

22/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CERVEJA - CERVBRASIL**
ADV.(A/S) : **ANDRÉ CYRINO E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT**
ADV.(A/S) : **EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA - ABP**
ADV.(A/S) : **ALAN VENDRAME E OUTRO(A/S)**

EMENTA: *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13° GL). AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO COM EFEITOS VINCULANTES.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, por maioria, **em conhecer da ação**, vencido o Ministro Marco Aurélio, que declarava o autor parcialmente

ADO 22 / DF

carecedor da ação. Por unanimidade, **julgou improcedente a ação**, acentuando-se que, transitada em julgado, esta decisão tem efeito vinculante, tudo nos termos do voto da Relatora. Impedido o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, que representa o Tribunal na "Brazil Conference", na Universidade de Harvard, e na "Brazilian Undergraduate Student Conference", na Universidade de Columbia, Estados Unidos. Falaram, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira da Indústria da Cerveja – CERVBASIL, o Dr. Gustavo Binenbojm, OAB/RJ 83.152, e pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, o Dr. Eduardo Antônio Lucho Ferrão, OAB/DF 9378.

Brasília, 22 de abril de 2015.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CERVEJA - CERVBRASIL**
ADV.(A/S) : **ANDRÉ CYRINO E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT**
ADV.(A/S) : **EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA - ABP**
ADV.(A/S) : **ALAN VENDRAME E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Procurador-Geral da República contra *“omissão legislativa parcial, tendo em vista ausência prolongada de regulamentação acerca da propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13º GL), em desacordo com o comando constitucional previsto no art. 220, § 4º”*.

O caso

2. O Autor sustenta que, embora o art. 220, § 4º, da Constituição da República preveja que *“a propaganda de bebidas alcoólicas estará sujeita a restrições legais, incluída advertência, sempre que necessário, sobre os malefícios decorrentes de seu uso”*, a Lei nacional n. 9.294/1996, que cuida da matéria, prevê *“regulamentação (...) apenas parcial, visto que a própria lei, no que tange especificamente às bebidas alcoólicas, restringiu seus efeitos àquelas bebidas com teor alcoólico superior a treze graus (13º GL)”* (grifos nossos).

ADO 22 / DF

Assevera o Autor coincidir o objeto da presente ação com o da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.755/DF que, nos termos do voto do Ministro Nelson Jobim, então relator, não foi conhecida, por maioria, pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal porque *“se tratava, na hipótese, de uma omissão legislativa parcial, de modo que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado não se prestaria para atingir a finalidade almejada – a regulamentação constitucional e, em última análise, a proteção da sociedade – o que somente seria possível através da extensão da norma (legislador positivo), e não de sua supressão”*.

Destaca haver projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (PL 2733 e PL 4846, por exemplo) que, entretanto, não têm sido objeto de deliberações pelas Casas Legislativas, o que evidenciaria a *“omissão legislativa parcial, agravada pelo desarrazoado transcurso de tempo, em assunto de relevante interesse social”*.

Pede *“seja declarada a mora legislativa parcial quanto à regulamentação do art. 220, § 4º, da Constituição, com extensão das normas previstas na Lei n. 9.294/96 a todas as bebidas alcoólicas, independentemente do seu teor de álcool, até que seja superada a lacuna legislativa”*.

3. Em 10.12.2012, adotei o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999.

4. A CERVBRASIL – Associação Brasileira da Indústria da Cerveja e a ABERT – Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão foram admitidas como *amici curiae*.

5. Em suas informações, o Senado Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, por sua improcedência.

Após relatar a tramitação do Projeto de Lei (n. 4.556/1989 - Câmara dos Deputados e n. 114/1992 – Senado Federal) que se converteu na Lei n. 9.294/1996, o Senado Federal argumentou que *“o pedido formulado pelo*

ADO 22 / DF

autor na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade desborda do regramento legal aplicável à espécie [porque] a lei não autoriza o Supremo Tribunal Federal, sponte propria, a suprir a eventual omissão inconstitucional, mas prescreve tão somente que a Corte determine a adoção de providências - e possibilita, em caso de cautelar (art. 12-F), a suspensão da eficácia da norma impugnada no caso de omissão parcial (...) Assim, diante da impossibilidade jurídica do pedido, requer-se o não conhecimento da ADO”.

No mérito, defendeu a improcedência do pedido.

Alegou que “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 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”.

Invocando o princípio da subsidiariedade, alegou que o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR “*conta com a adesão dos maiores veículos de comunicação de nosso País, tendo força expressiva e suficiente para fazer valer as suas decisões em caso de violações éticas ou ao Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária. (...) O fato deste controle - e, portanto, do amparo ao bem jurídico constitucionalmente tutelado - ser exercido prevalentemente por uma entidade da sociedade civil não deve causar espanto, nem provocar, per se, o entendimento de omissão inconstitucional do legislador”.*

Pondera que “*a decisão de não legislar pode ser, como parece o caso presente, uma decisão legítima, desde que o bem jurídico continue amparado (...)*

ADO 22 / DF

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”.

Conclui 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. (...) 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)”.

6. *A Advocacia-Geral da União manifestou-se, preliminarmente, pela “impossibilidade jurídica do pedido (...) [porque] a pretensão (...) 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”.*

No mérito, sustentou a improcedência do pedido ao argumento de ter sido “uma opção consciente do legislador excluir as bebidas de baixo teor alcoólico da regulamentação levada a efeito pela Lei n. 9.294/96, (...) resta[ndo] 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”.

ADO 22 / DF

Destacou que no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária *“há normas específicas quanto à publicidade de bebidas alcoólicas (...), [a evidenciar] 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 n. 9.294/96 quanto na autorregulamentação do tema por parte da sociedade civil, através de órgãos como o CONAR”*.

Aduziu *“não se verifica[r] 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”*.

7. A Procuradoria-Geral da República, reiterando os argumentos apresentados na petição inicial, manifestou-se *“pelo conhecimento e procedência do pedido”*.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

22/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Objeto da presente ação é alegada omissão parcial inconstitucional do Congresso Nacional em regulamentar a propaganda de bebidas alcoólicas com teor inferior a 13° Gay Lussac.

2. O Autor sustenta que, embora previsto no art. 220, § 4º, da Constituição da República que *“a propaganda de bebidas alcoólicas estará sujeita a restrições legais, incluída advertência, sempre que necessário, sobre os malefícios decorrentes de seu uso”*, na Lei nacional n. 9.294/1996, sobre a matéria, está estabelecida a *“regulamentação (...) apenas parcial, visto que a própria lei, no que tange especificamente às bebidas alcoólicas, restringiu seus efeitos àquelas bebidas com teor alcoólico superior a treze graus (13° GL)”* (grifo nosso).

3. O art. 220, § 4º, da Constituição da República dispõe:

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

(...)

§ 3º - Compete à lei federal:

(...)

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que

ADO 22 / DF

necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

4. A discussão sobre propaganda de bebidas alcoólicas não é inédita neste Supremo Tribunal.

5. Na assentada de 15.10.1998, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.755/DF, Relator o Ministro Nelson Jobim, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal concluiu:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI FEDERAL. RESTRIÇÕES AO USO E À PROPAGANDA DE PRODUTOS FUMÍGEROS, BEBIDAS ALCOÓLICAS, ETC. IMPUGNAÇÃO DO DISPOSITIVO QUE DEFINE O QUE É BEBIDA ALCOÓLICA PARA OS FINS DE PROPAGANDA. ALEGADA DISCRIMINAÇÃO LEGAL QUANTO ÀS BEBIDAS COM TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC. A SUBTRAÇÃO DA NORMA DO CORPO DA LEI, IMPLICA EM ATUAR ESTE TRIBUNAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, O QUE LHE É VEDADO. MATÉRIA PARA SER DIRIMIDA NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL. PRECEDENTES. AÇÃO NÃO CONHECIDA” (DJ 18.5.2001).

Em seu voto, o Ministro Nelson Jobim destacou:

“O dispositivo impugnado define o âmbito de aplicação das regras limitadoras da propaganda comercial.

Leio:

Art. 1º.

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

O legislador entendeu de limitar a aplicação das específicas restrições que criou às bebidas com teor alcoólico superior a 13º Gay Lussac.

Está a Câmara dos Deputados discutindo o Projeto de Lei 3358/97 (Dep. Elias Murad).

Lá se debate a extensão, ou não, dessas mesmas restrições às

ADO 22 / DF

bebidas com teor alcoólico inferior a 13° Gay Lussac.

Vê-se, desde logo, que o pedido, nesta ação, importa em pretender transformar o STF em legislador positivo.

Se declararmos a inconstitucionalidade da regra, estaremos estendendo as restrições da lei a âmbito por ela não alcançado e desejado.

A Constituição determina que “a propaganda comercial de ... bebidas alcoólicas, ... estará sujeita a restrições legais, ...” (art. 220, §4º).

Atribui a Constituição à “lei federal ... estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem ... da propaganda de produtos ... nocivos à saúde ...” (art. 220, §3º, II).

O legislador, na linha determinada pela Constituição, resolveu dispor, na Lei 9.294/96, sobre o uso e a propaganda de “produtos fumíferos”, “de bebidas alcoólicas com teor superior a 13° Gay Lussac”, de medicamentos e de defensivos agrícolas.

Não dispôs a lei sobre bebidas com teor alcoólico inferior a 13° Gay Lussac (cerveja, vinhos, etc.).

Poderia fazê-lo, mas não o fez.

O projeto do Deputado Elias Murad, em tramitação na Câmara dos Deputados, quer estender as restrições da lei à todas as bebidas com qualquer teor alcoólico.

Já o Relator do Projeto diverge.

Quer a introdução de restrições diferenciadas às mencionadas bebidas:

(a) não inserção “... em programas destinados à infância, nem nos intervalos comerciais imediatamente anteriores ou posteriores, inclusive nos filmes de classificação livre para qualquer idade”;

(b) conter “... a advertência que o uso excessivo é prejudicial à saúde nos pôsteres, painéis, cartazes, jornais e revistas;

(c) não utilização “... de modelos ou personagens menores de 18 anos” (fls. 194/195).

Está a Câmara dos Deputados discutindo a matéria.

Na verdade, o PARTIDO LIBERAL pretende, ao fim e ao cabo, ampliar o âmbito de aplicação da lei, que foi expressamente definido

ADO 22 / DF

pelo legislador.

Não será este Tribunal, pela via da declaração de inconstitucionalidade, que irá decidir qual a melhor forma de tratar o tema.

Tal pretensão fere jurisprudência assentada.

Leio:

“... Ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato, somente assiste o poder de atuar como legislador negativo. Não lhe compete, em consequência, praticar atos que importem em inovação de caráter legislativo, tal como a modificação da data já fixada pelo Congresso Nacional para a realização de eleições municipais” (ADI 779, CELSO DE MELLO)

Poder-se-ia, no máximo, entender que há omissão do Congresso Nacional na disciplina da propaganda das bebidas com teor alcoólico inferior a 13º Gay Lussac.

O pedido do PARTIDO LIBERAL é pela declaração da inconstitucionalidade de dispositivo expresso.

Nada quanto à eventual inconstitucionalidade por omissão.

O lugar próprio para a pretensão do PARTIDO LIBERAL é o Congresso Nacional.

Não conheço da ação” (DJ 18.5.2001).

O Ministro Sepúlveda Pertence enfatizou:

“não conheço da ação direta pois, de fato, o que se tem é uma imputação de inconstitucionalidade por omissão: pretende o Partido que se deveria ter restringido, também, a publicidade de bebidas alcoólicas de menor teor alcoólico. (...)

Gramaticalmente, sim, daria para cortar palavras. Mas, na verdade, o que se pretende é abranger hipótese que o legislador não quis compreender na norma proibitiva.

Indaga-se: a Constituição manda estendê-la? Não, a Constituição submete a propaganda de bebidas alcoólicas às restrições da lei: não obriga a existência de tais restrições; e, sobretudo, não pode obrigar a que as restrições da lei, sejam estendidas à universalidade das bebidas alcoólicas. O legislador será o juiz do alcance das restrições que estabelecer”(DJ 18.5.2001).

ADO 22 / DF

Ao votar, o Ministro Néri da Silveira ponderou:

“Mas aqui o que a Constituição quer? Quer que haja uma proteção para saúde, impedindo propaganda quanto a bebidas alcoólicas. Agora, o que são bebidas alcoólicas?” (DJ 18.5.2001).

Seguiram-se os debates:

“O SR MINISTRO MOREIRA ALVES - Vejam V. Ex^a, o Ministro Velloso, a princípio, parece que estava interpretando esse inciso da Constituição no sentido de que todas as bebidas alcoólicas, necessariamente, têm que sofrer restrição, mas não é isso, por isso que salientei: E os medicamentos? Quer dizer que todos os medicamentos têm que ter uma restrição de propaganda?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: E mais, restrições idênticas. Ainda que na Constituição se pudesse ler que todas as bebidas devesses sofrer restrições, então o legislador teria cumprido pela metade o seu mandato. Mas isso é inconstitucionalidade por omissão relativa.

O SR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Veja o que diz o § 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 conterà, sempre que necessário, advertência sobre malefícios decorrentes do seu uso.”

Então a Lei entende que o legislador é quem vai disciplinar essa matéria.

Agora, vem uma determinada disciplina contra a qual se diz ser ela uma disciplina que atenta contra essa norma. Se atenta contra essa norma, ou não atenta, é mérito.

É razoável estabelecer que somente as bebidas que tenham um teor acima de treze graus é que ficam sujeitas? Vamos ver se isso é razoável ou não. Se entendemos que é razoável, estamos fazendo um juízo de mérito. Estaremos, por isso mesmo, julgando improcedente a ação, entendendo que esta Lei não é inconstitucional” (DJ 18.5.2001).

6. Naquele julgamento, este Supremo Tribunal Federal, por maioria,

ADO 22 / DF

assentou o não cabimento da ação, ao fundamento de não lhe competir agir como se legislador fosse, para ampliar as restrições afetas à propaganda de bebidas alcoólicas.

7. Na espécie vertente, autuado o processo originalmente como Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.881, busca o Autor *“seja declarada a mora legislativa parcial quanto à regulamentação do art. 220, § 4º, da Constituição, com extensão das normas previstas na Lei n. 9.294/96 a todas as bebidas alcoólicas, independentemente do seu teor de álcool, até que seja superada a lacuna legislativa”*.

8. A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou, com fundamento na interpretação dos princípios da harmonia e independência entre os poderes, a impossibilidade de, em sede jurisdicional, criar-se norma geral e abstrata em substituição ao legislador.

9. No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.439/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, o Plenário deste Supremo Tribunal afirmou:

“EMENTA: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare,

ADO 22 / DF

resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo 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 provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente” (DJ 30.5.2003, grifos nossos).

10. Na espécie em foco, o primeiro item a ser considerado é se haveria a alegada parcial omissão inconstitucional em matéria de propaganda de bebida alcoólica.

11. No exercício da atribuição conferida pelo Poder Constituinte Originário, o legislador federal aprovou a Lei n. 9.294/1996:

“Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996

Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Art. 1º O uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e

ADO 22 / DF

de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

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

Constava do Projeto de Lei n. 4.556/1989, de autoria do Deputado Elias Murad e outros:

“Art. 5º. Considera-se, para efeito desta Lei, bebida alcoólica, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a 13 (treze) graus Gay Lussac”.

No projeto se apresentam as seguintes justificativas:

“Os produtos alcoólicos completam o elenco daqueles sujeitos à propaganda com restrições. Aqui, as nuances são evidentes: não há dúvida 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 de infarto no 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 da 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 os 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 e de outros produtos.

Acreditamos que o presente projeto se situa dentro do razoável e

ADO 22 / DF

representa uma importante conquista para aqueles que são vítimas, indiretas e inocentes, do uso indiscriminado e abusivo dos produtos cuja publicidade esta lei regulamenta”.

O Presidente do Senado Federal expõe em suas informações que,

“o projeto ganhou substitutivo na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, ocupando a disposição em tela o parágrafo único do art. 1º, com idêntico teor ao art. 5º da proposição original.

Finalmente aprovado na Câmara, por meio das comissões, o projeto seguiu para o Senado Federal, onde a proposta foi autuada como Projeto de Lei da Câmara n. 114/1992 e apensada a outras propostas análogas.

Com base na aprovação de requerimento nº 196/93, o projeto foi submetido à deliberação do plenário, onde recebeu parecer de plenário, de relatoria de Sua Excelência o Senador CID SABÓIA DE CARVALHO, em substituição à Comissão de Assuntos Sociais.

Neste parecer, o relator enfrentou o mérito da questão, posicionando-se contrariamente a distinção entre bebidas alcoólicas fortes ou fracas. Argumentou, de modo central, que o favorecimento de bebidas 'de iniciação', cujo uso é mais frequente entre adolescentes.

Afirma o relator:

Discordamos, no caso das bebidas alcoólicas, do disposto no parágrafo único, do art. 1º, do PLC nº 114, de 1992, de autoria do eminente Deputado Elias Murad e outros, quando diz: "Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeito desta lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a 13 (treze) graus Gay Lussac”.

Ora, a exclusão de bebidas alcoólicas de titulação abaixo de 13º vem frustrar completamente o escopo da própria lei, pois favorece ainda mais aquelas bebidas chamadas pela literatura especializada 'de iniciação', que se situam em graus alcoólicos abaixo dos)3”, sendo as mais comuns o vinho e a cerveja. Esta, sobretudo, é a responsável pelo estupendo aumento do consumo de álcool, no mundo, nos últimos vinte anos, coincidentemente

ADO 22 / DF

pela elevação rápida e exponencial de seu uso na América Latina, na Ásia, e nos países africanos, geralmente após a implantação de cervejarias transnacionais, o que parece não ser o caso do Brasil, mas que de qualquer forma entrou na onda de publicidade massificante. É de se ressaltar que seu uso é de longe mais frequente entre a população jovem, inclusive adolescentes, daí o seu epíteto de 'bebida de iniciação'. (...)

Ademais, tanto a cerveja quanto o vinho levam facilmente à embriaguez ou senão a alterações fisiológicas importantes e potencialmente nocivas ao indivíduo ou a terceiros”.

No substitutivo apresentado, é excluído o parágrafo único do art. 1º do projeto de lei.

Em virtude de aprovação de requerimento de tramitação conjunta, o processo voltou à Comissão de Assuntos Sociais, sem votação do parecer anteriormente apresentado pelo Relator em Plenário, Senador CID SABÓIA, em substituição ao Senador AMIR LANDO.

Na Comissão, o projeto recebeu o Parecer nº 332, de 1995, de autoria do Senador GILVAM BORGES. Aqui, o anterior substitutivo foi convertido em proposta de emenda nº I, analisada no parecer nos seguintes termos:

Trata-se de substitutivo integral que, sem dúvida, enriquece a discussão da matéria, mas altera integralmente o texto original do PLC 114/92, modificando substancialmente 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.

Pela rejeição”.

Este parecer foi aprovado pela Comissão em 3/5/1995. Assim, o substitutivo apresentado pela Comissão de Assuntos Sociais voltou a contar com o parágrafo único do art. 1º, considerando bebidas alcoólicas apenas aquelas com titulação superior a 13º.

Encaminhado o processo à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, foi emitido o Parecer nº 333, de 1995, também de autoria do Senador GILVAM BORGES. Neste documento, Sua

ADO 22 / DF

Excelência ressalta:

Submetido à apreciação do Senado Federal, o Projeto de Lei da Câmara nº 114, de 1992, de autoria do ilustre Deputado Federal Elias Murad, foi inicialmente, distribuídos à Comissão de Assuntos Sociais, em 11 de dezembro de 1992.

Durante a tramitação das proposições em epígrafe, foi deliberado, através do Requerimento nº 839, de 1993, subscrito pelo ilustre Senador João Rocha, que estas deveriam ser submetidas à apreciação desta Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal.

Louvável e compreensível a preocupação do Senador João Rocha, quanto aos aspectos econômicos envolvidos na matéria em discussão, haja vista que o objeto dos projetos de lei atingem a indústria do fumo e derivados, de bebidas alcoólicas, de terapia e de defensivos agrícolas. Estes setores, conforme é de público conhecimento, representam parcela considerável do produto interno bruto brasileiro, além de grande fonte de arrecadação tributária.

Convém ressaltar, contudo, que, por maior que sejam esta importância e relevância elas devem ser meras coadjuvantes à preocupação do poder público com a saúde da população. Será portanto, dentro deste espírito, que apreciaremos o mérito das proposições.

Ao Projeto de Lei da Câmara, n. 114, de 1992, foram anexadas o Projeto de Lei da Câmara nº 131, de 1992, (PL nº 1.603-B de 1991 na origem), que institui a obrigatoriedade da colocação de frase de advertência nas embalagens, rótulos e bulas de medicamentos "e os Projetos de Lei do Senado n. 344, de 1991, que regulamenta e disciplina o uso de propagandas de bebidas alcoólicas e dá outras providências", e nº 19, de 1995, que" obriga a inserção da advertência, no rótulo dos recipientes de bebidas alcoólicas, de serem os efeitos destas bebidas prejudiciais à saúde e dá outras providências. Também foram apresentadas ao PLC n. 114, de 1992, na Comissão de Assuntos Sociais, 17 emendas, subscritas pelos Senhores Senadores Amir Lando, Meira Filho e Esperidião Amin.

ADO 22 / DF

A Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal aprovou, por unanimidade, Substitutivo (em anexo) que 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 consubstanciadas no Portaria Interministerial n. 477, de 24 de março de 1995, firmada pelos Ministros da Saúde, Adib Jatene, da Justiça, Nelson Jobim e das Comunicações, Sergio Motta.

A citada Portaria, convém sublinhar, resulta de compromisso amplamente negociado por diversas entidades civis representativas, tais como: a ABERT - Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão, a ABA - Associação Brasileira de Agências de Propaganda, a ANJ, Associação Nacional de Jornais, a ANER - Associação Nacional dos Editores de Revistas, e a ABIFUMO - Associação Brasileira da Indústria do Fumo.

Em face de todo o exposto, somos favoráveis à aprovação, por esta Comissão de Assuntos Econômicos, do Projeto de Lei da Câmara n. 114, de 1992, nos termos do substitutivo aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais desta Casa, reiterando que o mesmo conferirá normatividade infraconstitucional à matéria em conformidade com o preceito insculpido n§ 4º do artigo 220, da Constituição Federal, pela prejudicialidade das demais emendas apresentadas, e pelo arquivamento dos seguintes projetos de lei: PLC n. 131, de 1992, PLS n. 344, de 1991 e PLS n. 19, de 1995, cujos escopos foram alcançados pelos Substitutivos apresentado.

Levado ao Plenário, o projeto foi aprovado com a redação oferecida pela Comissão Diretora, conforme Parecer n. 418, de 1995, com mesma redação do substitutivo, no que tange às disposições de que se trata na presente ação.

Encaminhado à Câmara, a emenda do Senado Federal foi integralmente aprovada e submetida à sanção presidencial, o que ocorreu em 15 de julho de 1996”.

ADO 22 / DF

12. Nesse quadro, o Presidente do Senado Federal afirma que

“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 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 130 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. (...)

O citado conselho conta com a adesão dos maiores veículos de comunicação de nosso País, tendo força expressiva e suficiente para fazer valer as suas decisões em caso de violações éticas ou ao Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Há, portanto, eficácia no controle empregado.

Ora, o citado código traz uma série de normas pertinentes à publicidade de bebidas alcoólicas. O anexo P, que trata especificamente de cervejas e vinhos, por exemplo, tem como princípios: a proteção de

ADO 22 / DF

crianças e adolescentes, vedando o direcionamento da propaganda para este público; o consumo com responsabilidade social, determinando que a publicidade não possa induzir consumo exagerado ou irresponsável; a obrigatoriedade de. cláusula de advertência; entre outros.

Verifica-se objetivamente a existência de um controle eficaz sobre a publicidade de bebidas alcoólicas. Não fosse assim, não haveria advertência contra abuso em todo comercial de cervejas, o que decerto ninguém ignora.

O fato deste controle - e, portanto, do amparo ao bem jurídico constitucionalmente tutelado - ser exercido prevalentemente por uma entidade da sociedade civil não deve causar espanto, nem provocar, per se, o entendimento de omissão inconstitucional do legislador.

Certamente o legislador não está obrigado a atuar sempre e em qualquer caso, mas apenas no patamar necessário - e segundo uma orientação própria, de conveniência legislativa - para se buscar a realização plena da vontade da Constituição.

Assim, a decisão de não legislar pode ser, como parece o caso presente, uma decisão legítima, desde que o bem jurídico continue amparado.

Com efeito, em vista do citado princípio da subsidiariedade, pode o Poder Público deixar de cuidar de assuntos que já tenham gestão satisfatória no âmbito da sociedade civil.

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”.

13. O Advogado-Geral da União também se manifestou sobre a ausência de omissão a ser declarada nessa via processual:

“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

ADO 22 / DF

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 13° GL. Tal distinção repousa, inclusive, em previsão expressa constante do parágrafo único do artigo Io da Lei n. 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): (...)

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 Io, 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 pontuava 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 (...)" - 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 n° 9.294/96. Também resta evidente que tal exclusão não se deu de modo arbitrário ou insipiente,

ADO 22 / DF

mas após a ponderação dos diversos fatores sociais e econômicos envolvidos e diante da participação da sociedade civil no debate

(...)

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.

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

14. A constatação de ter sido a matéria amplamente debatida durante sete anos nos quais o Projeto de Lei n. 4.556/1989 tramitou nas Casas do Congresso Nacional é também demonstrada pela aprovação, pelo Poder Legislativo, do Decreto n. 2.018/1996 (regulamentador da Lei n. 9.294/1996), seguida pela instituição da Política Nacional sobre o Álcool, pela qual se dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e respectiva associação com a violência e criminalidade, aprovada pelo Decreto n. 6.117/2007 e complementada pela regulamentação e fiscalização implementadas pelo CONAR.

Consta do Anexo A do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

"BEBIDAS ALCOÓLICAS

Considera-se bebida alcoólica, para os efeitos da ética publicitária, aquela que como tal for classificada perante as normas e

ADO 22 / DF

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.

A publicidade submetida a este Anexo:

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

2. Princípio da proteção a crianças e adolescentes: não terá crianças e adolescentes como público-alvo. Diante deste princípio, os Anunciantes e suas Agências adotarão cuidados especiais na elaboração de suas estratégias mercadológicas e na estruturação de suas mensagens publicitárias. Assim:

a. crianças e adolescentes não figurarão, de qualquer forma, em anúncios; qualquer pessoa que neles apareça deverá ser e parecer maior de 25 anos de idade;

b. as mensagens serão exclusivamente destinadas a público adulto, não sendo justificável qualquer transigência em relação a este princípio. Assim, o conteúdo dos anúncios deixará claro tratar-se de produto de consumo impróprio para menores; não empregará linguagem, expressões, recursos gráficos e audiovisuais

ADO 22 / DF

reconhecidamente pertencentes ao universo infanto-juvenil, tais como animais “humanizados”, bonecos ou animações que possam despertar a curiosidade ou a atenção de menores nem contribuir para que eles adotem valores morais ou hábitos incompatíveis com a menoridade;

c. o planejamento de mídia levará em consideração este princípio, devendo, portanto, refletir as restrições e os cuidados técnica e eticamente adequados. Assim, o anúncio somente será inserido em programação, publicação ou web-site dirigidos predominantemente a maiores de idade. Diante de eventual dificuldade para aferição do público predominante, adotar-se-á programação que melhor atenda ao propósito de proteger crianças e adolescentes;

d. os websites pertencentes a marcas de produtos que se enquadrarem na categoria aqui tratada deverão conter dispositivo de acesso seletivo, de modo a evitar a navegação por menores.

3. Princípio do consumo com responsabilidade social: a publicidade não deverá induzir, de qualquer forma, ao consumo exagerado ou irresponsável. Assim, diante deste princípio, nos anúncios de bebidas alcoólicas:

a. eventuais apelos à sensualidade não constituirão o principal conteúdo da mensagem; modelos publicitários jamais serão tratados como objeto sexual;

b. não conterão cena, ilustração, áudio ou vídeo que apresente ou sugira a ingestão do produto;

c. não serão utilizadas imagens, linguagem ou argumentos que sugiram ser o consumo do produto sinal de maturidade ou que ele contribua para maior coragem pessoal, êxito profissional ou social, ou que proporcione ao consumidor maior poder de sedução;

d. apoiados na imagem de pessoa famosa, adotar-se-ão as mesmas condicionantes dispostas no item 2, letras “a”, “b”, “c” e “d” do Anexo “Q” – Testemunhais, Atestados e Endossos;

e. não serão empregados argumentos ou apresentadas situações que tornem o consumo do produto um desafio nem tampouco desvalorizem aqueles que não bebam; jamais se utilizará imagem ou texto que menospreze a moderação no consumo;

f. não se admitirá que sejam elas recomendadas em razão do teor alcoólico ou de seus efeitos sobre os sentidos;

ADO 22 / DF

g. referências específicas sobre a redução do teor alcoólico de um produto são aceitáveis, desde que não haja implicações ou conclusões sobre a segurança ou quantidade que possa ser consumida em razão de tal redução;

h. não se associará positivamente o consumo do produto à condução de veículos;

i. não se encorajará o consumo em situações impróprias, ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;

j. não se associará o consumo do produto ao desempenho de qualquer atividade profissional;

k. não se associará o produto a situação que sugira agressividade, uso de armas e alteração de equilíbrio emocional e

l. não se utilizará uniforme de esporte olímpico como suporte à divulgação da marca.

4. Horários de veiculação: os horários de veiculação em Rádio e TV, inclusive por assinatura, submetem-se à seguinte disciplinação:

a. quanto à programação regular ou de linha: comerciais, spots, inserts de vídeo, textos-foguete, caracterizações de patrocínio, vinhetas de passagem e mensagens de outra natureza, inclusive o merchandising ou publicidade indireta, publicidade virtual e as chamadas para os respectivos programas só serão veiculados no período compreendido entre 21h30 (vinte e uma horas e trinta minutos) e 6h (seis horas) (horário local);

b. quanto à transmissão patrocinada de eventos alheios à programação normal ou rotineira: as respectivas chamadas e caracterizações de patrocínio limitar-se-ão à identificação da marca e/ou fabricante, slogan ou frase promocional, sem recomendação de consumo do produto. As chamadas assim configuradas serão admitidas em qualquer horário.

5. Cláusula de advertência: Todo anúncio, qualquer que seja o meio empregado para sua veiculação, conterà "cláusula de advertência" a ser adotada em resolução específica do Conselho Superior do CONAR, a qual refletirá a responsabilidade social da publicidade e a consideração de Anunciantes, Agências de Publicidade e Veículos de Comunicação para com o público em geral. Diante de tais compromissos e da necessidade de conferir-lhes plena eficácia, a

ADO 22 / DF

resolução levará em conta as peculiaridades de cada meio de comunicação e indicará, quanto a cada um deles, dizeres, formato, tempo e espaço de veiculação da cláusula. Integrada ao anúncio, a “cláusula de advertência” não invadirá o conteúdo editorial do Veículo; será comunicada com correção, de maneira ostensiva e enunciada de forma legível e destacada. E mais:

a. em Rádio, deverá ser inserida como encerramento da mensagem publicitária;

b. em TV, inclusive por assinatura e em Cinema, deverá ser inserida em áudio e vídeo como encerramento da mensagem publicitária. A mesma regra aplicar-se-á às mensagens publicitárias veiculadas em teatros, casas de espetáculo e congêneres;

c. em Jornais, Revistas e qualquer outro meio impresso; em painéis e cartazes e nas peças publicitárias pela internet, deverá ser escrita na forma adotada em resolução;

d. nos vídeos veiculados na internet e na telefonia, deverá observar as mesmas prescrições adotadas para o meio TV;

e. nas embalagens e nos rótulos, deverá reiterar que a venda e o consumo do produto são indicados apenas para maiores de 18 anos.

6. Mídia exterior e congêneres: por alcançarem todas as faixas etárias, sem possibilidade técnica de segmentação, as mensagens veiculadas em Mídia Exterior e congêneres, sejam “outdoors”, “indoors” em locais de grande circulação, telas e painéis eletrônicos, “back e front lights”, painéis em empenas de edificações, “busdoors”, envelopamentos de veículos de transporte coletivo, peças publicitárias de qualquer natureza no interior de veículos de transporte, veículos empregados na distribuição do produto; peças de mobiliário urbano e assemelhados etc., quaisquer que sejam os meios de comunicação e o suporte empregados, limitar-se-ão à exibição do produto, sua marca e/ou slogan, sem apelo de consumo, mantida a necessidade de inclusão da “cláusula de advertência”.

7. Exceções: estarão desobrigados da inserção de “cláusula de advertência” os formatos abaixo especificados que não contiverem apelo de consumo do produto:

a. a publicidade estática em estádios, sambódromos, ginásios e outras arenas desportivas, desde que apenas identifique o produto, sua

ADO 22 / DF

marca ou slogan;

b. a simples expressão da marca, seu slogan ou a exposição do produto que se utiliza de veículos de competição como suporte;

c. as “chamadas” para programação patrocinada em rádio e TV, inclusive por assinatura, bem como as caracterizações de patrocínio desses programas;

d. os textos-foguete, vinhetas de passagem e assemelhados.

8. Comércio: sempre que mencionar produto cuja publicidade é regida por este Anexo, o anúncio assinado por atacadista, importador, distribuidor, estabelecimento varejista, bar, restaurante e assemelhado estará sujeito às normas aqui previstas, especialmente as contidas no item 5.

9. Salas de espetáculos: a veiculação em cinemas, teatros e salões levará em consideração o disposto no item 2, letra “c”.

10. Ponto de venda: a publicidade em pontos-de-venda deverá ser direcionada a público adulto, contendo advertência de que a este é destinado o produto. As mensagens inseridas nos equipamentos de serviço, assim compreendidos as mesas, cadeiras, refrigeradores, luminosos etc., não poderão conter apelo de consumo e, por essa razão, ficam dispensadas da “cláusula de advertência”.

11. Consumo responsável: este Código encoraja a realização de campanhas publicitárias e iniciativas destinadas a reforçar a moderação no consumo, a proibição da venda e da oferta de bebidas alcoólicas para menores, e a direção responsável de veículos.

12. Interpretação: em razão da natureza do produto, o CONAR, os Anunciantes, as Agências de Publicidade, as Produtoras de filmes publicitários e os Veículos de comunicação adotarão a interpretação mais restritiva para as normas dispostas neste Anexo.

Aprovado pelo Conselho Superior do CONAR em 18/02/08.

Resolução que disciplina a formatação das “cláusulas de advertência”.

Nos termos da Resolução n. 1/2008 do Conselho Superior do CONAR, no Anexo A do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária se estabelece:

“Conselho Superior do CONAR

ADO 22 / DF

RESOLUÇÃO Nº01./08 REF. ANEXO "A"

Complementa o Anexo "A" - Bebidas Alcoólicas, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, de 18/2/08.

O Conselho Superior do CONAR resolve:

1. A "cláusula de advertência" prevista no item 5 do Anexo "A" conterá uma das seguintes frases:

- "BEBER COM MODERAÇÃO"*
- "A VENDA E O CONSUMO DE BEBIDA ALCOÓLICA SÃO PROIBIDOS PARA MENORES"*
- "ESTE PRODUTO É DESTINADO A ADULTOS"*
- "EVITE O CONSUMO EXCESSIVO DE ÁLCOOL"*
- "NÃO EXAGERE NO CONSUMO"*
- "QUEM BEBE MENOS, SE DIVERTE MAIS"*
- "SE FOR DIRIGIR NÃO BEBA"*
- "SERVIR BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR DE 18 É CRIME"*

Obs.:As frases acima não excluem outras, que atendam à finalidade e sejam capazes de refletir a responsabilidade social da publicidade

1.1. No meio Rádio, será veiculada durante fração de tempo suficiente para sua locução pausada e compreensível.

1.2. Nos meios TV, inclusive por assinatura e Cinema, quaisquer que sejam os suportes utilizados para o comercial, será veiculada em áudio e vídeo durante fração de tempo correspondente a, pelo menos, um décimo da duração da mensagem publicitária.

Utilizar-se-á o seguinte formato: cartela única, com fundo azul e letras brancas de forma a permitir perfeita legibilidade e visibilidade, permanecendo imóvel no vídeo ou na tela. A cartela obedecerá ao gabarito RTV de filmagem, no tamanho padrão de 36,5 cm x 27 cm (trinta e seis e meio centímetros por vinte e sete centímetros); as letras serão da família tipográfica Univers, variação Médium, corpo 48, caixa alta. A locução constará apenas da leitura da frase escolhida

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

ADO 22 / DF

Anúncio	“Cláusula de advertência”
1 Página	Corpo 36
1/2 Página	Corpo 24
1/4 Página	Corpo 12

1.3. No meio Jornal, será inserida em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:

Anúncio	“Cláusula de advertência”
1 Página	Corpo 24
1/2 Página	Corpo 15
1/4 Página	Corpo 12

Jornal Tamanho Padrão ()*

Jornal Tamanho Tablóide ()*

1.4. No meio Revista será inserida em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

(*) Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados tomando-se por base a definição para 1/4 de página.

ADO 22 / DF

() Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados tomando-se por base a definição para 1/4 de página.*

1.4. No meio Revista será inserida em retângulo de fundo

Anúncio (*)	"Cláusula de advertência"
0 a 250 cm2	Corpo 16
251 a 500 cm2	Corpo 20
501 a 1000 cm2	Corpo 24
1000 a 1500 cm2	Corpo 26
1501 a 2000 cm2	Corpo 30
2001 a 3000 cm2	Corpo 36
3001 a 4000 cm2	Corpo 40
4001 a 5000 cm2	Corpo 48

branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

() Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados tomando-se por base a definição para 1/4 de página.*

1.5. Na mídia exterior e congêneres, quaisquer que sejam os suportes utilizados para o anúncio, será incluída em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:

ADO 22 / DF

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

() Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados, tomando-se por base a definição para 500 cm2.*

1.6. No meio Internet, integrará a mensagem publicitária, qualquer que seja a forma adotada.

1.7. Nos cartazes, pôsteres e painéis exibidos no ponto-de-venda, além da “cláusula de advertência” de moderação mencionada no item 5 do Anexo “A”, será inscrita também de forma legível, em cores contrastantes com o fundo da mensagem, a seguinte frase: “VENDA E CONSUMO PROIBIDOS PARA MENORES DE 18 ANOS”.

Obs.: Determinação contida no art. 81, nº II do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 81, nº II.

2. Na interpretação das recomendações dispostas no Anexo “A” e nesta Resolução, seja para efeito de criação, produção e veiculação do anúncio, seja no julgamento de infração ética por seu descumprimento, levar-se-á em conta:

a.o conteúdo da mensagem;

b.o meio de comunicação empregado.

c.a intenção de permitir a perfeita comunicação das “cláusulas de advertência” e de facilitar sua apreensão pelo público;

3. Estão dispensadas da “cláusula de advertência” a publicidade legal, as campanhas de cunho institucional e os formatos expressamente especificados no item 7 do Anexo “A”.

** * **

Esta resolução entra em vigor nesta data, exigindo-se seu cumprimento a partir do dia 10 de abril de 2008.

No Anexo P do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, no qual se trata da publicidade de cervejas e vinhos, está previsto:

“Conselho Superior do CONAR

RESOLUÇÃO Nº02./08 REF. ANEXO “P”

ADO 22 / DF

Complementa o Anexo "P" - Cervejas e Vinhos, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, de 18/2/08.

O Conselho Superior do CONAR resolve:

1. A "cláusula de advertência" prevista no item 4 do Anexo "P" conterá uma das seguintes frases:

- "BEBA COM MODERAÇÃO"*
- "CERVEJA É BEBIDA ALCOÓLICA. VENDA E CONSUMO PROIBIDOS PARA MENORES"*
- "ESTE PRODUTO É DESTINADO A ADULTOS"*
- "EVITE O CONSUMO EXCESSIVO DE ÁLCOOL"*
- "NÃO EXAGERE NO CONSUMO"*
- "QUEM BEBE MENOS, SE DIVERTE MAIS"*
- "SE FOR DIRIGIR NÃO BEBA"*
- "SERVIR CERVEJA A MENOR DE 18 É CRIME"*

Obs.: As frases acima não excluem outras, que atendam à finalidade e sejam capazes de refletir a responsabilidade social da

Anúncio	"Cláusula de advertência"
1 Página	Corpo 36
1/2 Página	Corpo 24
1/4 Página	Corpo 12

publicidade

1.1. No meio Rádio, será veiculada durante fração de tempo suficiente para sua locução pausada e compreensível.

1.2. Nos meios TV, inclusive por assinatura e Cinema, quaisquer que sejam os suportes utilizados para o comercial, será veiculada em áudio e vídeo durante fração de tempo correspondente a, pelo menos, um décimo da duração da mensagem publicitária.

Utilizar-se-á o seguinte formato: cartela única, com fundo azul e letras brancas de forma a permitir perfeita legibilidade e visibilidade, permanecendo imóvel no vídeo ou na tela. A cartela

ADO 22 / DF

obedecerá ao gabarito RTV de filmagem, no tamanho padrão de 36,5 cm x 27 cm (trinta e seis e meio centímetros por vinte e sete centímetros); as letras serão da família tipográfica Univers, variação Médium, corpo 48, caixa alta. A locução constará apenas da leitura da frase escolhida

Anúncio	“Cláusula de advertência”
1 Página	Corpo 24
1/2 Página	Corpo 15
1/4 Página	Corpo 12

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

- No meio Jornal, será inserida em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:*

Jornal Tamanho Padrão()*

Anúncio (*)	“Cláusula de advertência”
Página Dupla/Página Simples	Corpo 18
1/2 Página	Corpo 12
1/4 Página	Corpo 6

Jornal Tamanho Tablóide()*

ADO 22 / DF

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em

Anúncio (*)	“Cláusula de advertência”
0 a 250 cm2	Corpo 16
251 a 500 cm2	Corpo 20
501 a 1000 cm2	Corpo 24
1000 a 1500 cm2	Corpo 26
1501 a 2000 cm2	Corpo 30
2001 a 3000 cm2	Corpo 36
3001 a 4000 cm2	Corpo 40
4001 a 5000 cm2	Corpo 48

conformidade com o item 2 desta Resolução.

() Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados tomando-se por base a definição para 1/4 de página.*

1.4. No meio Revista será inserida em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

() Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados tomando-se por base a definição para 1/4 de página.*

ADO 22 / DF

1.5. Na mídia exterior e congêneres, quaisquer que sejam os suportes utilizados para o anúncio, será incluída em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

(*) Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados, tomando-se por base a definição para 500 cm².

1.6. No meio Internet, integrará a mensagem publicitária, qualquer que seja a forma adotada.

1.7. Nos cartazes, pôsteres e painéis exibidos no ponto-de-venda, além da "cláusula de advertência" de moderação mencionada no item 4 do Anexo "P", será inscrita também de forma legível, em cores contrastantes com o fundo da mensagem, a seguinte frase: "VENDA E CONSUMO PROIBIDOS PARA MENORES DE 18 ANOS".

Obs.: Determinação contida no art. 81, n^o II do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 81, n^o II.

2. Na interpretação das recomendações dispostas no Anexo "P" e nesta Resolução, seja para efeito de criação, produção e veiculação do anúncio, seja no julgamento de infração ética por seu descumprimento, levar-se-á em conta:

a. o conteúdo da mensagem;

b. o meio de comunicação empregado.

c. a intenção de permitir a perfeita comunicação das "cláusulas de advertência" e de facilitar sua apreensão pelo público;

3. Estão dispensadas da "cláusula de advertência" a publicidade legal, as campanhas de cunho institucional e os formatos expressamente especificados no item 6 do Anexo "P".

Esta resolução entra em vigor nesta data, exigindo-se seu cumprimento a partir do dia 10 de abril de 2008.

ADO 22 / DF

No Anexo T do Código de Autorregulamentação, complementado pela Resolução n. 3/2008 do Conselho Superior do CONAR, versando sobre *ices* e bebidas assemelhadas, determina-se:

*“Conselho Superior do CONAR
RESOLUÇÃO Nº03./08 REF. ANEXO “T”
Complementa o Anexo “T” - Ices e Bebidas Assemelhadas,
do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária,
de 18/2/08.*

O Conselho Superior do CONAR resolve:

1. A “cláusula de advertência” prevista no item 4 do Anexo “P” conterá uma das seguintes frases:

- “BEBA COM MODERAÇÃO”*
- “A VENDA E O CONSUMO DE BEBIDA ALCOÓLICA SÃO PROIBIDOS PARA MENORES”*
- “ESTE PRODUTO É DESTINADO A ADULTOS”*
- “EVITE O CONSUMO EXCESSIVO DE ÁLCOOL”*
- “NÃO EXAGERE NO CONSUMO”*
- “QUEM BEBE MENOS, SE DIVERTE MAIS”*
- “SE FOR DIRIGIR NÃO BEBA”*
- “SERVIR BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR DE 18 É CRIME”*

Obs.:As frases acima não excluem outras, que atendam à finalidade e sejam capazes de refletir a responsabilidade social da publicidade

1.1. No meio Rádio, será veiculada durante fração de tempo suficiente para sua locução pausada e compreensível.

ADO 22 / DF

Anúncio	“Cláusula de advertência”
1 Página	Corpo 36
1/2 Página	Corpo 24
1/4 Página	Corpo 12

1.2. Nos meios TV, inclusive por assinatura e Cinema, quaisquer que sejam os suportes utilizados para o comercial, será veiculada em áudio e vídeo durante fração de tempo correspondente a, pelo menos, um décimo da duração da mensagem publicitária.

Utilizar-se-á o seguinte formato: cartela única, com fundo azul e letras brancas de forma a permitir perfeita legibilidade e visibilidade, permanecendo imóvel no vídeo ou na tela. A cartela obedecerá ao gabarito RTV de filmagem, no tamanho padrão de 36,5 cm x 27 cm (trinta e seis e meio centímetros por vinte e sete centímetros); as letras serão da família tipográfica Univers, variação Médium, corpo 48, caixa alta. A locução constará apenas da leitura da frase escolhida

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em

Anúncio	“Cláusula de advertência”
1 Página	Corpo 24
1/2 Página	Corpo 15
1/4 Página	Corpo 12

conformidade com o item 2 desta Resolução.

1.3. No meio Jornal, será inserida em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:

ADO 22 / DF

Jornal Tamanho Padrão ()*

Anúncio (*)	"Cláusula de advertência"
Página Dupla/Página Simples	Corpo 18
1/2 Página	Corpo 12
1/4 Página	Corpo 6

Jornal Tamanho Tablóide ()*

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

Anúncio (*)	"Cláusula de advertência"
0 a 250 cm ²	Corpo 16
251 a 500 cm ²	Corpo 20
501 a 1000 cm ²	Corpo 24
1000 a 1500 cm ²	Corpo 26
1501 a 2000 cm ²	Corpo 30
2001 a 3000 cm ²	Corpo 36
3001 a 4000 cm ²	Corpo 40
4001 a 5000 cm ²	Corpo 48

ADO 22 / DF

(Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados tomando-se por base a definição para 1/4 de página.*

1.4. No meio Revista será inserida em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

(Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados tomando-se por base a definição para 1/4 de página.*

1.5. Na mídia exterior e congêneres, quaisquer que sejam os suportes utilizados para o anúncio, será incluída em retângulo de fundo branco, emoldurada por filete interno, em letras de cor preta, padrão Univers 65 Bold, caixa alta, nas seguintes dimensões:

Obs.: Outros formatos alternativos poderão ser considerados desde que atendam à finalidade de orientar o público e estejam em conformidade com o item 2 desta Resolução.

(Os tamanhos não especificados serão proporcionalizados, tomando-se por base a definição para 500 cm².*

1.6. No meio Internet, integrará a mensagem publicitária, qualquer que seja a forma adotada.

1.7. Nos cartazes, pôsteres e painéis exibidos no ponto-de-venda, além da "cláusula de advertência" de moderação mencionada no item 4 do Anexo "T", será inscrita também de forma legível, em cores contrastantes com o fundo da mensagem, a seguinte frase: "VENDA E CONSUMO PROIBIDOS PARA MENORES DE 18 ANOS".

Obs.: Determinação contida no art. 81, n^o II do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 81, n^o II.

2. Na interpretação das recomendações dispostas no Anexo "T" e nesta Resolução, seja para efeito de criação, produção e veiculação do anúncio, seja no julgamento de infração ética por seu descumprimento, levar-se-á em conta:

a.o conteúdo da mensagem;

ADO 22 / DF

b.o meio de comunicação empregado.

c.a intenção de permitir a perfeita comunicação das “cláusulas de advertência” e de facilitar sua apreensão pelo público;

3. Estão dispensadas da “cláusula de advertência” a publicidade legal, as campanhas de cunho institucional e os formatos expressamente especificados no item 6 do Anexo “T”.

Esta resolução entra em vigor nesta data, exigindo-se seu cumprimento a partir do dia 10 de abril de 2008.

15. Não se demonstra, pois, omissão inconstitucional na espécie.

16. J. J. Gomes Canotilho adverte que

“omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conxionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.

*As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1033-1034).*

Para Jorge Miranda,

*“por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial. A violação da Constituição, na verdade, provém umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente actividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional. (...) A inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito**

ADO 22 / DF

Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. Tomo II, 1988. p. 406-409).

17. Sem desconsiderar os relevantes argumentos de cunho social trazidos pelo Autor, relativos à saúde pública e à proteção da família, a análise dos dados constantes da norma vigente e mesmo do elemento histórico (não o melhor critério de interpretação, mas de se aproveitar como fator demonstrativo da ação legislativa, a deitar por terra a afirmativa de omissão do legislador), comprovam que a questão novamente trazida à apreciação do Supremo Tribunal Federal está afeta ao Poder Legislativo, no qual foi cuidada segundo a Constituição determina e concluiu ele no exercício legítimo de suas competências.

18. A irresignação do Autor quanto ao critério fixado no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.294/1996 não é suficiente para evidenciar a alegada omissão inconstitucional.

Está demonstrado nos autos ter sido a matéria relativa à propaganda de bebidas alcoólicas objeto de amplos debates em ambas as Casas do Poder Legislativo brasileiro, que, no exercício de sua função legislativa, nos sete anos durante os quais tramitou o Projeto de Lei n. 4.556/1989, observou as normas do devido processo legislativo e, de forma legítima, aprovou a lei formal exigida pelo art. 220, § 4º, da Constituição da República: Lei n. 9.294/1996.

Ainda que se possam considerar relevantes as razões sociais motivadoras do agir da Procuradoria-Geral da República no ajuizamento da presente ação, o pedido não pode prosperar. Tão importante quanto a preservação da saúde daqueles que se excedem no uso de bebidas alcólicas e que poderiam consumi-las em níveis menores é a observância de princípios fundamentais do direito constitucional, como o da separação dos poderes.

Para afirmar omissão inconstitucional na espécie em tela, este Supremo Tribunal teria de analisar a conveniência política de normas

ADO 22 / DF

legitimamente elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo, ocupantes de cargos no Poder Legislativo e no Executivo, que, tendo recebido projeto de lei votado e aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sem veto, sancionou e promulgou a lei em questão.

Reconhecer a insuficiência da Lei n. 9.294/1996, nos termos postos pelo Procurador-Geral da República, significa, a um só tempo, ultrapassar a barreira que fundamenta o princípio da separação dos poderes, cuja integração há se dar à luz dos princípios da harmonia e independência e, ainda, desconsiderar a validade também das normas criadas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

Improcedente, portanto, a alegação do Autor de,

“no que se refere às bebidas com teor alcoólico inferior a 13 GL, permanece, até a presente data, sem qualquer regulamentação, de modo que essas bebidas não sofrem, desde a promulgação da Constituição Federal, nenhum tipo de restrição legal”.

Não se há de desconsiderar a existência de normas infraconstitucionais regularmente aprovadas pelo Poder Legislativo federal e de normas validamente estabelecidas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

Parece, pois, evidente a impossibilidade da acolhida do pedido formulado na inicial, pois importaria, ainda que em medida mínima (tendo em vista o pedido consistir na declaração da omissão legislativa), em convalidar a condição de legislador positivo dos membros do Poder Judiciário, em absoluto descompasso com o afirmado reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - RESOLUÇÃO Nº
16.336/90 - INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO - MESA
DA CÂMARA DOS DEPUTADOS -
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - BANCADA*

ADO 22 / DF

PAULISTA NA CÂMARA FEDERAL - ELEVAÇÃO IMEDIATA PARA 70 DEPUTADOS FEDERAIS - FUNÇÃO DO S.T.F. NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR NEGATIVO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 45, § 1º) - REGRA QUE NÃO É AUTO- APLICÁVEL - MORA CONSTITUCIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO AUTOMÁTICA DA REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR - SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA. - *A norma consubstanciada no art. 45, § 1º, da Constituição Federal de 1988, reclama e necessita, para efeito de sua plena aplicabilidade, de integração normativa, a ser operada, mediante adequada intervenção legislativa do Congresso Nacional (interpositio legislatoris), pela edição de lei complementar, que constitui o único e exclusivo instrumento juridicamente idôneo, apto a viabilizar e concretizar a fixação do número de Deputados Federais por Estado-membro. - A ausência dessa lei complementar (vacuum juris), que constitui o necessário instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta Corte. - O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o S.T.F., no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer. - O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política. - A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional (ADI 267-MC/DF, Relator o Ministro Celso*

ADO 22 / DF

de Mello, Plenário, DJ 19.5.1995, grifos nossos).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.713/93 (ART. 8º, § 1º, E ART. 9º) - PROCESSO ELEITORAL DE 1994 - SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL - CONSEQÜENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI - IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO - DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, § 1º) - INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA - A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS - SIGNIFICADO - FILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DOMICÍLIO ELEITORAL (ART. 9º) - PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE - MATÉRIA A SER VEICULADA MEDIANTE LEI ORDINÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW - CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA: (...) O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (...) SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o

ADO 22 / DF

aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of law” (ADI 1.063-MC/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 27.4.2001, grifos nossos).

“E M E N T A: RECLAMAÇÃO – ALEGADA TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADPF 53-MC/PI E SUPOSTO DESRESPEITO AO ENUNCIADO CONSTANTE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 04 – INOCORRÊNCIA – ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO – INADMISSIBILIDADE – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (Rcl 14.075-AgR/SC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 16.9.2014).

Confiram-se também os seguintes julgados: Rcl 14.075-AgR/SC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 16.9.2014; ADI 267-MC/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 19.5.1995; RE 614.407-AgR-segundo/DF, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 15.12.2014; AI 831.965-AgR/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 11.11.2014; RE 599.850-AgR/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 14.8.2014; RE 595.921-

ADO 22 / DF

AgR/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 20.11.2014; RE 742.352-AgR/RJ, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 15.8.2014; ARE 810.559-ED/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 18.8.2014; ARE 787.994-AgR/GO, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 23.6.2014; ARE 638.634-AgR/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJ 29.4.2014; ARE 750.532-AgR/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 1º.4.2014; ARE 750.531-ED/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 2.4.2014; AI 494.225-AgR-segundo/PI, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 20.3.2014; RE 602.890-AgR/PR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 25.3.2014; ARE 723.248-AgR/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 3.2.2014; ARE 691.852-AgR/RS, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 21.11.2013; AI 702.590-AgR/RS, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 26.9.2013; RE 586.997-AgR/PR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 16.10.2013; RE 606.179-AgR/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJ 4.6.2013; RE 208.684-EDv-AgR-segundo/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 24.5.2013; RE 473.216-AgR/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 20.3.2013; RE 631.641-AgR/RS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 13.2.2013; RE 709.315-AgR/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 14.12.2012; AI 764.201-AgR/PR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 23.4.2012; AI 744.887-AgR/SC, Relator o Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJ 12.4.2012; RE 432.460-ED-AgR-ED/DF, Relator o Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 26.2.2010.

19. Como assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.690/CE, Relator o Ministro Celso de Mello:

“O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer

ADO 22 / DF

intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes” (DJ 7.12.2006).

20. Ademais, a Lei n. 9.294/1996 não contradita a Lei n. 11.705/2008, pela qual instituída chamada Lei Seca, estabelecendo-se restrições ao uso de álcool por motoristas.

A circunstância de ter-se, na Lei n. 11.705/2008, considerar-se alcoólica, para os fins e nos termos nela previstos, a bebida contendo teor alcoólico em concentração igual ou superior a meio grau Gay Lussac não altera a conclusão no sentido de inexistir regulamentação quanto à bebida com concentração superar a 13o. Gay Lussac.

Ao disciplinar e restringir a propaganda de produtos com concentração alcoólica superior a 13° Gay Lussac, a Lei n. 9.294/1996 não nega o teor alcoólico das demais bebidas com concentração alcoólica inferior ao padrão de medição definido, limitando-se a restringir àquelas as exigências estabelecidas.

ADO 22 / DF

Cervejas e vinhos, por exemplo, objeto de destaque pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.755/DF, são bebidas alcoólicas cujo consumo deve ser evitado em caso de direção veicular, como as bebidas com índice alcoólico superior a 13° Gay Lussac. A diferença entre ambas (as de maior e as de menor teor alcoólico) está nas regras publicitárias, mais ou menos restritivas, a serem observadas pelas empresas responsáveis pelos respectivos anúncios.

21. São numerosos os projetos de lei em tramitação nas Casas do Congresso afetos à matéria, sendo exemplo disso o Projeto n. 2.733/2008, pelo qual se *“reduz de treze para meio grau Gay-Lussac - GL, o teor alcoólico a partir do qual, para todos os efeitos legais, uma bebida será considerada como alcoólica”*, apensado ao Projeto de Lei n. 4.846/1994.

Não compete, entretanto, ao Supremo Tribunal Federal, enos termos do art. 103, § 3º, e como destacado pelo Ministro Celso de Mello,

“substituir, [também] nessa matéria, por seus próprios critérios, aqueles que só podem emanar, legitimamente, por expressa determinação constitucional, do legislador.

Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Não constitui demasia observar, por oportuno, que a reserva de lei – consoante adverte JORGE MIRANDA (“Manual de Direito Constitucional”, tomo V/217-220, item n. 62, 2ª ed., 2000, Coimbra Editora) – traduz postulado revestido de função excludente, de caráter negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas, como sucede no caso ora em exame, quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos), e cuja incidência também reforça, positivamente, o princípio que impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos fundados em norma legal, de tal

ADO 22 / DF

modo que, conforme acentua o ilustre Professor da Universidade de Lisboa, “quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autônomos de decisão” (Rcl 14.075-AgR/SC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 16.9.2014).

22. Inexistente a alegada omissão inconstitucional, voto pela improcedência da presente ação.

22/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, acentuo apenas que, sendo uma espécie das ações de controle abstrato, eu tenho que qualquer decisão aqui tomada haverá de ser considerada com o seu efeito vinculante, para impedir que essas ações que foram noticiadas da tribuna, nos autos, em memoriais - e que são objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 333 -, que dão notícia de algumas dezenas de decisões também ajuizadas pelo próprio Ministério Público em outras fases, que descumprem aquilo que o Supremo tinha dito, ainda que **obiter dictum** em alguns casos, mas que se afirma agora, qualquer que seja o julgamento, pelos juízes, em outras instâncias. Ou seja, eu estou acentuando o efeito vinculante de qualquer decisão que venha a ser tomada hoje.

É como voto, Senhor Presidente.

* * * * *

22/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, a Lei nº 9294/96, quando se limita a normatizar a propaganda de bebidas alcoólicas, ao feito constitucional, àquelas que ostentam um teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac em absoluto traduz, a meu juízo, qualquer omissão legislativa capaz de ensejar a procedência de uma ação desse jaez – ação direta de inconstitucionalidade por omissão; traduz, isto sim, como foi muito bem acentuado no voto sempre brilhante da eminente Ministra Relatora, uma legítima escolha do legislador no exercício da liberdade de conformação que a própria tessitura constitucional, como também se destacou da tribuna, assegura à casa legislativa

Então, louvando as bem-lançadas sustentações orais e também, como disse, o sempre belo voto da eminente Relatora, eu acompanho sua Excelência, julgando improcedente a presente ação.

22/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Pleno, ilustre Representante do Ministério Público, Senhores Advogados e Juízes presentes, aqui, da Turquia, como Vossa Excelência mencionou.

Meu voto na presente ADO se fundamenta em três pontos básicos. Passo a expô-los.

PONTO 1

A inexistência de omissão constitucional na hipótese.

O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 veicula opção legislativa legítima.

Em primeiro lugar, não se extrai do art. 220, §4º, da CRFB um dever peremptório de restrição da propaganda de bebidas alcoólicas em todo e qualquer caso. Confira-se a redação do dispositivo:

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.

O dispositivo, ao mesmo tempo em que estabelece reserva legal qualificada para a matéria, atribui ao legislador ordinário a competência exclusiva para definir a regulação da publicidade das bebidas alcoólicas.

ADO 22 / DF

É evidente, pois, a delegação do legislador constituinte ao legislador ordinário da autoridade para disciplinar a matéria como entender mais adequado à luz de cada quadra histórica vivida.

Na espécie, o legislador ordinário optou por estabelecer uma distinção razoável entre bebidas fracas e fortes para fins de publicidade, tal qual definido no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.294/96. Trata-se, a meu sentir, de opção legislativa legítima, em tudo compatível com a Constituição brasileira de 1988. Também é esse o entendimento do professor Daniel Sarmiento, em parecer acostado aos autos pela ABERT, admitida no feito como *amicus curiae*:

“Numa democracia, a primazia para a ponderação de interesses constitucionais conflitantes é do legislador. Ao regular, por exemplo, algum setor da economia, o legislador pondera a livre iniciativa com outros princípios, como o da proteção ao consumidor. Ao estabelecer o prazo para contestação no processo civil, o parlamento pondera a ampla defesa com a duração razoável do processo. Em conflitos principiológicos desta natureza, não se extrai, no mais das vezes, uma resposta única da Constituição. Por isso, o Poder Legislativo realiza a ponderação, dentro de uma margem de escolha política e técnica emoldurada pela Lei Maior, no interior da qual as suas opções são legítimas.

(...) existiam diversas possibilidades para a concretização do disposto no art. 220, §4º, da Constituição, resultantes tanto da abertura estrutural da Lei Maior em relação à tensão potencial entre liberdade de expressão e direito à saúde, como à incerteza epistêmica sobre variáveis empíricas, notadamente as atinentes aos efeitos sobre a saúde da população da propaganda não enganosa de bebidas de baixo teor etílico, cujo consumo moderado pode até fazer bem. O legislador, no legítimo exercício da sua competência constitucional, optou por uma dessas possibilidades, depois de sopesar tanto a proteção à saúde, como a liberdade de expressão. Os princípios da separação de poderes e da democracia postulam que tal decisão

ADO 22 / DF

seja respeitada pela jurisdição, que não pode, no desempenho das suas funções, amesquinhar o espaço de deliberação e escolha, que cabe ao Parlamento numa democracia constitucional". (p.19-23).

PONTO 2

A opção legislativa foi realizada expressamente durante a tramitação do PL que deu origem à Lei nº 9.294/96

Em segundo lugar e tal como apontado nas informações prestadas pelo Senado Federal, a suposta omissão inconstitucional objeto da presente ADO foi amplamente debatida durante a tramitação do Projeto de Lei nº 4.556/89, que deu origem à Lei nº 9.294/96. Desde a sua redação original, o PL fazia uma distinção clara e motivada entre bebidas fortes e fracas. Veja-se o seguinte trecho da sua exposição de motivos:

“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

ADO 22 / DF

utilização abusiva de produtos necessários, mas de utilização perigosa.” (grifou-se).

Quando o referido projeto de lei foi encaminhado ao Senado, o relator nesta Casa Legislativa posicionou-se contrariamente a essa distinção surgida na Câmara dos Deputados. Contudo, o substitutivo que ele apresentou foi rejeitado pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado. Na ocasião, a comissão ressaltou que a matéria já era suficientemente regulada pelo CONAR e que a opção do projeto decorria de amplo debate com a sociedade civil. De acordo com o parecer da comissão, “[t]rata-se de substitutivo integral que, sem dúvida, enriquece a discussão da matéria, mas altera integralmente o texto original do PLC 114/92, modificando substancialmente regras já estabelecidas e aceitas por toda a sociedade, como o Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR. Além de desprezar três anos de discussão da matéria com entidades da sociedade civil. Pela rejeição.”

Assim é que, embora tenha sido expressamente ventilada no Congresso a opção de restringir a publicidade de todas as bebidas, independentemente do seu teor alcoólico, venceu, no debate *técnico* e *democrático*, o entendimento de que a disciplina jurídica atual é a mais razoável à luz do art. 220, §4º, da CRFB.

Nesse cenário, entendo haver situação que clame por **autocontenção judicial**. Sobre o tema, revela-se propício trazer à colação trecho esclarecedor do precioso estudo conduzido por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, professor da Faculdade de Direito da UERJ. Na categorização apresentada pelo autor, entendo ser esta ADO oportunidade para exercício pela Corte da **autorrestricção estrutural** (*structural self-restraint*), assim explicada pelo professor fluminense:

“(…) a *autorrestricção estrutural* (...) tem no elemento deferência o seu núcleo. A deferência é reconhecida como valor político de um governo democrático e de poderes separados. É a clássica autolimitação do poder judicial como exigência da própria ideia de estrutura de divisão de poderes

ADO 22 / DF

constitucionalmente estabelecida. Trata-se, então, de elemento estrutural das relações institucionais entre o Judiciário e os outros ramos autônomos e independentes de governo. (...) A deferência responderá a duas distintas razões – o juiz constitucional deve ser deferente aos outros poderes em razão tanto da autoridade jurídico-constitucional (*deferência à autoridade*) como da capacidade epistêmica superior (*deferência epistêmica*) desses poderes para decidir sobre as questões em jogo.

(CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 180).

Na espécie, acredito estarem presentes as duas razões que fundamentam a autorrestrição estrutural do Poder Judiciário. Por um lado, a autoridade jurídico-constitucional do Congresso Nacional é indisputável. O artigo 220, §4º, da CRFB atribui expressamente ao legislador – e não ao Poder Judiciário – a tarefa de definir as restrições concretas à publicidade de bebidas alcoólicas. Ante essa evidente atribuição de autoridade do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal deverá ser deferente às escolhas legislativas, o que se reforça pela trajetória do processo legislativo que marcou a aprovação da Lei nº 9.294/96, marcada pelo diálogo com a sociedade civil.

Há mais. Ao lado da legitimidade democrática, vislumbro na espécie maior capacidade epistêmica do Poder Legislativo para tratar do assunto. Como se pode notar pelos documentos anexados ao PL nº 4.556/89, que resultou na lei ora questionada, o tema em questão é marcado por debates técnicos que fogem ao conhecimento convencional e ao raciocínio puramente jurídico. Nesse contexto, o debate travado no Congresso Nacional com especialistas na área recomenda autêntica humildade judicial na apreciação desta ADO. Inexistindo evidente equívoco do legislador, deve-se prestigiar as suas escolhas, como deve ser o caso na presente ADO.

ADO 22 / DF

PONTO 3

A publicidade de bebidas com baixo teor alcoólico está sujeita a outras limitações normativas que não as da Lei nº 9.294/96

Por fim, vale ressaltar que a inaplicabilidade das restrições contidas na Lei nº 9.294/96 à publicidade de bebidas fracas não importa na ausência de limitações normativas a essas propagandas. A elas se aplicam as restrições do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, além das restrições da autorregulação realizada pelo CONAR. Não faltam, portanto, restrições jurídicas à propaganda das bebidas de teor alcoólico fraco.

Em síntese, Senhor Presidente, o voto se ampara nestas três premissas básicas:

(i) Não há que se falar, na presente ADO, em omissão inconstitucional. O art.1º, parágrafo único, da Lei nº 9.294/96 resultou de escolha deliberada do Congresso Nacional, que optou por estabelecer uma distinção razoável entre bebidas fracas e fortes para fins de publicidade. É o que sobressai da análise do processo legislativo que resultou no aludido diploma (vontade histórica do legislador).

(ii) Essa escolha legislativa deve ser respeitada por em razão tanto da autoridade jurídico-constitucional (deferência à autoridade) do Poder Legislativo como da sua capacidade epistêmica superior (deferência epistêmica) para decidir sobre as questões técnicas em jogo.

(iii) A inaplicabilidade das restrições contidas na Lei nº 9.294/96 à publicidade de bebidas fracas não importa na ausência de limitações normativas a estas propagandas. A elas se aplicam as restrições do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, além das restrições da autorregulação realizada pelo CONAR. Não faltam, portanto, restrições jurídicas à propaganda das

ADO 22 / DF

bebidas de teor alcoólico fraco.

Com esses fundamentos **acompanho o voto da Ministra relatora** e julgo **improcedente o pedido**, reconhecendo que o legislador infraconstitucional realizou uma interpretação legítima do art. 220, §4º, da CRFB e optou por regulamentar na Lei nº 9.294/96 apenas a restrição de propaganda de bebidas com teor alcoólico superior a 13º Gay Lussac.

22/04/2015**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o ministro Luiz Fux livrou-me do cabotismo, já que o autor citado por Sua Excelência – Dr. Carlos Alexandre Campos – integra, no Gabinete, a minha equipe.

Presidente, o gênero masculino chegou a se mostrar preocupado com esta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em conta a visão segundo a qual se deveria transportar, para o campo da publicidade, consideradas as bebidas alcoólicas, a tolerância zero que se tem na Lei Seca, como ressaltado da tribuna pelo Doutor Ferrão. Mostrou-se preocupado porque talvez se afastasse da televisão um anúncio muito interessante – Vem Verão –, admirado, em termos de inteligência, em termos de se mexer com a psique masculina.

Presidente, o Ministério Público Federal perdeu um grande quadro. Refiro-me à exoneração do Procurador Daniel Sarmiento. Ganhou a comunidade jurídica em maior diapasão, no que poderemos contactar, mais vezes, com a proficiência do ilustre professor, douto professor da Universidade do Rio de Janeiro.

Começo dizendo que, pedagogicamente, devemos declarar o autor desta ação, em parte, carecedor da ação proposta, porque acabou por formular, no fecho da inicial, pedido, considerados os cumulativos, que discrepa, a mais não poder, do Estado Democrático de Direito tal como definido pela Carta de 1988.

O que pediu – sem demérito para os subscritores da peça inicial – o Ministério Público? Pleiteou não só a declaração de inconstitucionalidade por omissão – e não poderíamos sequer assinar prazo para a prática do ato se acolhêssemos esse pedido, porque se trata de ato a ser formalizado, segundo o pedido, pelo Poder Legislativo –, como também a extensão – atuando, muito embora de forma temporária, o Supremo como legislador positivo – às bebidas em geral do que previsto na Lei nº 9.294/96. Nesse

ADO 22 / DF

ponto, há a carência da ação, e ela precisa ficar registrada.

No mais, Presidente, é sintomático, o que também foi ressaltado da tribuna, que a questão alusiva à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, o fato de se remeter ao legislador as restrições esteja no capítulo V da Carta de 1988, que versa a comunicação social. Não podemos interpretar o parágrafo dissociando-o da cabeça do artigo – a regra é a liberdade de expressão.

O que houve na espécie? Como disse o ministro Luiz Fux, ocorreu uma opção político-normativa, uma opção do legislador, no que, observando o que recomendado, o que imposto pela Carta da República, estabeleceu restrições e não versou as bebidas alcoólicas de teor inferior a treze por cento.

Creio que as colocações da ministra Cármen Lúcia são irresponsáveis. Por isso, em um primeiro passo, declaro o autor, o requerente desta ação direta de inconstitucionalidade – para utilizar a nomenclatura já consagrada, porque não temos partes propriamente ditas em processo objetivo –, carecedor da ação, pela impossibilidade jurídica flagrante do pedido formulado no fecho da peça, ou seja, que o Tribunal – e não almejo cadeira no Parlamento – atue como legislador positivo. No mais, subscrevo integralmente o voto prolatado pela ministra Cármen Lúcia.

22/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, **desejo registrar**, *antes de mais nada*, o **magnífico** voto proferido pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, cujos fundamentos **perfilho** integralmente.

Em consequência, **conheço** da presente ação direta e, *quanto ao fundo da controvérsia*, **julgo-a** improcedente.

É o meu voto.

22/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também peço vênias para conhecer da ação integralmente e acompanho no mérito a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, no sentido da improcedência.

Eu faço coro aos votos que já foram proferidos, afirmando, também, que se tratou claramente de uma opção do legislador, opção consciente como, agora, agrega o nosso Decano, opção essa tomada dentro das competências que a Constituição defere aos legisladores, que são os representantes da soberania popular.

22/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Neste caso, Presidente, eu pedi a ênfase, considerando que há ainda decisões judiciais em ações que alguns membros do Ministério Público, enfim, que outras entidades poderiam alegar que, antecedendo a nossa decisão de hoje, poderia prevalecer um entendimento singular de um juiz. Não! Aqui, a ação é para a inconstitucionalidade por omissão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque declaramos a constitucionalidade da lei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Nós dissemos que, desde sempre, só prevalece essa lei e que qualquer decisão, mesmo anterior à data de hoje, não vale.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois, não. Então essa decisão, obviamente depois de transitada em julgado...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Depende, não posso chegar a esse ponto, porque, se transitou em julgado, a própria Carta...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não vale. Não, não, não ! Sim, não vale no sentido de que, uma decisão hoje, proferida hoje, pendente, não pode levar um juízo a alegar de que só hoje nós declaramos que não havia inconstitucionalidade por omissão. Não! O Supremo já tinha dito isso em 1998, e, desde sempre, inconstitucionalidade por omissão não houve.

ADO 22 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, o Supremo declarou a lei constitucional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É isso mesmo, efeito vinculante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Constitucional, é exatamente, transitada em julgado, vincula todos os juízes do País.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É só a ênfase na vinculação, só isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Todos de acordo com essa conclusão também?
Pois não?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desculpa, ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A Ministra Cármen Lúcia gostaria que nós déssemos ênfase no julgamento, quer dizer, além de julgarmos improcedente, dizermos que essa decisão, uma vez transitada em julgado, vincula todos os juízes do Brasil.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Eventual descumprimento da eficácia vinculante que resulta dos julgamentos proferidos em sede de controle normativo abstrato autoriza* a utilização, *perante* esta Suprema Corte, do instrumento constitucional da reclamação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Gera reclamação. A via da reclamação.

ADO 22 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Da reclamação, se for o caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A reclamação para desconstituir.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A decisão a ser proferida nesta sede processual **não implicará** invalidação de outros julgamentos já ocorridos em processos *de índole* objetiva, que tenham apreciado situações concretas e individuais.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Para isso, nós temos uma ADPF nº 333, que trata do mesmo assunto em relação a certas decisões.

Agora, o que eu estou só afirmando é porque não consta ali decisão com trânsito em julgado, claro, constam decisões que ainda prevaleceriam e, como é lembrado no processo - chegou a ser lembrado hoje -, deram prazo para que todos os anúncios fossem tirados do ar até agora, mês de maio. Nós estamos dizendo: não existe essa inconstitucionalidade por omissão, logo, para isto, há ênfase no efeito vinculante.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 22

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CERVEJA - CERVBRASIL

ADV.(A/S) : ANDRÉ CYRINO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT

ADV.(A/S) : EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA - ABP

ADV.(A/S) : ALAN VENDRAME E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da ação, vencido o Ministro Marco Aurélio, que declarava o autor parcialmente carecedor da ação. Por unanimidade, julgou improcedente a ação, acentuando-se que, transitada em julgado, esta decisão tem efeito vinculante, tudo nos termos do voto da Relatora. Impedido o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, que representa o Tribunal na "*Brazil Conference*", na Universidade de Harvard, e na "*Brazilian Undergraduate Student Conference*", na Universidade de Columbia, Estados Unidos. Falaram, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira da Indústria da Cerveja - CERVBRASIL, o Dr. Gustavo Binenbojm, OAB/RJ 83.152, e pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT, o Dr. Eduardo Antônio Lucho Ferrão, OAB/DF 9378. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 22.04.2015.