

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 22

Requerente: Procurador-Geral da República

Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Constitucional. Suposta omissão inconstitucional imputada ao Congresso Nacional, no dever de regulamentação legal acerca da propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (artigo 220, § 4º, da Carta Magna). Preliminar. Impossibilidade jurídica do pedido. Mérito. Inexistência da alegada omissão inconstitucional, uma vez que a norma apontada já foi devidamente regulamentada. O legislador infraconstitucional optou por regulamentar apenas a restrição de propaganda de bebidas com teor alcoólico superior a 13º GL. Autorregulamentação, por parte da sociedade civil, em relação às bebidas alcoólicas leves. Manifestação pelo não conhecimento da presente acção e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, vem, respeitosamente, manifestar-se sobre a presente acção direta de inconstitucionalidade por omissão.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta pelo Procurador Geral da República, em que se sustenta a ocorrência de omissão inconstitucional imputada ao Congresso Nacional, no dever de regulamentação legal acerca da propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (artigo 220, § 4º, da Constituição da República¹).

Alega, nesse sentido, que a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, realizou regulamentação apenas parcial acerca do tema, uma vez que se restringe às bebidas cujo teor alcoólico é superior a treze graus Gay Lussac (13º GL).

Requer o autor, portanto, a declaração da suposta omissão inconstitucional apontada, para que *“seja declarada a mora legislativa parcial quanto à regulamentação do art. 220, § 4º, da Constituição, com extensão das normas previstas na Lei nº 9.294/96 a todas as bebidas alcoólicas, independentemente do seu teor de álcool, até que seja superada a lacuna legislativa”* (fls. 16/17 da petição inicial).

O presente feito foi despachado pela Ministra Relatora Cármen Lúcia, que, nos termos do artigo 12 da Lei nº 9.868/99, solicitou informações

¹ “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.
(...)”

§ 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.”

ao Congresso Nacional e determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, o Senado Federal manifestou-se, preliminarmente, pela impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o requerente “*pugna por uma decisão concretista geral que supra a suposta omissão mediante a extensão do regramento de propaganda aplicável às bebidas alcoólicas com titulação superior a 13º Gay Lussac*” (fl. 10 das informações), o que não se coadunaria com o propósito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No mérito, pronunciou-se pela inexistência de omissão inconstitucional do Poder Legislativo em regulamentar a norma apontada pelo requerente, tendo em vista que “*o Congresso Nacional entendeu, no momento de elaboração da lei pertinente, que a publicidade de bebidas alcoólicas com teor inferior a 13º já estava bastante limitada pelos controles sociais pertinentes*” (fl. 17 das informações).

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – PRELIMINAR: DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Como visto, a presente ação de fiscalização abstrata de constitucionalidade tem por objeto suposta omissão, por parte do Congresso Nacional, em regulamentar a propaganda de bebidas alcoólicas com teor inferior a treze graus Gay Lussac (13º GL).

Nesse sentido, o requerente pretende a “*extensão das normas previstas na Lei nº 9.294/96 a todas as bebidas alcoólicas, independentemente do seu teor de álcool, até que seja superada a lacuna legislativa*” (fls. 16/17 da petição inicial).

A pretensão, no entanto, não encontra guarida na jurisprudência desse Excelso Tribunal, que é pacífica no sentido de não ser possível ao Poder Judiciário adotar providências com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente, pois isso afrontaria a independência conferida ao Poder Legislativo para o exercício de sua função precípua de legislar. Confira-se a ementa adiante colacionada:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. (...) INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir providimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. (...)”
(ADI nº 1439-MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 22/05/1996, Publicação em 30/05/2003; grifou-se).

A propósito, confira-se o entendimento de Luís Roberto Barroso:

“Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobreponem ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade.”

Sendo assim, mostra-se juridicamente impossível o pleito do requerente no sentido de que essa Corte Excelsa determine a extensão dos efeitos da Lei nº 9.294/96 a hipóteses não contempladas no mencionado diploma, tendo em vista que a pretensão exposta acabaria por malferir o princípio da separação de Poderes.

III – DO MÉRITO

De acordo com a tese exposta pelo requerente, a ausência parcial de regulamentação do artigo 220, § 4º, da Carta Magna configuraria omissão legislativa inconstitucional, uma vez que a Lei nº 9.294/96 apenas tratou da limitação à propaganda de bebidas com teor alcoólico superior a 13º GL, embora o citado dispositivo constitucional não faça qualquer limitação quanto à graduação alcoólica.

A alegação, contudo, não merece prosperar.

Com efeito, o § 4º do artigo 220 da Constituição Republicana preceitua que a propaganda comercial de bebidas alcoólicas, dentre outros

produtos, *“estará sujeita a restrições legais”*, contendo, *“sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”*.

Em cumprimento ao referido dispositivo constitucional, foi editada a Lei federal nº 9.294, de 15 de julho de 1996, a qual *“dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas”*. De acordo com o parágrafo único de seu artigo 1º, *“consideram-se bebidas alcoólicas, para efeito desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac”*.

Entende o requerente restar evidenciada a omissão legislativa parcial em decorrência da limitação realizada pela lei federal, que não considera como alcoólicas, para fins de restrições à propaganda comercial, as bebidas com teor igual ou inferior a 13º GL.

Todavia, tal omissão não se verifica. Isso porque, consoante bem explanado nas informações prestadas pelo Senado Federal, foi proposital a imposição de limite às restrições e condições fixadas pela lei às propagandas de bebidas. De fato, após a realização de diversos debates e proposições legislativas, sobreveio a conclusão no sentido de ser desproporcional a aplicação isonômica de tais restrições às bebidas alcoólicas e àquelas consideradas potáveis com teor alcoólico inferior a 13º GL. Tal distinção repousa, inclusive, em previsão expressa constante do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.294/96.

Nessa linha, a justificativa da proposta que originou o mencionado ato legislativo federal já pontuava a necessidade de criar distinção entre bebidas de baixo e alto teores alcoólicos, tendo em vista, dentre outros aspectos, que o consumo moderado de álcool é fato comum e a sua utilização, em doses recomendadas, pode até trazer benefícios à saúde. Veja-se (fl. 6 das informações do Senado):

“Os produtos alcoólicos completam o elenco daqueles sujeitos à propaganda com restrições.

Aqui as nuances são evidentes: não há dúvidas de que sua ingestão moderada pode ser até mesmo estimulada. Ao que parece, o álcool, em pequena quantidade, pode até ser benéfico à saúde, diminuindo a formação das chamadas lipoproteínas de alta densidade e contribuindo para reduzir o risco do infarto do miocárdio.

Além disso, desde tempos imemoriais, o vinho acompanha o homem e, ainda hoje, é produto alimentício cotidiano em diversos países da Europa, geralmente sem prejuízo à saúde. De outro lado, o abuso do consumo de bebida forte, destilada acima de 40% em volume, tem constituído grave problema em quase todo o mundo.

Assim, há que, desde logo, distinguir-se a bebida leve da bebida forte.

O projeto de lei que ora apresentamos procura equilibrar todos esses aspectos. De um lado, por considerar que a publicidade é um fator ponderável ao estímulo do consumo, conseqüentemente da produção e da geração de empregos. De outro, porque pode e deve ser utilizada nos dois sentidos, quando promover a utilização abusiva de produtos necessários, mas de utilização perigosa. E, finalmente, quando conscientiza o cidadão sobre os riscos do consumo de outros produtos.”

Quando referido projeto legislativo fora submetido à deliberação do Plenário do Senado Federal, o respectivo Relator, Senador Cid Sabóia de Carvalho, posicionara-se contrariamente à distinção entre bebidas de alto ou baixo teores alcoólicos, tendo apresentado um substitutivo no qual se excluía o parágrafo único do artigo 1º, em que se fazia tal diferenciação. No entanto, esse substitutivo foi rejeitado pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado, uma vez que ele modificaria “regras já estabelecidas e aceitas por toda a

sociedade como o Código Nacional de Auto Regulamentação Publicitária – CONAR, além de desprezar três anos de discussão da matéria com entidades da sociedade civil” (fl. 8 das informações do Senado Federal).

Após parecer favorável da Comissão de Assuntos Econômicos da referida Casa Legislativa – no qual se pontuara que o projeto “*representou grande união de esforços, no sentido de conferir ao tema tratamento infraconstitucional compatível com a realidade nacional. Nesse sentido, buscou-se conciliar o inarredável interesse dos consumidores, com as políticas governamentais (...)*”² – e nova apreciação por parte do Plenário do citado órgão legislativo, o projeto fora aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados, que também o aprovou integralmente e o submeteu à sanção presidencial.

Diante desse breve histórico, vê-se claramente que foi uma opção consciente do legislador excluir as bebidas de baixo teor alcoólico da regulamentação levada a efeito pela Lei nº 9.294/96. Também resta evidente que tal exclusão não se deu de modo arbitrário ou insipiente, mas após a ponderação dos diversos fatores sociais e econômicos envolvidos e diante da participação da sociedade civil no debate.

Vale transcrever, a esse respeito, os seguintes excertos da manifestação apresentada pelo Senado Federal (fls. 13/14):

“A motivação para a rejeição da emenda citada, que previa a aplicação das restrições a todas as bebidas alcoólicas, consta do Parecer do Senador Gilvam Borges, aprovado pelo Plenário da

² Fls. 09/10 das informações do Senado Federal.

CAS, e diz respeito a dois fundamentos: primeiro, porque a emenda modificava as regras estabelecidas e amplamente aceitas pela sociedade civil no CONAR (Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária); segundo, por alegadamente desprezar os debates havidos, até então, com as entidades da sociedade civil.

Veja-se, portanto, que o Senado Federal debateu efetivamente a questão, entendendo adequada a restrição da publicidade, por meio de Lei, apenas para as bebidas alcoólicas com titulação superior a 13°Gay Lussac.

E mais: houve expressa manifestação do Poder Legislativo, no caso, no sentido da suficiência dos padrões já utilizados quanto às limitações de publicidade de cervejas e vinhos, notadamente em virtude da autorregulamentação publicitária realizada pela sociedade civil por meio do CONAR.

Aqui, vem à baila um instituto de importância enorme no direito e na filosofia: o princípio da subsidiariedade.

(...)

O princípio da subsidiariedade, em síntese, determina que a sociedade maior (como o Poder Público) somente deve agir quando as sociedades menores não puderem, por suas próprias forças, deixar suficientemente a salvo as exigências do bem comum.

Em outras palavras, o Poder Público não deve tomar o lugar na proteção de um determinado bem jurídico se uma comunidade menor (a família, a associação profissional, etc.), por outros meios, tutela o mesmo bem suficientemente.”

Acerca da regulação do assunto por parte da sociedade civil, oportuno fazer referência ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, associação sem fins lucrativos que, de acordo com seu estatuto social (artigo 5º, incisos I e V), tem por finalidades, dentre outras, “*zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas de propaganda, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que prevalecerão sobre quaisquer outras*” e “*atuar como instrumento de concórdia entre veículos de comunicação e anunciantes, e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores*”³.

³ Extraído do sítio eletrônico <http://www.conar.org.br/>. Visualizado em 29/01/2013.

O referido Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária foi instituído em 1980 por seis associações ligadas às agências de propaganda e veículos de comunicação⁴, tendo posteriormente havido a adesão de outras associações, representativas de outros veículos, como emissoras de televisão por assinatura e internet.

No mencionado Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária há normas específicas quanto à publicidade de bebidas alcoólicas. O Anexo A traz a definição de bebida alcoólica para os efeitos da ética publicitária. Veja-se:

“Considera-se bebida alcoólica, para os efeitos da ética publicitária, aquela que como tal for classificada perante as normas e regulamentos oficiais a que se subordina o seu licenciamento. Este Código, no entanto, estabelece distinção entre três categorias de bebidas alcoólicas: as normalmente consumidas durante as refeições, por isso ditas de mesa (as Cervejas e os Vinhos, objetos do Anexo ‘P’); demais bebidas alcoólicas, sejam elas fermentadas, destiladas, retificadas ou obtidas por mistura (normalmente servidas em doses, cuja publicidade é disciplinada pelo Anexo ‘A’); e a categoria dos ‘ices’, ‘coolers’, ‘álcool pop’, ‘ready to drink’, ‘malternatives’, e produtos a eles assemelhados, em que a bebida alcoólica é apresentada em mistura com água, suco ou refrigerante, enquadrada em Anexo próprio (o Anexo ‘T’), e no Anexo ‘A’, quando couber.

As normas éticas que se seguem complementam as recomendações gerais deste Código e, obviamente, não excluem o atendimento às exigências contidas na legislação específica.

1. Regra geral: *por tratar-se de bebida alcoólica — produto de consumo restrito e impróprio para determinados públicos e situações — deverá ser estruturada de maneira socialmente responsável, sem se afastar da finalidade precípua de difundir marca e características, vedados, por texto ou imagem, direta ou indiretamente, inclusive slogan, o apelo imperativo de consumo e a*

⁴ ABAP - Associação Brasileira das Agências de Propaganda; ABA - Associação Brasileira de Anunciantes; ANJ - Associação Nacional de Jornais; ABERT - Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão; ANER - Associação Nacional de Editores de Revistas; e Central de Outdoor.

oferta exagerada de unidades do produto em qualquer peça de comunicação.”

Os Anexos A, P e T do Código sob exame traçam, portanto, toda a regulamentação necessária sobre a matéria, envolvendo a temática da proteção a crianças e adolescentes, o consumo responsável de bebidas alcoólicas, os horários de veiculação de propaganda, a inserção de cláusula de advertência (frases como “beba com moderação”, “evite o consumo excessivo de álcool”, capazes de refletir a responsabilidade social da publicidade) a ser adotada para cada tipo de propaganda, dentre outros aspectos.

Como se vê, existe um controle social eficaz sobre a publicidade de bebidas alcoólicas, tanto as de alto como as de baixo teor alcoólico. Dessa feita, consoante pontuado na manifestação do Senado Federal, *“a decisão de não legislar pode ser, como parece o caso presente, uma decisão legítima, desde que o bem jurídico continue amparado”* (fl. 17). Ainda a esse respeito, observe-se:

“O Congresso Nacional entendeu, no momento da elaboração da lei pertinente, que a publicidade de bebidas alcoólicas com teor inferior a 13° já estava bastante limitada pelos controles sociais pertinentes; parece que tal entendimento, de fato, é razoável, pois obedece ao princípio da subsidiariedade - que é uma decorrência da dignidade humana e da liberdade, ambos preceitos elevados ao mais alto patamar de proteção constitucional na ordem jurídica pátria.

Usando conceitos mais em voga, poder-se-ia dizer que a limitação, por via de lei ordinária, da publicidade de bebidas alcoólicas inferiores a 13° não passou pelo teste de proporcionalidade efetuado pelo legislador, dada a ausência, no caso, do subprincípio da necessidade - em vista da existência presente de meio menos gravoso para a realização dos mesmos objetivos, notadamente a autorregulamentação.

Da mesma maneira, viu-se que o legislador distinguiu, intencionalmente, as bebidas 'fortes' e as bebidas 'fracas', sendo o

consumo das últimas considerado até mesmo saudável, fazendo parte de nossa cultura.

Associam-se os problemas sociais de maior gravidade às bebidas 'fortes' e, por isso, entendeu-se que apenas estas bebidas deveriam sofrer uma restrição legal - de caráter mais estável e rigoroso.

Desse modo, quanto às bebidas de teor alcoólico menor, percebe-se que não haveria também proporcionalidade em sentido estrito entre os bens restringidos (liberdade de comunicação e de imprensa, livre atividade econômica, com efeitos em todo mercado publicitário, etc.) e o mal a ser evitado (publicidade de bebidas como cervejas e vinhos, cujas restrições já existem por via de autorregulamentação).

Por essas razões, entende-se razoável a distinção estabelecida entre as normas aplicáveis à publicidade de bebidas alcoólicas com titulação superior a 13° Gay Lussac - que sofrem restrição legal - e daquelas referentes às bebidas com titulação inferior, para as quais o legislador entendeu suficiente a regulação exercida pela sociedade civil.”

Percebe-se, portanto, a existência de mecanismos aptos a garantir à sociedade a possibilidade de se defender da propaganda de bebidas alcoólicas que possam ser nocivas à saúde. Tais mecanismos encontram-se consubstanciados tanto na Lei federal nº 9.294/96 quanto na autorregulamentação do tema por parte da sociedade civil, através de órgãos como o CONAR.

Em suma, o fato de o legislador infraconstitucional ter optado por realizar a restrição apenas quanto à propaganda de bebidas alcoólicas de teor mais elevado não configura omissão legislativa inconstitucional. Conforme Dirley da Cunha Júnior⁵, “o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’. Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção indevida, ou seja, em não

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 5. ed., Bahia: Jus Podium, 2011, pp. 249-250. Grifos apostos.

fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma ‘certa e determinada’”.

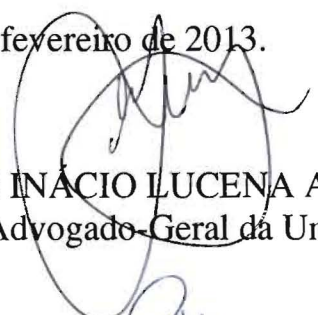
Diante desse panorama, não se verifica abstenção legislativa justificadora do cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto ao artigo 220, § 4º, da Lei Maior, razão pela qual não deve ser acolhida a pretensão do autor.

IV – DA CONCLUSÃO

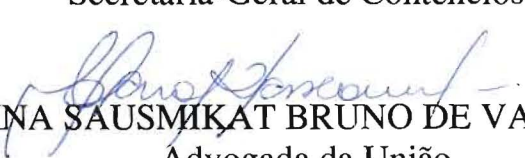
Diante do exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente ação e, no mérito, pela improcedência do pedido, diante da ausência de omissão inconstitucional atribuível ao Congresso Nacional, no que diz respeito à regulamentação do artigo 220, § 4º, da Carta Magna.

São essas, Excelentíssima Senhora Relatora, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

Brasília, 05 de fevereiro de 2013.


LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso


CAROLINA SAUSKAT BRUNO DE VASCONCELOS
Advogada da União