, estendem-se a todos aqueles que se encontram ligados pelo mesmo vínculo jurídico, independentemente da sua vinculação com a entidade (Sindicato ou Associação). 5. A extensão subjetiva é consequência natural da transindividualidade e indivisibilidade do direito material tutelado na demanda; se o que se tutela são direitos pertencentes a toda uma coletividade, não há como estabelecer limites subjetivos ao âmbito de eficácia da decisão. (...)" (negrito acrescido)

esse MM. Juízo, sobre todos os associados da ABIA, em todo o território nacional. 

2. No mérito: invalidade da RDC nº 24/2010. A limitação do poder normativo da ANVISA.

8. Também no mérito as alegações da ANVISA não foram capazes de justificar a validade da Resolução questionada. A RDC nº 24/2010 ultrapassou em muito o que prevêem ou autorizam a lei e a Constituição, sobretudo tendo em conta que a ANVISA não detém competência normativa específica ou sequer houve delegação legislativa na matéria por ela pretensamente “regulada”. A ré reconhece essa circunstância mas pretende fundar sua atuação no fenômeno da “deslegalização”, que teria alargado o escopo da atividade normativa do Poder Executivo, permitindo a atuação inovadora por via regulamentar. *Data venia*, não tem razão a ré.

9. Ao contrário do que quer fazer crer a ré, não se pretende sustentar que os atos normativos expedidos pelo Executivo devam simplesmente reproduzir literalmente o que já consta da legislação: tal limitação excessiva, de fato, tornaria inútil a competência normativa eventualmente atribuída à Administração. A autora não ignora – ao contrário, reconheceu o ponto expressamente em sua inicial – que o paradigma da legalidade formal vem passando por ampla reformulação. É neste contexto, inclusive, que se tem admitido a delegação legislativa em determinadas hipóteses.

10. Ocorre, porém, que o princípio da legalidade ainda é um limite importante e necessário ao exercício do poder – sobretudo por parte de agentes administrativos desprovidos de legitimidade democrática, como é o caso das agências reguladoras – e continua a funcionar como uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art. 5º, II, da Constituição¹⁰, e como princípio específico que vincula a Administração Pública, na linha do *caput* do art. 37¹¹ da Carta. Do mesmo modo, a lei continua sendo a responsável principal pela criação e a preservação de um

¹⁰ CF/88: “Art. 5º. (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹¹ CF/88: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

ambiente de segurança jurídica¹², que haverá de incluir a estabilidade dos atos pretéritos e certa previsibilidade em relação ao futuro.

11. Assim, como já registrado, a delegação legislativa, ainda que possível, deverá ser obrigatoriamente acompanhada de diretrizes e parâmetros claros e obrigatórios (*standards*)¹³. Ou seja: a *delegação legislativa* descreve hipóteses nas quais o legislador fixa parâmetros e autoriza o Executivo a disciplinar de forma mais detalhada determinado tema. Nesse detalhamento é até possível haver espaço para alguma “inovação”, como a ré reivindica em sua contestação. Ainda assim, o ato expedido com fundamento na delegação legislativa será inferior à lei e a ela vinculado.

12. Vale dizer: em termos de produção normativa, entre a agência reguladora poder fazer *alguma coisa* e poder fazer *tudo o que quiser* há uma enorme distância. E, seja como for, só poderá fazer o que quer que seja caso haja delegação com parâmetros. As boas intenções das autoridades públicas, por louváveis que sejam, não lhes conferem, por isso, competências normativas. Pois bem: no caso, a ANVISA não detém competência normativa específica e sequer houve delegação legislativa na matéria por ela pretensamente “regulada”. Observe-se, ademais, que a realização de audiências e consultas públicas – prática altamente recomendável no exercício das competências normativas que a lei efetivamente atribui às agências – não cria competências que não foram atribuídas pela lei aos órgãos ou entidades da Administração.

13. Repita-se o que já foi exposto na peça inicial. A Lei nº 9.782/99, que criou a ANVISA, não lhe conferiu qualquer competência normativa autônoma em matéria de publicidade de alimentos e bebidas não-alcoólicas. O art. 8º da Lei nº 9.782/99 afirma que lhe incumbe: “*respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública*”. A expressão *regulamentar* descreve, por natural, hipótese de poder regulamentar e se refere aos produtos, dentre os quais alimentos e bebidas (art. 8º, II). Ao tratar especificamente da publicidade, o art. 7º, XXVI, da mesma Lei nº 9.782/99, confere à ANVISA competência – de natureza apenas administrativa, e não normativa – para

¹² Luis Roberto Barroso, A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo, *Temas de Direito Constitucional*, t. I, 2002, p. 50.

¹³ Veja-se que a Carta de 1988 proibiu delegações incondicionadas mesmo na hipótese de lei delegada, disciplinada por seu art. 68, *verbis*: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...) § 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. (...)”.

controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, propaganda e publicidade. Sequer se emprega o termo *regulamentar*¹⁴. Como não poderia deixar de ser, ambos os dispositivos subordinam a atividade da ANVISA à legislação pertinente. Também os art. 7º, III¹⁵ e 15, III¹⁶, da Lei nº 9.782/99, que conferem atribuição normativa genérica à ANVISA, não veiculam qualquer forma de delegação legislativa à ANVISA para a disciplina da publicidade de alimentos e bebidas não-alcoólicas – e a delegação não haverá de ser presumida, intuída ou inventada – e, de todo modo, sequer sombra de parâmetro se vislumbra na hipótese.

14. Da mesma forma, como bem destacou o eminente relator do AI nº 0067108-32.2010.4.01.0000, Des. Jirair Aram Meguerian, na decisão em que negou a antecipação de tutela recursal pleiteada pela ré, não se encontra no Decreto-Lei nº 968/1969 qualquer espécie de delegação, seja explícita ou implícita¹⁷, para a ANVISA regulamentar propaganda de alimentos e bebidas não-alcoólicas¹⁸. Com efeito, o diploma em questão estabelece as diretrizes básicas sobre a fabricação e comércio de alimentos, tais como, *e.g.*, a obrigatoriedade do registro dos alimentos no órgão competente do Ministério da Saúde (art. 3º), os elementos essenciais que deverão estar presentes no rótulo dos alimentos (arts. 11 e 12) e a regulamentação dos estabelecimentos industriais e comerciais que fabriquem, armazenem ou vendam alimentos (art. 45), dentre outros fatores que interferem na relação entre produtor e consumidor. Nada obstante, em momento algum o Decreto-Lei autorizou a Agência a restringir a publicidade, promoção e divulgação de alimentos ou bebidas não-alcoólicas da forma pretendida na RDC nº 24/2010.

15. A ré faz vaga menção, ainda, a dispositivos da Constituição Federal e da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) que conferem ao Sistema Único de Saúde

¹⁴ Lei nº 9.782/99: "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;"

¹⁵ Lei nº 9.782/99: "Art. 7º (...) III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;"

¹⁶ Lei nº 9.782/99: "Art. 15. Compete à Diretoria Colegiada: (...) III - editar normas sobre matérias de competência da Agência;"

¹⁷ A delegação implícita corresponderia à transferência indireta de poderes normativos pela utilização de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, cujo sentido acaba tendo de ser definido pelos agentes públicos quando da aplicação da norma.

¹⁸ Confira-se trecho da r. decisão liminar no AI nº 0067108-32.2010.4.01.0000: "Por fim, devo ressaltar que o Decreto-Lei nº 986/69 apenas institui normas básicas sobre alimentos, não disciplinando, como alegado pela agravante, a propaganda e publicidade de tais produtos. O inciso XIV do art. 2º daquela norma legal apenas define o que se entende, para sua correta aplicação, pela palavra propaganda, nada mais dispondo a seu respeito."

(SUS) competência para controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde. Não há, no entanto, qualquer esforço argumentativo para demonstrar de que maneira tais competências genéricas do SUS se converteriam em competência normativa específica à ANVISA para restringir a publicidade de alimentos e bebidas não-alcoólicas. Em suma: é patente a invalidade da RDC nº 24/2010 da ANVISA. Mas não é só: ainda que tivesse havido delegação legítima na hipótese, o fato é que os dispositivos da Resolução extrapolam os limites da Constituição sobre a matéria, tal como reconheceu a r. decisão desse MM. Juízo que concedeu a tutela antecipada à autora.

16. Na maior parte de sua contestação, a ANVISA tenta justificar a edição da Resolução com base em estatísticas sobre o poder de persuasão da propaganda, seus potenciais efeitos sobre o público infantil e o aumento da obesidade no Brasil. Nada disso, todavia, altera o fato de que o conjunto de regras da RDC nº 24/2010 extrapola em muito o que dispõe e autoriza a Constituição Federal acerca da publicidade de alimentos e bebidas não-alcoólicas no Brasil.

17. Como já demonstrado na inicial, a Constituição, nos §§ 3º e 4º do art. 220, ao mesmo tempo em que prevê o direito à publicidade comercial, dispõe sobre a possibilidade de lei federal¹⁹ impor restrições a seu exercício. Duas são as previsões constitucionais nesse particular: (i) a possibilidade de submeter a propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e medicamentos a **restrições legais** e advertências sobre os malefícios que seu uso pode gerar à saúde; e (ii) o estabelecimento de **meios legais** que permitam aos cidadãos se defenderem de propagandas de produtos e serviços que, dependendo das circunstâncias em que consumidos ou utilizados, podem excepcionalmente causar danos à saúde. Portanto, a Constituição prevê, genericamente, que caberá à **lei federal** estabelecer meios para que a pessoa e a família possam se defender da propaganda, **sem admitir a possibilidade de cláusulas de advertência**. O constituinte não autorizou que o *legislador* – tão menos a agência reguladora – esvazie o direito à liberdade de expressão de agentes econômicos que desenvolvem atividades lícitas, autorizadas e reguladas pelo Estado.

18. A própria ré admite que “*apenas a previsão em lei pode limitar o livre exercício da atividade econômica*” (fl. 674). No entanto, quando passa a enumerar as leis que supostamente estabeleceriam “*condicionantes claros e precisos*” (fl. 674) à

¹⁹ A matéria constitui competência legislativa privativa da União, conforme disposição do art. 22, XXIX, da Constituição Federal.

atividade econômica exercida pelos associados da autora, a ANVISA cita dois textos legais: (i) novamente, a Lei nº 9.782/99, que, conforme já demonstrado, não lhe conferiu qualquer competência normativa autônoma; e (ii) a Lei nº 5.991/93, que trata exclusivamente do “controle sanitário do comércio de **drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos**” (art. 1º) e não faz uma menção sequer à publicidade ou propaganda de tais produtos, tão menos à de alimentos e bebidas não-alcólicas – produtos sequer abrangidos pela referida lei. Mais uma vez, a ré limitou-se a citar dispositivos legais não relacionados com a matéria ora discutida, que de nenhuma maneira autorizam a Agência a restringir a publicidade, promoção e divulgação de alimentos ou bebidas não-alcólicas da forma pretendida na RDC nº 24/2010.

19. Em resumo: o teor dos dispositivos da RDC nº 24/2010 restringem direitos fundamentais dos associados da autora, relativos à sua liberdade de veicular publicidade de alimentos e bebidas não alcoólicas de forma não prevista ou autorizada pela Constituição e, como já visto, pela legislação em vigor. Viola-se, a um só tempo o art. 220, § 3º, II e os princípios da legalidade, da separação dos Poderes e das liberdades de expressão e de iniciativa.

3. Ainda no mérito, apenas por eventualidade: a irrazoabilidade das restrições impostas pela RDC nº 24/2010

20. Por fim, em sua terceira linha de argumentação a ré pretende sustentar a razoabilidade, do ponto de vista científico, do conteúdo da RDC nº 24/2010. Note-se que o ponto é examinado apenas por eventualidade, uma vez que a ré não tem competência para editar norma sobre a matéria, independentemente de seu conteúdo. A verdade, porém, é que os critérios da Resolução são claramente irrazoáveis. Um exemplo ilustra o ponto desde logo. A própria ré identifica em sua defesa que os produtos considerados *vilões* seriam *fast food*, guloseimas e sorvetes, refrigerantes e sucos artificiais, salgadinhos de pacote e biscoitos e bolos. Nada obstante, uma vez aplicada a RDC nº 24/2010, produtos totalmente diversos, como pães integrais, biscoitos “água e sal” e *cream cracker*, estariam obrigados a advertir, na sua promoção comercial, sobre os supostos riscos de doenças cardíacas, diabetes e/ou pressão alta que seu consumo traria (!) – já que contém gorduras e sódio em quantidades consideradas elevadas pela Resolução. Examine-se a questão de forma um pouco mais detalhada.

21. A ré alega, quanto a este ponto: (i) que os critérios da RDC nº

24/2010 e a identificação de alimentos com “composição nutricional inadequada” basearam-se em parâmetros adotados pela *Food Standard Agency* (FSA) do Reino Unido; (ii) que a escolha do parâmetro invariável de 100 g /ml para a verificação das quantidades de açúcar, gordura saturada, gordura trans ou sódio teve como referencial a Portaria SVS nº 27/98 (Regulamento Técnico sobre Informação Nutricional Complementar), vigente no Brasil, bem como o critério da FSA identificado como *Traffic lights* (Semáforo Nutricional); e (iii) que diversos artigos científicos indicam que a publicidade televisiva de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, gorduras e sal influencia as preferências alimentares infantis e os pedidos de compras e padrões de consumo de seus pais, bem como está associada à obesidade infantil. É preciso, porém, contextualizar as informações citadas pela ANVISA.

22. *Em primeiro lugar*, a FSA, agência de *autorregulação* do Reino Unido, desenvolveu dois trabalhos distintos no que toca a critérios nutricionais. O primeiro deles, conhecido como *Traffic Lights* (Semáforo Nutricional), e invocado pela ANVISA, é uma iniciativa *voluntária* para o uso de sinais vermelho, amarelo ou verde nos *rótulos* dos alimentos, conforme o alimento seja classificado com alta, média e baixa quantidade de gorduras, açúcar e sal²⁰. Em outro trabalho, conhecido como *Modelo de Perfil de Nutrientes* – considerado mais completo e adequado –, a mesma FSA classifica os alimentos com base em seu perfil de nutrientes (doc. nº 4)²¹, isto é: consideram-se, com base em um sistema de pontos, as quantidades das substâncias no alimento e sua contribuição com, *e.g.*, fibras e proteínas, as quantidades recomendadas de nutrientes, a forma como os nutrientes estão presentes em determinados alimentos, a frequência de consumo, as interações entre os componentes dos alimentos e a biodisponibilidade. O tema, como se vê, está longe de ser simples.

23. É interessante observar que a aplicação dos critérios do *Modelo de Perfil de Nutrientes* e a aplicação dos critérios da RDC nº 24/2010 produzem resultados bastante diversos. Como se vê da tabela em anexo (doc. nº 5), considerados 10 produtos de 5 categorias de alimentos – cereal matinal, pão, granola, bebida láctea fermentada e torrada –, 7 seriam considerados “alimento com quantidade elevada de sódio”, 2 como “alimento com quantidade elevada de açúcar” e 1 como “alimento com quantidade elevada de sódio e açúcar” pela RDC nº 24/2010. Nenhum deles, porém, seria sequer

²⁰ Aqueles com altas quantidades são chamados de *HFSS products* (*High fat, sugar or salt*).
Fonte: *Traffic Lights – Technical Guidance, Issue 2/ November 2007* – <http://eatwell.gov.uk/foodlabels/traffilight/>.

²¹ Fonte: www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/nutrientprofilingfullreport.pdf

classificado como “menos saudável” (*less healthy*) segundo o *Modelo de Perfil de Nutrientes* desenvolvido pela FSA.

24. **Em segundo lugar**, no que toca ao parâmetro invariável de 100 g/ml, veja-se que a Portaria SVS n° 72/98, que regula as informações nutricionais *complementares*, encontra-se em discussão no âmbito do Mercosul (doc. n° 6²²), notadamente para harmonização em relação ao critério da *porção de consumo*, estabelecido pela regulamentação da própria ANVISA sobre Rotulagem Nutricional Obrigatória (RDC’s n°s 359/03 e 360/03), como registrado na inicial²³. De toda forma, a própria ANVISA reconhece que “*existem várias formas de estabelecer os valores ou pontos de corte para definir o que são alimentos com baixa, média ou elevada quantidade de um nutriente*” (fl. 672).

25. Na realidade, nada há na argumentação da ré que demonstre que o método adotado na RDC n° 24/2010 é o mais adequado às complexidades de uma relação multifatorial como a potencialmente existente entre a ingestão de alimentos e o desenvolvimento de doenças. Muito ao revés: a Agência admite que o parâmetro adotado “*exigiu que uma lista de exceções fosse desenvolvida, a fim de evitar que alimentos importantes dentro de uma alimentação saudável e que naturalmente contém quantidades elevadas de algum dos nutrientes selecionados não fossem penalizados*” (fls. 672), o que teria sido atendido pelos §§ 1° e 2° do art. 3° da Resolução. Como se viu na inicial, porém, tal não foi suficiente para evitar distorções graves, já que a ré acaba por “vilanizar” igualmente alimentos absolutamente díspares do ponto de vista nutricional como pães, cereais, torradas, balas e biscoitos doces recheados.

26. **Em terceiro lugar**, é bem de ver que as justificativas e documentos apresentados pelas ANVISA acerca de possíveis relações entre a publicidade televisiva e os hábitos alimentares e aumento de obesidade e outras doenças em crianças não se prestam a validar o teor das disposições da RDC n° 24/2010. Com efeito, além de tais relações envolverem muitos outros fatores, a RDC n° 24/2010 não foi editada tendo como destinatário exclusiva ou especialmente o público infantil. Aliás, as frases de advertência impostas pela Resolução sequer são inteligíveis – ou, ao menos, não serão compreendidas

²² O projeto de nova regulamentação (Agregado III da Ata Comissão de Alimentos 04/10), finalizado na reunião Mercosul realizada entre os dias 22/11/2010 e 26/11/2010, no Rio de Janeiro, prevê que a Informação Nutricional Complementar deve ser apresentada de acordo com a *porção* do alimento, tal como para fins de rotulagem nutricional (doc. n° 7).

²³ Com efeito, nos termos do art. 2.1 da RDC n° 359/03 *porção* é a “*quantidade média do alimento que deveria ser consumida por pessoas saudáveis, maiores de 36 meses de idade em cada ocasião de consumo, com a finalidade de promover uma alimentação saudável*”.

com facilidade – pelo público infantil. Nessa linha, o quanto efetivamente as cláusulas de alerta irão contribuir para a redução do consumo dos alimentos pretendidos pela ANVISA?

27. Como já demonstrado na inicial, há outros meios muito mais eficientes e adequados para se alcançar o resultado pretendido pela ré, como a implementação de políticas públicas de saúde, baseadas na informação e esclarecimento da população quanto à necessidade de reeducação alimentar de um modo geral e quanto à importância da adoção de um estilo de vida ativo e regrado no combate à obesidade, diabetes, doenças cardíacas e outros. A propósito, desde 2007, a ABIA mantém com o Ministério da Saúde um “Acordo de Cooperação Técnica”, com o objetivo de atuarem em conjunto para o fomento da alimentação saudável, equilibrada e nutricionalmente adequada (doc. nº 8). Dentre as medidas previstas pelo acordo estão a definição e a adoção de estratégias para reduzir gradativamente os teores de sal/sódio, açúcar e gordura trans e saturada dos alimentos processados. Nessa linha, estudo realizado recentemente pela ABIA mostrou que 94,6% das empresas associadas à autora, em média, alcançaram as metas estabelecidas, em 2008, em acordo entre a ABIA e o Ministério da Saúde para redução do índice de gordura trans dos alimentos, o que resultou em estimadas 230 mil toneladas a menos do ingrediente nas prateleiras em 2009, em relação a 2008 (doc. nº 9).

28. Em suma: os dispositivos da RDC nº 24/2010 não se ocupam de regulamentar o que dispõe a lei, no sentido de facilitar ou detalhar sua execução. Ao revés, criam restrições à liberdade de veicular publicidade de alimentos e bebidas não alcoólicas, impondo aos associados da autora o dever de fazerem contrapropaganda de seus produtos. Ao fazê-lo, incorrem em ao menos um – no caso de alguns dispositivos, em ambos – dos seguintes vícios: (i) violação aos princípios da legalidade, da separação de poderes e das liberdades de expressão e de iniciativa; (ii) violação ao próprio art. 220, § 3º, II da Constituição e, em última análise, aos princípios da liberdade de expressão e de iniciativa; e (iii) violação ao princípio da razoabilidade. A contestação da ré não logrou afastar essas conclusões.

4. Inadmissibilidade de “amici curiae” no presente caso

29. Por fim, cumpre fazer um último registro. O Instituto Alana e o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor apresentaram petição requerendo

ingresso nos autos na qualidade de *amici curiae*. Argumentam, para tanto, que o “grande interesse público” da matéria jurídica justificaria a “pluralização do debate” (fls. 210-215). Todavia, a pretensão é absolutamente descabida.

30. A possibilidade de admissão de *amicus curiae* encontra previsão no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99²⁴, que trata de forma específica do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diante da especificidade dessas ações, não há qualquer razão para ampliar a possibilidade prevista de forma específica na legislação para ações típicas da jurisdição ordinária. Nessa linha, os Tribunais Regionais Federais têm se manifestado no sentido de que a figura do *amicus curiae* só pode ser admitida em sede de controle *abstrato* de constitucionalidade – e, ainda assim, com participação restrita à apresentação de memoriais, juntada de documentos e sustentação oral²⁵.

31. Com efeito, a admissão de *amicus curiae* em processos subjetivos, de cunho concreto e jurisdição ordinária, somente seria possível acaso houvesse previsão legal específica nesse sentido. E não é difícil perceber porque não foi essa a opção do

²⁴ Lei nº 9.868/1999: “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

²⁵ TRF-2, 5ª Turma Especializada, DJU 18.nov.2009, AC 2003.51.01.023477-8, Rel. Juiz Federal Convocado Luiz Paulo Silva Araújo Filho: “De início, rejeito o pedido de intervenção da Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos – ADVOCACI, na qualidade de *amicus curiae*. Com efeito, embora sejam nobres os propósitos da citada ONG e seus fins institucionais tenham relação com a matéria discutida nos presentes autos, a intervenção no direito brasileiro somente ocorre na forma prevista no CPC, nas hipóteses em que se demonstra interesse jurídico na demanda, ou na forma da legislação extraordinária, dentre os quais se destaca a intervenção do *amicus curiae*, tal como previsto na Lei nº 9.868, de 10/11/1999. **Ocorre que a referida norma aplica-se apenas aos processos de controle abstrato de constitucionalidade, não sendo possível estender-se a sua aplicação aos processos de jurisdição ordinária.** Nesse sentido: ‘(...) PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO “AMICUS CURIAE”: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do “*amicus curiae*”, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do “*amicus curiae*”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - **A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando do desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. (...)’ (STF, DJ 10-06-2005, ADI 2321 MC, Relator Min. Celso de Mello)”. (trecho do voto do relator – negrito acrescentado). No mesmo sentido, TRF-1, 7ª Turma, j. 28.set.2010, ApReeNec 1999.01.00.002068-8/DF, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral.**

legislador. *Em primeiro lugar*, por sua própria natureza, os processos subjetivos ensejam amplo desenvolvimento do contraditório, em todas as suas fases, e permitem o aprofundamento das teses e das discussões, diversamente do que se passa, em muitos casos, nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. *Em segundo lugar*, a admissão de *amicus curiae* em processos subjetivos acabaria inviabilizando a jurisdição ordinária, com o ingresso de dezenas de *amici curiae*, em detrimento da garantia constitucional à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). Ademais, tal intervenção tornaria o processo individualmente mais custoso²⁶. Esses aspectos da questão foram observados na seguinte decisão do TRF-2ª Região:

“QUESTÃO DE ORDEM. (...) PEDIDO DE INGRESSO DA ANDEF NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE. IMPOSSIBILIDADE. (...) II – Nos processos em que se discutem questões com relevância fática a respeito de pretensões resistidas entre partes, somente devem ser admitidas as figuras tradicionais de intervenção de terceiros previstas no Código de Processo Civil. III – Dificilmente será possível compatibilizar-se a admissão de amicus curiae com o entendimento jurisprudencial histórico de que o interveniente deverá comprovar interesse jurídico, não se admitindo o mero interesse econômico. Assim, haverá incoerência na manutenção da postura de ser indeferido o ingresso de assistente que somente tenha demonstrado interesse econômico e, por outro lado, permitir-se ingresso de amicus curiae nas mesmas condições. IV – Enquanto nos feitos de decisão de questões abstratas a abertura de manifestação a grandes grupos de interesse democratiza o processo e torna mais evidente ao órgão decisório a necessidade de considerar as consequências de seu julgamento, os feitos de julgamento concreto não necessitam desse apoio e a intervenção de grupos de interesse ou pressão ameaça conduzir exatamente ao contrário, à falta de substrato democrático pelo desequilíbrio entre as partes. V – O ingresso de amici curiae em feitos normais privilegia o poder econômico, torna o processo individualmente mais custoso, dificulta o acesso real à Justiça e sobre-valoriza as questões jurídicas em detrimento da análise dos fatos. VI – Como argumento pragmático, a médio prazo, a aceitação desse tipo de intervenção tende a inviabilizar o sistema judiciário normal, com o ingresso de dezenas ou centenas de amici curiae nos feitos que, sem embargo, devem observar a determinação constitucional que garante o direito individual à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII). VII – Agiu bem o legislador em não prever autorização à entidade associativa ou a instituto jurídico para representar o interesse de seus associados como amicus curiae (art. 5º, XXI, da Constituição da República) nos processos da jurisdição ordinária e, como não sofre lesão com interesse juridicamente delineado, não se lhe deve permitir acesso ao

²⁶ TRF-4, DJ 04.dez.2006, AG 2005.04.01.047869-1, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, Terceira Turma.

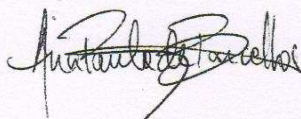
Judiciário nessa condição (art. 5o, XXXV, da Constituição). VIII – Não é possível o uso da analogia para admitir o *amicus curiae* no processo comum sem previsão legal, tendo em vista que inexistente lacuna a ser preenchida no ordenamento, mas sim silêncio eloqüente. O legislador muito bem dimensionou a possibilidade de ingresso dessas entidades somente nas instâncias de julgamento em tese. IX – Anulada a decisão de fls. 640 e indeferida a interveniência formulada pela ANDEF.²⁷

32. É por tais razões que devem ser indeferidos os pedidos de ingresso como *amicus curiae* formulados pelo Instituto Alana e pelo IDEC.

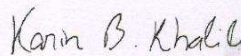
Conclusão

33. Por todo exposto, a Associação Brasileira das Indústrias de Alimentos – ABIA requer a manutenção da liminar de fls. 202-205, o indeferimento dos pedidos de *amicus curiae* de fls. 210-215 e que, ao final, seja julgada totalmente procedente a presente ação, com a **condenação definitiva da ré a se abster de aplicar aos associados da autora qualquer espécie de sanção pelo eventual descumprimento da RDC nº 24/2010 da ANVISA, aqui impugnada, bem como reconhecendo sua eficácia sobre todos os associados da autora.**

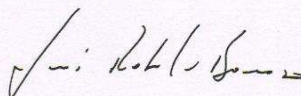
Brasília, 14 de fevereiro de 2011.



ANA PAULA DE BARCELLOS
OAB/RJ nº 95.436

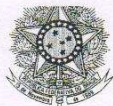


KARIN KHALILI DANNEMANN
OAB/RJ nº 99.501



LUÍS ROBERTO BARROSO
OAB/RJ nº 37.769

²⁷ TRF-2, DJU 16.dez.2008, AMS 2006.51.01.524783-1, Rel. Des. Federal Marcelo Leonardo Tavares.



PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

JUSTIÇA FEDERAL

FLS. 862

RUB. #


CERTIDÃO

CERTIFICO E DOU FÉ QUE O (A):

- DESPACHO DE FL. 7231724
 DECISÃO DE FLS. _____
 SENTENÇA DE FLS. _____
 ATO ORDINATÓRIO DE FLS. _____

FOI DIVULGADO EM 2 DE MARÇO DE 2011 E PUBLICADO EM 3 DE MARÇO DE 2011 NO e-DJF1.

BRASÍLIA-DF, 3 DE MARÇO DE 2011.



KELLY FABIANA C. DE SOUZA
Técnico Judiciário

