

TEOR ALCOÓLICO: PARÂMETRO INADEQUADO PARA REGULAMENTAR PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE IMPÕE RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE DE BEBIDA ALCOÓLICA (CRFB, ART. 220, § 4º). IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA PUBLICIDADE ABUSIVA PERANTE O CDC (LEI N. 8.078/90, ART. 37, § 2º)*

Marcos Tofani Baer Bahia, Paulo Calmon Nogueira Gama

Promotor de Justiça/MG, Procurador de Justiça/MG

1. OBJETIVO DO TRABALHO

Tem este trabalho a finalidade de apresentar fundamentos fáticos, jurídicos e legais para se interpretar adequadamente a Lei n. 9.294/96 sob os ditames da Constituição da República e do Código de Defesa do Consumidor, mormente no que se refere às restrições das mensagens publicitárias de bebidas alcoólicas com teor abaixo de 13º GL, ora não abrangidas expressamente por aquele texto legal específico (art. 4º, parágrafo único).

2. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

No Brasil, a publicidade de bebidas alcoólicas, especificamente, é disciplinada pela Constituição da República (art. 220, § 4º) e pela Lei Federal n. 9.294/96, que impõe restrições ao horário de veiculação e ao conteúdo das mensagens publicitárias. O código de Defesa do Consumidor também regula a publicidade de um modo geral. Entrementes, as restrições traçadas pela Lei n. 9.294/96 deixam de fora a cerveja e o vinho, aquela como sendo a bebida mais consumida no país, haja vista que, para os efeitos legais, somente as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac são consideradas alcoólicas.

Entre as restrições previstas na Lei n. 9.294/96 e que não abrangem as bebidas alcoólicas inferiores a 13º graus GL, temos a do art. 4º (somente será permitida a propaganda comercial de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão entre as vinte e uma e seis horas) e a do seu §1º (a publicidade não poderá associar o produto ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer

* Tese aprovada por unanimidade.

atividade, à condução de veículos e a imagens ou idéias de maior êxito ou sexualidade das pessoas).

Muito embora a Lei n. 9.294/96 desconsidere, para fins de restrições ao uso nas mensagens publicitárias, a bebida alcoólica com teor inferior a 13º GL, as publicidades de cerveja vêm afrontando vários dispositivos da Lei Federal n. 8.078/90 (código de proteção e defesa do consumidor) e da Constituição da República.

Tomemos como exemplo a publicidade da Skol – aqui denominada “armando a barraca” –, onde dois jovens estão acampados tomando cerveja, ocasião em que duas moças pedem ajuda para armar a barraca. Os jovens se entreolham e respondem afirmativamente. Tal publicidade foi veiculada durante os jogos da seleção brasileira e em vários horários ao longo do dia, sugerindo disfarçadamente em tom jocoso, que a bebida traz virilidade.

O mesmo podemos dizer da publicidade “experimental” veiculada pela Schincariol, com *verbo no imperativo*, fora do alcance das restrições publicitárias da Lei Murad, que a veda apenas em relação ao cigarro.

Como se sabe, o *lobby* dos anunciantes e emissoras de televisão junto aos legisladores brasileiros conseguiu afastar, aparentemente e de forma casuística, a incidência direta da Lei n. 9.294/96. Entrementes, olvidaram-se os lobistas que, a par dos preceitos constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor proíbe, em seu art. 37, § 2º, a publicidade que induz o consumidor a se *comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde*.

Ora, não há sentido para se criar uma lei restritiva e específica sobre a publicidade de bebidas alcoólicas e deixar à margem do seu campo de incidência exatamente as cervejas, que são os grandes anunciantes da televisão. *Em nome de um setor econômico específico*, prejudica-se toda uma geração de crianças e jovens que vão crescendo nesse ambiente publicitário pulsante, agressivo e antiético, os quais vão internalizando a identidade masculina associada ao uso da bebida alcoólica e, a cada nova geração, transmitindo os padrões de beber e os contextos sociais em que a bebida é permitida.

Entre o uso e o abuso, as publicidades das cervejas vêm explorando exatamente as restrições previstas na Lei n. 9.294/96, contribuindo para o consumo inadequado deste produto, criando padrões de comportamento culturais e sociais em crianças e jovens que ainda estão em fase de desenvolvimento da personalidade. A par de tudo isso, vem à tona a deficiência de políticas públicas de controle dos problemas inerentes ao álcool.

Analisando-se novamente a publicidade da “Skol”, em que não podemos deixar de associar o consumo do produto à sexualidade e, portanto, à saúde, a literatura científica ensina que o uso do álcool pode funcionar isto sim como um inibidor da atividade sexual. Nesse aspecto, poderia-se questionar, ainda, a publicidade sob o ponto de vista da enganiosidade, em vista da locução “armar a barraca” dar a conotação de virilidade.

Discorrendo sobre levantamentos do uso de álcool no Brasil, ora realizados pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID), o médico patologista Sebastião Moreira Jr., em estudo denominado “Regulação da Publicidade das bebidas alcoólicas”, disponível no site do Senado Federal, registra que:

“Em um estudo domiciliar conduzido em 2001, foram pesquisadas as 107 cidades brasileiras com mais de 200 mil habitantes, totalizando 8589 entrevistados. Para a população masculina, o uso de álcool na vida foi de 77,3% contra 60,6% para a feminina. Na faixa etária de 12 a 17 anos, esses percentuais foram de 52,2% e 44,7%, respectivamente, a despeito da proibição da venda de bebidas alcoólicas para menores de 18 anos. Com relação à dependência, esse mesmo levantamento mostrou números mais preocupantes. Na faixa etária de 18 a 24 anos, 23,7% dos homens e 7,4% das mulheres preenchiam os critérios para dependência alcoólica. Considerando todos os indivíduos acima de 12 anos de idade, os percentuais encontrados foram de 17,1% para homens e 5,7% para mulheres (média de 11,2%).”

E mais adiante adverte: “O curioso é que em todos os levantamentos, a cerveja apareceu como a bebida mais consumida, sendo o seu consumo relatado por cerca de 70% dos estudantes que bebiam.”

Os custos sociais atribuídos ao álcool, como lembra o citado patologista, são conhecidos de todos: saúde, desordem pública, acidentes, vandalismo, problemas financeiros, educacionais, familiares etc.

Em geral, a publicidade das cervejas vem enaltecendo muito mais o estilo de vida do consumidor ao invés da qualidade intrínseca do produto. Atende-se mais ao desejo do que à necessidade, e leva em conta menos o gosto e informação, induzindo comportamentos ao consumidor. Com uma criatividade que assusta, propõe que o estilo de vida mostrado (em geral saudável) pode ser atingido com o uso do produto anunciado.

Em verdade, nada adianta a proibição da venda de bebidas alcoólicas para menores de 18 anos, se as publicidades podem ser veiculadas entre a programação destinada a esta faixa etária.

Com esse quadro social e comercial dantesco em que a publicidade de bebidas alcoólicas vem impondo abusivamente seus conceitos, vem à tona a necessidade de que a sociedade, através do Ministério Público, focalize o problema de modo a articular uma atuação convergida para combater essas más publicidades que são veiculadas pelos fabricantes de bebidas com teor alcoólico inferior a 13º GL, em especial a das cervejas, em nome da efetividade das normas constitucionais e consumeristas.

3. TEOR ALCOÓLICO: PARÂMETRO INADEQUADO PARA REGULAMENTAR PRECEITO CONSTITUCIONAL (INTELIGÊNCIA DO ART. 220, §4º/CF) QUE IMPÕE RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE DE BEBIDA ALCOÓLICA

Em sede constitucional, a regulação da publicidade de bebidas alcoólicas vem prevista expressamente no art. 220, §4º, ao dispor:

“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 os malefícios decorrentes de seu uso.”

A norma constitucional, a toda evidência, tem por objetivo a proteção à saúde humana, direito fundamental que autoriza a criação de limites à liberdade de expressão comercial (também protegida em sede constitucional, sem, contudo, o qualificativo da fundamentalidade). Com a tutela constitucional do direito fundamental à saúde através do dispositivo suso referido, pretendeu o constituinte desestimular o consumo abusivo das bebidas alcoólicas. Por conseguinte, o mesmo objetivo deve ser buscado pela legislação infraconstitucional que o regula.

De fato, a Lei n. 9.294/96 retrata estatuto específico que “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”.

Trata-se, pois, do estatuto que se dispõe a atender ao comando constitucional em referência.

Não obstante, ao disciplinar, no parágrafo único de seu art. 1º, que “consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus ‘Gay Lussac’”, o legislador infraconstitucional desviou-se do foco constitucional (proteção à saúde), criando exceção sem qualquer fundamento científico ou jurídico para a finalidade protetiva da norma, terminando por reduzir – de modo inconstitucional – a efetiva proteção a direito fundamental.

Tem o Estado, portanto, o dever de promover esse direito na forma da lei, atividade expressamente determinada pela Constituição da República para a sua realização. Impõe-se, por conseguinte, ao legislador ordinário, conectar-se a esse direito fundamental, de modo a particularizar efetivamente a proteção constitucional por meio de normas jurídicas consentâneas com a proteção do consumidor, enquanto *direito humano fundamental*.

Realçando a importância da vinculação do legislador infraconstitucional aos direitos fundamentais, com propriedade leciona Ingo Wolfgang Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed., Livraria do Advogado, 2003, p. 344),

“(...) esta vinculação, considerada com base numa dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob um ângulo dogmático-jurídico) a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo. Valendo-nos aqui das expressivas palavras de Vieira de Andrade, há que reconhecer que “o poder legislativo (a potência legislativa) deixou de corresponder à idéia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante e juridicamente débil”. Ressalte-se todavia, que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais representa um plus relativamente à vinculação dos poderes pú-

blicos, inclusive do legislador, às normas constitucionais em geral, como bem expressa o princípio da constitucionalidade, que, neste sentido, apresenta uma dimensão reforçada quanto aos direitos fundamentais.

Neste contexto, cumpre referir a paradigmática e multicitada formulação de Kruger, no sentido de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais (...). De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora.”

Por esse raciocínio, se a Lei n. 9.294/96 se dispôs a regular o § 4º do art. 220/CF, não poderia, jamais, sob pena de flagrante inconstitucionalidade material, restringir o alcance da proteção ao direito fundamental da saúde objetivado na Carta Magna. Portanto, a necessidade de obediência ou respeito aos direitos humanos fundamentais constitui alicerce indispensável à construção de um autêntico Estado de Direito Democrático, dignos que são de maior proteção constitucional por meio da sua inclusão no elenco das cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º).

Ademais, a expressão “bebida alcoólica” lançada no Texto Constitucional”, por sua própria literalidade, não gera qualquer dúvida em termos de interpretação.

Neste ponto, observe-se que o Decreto n. 7.3267, de 6 de dezembro de 1973, já definia bebida como produto refrescante, aperitivo ou estimulante, destinado à ingestão humana no estado líquido e sem finalidade medicamentosa (parágrafo único, art. 1º). Esse mesmo diploma já consignava (art. 14, §2º) que “por bebida alcoólica entende-se a que contiver mais de 0,5º G.L. (meio grau Gay Lussac) de álcool etílico potável”.

Não obstante, a Lei n. 9.294/96 já foi objeto de infeliz deliberação no STF no que diz respeito à definição de bebida alcoólica estabelecida na norma, através da ADIn 1755-5/DF, cuja ementa, da lavra do relator Ministro Nelson Jobim, referiu verbis:

“Constitucional. Lei Federal. Restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, 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 à 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” (STF – Pleno – Adin n. 1755-5/DF – Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 8 de junho de 2001, p. 4).

É de se lamentar a decisão do Supremo, quando se sabe que ele próprio já reconstruiu até mesmo a *reforma da previdência* em vários pontos, acabando por “legislar”, por assim dizer, fora do âmbito do Congresso, ou seja, permitindo-se a fazer exatamente (e muito mais, em se tratando de reforma da Constituição) o que o acórdão em comento não fez no âmbito de legislação ordinária.

Na verdade, sabe-se que a inconstitucional e odiosa exceção instituída pela Lei n. 9.294/96 não tem qualquer base científica séria, sendo que o desvio de seu objetivo – da razão mesma de sua existência – é fruto tão-somente, repita-se, do *lobby* dos fabricantes e anunciantes de cervejas, vinhos e das agências publicitárias.

Tal absurdo, do ponto de vista da *ratio legis*, quanto à “blindagem” da cerveja e do vinho às regras protetivas ordenadas pela Constituição, seria se a lei que regula o art. 220, §4º, da CF, dispusesse algo como “considera-se tabaco fumífero, para os efeitos desta Lei, aqueles com teor de nicotina superior a 1,0 miligramas”, ou “considera-se como medicamento, para efeitos desta Lei, aqueles que contenham substâncias corticóides.

Ponto finalizando neste tópico, constituindo-se o direito à saúde como um dos valores para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, é inconstitucional o parágrafo único do art. 4º da Lei Murad.

4. TEOR ALCOÓLICO: IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA PUBLICIDADE ABUSIVA PERANTE O CDC. INTELIGÊNCIA DA LEI N. 8.078/90, ART. 37, § 2º

Saindo deste ponto de interpretação constitucional, é de se perquirir se a publicidade de bebidas alcoólicas não abrangidas pela Lei n. 9.294/96 (teor de álcool inferior a 13º) poderão associar o produto *ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículos e a imagens ou idéias de maior êxito ou sexualidade das pessoas*.

Com efeito, o CDC proíbe a publicidade abusiva, ao dispor no art. 37, § 2º, da Lei n. 8.078/90:

“Art. 37 É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
(...)”

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, *ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*”.

No tipo legal em questão, não se verifica expressamente qualquer referência à bebida alcoólica como elemento da abusividade.

Respondendo à indagação acima formulada, a resposta, ao nosso entendimento, é *negativa*.

Como observamos em doutrina, a publicidade abusiva traz um conceito aberto, amplo, flexível e dinâmico. Daí porque o CDC pode perfeitamente acolher aquelas restrições prescritas pela Lei n. 9.294/96 quando violarem valores fundamentais ao ser humano. Portanto, ainda que a publicidade das cervejas não sofra a *incidência direta* da Lei Murad, se incorrer em alguma de suas restrições poderá ser controlada

juridicamente pelo CDC sob o prisma da *abusividade*, haja vista que todas as hipóteses restritivas da Lei n. 9.294/96 guardam, de certo modo, correspondência com o comportamento saudável das pessoas.

Não defendemos, nesta tese, a proibição da comercialização das bebidas alcoólicas, até porque o próprio Código de Defesa do Consumidor admite no núcleo da norma do art. 8º, ao dispor que os produtos colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, *exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição*. Se assim não fosse, não haveria como se permitir, em outro exemplo, a venda de cigarros.

Com efeito, uma das formas que o Código de Defesa do Consumidor encontrou para *controlar a fruição*, foi impor certos parâmetros para as mensagens publicitárias, compatibilizando-a ao Texto Constitucional, em especial aos direitos fundamentais.

Portanto, o que buscamos e defendemos nesta tese é conter os abusos muito comuns neste tipo de publicidade, em nome de um *marketing* responsável e criativo, objetivando sempre e sempre o consumo adequado. Se a empresa tem de cumprir a sua função social (hoje fala-se muito em responsabilidade social das empresas), “não há dúvida que o *marketing*, como atividade tipicamente empresarial, também a possui, surgindo tal função social do marketing como um corolário lógico da função social da propriedade e da empresa, caracterizando-se, da mesma forma, como um princípio constitucional impositivo...”. (cf. Fernando Gherardini Santos. *Direito de Marketing*. RT, 2000, p. 124).

Nesse contexto, a fixação de um patamar de teor alcoólico, como parâmetro para incidir as restrições ao conteúdo das mensagens publicitárias previstas na Lei Murad é *irrelevante* para caracterizar a abusividade da publicidade, a qual se verificará, isto sim, na indução ao consumo que violar direitos ou valores fundamentais. Em verdade, dependendo o quanto se ingere em cada espécie de bebida alcoólica, os efeitos à saúde serão os mesmos, já que o problema não está na graduação alcoólica, como frisado, até porque a grande quantidade de publicidade produzida pelos fabricantes de cervejas é inversamente proporcional às publicidades das demais bebidas alcoólicas com graduação maior.

Assim, deve-se limitar não o teor alcoólico para fins de aplicação da lei, mas o conteúdo e os horários de veiculação das publicidades de *qualquer bebida alcoólica*.

No que tange ainda à publicidade abusiva, em doutrina colhemos o *princípio da ordem pública* ou da *legalidade*. Nela não se leva em consideração o interesse econômico dos consumidores, mas o cumprimento de valores supremos da sociedade.

Bem a propósito são as lições doutrinárias de Heloísa Carpena Vieira de Mello, (*Prevenção de Riscos no Controle da Publicidade Abusiva*. RDC, v. 35, p. 123):

“A informação, na publicidade abusiva, pode ser verdadeira, porém a mensagem desvirtua-se do seu propósito de comunicar e vem a ofender valores reputados fundamentais. O que está em questão aqui não é a veracidade ou a correção da informação, mas o aspecto cultural da publicidade, o impacto moral da mensagem.

(...)

Na cultura do consumo, a publicidade é tida por muitos como instrumentos de controle social, manipuladora de opiniões, indutora de comportamentos, tornando patente o alcance e o alto grau dos riscos envolvidos nas questões referentes a devidos no exercício da liberdade de comunicação.

(...)

A publicidade, fenômeno do consumo, forma de comunicação massificada, instrumento de persuasão e de formação do consentimento, passa a ser cada vez mais orientada por desejos do que por necessidades e se torna instrumento de controle social, reportada a valores e estilos de vida, reclamando assim uma disciplina voltada para a prevenção que, a um só tempo, se destine à proteção do mercado e do ambiente.

(...)

Na publicidade abusiva, diversamente da enganosa, o que está em questão não é a veracidade ou a correção da informação, mas o aspecto cultural da publicidade, o impacto moral da mensagem.”

Em tal contexto doutrinário e legal, a influência da publicidade abusiva de bebidas alcoólicas em jovens, notadamente às associadas à saúde, sexualidade ou a idéias de maior êxito, afigura-se nociva à sociedade de consumo, principalmente se considerarmos que o uso de bebidas alcoólicas é tido como um desinibidor de relações interpessoais, um símbolo de masculinidade e um meio de escapar das tensões diárias, que pode levar a uma série de doenças (como o alcoolismo) e problemas sociais.

Ora, se o art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor tutela valores fundamentais para o ser humano, entre eles está certamente o direito à saúde, à dignidade da pessoa humana, à educação, ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania. A natureza jurídica das normas que protegem tais valores deve sair do plano da aplicabilidade e alcançarem o plano da efetividade social como forma de justificativa da existência do próprio Estado Democrático de Direito. Por certo que o direito à saúde (CF, art. 196) constitui a garantia dos demais direito. Sem este direito elementar os demais não podem aflorar e se efetivarem no plano da realidade jurídico-social.

Avulta cristalino, portanto, a *vulnerabilidade do consumidor* diante dessas publicidades abusivas em comerciais de cerveja, algumas das quais guardam perfeita correlação com as restrições às mensagens publicitárias previstas na Lei n. 9.294/96. Ressalte-se, nesse passo, que a vulnerabilidade reconhecida constitucionalmente (CF, art. 5º, XXXII) e densificada pelo legislador ordinário (Lei n. 8.078/90, art. 4º, I) é universal, constituindo-se como a espinha dorsal da proteção do consumidor, sendo a baliza mestra do sistema consumerista brasileiro o reconhecimento da subordinação do consumidor – pelo fornecedor – através do controle das necessidades de consumo.

Portanto, a atuação do poder legislativo, com a edição da Lei Federal n. 9294/96, a despeito de sua flagrante inconstitucionalidade, também não garante, de forma plena, a efetivação do direito fundamental da defesa do consumidor e do direito à

saúde, porque as restrições ao conteúdo das mensagens publicitárias limitam-se apenas a bebidas com grau alcoólico superior a 13º GL, cuja divisão é meramente casuística, desarrazoada e não-científica em relação às diretrizes traçadas pelo Código de Defesa do Consumidor, indo de encontro ao princípio da não-abusividade da publicidade.

5. CONCLUSÃO

De tudo o quanto exposto, apresentamos as seguintes propostas, a título de conclusão, a serem submetidas ao XVI Congresso Nacional do Ministério Público:

1. Dispondo-se a Lei n. 9.294/96 a regulamentar o art. 220, § 4º da CF, é inconstitucional o seu art. 4º, parágrafo único.

2. A Lei n. 9.294/96 não garante, de forma plena, a efetivação do Direito Fundamental à Saúde e Proteção do Consumidor (CF, art. 196 e 5º, inciso XXXII).

3. As restrições ao conteúdo das mensagens publicitárias de bebida alcoólica ora previstas no art. 4º, *caput*, da Lei n. 9.294/96 e que guardarem correlação com a publicidade abusiva do art. 37, §2º, da Lei n. 8.078/90, especialmente quando for capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança, aplicam-se a qualquer bebida alcoólica, independente do teor alcoólico.