Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 24 – novembro/dezembro/janeiro - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

RELAÇÕES ENTRE A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

Gustavo Binenbojm
Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ
Professor da Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – RJ
Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ
Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA)
Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

I. INTRODUÇÃO

O caso da publicidade de bebidas alcoólicas: um estudo de caso sobre as relações entre a AGU e as agências reguladoras federais.

Em 22 de junho de 2007, o Advogado-Geral da União (AGU), Dr. José Antonio Dias Toffoli, aprovou parecer da Consultoria-Geral da União (CGU), segundo o qual, apesar do disposto no Decreto nº 6.117, de 22.05.2007, não pode a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) alterar, por ato normativo próprio (resolução), o conceito de bebidas alcoólicas para fins de publicidade.

A manifestação da Consultoria-Geral da União deu-se por provocação da própria ANVISA, que desejava fosse fixado entendimento quanto à possibilidade de que a agência fizesse valer a orientação presidencial de política nacional sobre o álcool, estabelecida no Decreto nº 6.117/2007, com fundamento no art. 84, VI, "a" da Constituição (redação atribuída pela EC nº 32/2001).

A consulta à Consultoria Geral da União foi feita nos seguintes termos:

> "Senhor Consultor-Geral,
> Atendendo a sugestão de Vossa Senhoria, indago sobre a legalidade de uma possível resolução da ANVISA que restringisse a propaganda de bebidas alcoólicas com teor abaixo de 13º Gay Lussac, em face do disposto na Lei n. 9294/1996 e no Decreto n. 6.117/2007."

A política nacional sobre o álcool (estabelecida pelo Decreto nº 6.117/2007) tem, dentre as suas diretrizes, a definição de bebida alcoólica como sendo toda aquela que contiver ao menos 0,5 grau Gay-Lussac, *in verbis*:

> "5. Para os efeitos desta Política, é considerada bebida alcoólica aquela que contiver 0,5 grau Gay-Lussac ou mais de concentração, incluindo-se aí bebidas destiladas, fermentadas e outras preparações, como a mistura de refrigerantes e destilados, além de preparações farmacêuticas que contenham teor alcoólico igual ou acima de 0.5 grau Gay-Lussac."

Ao mesmo tempo, estabeleceu como política governamental a ser desenvolvida pelo Poder Público federal, a necessidade de:

> "2.1. Incentivar a regulamentação, o monitoramento e a fiscalização da propaganda e publicidade de bebidas alcoólicas, de modo a proteger segmentos populacionais vulneráveis à estimulação para o consumo de álcool;"

A questão era a de saber se a nova política teria aplicação em todos os seus termos, podendo ser implementada, inclusive, por meio de resolução de agência reguladora. No intuito de fazer valer a orientação presidencial, a ANVISA pretendia editar norma jurídica que *estreitasse*, para fins de publicidade, o sentido da expressão "bebidas alcoólicas", determinado pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.294/1996, que estabelece:

> "Parágrafo único. **Consideram-se bebidas alcoólicas**, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico **superior a treze graus Gay Lussac**."

Em face do disposto no art. 220, § 3º, II e § 4º da Constituição da República, entendeu a CGU que, a despeito do disposto no Decreto nº 6.117/2007, apenas por meio de lei ou medida provisória poderia ser alterado o

conceito de bebidas alcoólicas definido em lei. A idéia é a de que o conceito de bebidas alcoólicas adotado na Lei nº 9.294/1996, cujo escopo é a regulação da propaganda de tais produtos, só pode ser alterado por ato normativo de mesma envergadura hierárquica.

O presente estudo perquire sobre as conseqüências jurídicas da fixação de tal entendimento acerca dos limites do poder normativo da ANVISA, no aludido parecer da Consultoria Geral da União. Vale notar que o parecer foi referendado pela Chefia da Advocacia-Geral da União, a quem compete, por desígnio constitucional, exercer a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131, CF).

Em outras palavras, deseja-se esclarecer o *sentido* da orientação do órgão de consultoria do Poder Executivo e o seu *alcance,* em termos jurídicos. Em termos mais amplos, o propósito do estudo é o de antever possíveis questões que possam ser suscitadas sobre as relações entre o poder normativo da ANVISA, as normas previstas na Lei nº 9.294/1996 e o art. 220, § 3º, II e § 4º, da Constituição. Trata-se, em suma, de análise sobre os efeitos da fixação de um entendimento jurídico pelo órgão de consultoria jurídica da Administração Pública federal, especialmente no que toca à delimitação do poder normativo de uma agência reguladora em face de normas constitucionais e legais.

O estudo está organizado em duas partes.

Na *primeira parte,* será exposta a tese jurídica adotada pela Advocacia-Geral da União. Tal análise terá como premissa maior o princípio da legalidade em suas vertentes de *reserva de lei* e *preferência de lei*. No entender do órgão jurídico máximo do Poder Executivo federal, as entidades da Administração Pública federal estão adstritas ao que dispuser a lei, *(i)* quer em razão da circunstância de a Constituição reservar determinada matéria à função legislativa do Estado (art. 220, § 3º, II e § 4º, CF); *(ii)* quer em razão de já existir lei tratando do assunto (Lei nº 9.294/1996), sendo certo que esta terá *preferência* em face de atos administrativos normativos.

A investigação empreendida em seguida passará pelo estudo da eficácia e alcance atribuídos pela AGU ao Decreto nº 6.117/2007, editado com base no art. 84, VI, *a* da Constituição. Como se anunciou, o referido Decreto estabeleceu a política nacional sobre o álcool, determinando, dentre outras diretrizes, que fosse considerada alcoólica toda bebida que contivesse pelo menos 0.5º Gay-Lussac.

Diante do aparente conflito entre o Decreto n° 6.117/2007 e a Lei nº 9.294/1996, que estabelece como critério de definição de bebida alcoólica, para seus fins, o teor mínimo de 13º Gay-Lussac, restará claramente

demonstrada a impossibilidade jurídica de que decreto presidencial altere o sentido de uma norma estabelecido em lei.[1] Ademais, por maior razão, será definitivamente afastada a possibilidade de uma resolução editada por agência reguladora alterar definições fixadas em lei.

Explicada a tese jurídica adotada pela Advocacia-Geral da União, a *segunda parte* deste estudo terá por objeto verificar o impacto da aprovação de tal entendimento pelo Advogado-Geral da União, levando-se em conta as funções institucionais da AGU, conforme definidas no art. 131 da Constituição da República e na Lei Complementar nº 73/1993.

II. A TESE JURÍDICA EM QUESTÃO.
LIMITES AO PODER NORMATIVO DA ANVISA:
RESERVA E PRECEDÊNCIA DE LEI

A legalidade administrativa pode manifestar-se através de duas formas básicas: *(i)* como princípio da *preferência de lei* (também chamado de princípio da precedência, compatibilidade, ou preeminência); ou *(ii)* como princípio da *reserva de lei* (ou conformidade)[2].

O princípio da *preferência de lei* significa que o administrador público, em sua atuação, seja ela regulamentar, seja ela de atos concretos, não pode contrariar o que prescreve a lei, que terá preeminência em face de qualquer outro ato contrário a ela. Os atos contrários à disposição legislativa serão, assim, inválidos.

---

[1] Adiante-se que a vedação existe, ainda que o decreto tenha sido editado com base no art. 84, VI, *a* da Constituição, o qual autoriza a edição regulamentos autônomos (que independem da existência de lei prévia) para tratar da organização e do funcionamento da administração pública, quando não houver aumento de despesa nem criação de órgão. Com efeito, a diretriz de organização e funcionamento da Administração Pública Federal não pode desconsiderar nem a *reserva* de lei, nem, tampouco, a *preferência* de lei.

[2] Deve-se a OTTO MAYER o uso das expressões preferência e reserva de lei (MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Buenos Aires: De Palma, 1949, pp 95 e 98). V. o nosso BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Sobre o tema, v. ainda: ENTERRÍA, Eduardo García de / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo, vol. I*, 12ª ed., Madrid: Civitas, 2005, pp. 238-244; CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 18 *et seq.*; ABREU. Jorge Manuel Coutinho de, *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 131; BARROSO, Luís Roberto, *Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*, in *Temas de direito constitucional*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 169; XAVIER, Alberto. *Legalidade e tributação*, *in RDP* 47-48, p. 329 *et seq.*; XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 74 *et seq.*; e CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República,* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 42 *et seq.*.

Já o princípio da *reserva de lei* significa que há determinadas matérias que só poderão ser tratadas (com maior ou menor detalhamento) por lei, em sentido formal ou material, a depender do que estabelece a Constituição. Significa uma vinculação positiva da Administração Pública às normas legais. Isto é: em caso de reserva de lei, o Poder Público só pode agir se e conforme ao que autorizou ou estabeleceu a norma atributiva de competências.

A reserva de lei poderá ser relativa ou absoluta. A reserva relativa haverá quando for possível ao legislador delegar parte dos critérios de decisão ao administrador público. Na lição de Alberto Xavier, "numa reserva absoluta, a lei deve conter o fundamento e a totalidade dos critérios de decisão, no caso concreto, não conferindo ao agente qualquer margem de liberdade na sua aplicação".[3]

Sobre o tema, são elucidativas as palavras de Clèmerson Merlin Clève: "para o tratamento de certas matérias expressamente indicadas pelo Constituinte, em decorrência de sua singular importância, exige-se o esgotamento, pelo legislador (...), de toda a esfera de regulação. (...) Aqui, o papel normativo acessório do Chefe do Executivo ou da Administração é ainda mais insignificante".[4]

Em verdade, a reserva absoluta de lei ocorre nas hipóteses em que o constituinte opta por afastar determinadas matérias relevantes das restrições administrativas, que não se sujeitam, como tais, aos procedimentos democráticos e participativos, próprios da discussão, negociação e votação ocorridos no Parlamento.

No caso em apreço, verifica-se tanto a existência de uma hipótese de *reserva absoluta de lei*, quanto de aplicação do princípio da *preferência legal*. Com efeito, a competência normativa da ANVISA está submetida a um limite constitucional bastante evidente no que diz respeito à regulação da propaganda de bebidas alcoólicas e de outros produtos, tais como tabaco, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

A *reserva absoluta de lei* decorre expressamente da Constituição, que dispõe em seu art. 220, § 3º, II e § 4º:

> "§ 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

[3] Alberto Xavier. "Legalidade e tributação", *in RDP* 47-48, p. 332.

[4] Clèmerson Merlin Clève, parecer apresentado para a ADI 3311, p. 68. Este trabalho foi publicado em forma de artigo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. "Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial", *in Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, org. Daniel Sarmento e Flávio Galdino, 2006, p. 205-266.

> 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."

Isto é: somente por *lei*, a qual deverá necessariamente observar as finalidades do art. 220, § 3º, II, poderá ser regulada a propaganda comercial dos produtos de que trata o § 4º, dentre os quais, as bebidas alcoólicas. Tal lei deverá conter todos os critérios de decisão administrativa, inclusive o estabelecimento do que sejam bebidas alcoólicas para fins de restrição à publicidade.

Realmente, o art. 220, § 4°, CF, prescreve, de modo eloqüente e cristalino, a existência de uma reserva absoluta de lei, determinando que a propaganda comercial dos produtos que especifica "estará sujeita a restrições legais". O mesmo de diga em relação ao art. 220, § 3°, II, que remete à lei federal – e só a ela – a instituição de meios de defesa contra programas de rádio e televisão e propaganda de produtos potencialmente nocivos.

Com efeito, na hipótese em estudo, "não há autorização constitucional (...) para a delegação legislativa, para o repasse a órgão distinto da tarefa vinculando o Legislador ou, eventualmente, para o compartilhamento, ainda que em virtude de decisão do legislativo, entre o Congresso Nacional e o Executivo, da competência (...) com exclusividade conferida a apenas um dos órgãos constitucionais".[5]

O intuito protetivo da Constituição afasta a possibilidade de que seja deferido espaço de deliberação administrativa acerca da abrangência e do conteúdo das restrições à propaganda comercial de tabaco, álcool, medicamentos, agrotóxicos e terapias, no que se inclui a fixação de um conceito daquilo que sejam bebidas alcoólicas. Há, realmente, a existência de uma reserva absoluta de lei.

Da mesma forma, a competência normativa da ANVISA está adstrita ao que a lei houver decidido. A Administração Pública, como corolário do princípio da legalidade administrativa, deve reverência ao decidido pelo legislador (art. 37, CF). Ora, como já existe a Lei nº 9.294/1996, que estabelece as regras disciplinadoras da propaganda de bebidas alcoólicas e dos demais produtos referidos no art. 220, § 4º, CF, não poderá a Administração Pública dispor de maneira diversa. Para os fins da publicidade versada no § 4º do art. 220, CF, terão prevalência os critérios estabelecidos na Lei nº 9.294/1996, dentre os quais

[5] Clèmerson Merlin Clève, no parecer cit., p. 68.

o parâmetro de 13 graus Gay-Lussac para aplicação das restrições criadas pela própria lei (*e.g.* limitação de horário de exibição).

Em apertada síntese: a Administração Pública como um todo, no que se incluem as agências reguladoras, submete-se ao que foi decidido pelo legislador. A corroborar a vinculação das agências reguladoras ao princípio da precedência (ou preferência) de lei, confira-se elucidativo acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL - COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS NATURAIS - ISENÇÃO DE REGISTRO NO MINISTÉRIO DA SAÚDE - **PREVALÊNCIA DA LEI 6.360/76 SOBRE A RESOLUÇÃO RDC 23-ANVS/MS/99**, DE HIERARQUIA INFERIOR - INSERÇÃO DOS PRODUTOS NO COMÉRCIO." (STJ, REsp 434.303/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 05.09.2002, DJ 30.09.2002 p. 250)

É dizer: havendo lei que disponha sobre o assunto, não poderá a ANVISA revogá-la ou derrogá-la de qualquer modo.

No mesmo sentido, veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, cujo trecho se transcreve a seguir:

> "O Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº 9.472, de 16/07/1997, resolveu: (...) 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual **a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado**, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia; (...)".

Pois bem. No caso vertente, constata-se que a pretensão da ANVISA de fazer valer o Decreto nº 6.117/2007, alterando, por meio de resolução, o critério do que seja bebida alcoólica para fins das restrições à propaganda, contraria, de modo flagrante, todos os limites de legalidade acima delineados (prevalência da lei e reserva absoluta de lei).

Não é possível, em hipótese alguma, que ato normativo infralegal estabeleça critérios para restrição de propaganda dos produtos de que trata o art. 220, § 4º, CF.

Foi esta a tese corretamente adotada pela Advocacia-Geral da União, ao aprovar o parecer em exame nos termos do despacho da CGU, segundo o qual, em razão do art. 220, § 4º, CF:

> "somente por lei ou medida provisória pode o conceito de bebidas alcoólicas, previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.294, de 1996, ser alterado".(...)
> "É o que se extrai da dicção do § 4º do art. 220 da Constituição Federal que determina que '*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*'" [6] (grifos do original)

De fato, conforme entendimento do Advogado-Geral da União, a despeito do previsto no Decreto nº 6.117/2007, apenas a lei pode alterar o critério de definição de bebidas alcoólicas para fins de publicidade. Reconhece-se, ao mesmo tempo, que *(i)* a matéria é reservada à lei em todos os seus aspectos, não podendo o administrador fixar o critério do que seja bebida alcoólica para fins de restrição à propaganda, e *(ii)* que já existe norma legal a versar sobre a questão (a Lei nº 9.294/1996), a qual não poderia ser alterada por ato normativo infralegal. Ressalte-se: para a AGU, a questão sobre a restrição da propaganda dos produtos mencionados no art. 220, § 4º, CF submete-se tanto a uma *reserva absoluta de lei*, quanto ao princípio da *prevalência de lei*.

Mas ainda há outro ponto a ser abordado na tese adotada pelo órgão máximo de consultoria e assessoramento jurídico da Administração Pública federal. Se não é possível alterar por resolução o conceito de bebidas alcoólicas e dos demais produtos de que trata o art. 220, § 4º, CF, qual seria então a eficácia do Decreto nº 6.117/2007, que estabelece como critério definidor das bebidas alcoólicas a concentração maior ou igual a 0.5º Gay-Lussac?

O parecer da Consultoria-Geral da União não adentrou a questão. Apenas reconheceu a existência de uma política nacional de bebidas alcoólicas, a qual, entretanto, não tem o condão nem de desconsiderar as reservas legais constitucionalmente verificadas, nem tampouco revogar norma já prevista em lei.

A questão era pertinente em razão de ter sido a promulgação do Decreto nº 6.117/2007 o fato que deu ensejo à consulta feita pela ANVISA à AGU. Como explicado acima, tal Decreto foi editado com base no art. 84, VI, *a* da Constituição[7], que autoriza regulamentos autônomos, os quais prescindem da

---

[6] Despacho do Consultor-Geral da União nº 249/2007.

[7] "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

existência de lei prévia para tratar da organização e do funcionamento da administração pública, quando não houver aumento de despesa nem a criação de órgão público.

Apesar do silêncio da AGU no aprofundamento da questão, é possível inferir algumas conclusões sobre as possibilidades do referido Decreto, segundo o próprio órgão de consultoria da Administração Pública federal[8].

De fato, se a AGU não discutiu a constitucionalidade do Decreto em questão, é porque entendeu que o mesmo só terá efeitos naquilo que diga respeito à organização e no funcionamento interno da Administração Pública federal. Nesse sentido, o entendimento perfilhado é o de que os regulamentos de que trata o art. 84, VI, *a* da Constituição, estão adstritos às reservas de lei e sujeitos à preferência legal[9]. Para a AGU, ainda que o decreto tenha sido editado com base no art. 84, VI, *a* da Constituição, não seria possível o seu ingresso em âmbito reservado ou já disciplinado por lei.

A diretriz de organização e funcionamento da Administração Pública Federal não pode desconsiderar nem a *reserva* de lei, nem, tampouco, a *preferência* de lei[10]. Se há determinação constitucional para que a matéria seja tratada por lei e tal lei já existe, não é possível a edição de regulamentos com base no art. 84, VI, *a*, da Constituição – muito menos em sentido diverso da normativa legal.

Dessa forma, o Decreto nº 6.117/2007 teria a simples função de diretriz interna do Poder Público federal. Diretriz esta que não vincula os particulares. Que não causa conseqüências aos administrados. Está-se diante, de acordo com a AGU, de norma de organização e funcionamento da Administração Pública federal, que deverá observar, apenas internamente, os seus parâmetros e objetivos. Para a AGU, a política nacional do álcool trazida pelo Decreto nº 6.117/2007 nada mais seria do que uma cartilha interna de atuação administrativa, de efeitos, portanto, introversos, e não extroversos.

(...)
VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;"

[8] Observe-se que a nossa análise cinge-se às prováveis teses implicitamente adotadas pela AGU, às quais não nos vinculamos. A questão sobre o alcance do decreto supostamente fundado no art. 84, VI, *a* da Constituição demandaria estudo específico que vai muito além do objeto deste parecer. A nossa preocupação diz respeito apenas ao entendimento adotado pela AGU e não levará em consideração a eventual inconstitucionalidade do Decreto nº 6.117/2007 por extrapolar o âmbito de organização e funcionamento da Administração Pública federal. Sobre o tema dos regulamentos autônomos, seus limites e possibilidade, v. CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República,* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005 e BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 168 *et seq.*.

[9] V. CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*, *cit.*, p. 48.

[10] V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, *cit.*, 168 *et seq*.

III. A EFICÁCIA DO PARECER DA AGU

Explicitada a tese jurídica adotada pela CGU, cumpre passar à segunda parte do presente estudo, voltada à definição da eficácia, no âmbito da Administração Pública federal, do parecer aprovado pelo Advogado-Geral da União.

Em direito administrativo, os pareceres jurídicos emitidos pelos órgãos consultivos podem ser classificados didática e genericamente como: (i) *facultativos*, nos casos em que a autoridade não está obrigada a solicitá-los, nem se vincula ao entendimento fixado; (ii) *obrigatórios*, nas situações em que, embora obrigada a requerer o parecer, pode, fundamentadamente, discordar de suas conclusões; (iii) *vinculantes*, nas hipóteses em que, mais do que obrigada a solicitar, a autoridade administrativa consulente está obrigada a seguir a orientação fixada; e (iv) *normativos*, quando o entendimento perfilhado passa a vincular toda a Administração Pública do ente federativo, revestindo-se, destarte, de *status* de norma jurídica[11].

De toda forma, é necessário que se verifique, em cada caso, à luz das normas específicas que regem um determinado parecer, o grau de vinculatividade da Administração Pública a suas conclusões. É que a classificação doutrinária, apesar de cumprir funções didáticas, nem sempre corresponderá a uma dada realidade, havendo o intérprete de buscar, diante de cada regramento legal ou constitucional, o regime jurídico aplicável à espécie.

Voltando os olhos para o caso em estudo, cumpre perquirir sobre as normas que disciplinam e organizam a Advocacia-Geral da União, bem

[11] Ressalve-se que a classificação dos pareceres administrativos não é homogênea na doutrina, até mesmo porque a classificação surge por um esforço de didática, sendo necessário, em cada caso, avaliar-se o grau de *vinculatividade* de um parecer no âmbito da Administração. Assim, *e.g.*, Celso Antônio Bandeira de Mello opta por classificação tríplice – pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes (in *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 23ª ed., 2007, p. 138), tendo sido também esta a classificação adotada Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631 (v. Informativo de Jurisprudência nº 475).

como os princípios jurídicos genericamente aplicáveis à Administração Pública, para que se verifique a real eficácia do parecer em comento. É dizer: é preciso definir, com base no ordenamento jurídico, qual o impacto do entendimento referendado pelo Advogado-Geral da União na atuação da ANVISA.

É do art. 131 da Constituição Federal, em primeiro lugar, que se extrai a conformação jurídica da Advocacia-Geral da União. Referido dispositivo, inserto em capítulo da Carta Maior dedicado às "Funções Essenciais à Justiça", atribui à Instituição a representação judicial e extrajudicial do ente federal e, nos termos de lei complementar, a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. *In verbis*:

> "Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de **consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo**."
> (Grifamos)

Em atenção ao comando constitucional, cuidou a Lei Complementar nº 73/1993 (LC)[12] de delinear os contornos da função *consultiva* e de *assessoramento jurídico* cometida à Advocacia-Geral da União. É o que se extrai da leitura conjunta de dispositivos da referida LC, em especial de seu art. 4º, que estabelece as atribuições do Advogado-Geral. *In litteris*:

> "Do Advogado-Geral da União
>
> Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:
> (...)
> **VIII** - assistir o Presidente da República no **controle interno da legalidade dos atos da Administração**;
> (...)
> **X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;**
> **XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as**

[12] Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

> **controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;**
> XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;
> XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar;[13]
> (...)."
>
> (Grifamos)

No âmbito interno, há ainda outros atos normativos expedidos pela Instituição que regulamentam e viabilizam a execução das disposições legais. Pode-se citar, como exemplo, o Ato Regimental nº 05/2007, que dispõe sobre a competência, estrutura e funcionamento da Consultoria-Geral da União, um dos órgãos da Advocacia-Geral da União (v. art. 2º da LC). Consoante referido Ato Regimental, compete à Consultoria-Geral, dentre outras atribuições, "assistir o Advogado-Geral da União no controle interno da legalidade dos atos da Administração Federal", "assistir o Advogado-Geral da União na interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal" (art. 3º, incisos IV e V).

Dos dispositivos mencionados, depreende-se que a Advocacia-Geral da União, ao invés de exercer função consultiva meramente auxiliar, funciona como **órgão central do sistema jurídico federal**. É seu mister, nesse sentido, **coordenar** e **uniformizar** a atuação da Administração Pública federal, proporcionando-lhe **coerência** e **sistematicidade**, mediante: *(i)* o controle interno da legalidade dos atos administrativos (inciso VIII do art. 4º da LC); *(ii)* a fixação da interpretação da Constituição, das leis, tratados e demais atos normativos, a qual deverá ser *uniformemente* seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal (inciso X do art. 4º da LC); *(iii)* a unificação da jurisprudência administrativa, com a solução de controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal e a edição de enunciados de súmula administrativa (inciso X do art. 4º da LC).

Ressalte-se, ademais, que a Advocacia-Geral da União foi definida pela Constituição como *função essencial à justiça*. Disso decorre, do ponto de vista sistemático, que a Constituição confere à AGU papel mais que central à interpretação do direito no âmbito da Administração Pública federal. O seu papel é decisivo, essencial.

Ora, é a partir de tal arcabouço normativo que deve ser delimitada a eficácia jurídica do parecer objeto do presente estudo. No caso, a ANVISA formulou indagação ao Consultor-Geral da União, pertinente à legalidade, em tese, de uma possível resolução da autarquia que restringisse a propaganda de bebidas alcoólicas com teor abaixo de 13º Gay-Lussac, em face do disposto na Lei nº 9.494/1996 e no Decreto nº 6.117/2007. A consulta foi

[13] O Capítulo IX da LC remete aos Órgãos Jurídicos das autarquias e fundações públicas.

respondida por intermédio de parecer jurídico, o qual contou com a aprovação do Advogado-Geral da União.

É verdade que, quanto à iniciativa, a provocação da Consultoria-Geral da União pela ANVISA pode ser classificada como *facultativa*. Em outras palavras: não há norma que obrigue a ANVISA a formular indagações à Advocacia-Geral da União diante de controvérsias jurídicas surgidas em seu âmbito. Assim, ao invés de recorrer ao CGU, poderia, *e.g.*, ter se valido de mera consulta interna ao órgão de assessoria jurídica da entidade.

Nada obstante – e é esse o cerne da argumentação desenvolvida –, uma vez acionada a Advocacia-Geral da União, órgão central e final da interpretação jurídica no âmbito da Administração Pública federal, impõe-se reconhecer que o entendimento aprovado pelo Advogado-Geral da União produz *efeitos limitativos* da atuação da ANVISA, que estará *prima facie* adstrita à orientação jurídica fixada.

Repise-se, para que fique bem claro: a ANVISA está obrigada a **considerar e seguir, *prima facie*, a tese jurídica contemplada no parecer aprovado pelo AGU**, a qual explicita a interpretação do órgão central do sistema jurídico acerca do art. 220 da Constituição, da Lei nº 9.294/96 e do Decreto nº 6.117/2007. Para atuar em sentido contrário, sujeitar-se-á a forte **ônus argumentativo**, consistente na exposição fundamentada das razões e peculiaridades capazes de justificar a inobservância do parecer.[14]

Neste exato sentido preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto[15], para quem:

> "Na hipótese desses atos [pareceres] serem produzidos pelos órgãos exercentes de função constitucional essencial à justiça, no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, no desempenho da *consultoria jurídica* dos respectivos entes políticos, os Pareceres obrigam, em princípio, a Administração que, não obstante, se optar por desconsiderá-los, deverá motivar suficientemente porque o fazem."

A eficácia reconhecida ao parecer da AGU decorre do *munus* público que lhe é cometido: órgão central e essencial ao sistema jurídico federal,

---

[14] Corrobora tal conclusão o art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/99 – Lei do Processo Administrativo Federal –, dispositivo que ratifica o dever de motivação de atos administrativos discrepantes de pareceres jurídicos. *In verbis*:
"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
(...)

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou **discrepem de pareceres**, laudos, propostas e relatórios oficiais;"

[15] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 158.

competente para unificar a jurisprudência administrativa, dirimir controvérsias entre órgãos jurídicos, garantir a correta aplicação das leis e fixar a interpretação da Constituição, das leis e dos demais atos normativos, a ser *uniformemente* seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal (art. 4º, incisos X e XI da Lei Complementar nº 73/93).

Assim, somente diante de especificidades fáticas ou jurídicas de um novo caso – como, *v.g.,* peculiaridades técnicas, transformações conjunturais ou alterações no estado da arte de determinado ramo da ciência – será possível à Administração afastar-se do entendimento consolidado pelo órgão da consultoria jurídica, mediante extensa e cabal exposição de suas razões.

A se entender de outra forma, far-se-ia letra morta dos dispositivos da LC anteriormente mencionados e, *a fortiori*, do próprio texto constitucional, que comete à Advocacia-Geral da União, enquanto *função essencial à justiça*, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, *nos termos da lei complementar*. Afinal, estivesse a ANVISA autorizada a simplesmente desconsiderar a opinião jurídica emitida pelo AGU, restariam esvaziadas as normas que impõem aos órgãos e entidades da Administração Pública federal o dever de seguir, com uniformidade, a interpretação jurídica fixada pela Advocacia-Geral da União, bem como aplicar a jurisprudência administrativa unificada pela Instituição.

Em última análise, também restaria francamente abalado o **princípio constitucional da segurança jurídica**, radicado na cláusula do Estado de Direito (art. 1º, CF) e expressamente contemplado, em sede infraconstitucional, no art. 2º da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal).

Com efeito, como decorrência da **segurança jurídica**, tem-se que não é dado ao Poder Público adotar **comportamentos contraditórios** em relação aos entendimentos que a própria Administração formula. Do contrário, os particulares nunca saberiam ao certo como a Administração agirá no futuro, em absoluto menoscabo à **confiança legítima do administrado.** De modo mais claro: se, no caso em exame, a Advocacia-Geral da União, que tem por função constitucional o estabelecimento de uma dada interpretação da lei e da Constituição, estabelece como correta uma específica interpretação jurídica, tem-se que é gerado um direito dos administrados à observância e manutenção dessa interpretação.

Nesse sentido, veja-se a lição de Karl Larenz sobre o assunto, segundo a qual:

> "**O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro** e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) **é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma**

conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica"[16] [17].

Nem se diga, por fim, que a eficácia atribuída ao parecer em estudo seria incompatível com a Lei Complementar nº 73/93, em razão da previsão específica contida em seu art. 40, §1º, segundo o qual "[o] parecer aprovado [pelo Presidente da República] e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento". Tal conclusão deriva de uma leitura isolada do aludido dispositivo, descomprometida com a sistemática legal.

O art. 40 da LC trata de uma modalidade específica de parecer, a saber, o *parecer normativo*, que, revestido de eficácia vinculativa *máxima*, obriga os órgãos e entidades da Administração Pública à sua imediata aplicação. Esta só previsão, contudo, não anula a eficácia vinculante que, embora em *menor grau*, deve ser reconhecida aos pareceres tão-somente aprovados pelo Advogado-Geral da União, em decorrência, *e.g*., do inciso X do art. 4º da LC. É dizer: tais pareceres, embora desprovidos do status de norma, vinculam a atuação da autoridade administrativa, no sentido de obrigá-la, *prima facie*, à aplicação da tese jurídica fixada, bem como impedi-la de descumprir o parecer sem que haja prévio declínio de razões legítimas para tanto.

Em síntese: o parecer aprovado pelo AGU, na hipótese vertente, vincula a atuação administrativa da ANVISA, no sentido de *(i)* obrigar a agência a aplicá-lo, *prima facie*, em postura de **coerência** com a tese jurídica fixada pelo órgão central do sistema jurídico federal, além de *(ii)* impor-lhe ônus reforçado de argumentação, em casos de atuação discrepante ao entendimento previamente fixado.

Ainda sobre a eficácia do parecer, vale uma nota final: tendo em vista sua natureza eminentemente abstrata – é dizer, não visa à solução de um caso concreto, mas cuida da interpretação abstrata de normas jurídicas, estabelecendo a relação entre elas –, a *vinculação* da ANVISA, nos termos acima

---

[16] *Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica*. Madri. Civitas, 1985, p. 91. E prossegue o autor mais adiante: "Dito princípio consagra que **uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela**. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) **Segundo a opinião atual, [o princípio da boa fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público**" *Ob. cit.* p. 95-96.

[17] O STF aplica expressamente as citadas lições através da pena do Ministro Gilmar Mendes, o qual vem destacando a importância da tutela da segurança jurídica e da boa-fé administrativa. Segundo o ministro, o princípio tem fulcro na cláusula do Estado de Direito e na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (art. 2º). Em suas palavras: "Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material". Segundo o Ministro, o tema "é pedra angular do Estado de Direito sob a forma da proteção à confiança" (STF, PET 2.900-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, transcrito no Informativo STF nº 310, de 26 a 30 de maio de 2003, DJ 01.08.2003). V. tb. STF, MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes, transcrito no Informativo STF 351, de 07 de julho a 11 de julho de 2004; e STF, MS 24.268-MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, transcrito no Informativo STF nº 343, de 12 a 16 de abril de 2004.

explicitados, o será em relação à tese jurídica prevalecente, e não apenas à conclusão objetivamente alcançada. Este, com efeito, é o único entendimento compatível com o art. 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 73/93, já que o parecer em questão se volta, em todo o seu teor, à fixação em tese da interpretação do art. 220, § 4º da Constituição, do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.494/96, e do Anexo I do Decreto nº 6.117/07.

Por conseguinte, em casos análogos, envolvendo, *e.g.*, a regulação da propaganda comercial de tabaco, agrotóxicos, medicamentos e terapias, deverá a agência considerar a existência de reserva absoluta de lei e preferência legal, abstendo-se de alterar comandos legais por intermédio de resoluções.

IV. CONCLUSÕES: PROPOSIÇÕES OBJETIVAS

Diante do exposto ao longo do presente estudo, é possível sintetizar objetivamente as idéias aqui desenvolvidas nas seguintes proposições objetivas:

1) Segundo entendimento da Advocacia-Geral da União, a ANVISA e demais órgãos e entidades da Administração Pública federal estão vinculadas ao princípio da legalidade em suas vertentes de *reserva absoluta* e *preferência* de lei, no que se refere à propaganda de bebidas alcoólicas, de tabaco, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

2) Tal interpretação decorre do art. 220 § 4º e § 3º, CF, que explicitou a preocupação constitucional em resguardar a matéria, *reservando-a* ao legislador que deverá dispor sobre todos os seus aspectos (reserva absoluta).

3) Já existe, ademais, lei que trata do assunto (Lei nº 9.294/1996), devendo a ANVISA prestar-lhe reverência, subordinando-se ao que nela foi decidido.

4) Assim, a despeito do disposto no Decreto nº 6.117/2007, editado com base no art. 84, VI, *a*, da Constituição, não é possível que a ANVISA altere o significado de bebidas alcoólicas, para fins de regulação de sua publicidade, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.294/1996.

5) A tese jurídica fixada pela AGU é obrigatória, *prima facie*, devendo ser, em linha de princípio, observada pela ANVISA, que somente poderá descumpri-la mediante ônus reforçado de argumentação em sentido contrário.

6) A ANVISA só poderá afastar-se do entendimento fixado pela AGU diante de especificidades fáticas ou jurídicas de um novo caso – como, *v.g.,* peculiaridades técnicas, transformações conjunturais ou alterações no estado da arte de determinado ramo da ciência –, mediante extensa e cabal exposição de suas razões.

7) Tal conclusão decorre das funções institucionais da AGU que *(i)* tem papel de órgão central da interpretação jurídica na Administração Pública, cujos entendimentos uniformizam a aplicação da lei e da Constituição do Poder Público federal; *(ii)* bem como é classificada pela Constituição como função essencial à justiça.

8) Ademais, razões de segurança jurídica corroboram a necessidade de estabilidade da interpretação do Direito na Administração Pública.

9) Desse modo, em casos análogos, nos quais se discuta a regulação da propaganda comercial dos produtos referidos no art. 220, § 4º, CF (tabaco, agrotóxicos, medicamentos e terapias), deverá a ANVISA, *prima facie*, considerar a existência de reserva absoluta de lei e preferência legal, abstendo-se de pretender alterar comandos legais por intermédio de resoluções.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BINENBOJM, Gustavo. Relações Entre a Advocacia Geral da União e as Agências Reguladoras Federais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, novembro/dezembro/janeiro, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.