



DIREITOS SEM RUÍDO

VOLUME 2

A decisão do STF que reconhece a constitucionalidade da lei baiana que proíbe publicidade nas escolas



2023

EXPEDIENTE

Direção executiva do Idec:

Carlota Aquino

Organização:

Camilla Rigi, Laís Amaral e
Mariana Gondo

Produção de texto:

Luma Dórea, Isabel Cavalcanti
e Carlota Aquino

Revisão:

Camilla Rigi, Laís Amaral,
Leonardo Pillon e Mariana Gondo

Supervisão geral:

Carlota Aquino, Georgia
Carapetkov, Igor Britto e Laís
Amaral

Projeto gráfico:

Coletivo Piu

Ano 2023

REALIZAÇÃO:



APOIO:



DIREITOS SEM RUÍDO

VOLUME 2

A decisão do STF que reconhece a constitucionalidade
da lei baiana que proíbe publicidade nas escolas

2023

APRESENTAÇÃO	06
O CASO	09
COMO A AÇÃO COMEÇOU	10
A lei baiana de 2016	10
A reação dos empresários da mídia	11
OS ATORES NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5631	12
POSICIONAMENTO DOS ATORES	13
Dos posicionamentos pela inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.582/16	13
Os posicionamentos a favor da Lei Estadual nº 13.582/16	15
Idec: a ciência respalda a lei	15
Instituto Alana: lei baiana protege a infância	16
A ACT destaca sintonia com Guia Alimentar para a População Brasileira do Ministério da Saúde	17
A MOVIMENTAÇÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5631 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	18
O JULGAMENTO	19
COMPOSIÇÃO DA TURMA	20
AS SUSTENTAÇÕES ORAIS	21
A sustentação oral da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT)	21
A sustentação oral da Associação Brasileira de Licenciamento (ABRAL)	22
A sustentação oral do Instituto Alana	22

A sustentação oral do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec)	23
A sustentação oral da Associação Brasileira de Anunciantes (ABA)	24
A sustentação oral da ACT Promoção da Saúde	25
A sustentação oral da Procuradoria Geral da República (PGR)	25
OS VOTOS	26
O voto do Ministro Edson Fachin, Relator da ação	26
Exame da Preliminar de Prejudicialidade	27
Da Improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade	28
Do Exame das Alegações de Inconstitucionalidade Formal	29
Do Exame das Alegações de Inconstitucionalidade Material	30
O Voto do Ministro Nunes Marques	31
O Voto do Ministro Alexandre Moraes	32
O Voto da Ministra Cármen Lúcia	33
O Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	34
O Voto do Ministro Gilmar Mendes	34
O Voto do Ministro Dias Toffoli	35
O Voto do Ministro Marco Aurélio	35
O Voto do Ministro Luiz Fux, Presidente da Sessão Plenária	35
CONCLUSÃO	38



1

Apresentação



CARO LEITOR,

Há mais de uma década o Idec vem denunciando os males da publicidade infantil e o seu caráter abusivo, visto que manipula a consumir um grupo que não é capaz de analisar criticamente suas escolhas. No caso da publicidade de alimentos, isto é ainda mais grave, pois a grande maioria das propagandas vem da indústria de produtos alimentícios ultraprocessados. Além da abusividade, a publicidade infantil desse tipo de produto estimula pessoas ainda em desenvolvimento físico e cognitivo a consumir alimentos não saudáveis.

Sabemos que o consumo de ultraprocessados prejudica o desenvolvimento do hábito alimentar infantil e é a principal causa de doenças crônicas não transmissíveis como obesidade, hipertensão e diabetes. Que já é uma epidemia entre a sociedade brasileira e causa 57 mil mortes prematuras por ano, de acordo com estudo inédito que calculou o número baseado em dados da Pesquisa de Orçamentos familiares (POF) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e em dados demográficos e de mortalidade para 2019.

Por isso, recebemos com muita alegria, em 2016, a notícia de que o Estado da Bahia havia aprovado uma lei que protegia as escolas contra a publicidade infantil. Infelizmente, a iniciativa privada propôs uma ação para anular essa lei estadual alegando que a competência de legislar sobre o tema era da União e não dos estados. Na ação judicial, também argumenta que a lei feria direitos e liberdades como a livre iniciativa e a livre concorrência, a liberdade de expressão comercial e o direito à informação.

Em 2018, a lei estadual foi modificada e passou a prever a proibição de todo tipo de comunicação mercadológica dirigida a crianças em estabelecimentos escolares de educação básica, abrangendo não somente alimentos e bebidas não saudáveis. Essa alteração ampliou a proteção contra a publicidade infantil ao abranger toda a pressão consumista de diferentes setores em escolas básicas. O caso foi analisado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2021.

A boa notícia foi que o STF, considerando as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e alinhado com fóruns e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, decidiu, por unanimidade, que o Estado da Bahia apenas cumpriu com o seu dever de regulamentar e limitar abusos da publicidade infantil, protegendo a infância e o desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes baianos.

O julgamento do Supremo reforçou a jurisprudência sobre a importância da regulamentação e da limitação da publicidade, principalmente quando se discute a proteção de pessoas vulneráveis como crianças e adolescentes. É preciso entender que a liberdade de expressão publicitária e a comunicação mercadológica não são direitos absolutos e existem regras que regem e delimitam até onde essa comunicação pode chegar.

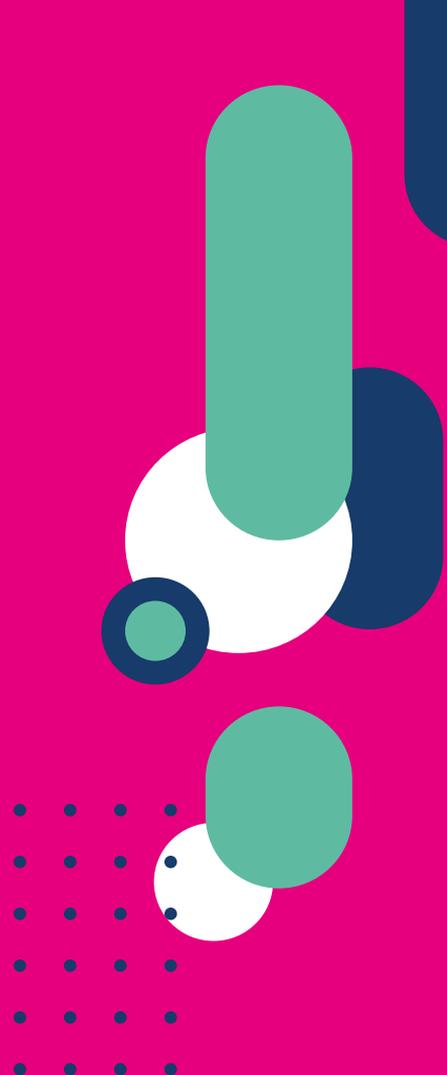
O caso bem-sucedido da Bahia no combate à publicidade infantil nas escolas deixou claro que, assim como cabe ao Estado oferecer uma educação de qualidade, também cabe a ele proporcionar um ambiente alimentar saudável e sem interferências mercadológicas.

É importante que os Estados sigam legislando, de maneira complementar às normas federais, pela garantia de um ambiente alimentar saudável nas escolas. Por isso, o propósito deste relato de caso é apresentar como esse excelente exemplo de jurisprudência, decidido em alinhamento à defesa da promoção da saúde alimentar, foi uma grande vitória para as políticas públicas de defesa da infância e da adolescência.

Porém, entendemos que não se pode parar por aí. A proibição da publicidade infantil no ambiente escolar é fundamental, mas é preciso também criar e fomentar políticas públicas que promovam a alimentação saudável nesses ambientes e fortalecer as estratégias nacionais de soberania e segurança alimentar e nutricional, principalmente num momento em que o Brasil tanto precisa combater a fome e, ao mesmo tempo, o excesso de peso e as doenças crônicas.

Boa leitura,

Carlota Aquino |
Diretora Executiva do Idec



2.

0 caso



COMO A AÇÃO COMEÇOU

A LEI BAIANA DE 2016

Na origem de tudo esteve uma lei estadual aprovada em 2016 na Assembleia Legislativa da Bahia e depois promulgada pelo governador do Estado.

A [Lei Estadual nº 13.582/16](#)¹, que nasceu de um projeto apresentado pelo deputado Fabrício Falcão, regulou a publicidade infantil de alimentos naquele estado. Para efeitos desta lei, ficou definido como “publicidade” qualquer forma de veiculação do produto ou marca, seja de forma ostensiva ou implícita, em programas dirigidos ao público infantil.

Na redação original, esse instrumento regulatório restringiu, na Bahia, qualquer publicidade que estimule em crianças o consumo de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas e/ou sódio. Esse tipo de comunicação mercadológica, de acordo com a lei, teve circulação vedada das 6h às 21h, em rádio e televisão – e, em qualquer horário, nas escolas.

Além disso, a lei proibiu que fosse usada a imagem de celebridades ou personagens infantis na comercialização desses tipos de produtos, assim como também deu um fim à prática de se vincular brindes promocionais, brinquedos e/ou itens colecionáveis à compra de lanches com tais características.

Nos horários em que a propaganda poderia ser veiculada, a lei estabeleceu que ela deveria trazer uma advertência pública e explícita sobre os males causados pela obesidade. As empresas que desobedecessem ficariam sujeitas ao pagamento de multa, à suspensão da veiculação da publicidade, e a elas poderia ser imposta a obrigação de produzir **contrapropaganda**.

1. BAHIA. Lei Ordinária nº 13582, de 14 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www.legisla-bahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-13582-de-14-de-setembro-de-2016>>.

A **contrapropaganda** é um tipo de penalidade que obriga a empresa infratora a mitigar os danos da publicidade ilegal por meio de uma nova peça publicitária sobre o mesmo produto. Essa segunda publicidade tem que ser divulgada da mesma forma, com a mesma frequência e dimensão, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário. No caso da Lei Estadual nº 13.582/16, seu objetivo era informar as crianças sobre o mal ocasionado pelo consumo dos alimentos pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas e/ou sódio.



A REAÇÃO DOS EMPRESÁRIOS DA MÍDIA

A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (**ABERT**) discordou da lei estadual e decidiu reagir ingressando com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (**ADI**) que atacou o conteúdo integral da lei.



ADI é um tipo de iniciativa jurídica destinada a combater leis e atos normativos federais ou estaduais que sejam, no geral, contrários à Constituição Federal. Por isso ela é sempre proposta junto ao Supremo Tribunal Federal (**STF**), que é o guardião da Carta Magna.

A ABERT alegou que a lei estadual seria ilegal pelas seguintes razões:

1. Governos estaduais não poderiam legislar sobre o tema porque esta seria uma matéria de competência privativa da União, conforme o artigo nº 22, inciso XXIX e o artigo nº 220, ambos da Constituição Federal (**CF**) do Brasil.
2. Seguindo esse raciocínio, os limites à propaganda comercial deveriam ser matéria de lei federal, segundo o que estabelece a CF em seu capítulo nº 5, que é especificamente voltado para as regras que regem a Comunicação Social no país.
3. As regras da lei baiana iriam ferir liberdades e direitos fundamentais como liberdade de expressão comercial, direito à informação, livre iniciativa e livre concorrência.

A petição inicial da ABERT foi assinada por seus representantes processuais em 9 de dezembro de 2016. Depois de ser distribuída, teve o Ministro Edson Fachin designado como relator por meio de sorteio eletrônico e recebeu o número de processo 5631. Vamos à análise do caso.

OS ATORES NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5631

A primeira movimentação ocorreu em 15 de dezembro de 2016. Ao receber a petição inicial da ABERT, o Ministro-Relator Edson Fachin, declarou que não poderia tomar decisão cautelar sem que antes constassem no processo manifestações do Governador do Estado da Bahia e da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia.

Fachin também indicou que, sucessivamente, deveriam se pronunciar sobre a ADI a Advocacia Geral da União (AGU) e a Procuradoria Geral da República (PGR), “tendo em vista a importância para a ordem social e segurança jurídica da questão debatida naquela ação judicial”.

Depois dessa primeira manifestação do Ministro-Relator, pediram para ingressar no debate algumas organizações da sociedade civil: a Associação Brasileira de Licenciamento (ABRAL), o Instituto Alana (aqui chamado de Alana), o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e a Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), todas na condição de *amicus curiae*.

Amicus curiae é uma expressão em latim que pode ser traduzida como “amigo da Corte”. Refere-se às organizações ou especialistas de reconhecida reputação que, voluntariamente ou a pedido das partes, participam da causa para “apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito”.



No caso ABERT *versus* Governo da Bahia, a entrada dos *amicus curiae* foi autorizada em 06 de setembro de 2018 pelo Ministro-Relator. Em 05 de novembro de 2018, uma nova organização da sociedade civil pediu e foi autorizada a fazer parte do grupo de *amicus curiae* na ADI nº 5631 - a ACT Promoção da Saúde (aqui chamada de ACT).

Estava, a partir daí, definido o grupo que atuaria no STF pela ADI nº 5631: a ABERT (requerente/propositora da demanda judicial), o Governador do Estado da Bahia e a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (requeridas), a AGU e a PGR (representando as autoridades públicas) e os *amicus curiae*: ABRAL, Alana, Idec, ABA e ACT.

Passaremos às argumentações de todas as partes envolvidas na ADI no próximo capítulo.

POSICIONAMENTO DOS ATORES

DOS POSICIONAMENTOS PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 13.582/16

A primeira parte a se manifestar sobre os requerimentos iniciais do Ministro-relator foi a AGU, em 02 de março de 2017. A AGU opinou pela procedência dos pedidos realizados pela ABERT – em outras palavras, concordou que a Lei Estadual nº 13.582/16 deveria ser considerada inconstitucional por ter regulamentado matéria que, segundo ela, seria de competência privativa da União Federal.

E, mais adiante, defendeu que “o artigo 220, § 3º, da Carta Republicana prevê que compete à lei federal disciplinar as diversões e espetáculos públicos, além de 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 artigo 221 do texto constitucional, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

Em suma, a AGU abraçou a tese de que a Assembleia Legislativa da Bahia invadiu o espaço do Congresso Nacional ao legislar sobre um tema (a propaganda comercial) que teria que ser tratado em lei nacional, e não em projeto estadual.

Em 25 de outubro de 2018, a PGR apresentou posição concordante com a da AGU. Em sua exposição, a PGR ressaltou que já vinham tramitando na Câmara dos Deputados projetos de lei (PLs) que “visam a regulamentar a publicidade infantil de alimentos”² e “vedam a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches”³. Alegou a PGR que a falta de regulamentação federal sobre a publicidade dirigida ao público infantil não poderia abrir espaço para a atuação legislativa estadual, por mais nobres e relevantes que fossem seus objetivos.

No dia 10 de dezembro de 2018 foi a vez da ABRAL, *amicus curiae* no caso, registrar sua linha de argumentação – que se revelou estar em conformidade com a da AGU e a da PGR. A ABRAL alegou, em resumo, que a lei baiana, além de ser inconstitucional (pois o Estado da Bahia não seria competente para legislar sobre a matéria em discussão), representaria uma tentativa de censura à manifestação da expressão publicitária dos anunciantes, que ficariam “impedidos de comunicarem seus produtos licitamente vendidos”.

A ABRAL decidiu ir ainda mais longe ao invocar uma alegada falta de legitimidade das demais entidades para atuarem como *amicus curiae*. Seu argumento foi de que as organizações estariam objetivando emplacar lei estadual inconstitucional, de forma “a pegar carona na dramaticidade da obesidade infantil para justificar o injustificável”.

Seguiremos analisando, no próximo capítulo, a defesa da Lei promulgada pelo Estado da Bahia e os argumentos das entidades civis que advogaram pela improcedência dos pedidos da ABERT.

2. BRASIL. Projeto de lei nº 5.608/2013. Disponível em: <<https://criancaconsumo.org.br/camara-dos-deputados/projeto-de-lei-n-5-6082013/#::-:text=Projeto%20de%20Lei%20n%C2%B0%3A%205.608%2F2013%20Regulamenta%20a%20publicidade,lei%20da%20C%C3%A2mara%20dos%20Deputados%20Federais%20n%C2%B0%3A%205608%2F2013>>.

3. BRASIL. Projeto de lei nº 4.815/2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1737799>.

OS POSICIONAMENTOS A FAVOR DA LEI ESTADUAL Nº 13.582/16

Idec: a ciência respalda a lei

A primeira organização da sociedade civil a se manifestar na ADI em defesa da constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.582/16, na condição de *amicus curiae*, foi o Idec, no dia 02 de outubro de 2018.

Em sua petição, o instituto registrou que “a lei baiana foi concebida dentro do contexto preocupante em que se encontra a saúde pública no Brasil, tendo em vista os altos índices de doenças crônicas não transmissíveis (DCNTs)”. A entidade ainda alertou que “essas doenças decorrem, na maioria das vezes, da obesidade, comumente causada pelo consumo de alimentos com alto teor de açúcares, gorduras e sódio”. O Idec trouxe para a ADI evidências científicas comprovando suas alegações.

Argumentou o Idec que, ao promulgar a Lei Estadual nº 13.582/16, o Estado da Bahia não só agiu dentro das normas de constitucionalidade como também cuidou de tratar de assuntos concernentes: (1) à obesidade infantil como um tema de saúde pública; (2) à propaganda de alimentos e sua relação com a obesidade infantil; (3) à proteção da criança no mercado de consumo como prioridade absoluta; e (4) à garantia de um ambiente alimentar saudável dentro das escolas.

Dessa forma, de acordo com a linha de argumentação do Idec, a Lei Estadual nº 13.582/16 não seria inconstitucional; ao contrário, estaria inserida na esfera da competência legislativa suplementar dos Estados - já que, “de acordo com a proteção integral, entre outras medidas protetivas, é intuitiva a necessidade de se garantir um ambiente escolar saudável”.

O Idec ainda discordou taxativamente de que a lei significaria uma suposta violação às liberdades de expressão e comunicação, e do direito à informação.

Segundo o Instituto, não seria cabível falar em qualquer tipo de censura promovida pela iniciativa da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, já que a “atividade publicitária não é constitucionalmente norteadada pela ampla liberdade”. Nesse sentido, a liberdade da publicidade e propaganda comercial pode ser limitada e regulamentada quando colidir com a “proteção do direito à saúde, que demanda garantias legais contra a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde pública e individual, como é o caso dos alimentos ultraprocessados” – um entendimento mundialmente reconhecido em tratados de direitos humanos e internacionais⁴.

Por fim, o Instituto rejeitou as alegações sobre restrições à livre iniciativa e livre concorrência destacando que tais liberdades comerciais não são absolutas e devem ser calibradas mediante a observância dos direitos dos consumidores e do dever de proteção prioritária às crianças.

Instituto Alana: lei baiana protege a infância

Na mesma data, 02 de outubro de 2018, o Alana se manifestou acompanhando os argumentos do Idec: o Alana defendeu a competência concorrente dos Estados e da União para legislar acerca da proteção à infância.

O Alana respondeu aos argumentos expostos pela ABERT afirmando que a associação empresarial expunha uma visão de mercado, focada não no melhor interesse da criança e da educação, mas sim nos interesses comerciais do anunciante.

Para a entidade, o ambiente escolar seria conjecturado pela ABERT como “um dos melhores cenários para a introdução de uma marca à criança”. E, bem assim, “a lógica defendida pela ABERT, que coadunaria com a visão do mercado, não merece subsistir” no próprio ambiente de ensino.

“A declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.582/16 certamente fortaleceria apenas e tão somente as grandes emissoras de rádio e TV em contrapartida à frágil maturidade de discernimento das crianças.” Para

4. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador, ratificado pelo Brasil em 1999, que integra o chamado bloco de constitucionalidade, por força do art. 5º, § 2º da CRFB/88.

fortalecer seus argumentos, o Alana também fez a juntada de parecer do professor Virgílio Afonso da Silva, no qual ele defende a constitucionalidade da norma atacada.

O professor afirma que a lei é proporcional, porque “uma restrição total à publicidade de um determinado produto ou a um determinado público não é uma restrição total à liberdade publicitária, mas uma restrição ape-

nas parcial (e pequena)”, tanto dessa liberdade quanto da liberdade geral de expressão. Assim, no entendimento contido no parecer, seja porque são graves os problemas de saúde causados pelo consumo de produtos não saudáveis, seja porque há relação direta entre a publicidade e o consumo desses alimentos, os ganhos sociais obtidos com a restrição imposta aos anunciantes superariam as perdas que eles eventualmente teriam.

ACT Promoção da Saúde: destaque para a sintonia com Guia Alimentar para a População Brasileira do Ministério da Saúde

O litígio em questão não deveria ser analisado apenas sob o viés da restrição da publicidade, com abordagem tão somente na defesa da livre iniciativa e na liberdade de expressão comercial, pois esta é simplista e prejudicial ao interesse público.

Nessa linha, em 05 de novembro de 2018 se manifestou o terceiro *amicus curiae* do processo, a ACT.

Em defesa do Estado da Bahia, a ACT destacou que, ao restringir a publicidade de certos alimentos e bebidas dirigida a crianças nos meios de comunicação de massa e no ambiente escolar, a lei trata de temas caros aos interesses da sociedade brasileira: a proteção da saúde pública, da infância e da escola.

A entidade frisou que os alimentos e bebidas que a lei tratou de regular são “aqueles pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, que estão justamente inseridos no conceito de alimentos classificados como ultraprocessados (como biscoitos recheados, salgadinhos “de pacote”, refrigerantes e macarrão “instantâneo”)” no Guia Alimentar para a População Brasileira, publicado pelo Ministério da Saúde, em 2014.

Para a entidade, a Lei Estadual da Bahia nº 13.582/2016, além de ser constitucional, teria sido promulgada objetivando a prevenção e a redução da obesidade infantil, e com o fim de coibir a publicidade abusiva dirigida ao público infantil.

A seguir, passaremos à movimentação da ADI nº 5631 no STF.

A MOVIMENTAÇÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5631 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Juntadas todas as considerações das partes interessadas, de um lado pela inconstitucionalidade, e do outro pela constitucionalidade da Lei nº 13.582/2016 do Estado da Bahia, o processo parecia ter todos os requisitos e subsídios para que fosse efetivamente analisado e julgado pelo STF, em sessão colegiada.

Mas eis que, durante o andamento processual, ocorreu um fato que poderia mudar o rumo da ADI nº 5.631: a publicação da Lei Estadual nº 14.045 em 28 de dezembro de 2018 pelo Governo da Bahia. Essa lei alterava a Lei nº 13.582/2016, que agora passou a regular *a comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica*.

Assim, diante desse novo fato, o Alana se manifestou novamente nos autos do processo para argumentar que, com a alteração da Lei nº 13.582/2016, a questão debatida na ADI nº 5631 estaria prejudicada, pois

os pedidos da ABERT haviam, assim, perdido seu objeto.

Em síntese, o Alana pediu que o processo fosse extinto. A Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), em 22 de fevereiro de 2021, discordou da manifestação do Alana. Segundo a opinião expressada pela ABA, não haveria perda de objeto no pedido de declaração de inconstitucionalidade já que “as alterações feitas pela lei superveniente foram pontuais, e não modificaram os aspectos fundamentais da norma e os seus vícios de inconstitucionalidade”.

A ABA defendeu, pois, a continuidade da tramitação para que houvesse decisão final do órgão julgador pela inconstitucionalidade da lei promulgada pelo governo da Bahia.

A despeito desse novo contexto, a sessão de julgamento foi mantida pelo STF e realizada em 25 de março de 2021 - o que passaremos a analisar nesta sequência.

3.



0 julgamento

COMPOSIÇÃO DA TURMA

O STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, fundamentalmente, a guarda da Constituição Federal (CF).

A nossa CF estabeleceu o Brasil como uma República Federativa regida por três poderes harmônicos e independentes. À Suprema Corte judiciária foi dada como responsabilidade prioritária a guarda e a proteção do texto constitucional. Ou seja, cabe ao STF garantir que a CF seja cumprida por todos – inclusive pelos outros dois poderes, o Executivo e o Legislativo.

Entre as atribuições do STF está, pois, a de julgar ADI de lei ou ato normativo federal ou estadual – como no caso que analisamos, em que foi questionada pela ABERT a constitucionalidade de lei promulgada pelo Estado da Bahia.

O debate da publicidade de alimentos dirigida ao público infantil é, de fato, uma matéria de repercussão geral. Ou seja, trata-se de uma questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico; ela está além dos interesses

individuais das partes envolvidas, pois seus impactos atingem todo um grupo da sociedade.

É o tipo de demanda judicial que deve ser levada ao Plenário, com deliberação de pelo menos oito dos 11 Ministros do STF – e, para a decisão sobre a constitucionalidade da mesma, é necessária uma maioria de seis votos.

Compuseram, pois, a turma de Ministros do STF para o julgamento da ADI nº 5631: o Ministro Luiz Fux, na Presidência da sessão; o Ministro Edson Fachin, como Relator da demanda; e os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Nunes Marques, totalizando a participação dos 11 Ministros integrantes do STF.

Também participaram da sessão de julgamento, os advogados representantes das partes interessadas na ADI e dos *amici curiae*, da seguinte forma:

O julgamento se deu por videoconferência no dia 25 de março de 2020.

AS SUSTENTAÇÕES ORAIS

A sustentação oral é a oportunidade que os advogados das partes de um processo têm de defender oralmente, no dia do julgamento e perante o colegiado julgador, as razões para que o Plenário entenda pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade da lei debatida – no caso, a ADI nº 5631. Tudo é transmitido em tempo real e com acesso aberto a qualquer pessoa interessada em acompanhar o julgamento.

Após o relatório lido pelo Ministro-Relator Edson Fachin, que fez uma breve síntese dos fatos e da movimentação processual da ADI nº 5.631 para conhecimento dos presentes, foi passada a palavra aos atores do processo (partes, autoridades públicas e *amici curiae*).

A SUSTENTAÇÃO ORAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO (ABERT)

A primeira a fazer a sustentação oral foi a ABERT, promovente da ADI, cujos argumentos foram apresentados pelo advogado Alexandre Kruehl Jobim.

Dentro do seu tempo limite de 15 minutos, o advogado reiterou que a demanda judicial representava uma “inconstitucionalidade formal, patente e indissociável, e alguns aspectos de inconstitucionalidade material”.

Uma das linhas de argumentação reforçada por Jobim durante sua sus-

tentação oral foi a da “violação da liberdade de expressão comercial”.

Ele frisou que a norma impugnada afrontaria “direitos constitucionais fundamentais como a liberdade de expressão e de comunicação, da informação, livre concorrência, e proporcionalidade”. E que, nesse sentido, “o direito de informação deve ser visto como um direito da sociedade, como um grupo difuso e indeterminado de pessoas de acesso a produtos e serviços – assim, a lei também violou esse direito à informação”.

A SUSTENTAÇÃO ORAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LICENCIAMENTO (ABRAL)

Representada pelo advogado Marco Antonio da Costa Sabino, a ABRAL reiterou na sustentação oral os argumentos que já havia registrado nos autos da ADI, fazendo coro com a linha trazida anteriormente pela ABERT de que a lei baiana seria “flagrantemente inconstitucional”, e que, portanto, “não seriam necessárias maiores ilações para entender que a lei violou frontalmente uma dupla reserva de lei federal”.

Assim como o advogado da ABERT, Sabino fez também menção especial ao tema da liberdade de expressão. Ele enfatizou que “não há imprensa livre sem propaganda comercial”, tampouco “há imprensa livre sem fonte de financiamento, que se dá pela propaganda comercial”.

O advogado asseverou que os argumentos trazidos pelos atores no

processo de que a publicidade dos alimentos poderia trazer malefícios às crianças não estaria revestida de qualquer prova, e que “o art. 220 da CF, que regula a Comunicação Social, não baniu a publicidade comercial de nenhum produto. Assim, não haveria razão para a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia proibir a publicidade comercial de uma determinada categoria de produtos”.

O advogado da ABRAL complementou seus argumentos com exemplos de casos semelhantes julgados pela Suprema Corte estadunidense. Com isso, ele buscou estabelecer que em um mundo globalizado, onde as crianças têm fácil acesso a marcas e à *internet*, a lei baiana não seria eficaz nos seus objetivos - e, portanto, seria desproporcional porque não atingiria sua finalidade.

A SUSTENTAÇÃO ORAL DO INSTITUTO ALANA

O Alana, representado pelo advogado Fernando Neves da Silva, apresentou sustentação oral com considerações opostas às da ABERT e às da ABRAL.

O advogado do Alana rechaçou todos os argumentos acerca do direito à liberdade do pensamento e do direito de divulgação da informação comercial: o caso trata, enfatizou

ele, de proteção da infância, não restando dúvidas de que a propagação comercial dentro das salas de aula iria interferir na formação das crianças. E, evidentemente, a proteção da infância e da juventude deveria ser favorecida em contraposição aos interesses da publicidade comercial.

Ele complementou sua exposição citando o Código de Defesa do Consumidor (CDC) - lei federal que, “no art. 37, parágrafo 2º, considera abusiva e estabelece como ilegal esse tipo de propaganda dirigida à criança”, havendo entendimentos de casos julgados pelo STJ nesse sentido.

A SUSTENTAÇÃO ORAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC)

O Idec, representado pelo advogado Walter José Faiad de Moura, apresentou sustentação oral acompanhando o entendimento do Alana e fazendo contraponto às argumentações da parte autora (ABERT).

Para o Idec, um eventual reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual baiana significaria uma forma de punição à Assembleia Legislativa do Estado da Bahia pelo simples fato de exercer suas obrigações legiferantes, de legítima representante da voz popular constitucional, para atacar determinado setor que estaria, entre outras coisas, causando prejuízo à economia brasileira.

Moura observou também que não iria o Poder Legislativo baiano trabalhar para editar uma norma, ou seu aprimoramento, e regulamentar a publicidade de alimentos dirigida ao público infantil caso os instrumentos de autorregulamentação efetivamente fossem suficientes em fazê-lo.

Finalmente, ele pediu aos julgadores que se debruçassem sobre a lei baiana, incluindo suas posteriores alterações, para verificar que ela não restringiu a publicidade, não entrou no campo da radiodifusão brasileira; limitou-se a objetivamente disciplinar o interesse comercial dentro do ambiente educativo, priorizando o direito das crianças.

A SUSTENTAÇÃO ORAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANUNCIANTES (ABA)

Representada pela advogada Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, a ABA fez uma sustentação oral sincronizada com os argumentos da ABERT e da ABAL, destacando pontos que considerou fundamentais para o desenlace da ADI nº 5.631.

A tese da ABA incluiu o argumento da uniformidade de regulação para todo o Brasil: a opção feita pelo constituinte de criar matérias que são privativas de lei federal se deu exatamente para que determinadas normas disciplinassem temas de forma padronizada em todo o território nacional.

“Não há uma particularidade local do Estado da Bahia, que justifique, por exemplo, apenas este estado ser excluído da existência de promoções ou de produtos que possam ter o licenciamento; não podem as empresas padronizar seus produtos para cada estado brasileiro – e, por esse motivo, a lei que regulamenta a Publicidade deve ser lei federal”, defendeu.

Contrapondo a tese dos *amici curiae*, ela destacou não vislumbrar, no caso, uma suplementação normativa do Estado da Bahia, e sim uma inconstitucional restrição à liberdade de expressão comercial e da livre iniciativa - sendo esta última, frisou ela, o fundamento da ordem econômica.

Em sintonia com os argumentos da ABERT e da ABAL, ela lembrou que já há outros meios de controle da publicidade comercial, tais como os órgãos de autorregulação e o controle judicial dos casos específicos.

Ainda no campo da desproporcionalidade, ela acrescentou que a lei baiana feriu a autonomia da escola e da comunidade em que ela está inserida, vedando de forma desproporcional qualquer ação que pudesse ser de interesse de ambas.

A SUSTENTAÇÃO ORAL DA ACT PROMOÇÃO DA SAÚDE

Vocalizando os argumentos da ACT, o advogado Casio Scarpinella Bueno engrossou o coro de defesa da competência formal e material do Estado da Bahia para propor a lei. Dessa forma, ressaltou Bueno, a lei baiana veio para dar diretrizes educacionais dentro do segundo lar das crianças brasileiras.

O advogado da ACT concluiu registrando que a entidade, como *amicus curiae*, adicionou ao processo estudos científicos da comunidade internacional e brasileira que comprovam os males causados pela má propaganda, especificamente na perspectiva alimentar, além de recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) - que entende a obesidade infantil como uma epidemia mundial e, inclusive, sul-americana e brasileira.

A SUSTENTAÇÃO ORAL DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR)

Representando a PGR, o Vice-Procurador-Geral Humberto Jacques de Medeiros destacou se tratar o julgamento de “caso emblemático”; portanto a PGR teria o dever de acrescentar algo além daquilo que já havia sido debatido pelas outras partes sustentantes.

O Vice-Procurador Geral da República pediu cuidado na interpretação do artigo que dispõe sobre a competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial - uma vez que a liberdade de comércio é essencial para a economia da

nação, “mas quando discutimos o espaço escolar do grupo vulnerável infância não estamos a discutir a higidez da circulação de mercadorias e do comércio em uma federação”. De acordo com Medeiros, a proteção das crianças, seres hipossuficientes, pela escola contra o assédio do mercado é uma tarefa constitucionalmente imposta aos Estados.

Segundo ele, o tipo de comunicação dentro do ambiente escolar deve ser aquele de caráter educativo, informativo e de orientação social, sem o intuito de estimular nas crianças e

na juventude o consumo de produtos que afetem negativamente sua saúde com possíveis impactos em suas vidas futuras, frisou ele.

Medeiros chamou atenção para o artigo nº 220, parágrafo 4º da CF - que determina que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais; e deve, sempre que necessário, conter advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

“Mas seria leviano supor que somente esses produtos podem causar malefícios”, apontou. “Álcool e tabaco produzem malefícios para adultos, que devem ser advertidos; e a mesma lógica se aplica a alimentos para crianças em ambiente escolar, o que a lei baiana veio a regular”, defendeu.

Assim, a autoridade pública opinou que a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia se esforçou para cumprir a CF e o dever de proteger as crianças dentro do espaço escolar; não se tratando, portanto, de impedir o comércio, a propaganda ou a circulação de riquezas - até porque, ressaltou, o impacto mercadológico da restrição de publicidade de alimentos no ambiente escolar seria muito baixo.

Segundo a PGR, a lei baiana, portanto, estaria condizente com o mandamento constitucional de proteger a infância e de regulamentar a publicidade de alimentos dirigida a crianças em ambiente escolar, onde os interesses comerciais não podem suplantar a finalidade informativa, educativa e de orientação social.

OS VOTOS

O VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN, RELATOR DA AÇÃO

Antes de passarmos a analisar o primeiro voto, que sempre cabe ao Ministro-Relator, vamos entender o papel que ele exerce em uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

O julgamento de uma ADI tem duas fases, ou dois momentos cruciais. No primeiro, um(a) relator(a) é designado(a) para o processo e recebe a ação originária. A partir daí, ele(a) analisa o caso e elabora seu voto. No segundo momento, os demais Ministros julgadores votam, e o resultado majoritário prevalece.

A função do Ministro-Relator é, portanto, primordial, cabendo-lhe “dirigir e ordenar o processo no tribunal”. É ele quem recebe os autos e analisa, antes de tudo, a viabilidade de a ADI ser julgada – e, em seguida, profere seu voto.

Assim, a primeira etapa do procedimento do julgamento depende exclusivamente do que decidir o Ministro-Relator. Por isso, a posição do relator é muito significativa para os demais Ministros e para o futuro das questões tratadas no tribunal, visto que seu voto é o primeiro a ser apresentado nas decisões do Plenário, que é o colegiado de todos os Ministros.

Exame da Preliminar de Prejudicialidade

O fato de a lei baiana ter sido alterada depois de a ABERT ingressar no STF reivindicando sua inconstitucionalidade não prejudicou a ação, decidiu logo de início o relator Edson Fachin. Isso porque, argumentou o julgador, “a Lei nº 14.045 de 27 de dezembro de 2018 manteve a proibição de comunicação mercadológica dirigida às crianças, ainda que limitando-a aos estabelecimentos de educação básica”.

Assim, ao decidir como necessário o julgamento da ADI nº 5.631, o Ministro- relator apontou que a definição legal de “comunicação mercadológica” se perfaz como “toda e qualquer atividade de comuni-

cação comercial” – e, dessa forma, subsistiriam “as razões que levaram a ABERT a solicitar a declaração de inconstitucionalidade”, já que foi mantida a proibição de propaganda comercial, uma usurpação da competência da União segundo a tese da Requerente (ABERT).

Além disso, o Ministro Fachin entendeu que, na petição de 18 de fevereiro de 2021, a ABERT já havia manifestado o interesse no prosseguimento da ação. Ou seja, já que após a alteração da lei baiana a ABERT registrou que entendia ser esta alteração também inconstitucional, o julgamento assim prosseguiria englobando tanto a lei original como a sua posterior edição.

Seguindo com o julgamento, o Ministro Edson Fachin resumidamente descreveu os pontos principais trazidos pelos atores do processo (Requerente, *amici curiae* e autoridades públicas) e declarou o seu voto pela improcedência da ADI – em outras palavras, ele foi contrário à pretensão da ABERT e favorável à lei baiana.

Para fundamentar suas razões, citou as recomendações da OMS⁵ dirigidas aos Estados para regulação “da publicidade de bebidas não alcoólicas e de alimentos ricos em gorduras e açúcares”. Apontou que as recomendações são “baseadas em evidências científicas” e “foram acompanhadas de um relatório técnico para auxiliar os Estados”.

“A OMS recomenda, por exemplo, que os locais onde as crianças se reúnem devem ser livres de todas as formas de publicidade de alimentos ricos em gorduras saturadas, gorduras trans, açúcares ou sódio. Esses locais incluem, mas não se limitam, a escolas e suas mediações, clínicas e serviços pediátricos, eventos esportivos e atividades culturais”, registrou Fachin em seu voto.

Ele observou que os locais citados na recomendação têm caráter de *in loco parentis*, ou seja, substituem eventualmente os pais em sua tarefa de educar. Não existe nesses locais a possibilidade de os pais ou os responsáveis pelas crianças desligarem a televisão ou o rádio, pois não estão ali presentes fisicamente. Por isso, como afirma a recomendação, “dentro da escola, o bem-estar nutricional das crianças deve ser a pedra angular”.

O relator ainda registrou que “a recomendação da OMS foi encampada em uma série de fóruns internacionais de que o Brasil faz parte” e fez menção ao Relatório de 2014 ([A/HRC/26/31](#)), do Relator Especial das Nações Unidas para o Direito à Saúde, onde já havia entendimento pelo “dever dos Estados de regular a propaganda comercial desses produtos quando dirigida às crianças.”

Ainda de acordo com o voto do Ministro Edson Fachin, “a decisão da OMS, tomada com base em evidências científicas, indica, de um lado, que o consumo de alimentos e bebidas de baixo valor nutricional representa grave risco à saúde de crianças

5. [Resolução 63/14](#), de 21 de maio de 2010.

e adolescentes e, de outro, que a propaganda desses produtos é uma influência negativa e potencialmente atinge a proteção das crianças e adolescentes. De fato, como prevê a Recomendação nº 2: dado que a eficiência da publicidade é uma função

da exposição e do poder, o objetivo central da política de saúde pública deve ser o de reduzir a exposição de crianças à propaganda desses produtos. Por isso, inegavelmente, limitar a publicidade é um meio para proteger a saúde de crianças e adolescentes”.

Do Exame das Alegações de Inconstitucionalidade Formal

O Ministro-Relator Edson Fachin também abordou a questão da alegada incompetência do Estado da Bahia para legislar sobre publicidade de alimentos no ambiente escolar, o que seria supostamente matéria reservada à lei federal.

“Nenhum dos entes federados poderá se furtar da realização dos direitos fundamentais”, registrou ele em seu voto; “o Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas são também os Estados e os Municípios”.

Assim, ressaltou o Ministro, é perfeitamente possível, pela CF, a repartição de competências entre os entes federais, considerando-se que os Estados podem “dispor de matérias que tangencialmente afetam o interesse local”.

Tal compartilhamento das competências para legislar sobre matérias em benefício da sua comunidade identitária decorre do próprio federalismo.

Além disso, o Ministro-Relator destacou entender que a competência estadual estaria justificada “com base na competência concorrente de os Estados legislar sobre defesa da saúde (art. 24, XII, da CRFB) e sobre proteção à infância (art. 24, XV, da CRFB)”, observando que “o caso dos autos, ao invés de estabelecer uma proibição geral de publicidade, restringe-a apenas aos estabelecimentos de ensino, em linha com o que propõe a Organização Mundial de Saúde.”

Por fim, rejeitou as alegações de inconstitucionalidade formal, reconhecendo a competência dos Estados de restringir o alcance da publicidade dirigida à criança enquanto elas estiverem nos estabelecimentos de educação básica, concluindo que “a Constituição não admite que a inação da União possa ser invocada para impedir a adoção de medidas por parte de Estados para cumprirem as obrigações que decorrem diretamente dos instrumentos internacionais de proteção à saúde e à infância”.

O vício de inconstitucionalidade formal diz respeito ao procedimento ou à forma de elaboração da norma. Paderia de inconstitucionalidade formal a lei que foi criada em desrespeito às regras previstas para seu “nascimento legislativo”. Um dos casos mais comuns de inconstitucionalidade formal é o vício de iniciativa, quando uma lei é proposta por autoridade que não tem a competência exigida para tanto.

Já o vício de inconstitucionalidade material está relacionado ao conteúdo da lei ou norma. Nesse caso, a inconstitucionalidade ocorre porque a matéria da lei viola princípios ou direitos e garantias previstos na CF.

Do Exame das Alegações de Inconstitucionalidade Material

Seguindo o mesmo entendimento expressado sobre a inconstitucionalidade formal, o Ministro-Relator rejeitou as alegações de inconstitucionalidade material, assinalando que “a Constituição, no § 4º do art. 220, apenas apontou um caminho possível para a restrição do direito à liberdade de expressão comercial - ou seja, a promoção ou proteção de um outro direito fundamental”.

No que tange à ponderação de valores entre liberdade de expressão e livre iniciativa e propaganda, Fachin

observou que “a restrição aprovada pelo Estado da Bahia promove a proteção da saúde de crianças e adolescentes, dever que a própria Constituição define como sendo de absoluta prioridade”.

Ele acrescentou que “a limitação, tal como disposta na Lei nº 14.045 de 2018, implica restrição muito leve à veiculação de propaganda, porquanto limitada ao local para o qual é destinada, delimitada apenas a alguns produtos e a um público ainda mais reduzido”

Além disso, registrou ele, tais limitações “podem ser aplicadas especialmente no ambiente escolar”, já que “a escola prepara as crianças para participarem da vida pública”, não sendo, portanto, absoluta a liberdade comercial nesses ambientes, pois a criança, dentro da escola, “precisa ser cultivada e cativada pelas melhores ideias e pelos melhores exemplos”.

Por fim, o Ministro frisou prezar a “relevantíssima função desempenhada pelos órgãos de autorregulação da publicidade brasileira”. No entanto, ponderou que cabe “aos Estados, por legislação própria, a liderança no controle da publicidade de alimentos e bebidas ricas em gorduras e açúcares, como estabelece a

OMS na Recomendação número 6: os governos devem ser os atores-chave do desenvolvimento de políticas públicas, e devem ser líderes de uma plataforma comum para a implementação, monitoramento e avaliação das políticas de restrição à publicidade”.

O Ministro-Relator Edson Fachin votou, pois, pelo reconhecimento da constitucionalidade da Lei do Estado da Bahia nº 13.582/2016 conforme a redação dada pela posterior Lei nº 14.045 de 2018, e julgou improcedente a ADI – negando, com isso, a pretensão da ABERT.

Finda a leitura do seu relatório, ele passou a palavra para os votos dos demais Ministros.

O VOTO DO MINISTRO NUNES MARQUES

Após as declarações do voto do Ministro-Relator Edson Fachin, o primeiro Ministro a votar foi Nunes Marques. Em suas considerações, o julgador registrou que decidiu mudar sua interpretação original do caso após acompanhar as sustentações orais das partes e o voto do relator.

“A princípio, pareceu-me que a lei disciplinava matéria típica de competência da União, especificamente sobre propaganda comercial de produtos ou marcas (CF, art. 22, XXIX). Daí que, numa primeira avaliação, cogitei declarar a inconstitucionalidade formal do texto impugnado, e assim me expressei”, descreveu o Ministro.

Mas depois de acompanhar a manifestação dos demais Ministros, explicou Nunes Marques, convenceu-se de que a versão alterada do instrumento legal não afetou os moldes

atuais da publicidade comercial ampla, que inclui rádio, TV e *internet*. “Dentro dessa leitura, parece-me possível preservar a lei”, reavaliou o Ministro.

Decidiu, assim, acompanhar o voto do relator acrescentando que “a propaganda de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, quando dirigida especificamente para crianças num espaço territorial dedicado ao ensino e à educação, é nociva e pode ser debelada do ordenamento jurídico mesmo por leis locais de disciplina administrativa do ambiente escolar”.

O VOTO DO MINISTRO ALEXANDRE MORAES

O Ministro Alexandre Moraes também acompanhou o voto do Ministro Edson Fachin, com a ressalva de que sua fundamentação seria um “pouco diversa da visão do eminente relator”, mas com conclusão muito semelhante.

Concordou com os estudos de obesidade infantil juntados aos autos, observando que, além de contribuir para o aumento dos casos, o tipo de alimento cuja publicidade a Bahia tentava banir das escolas é extremamente pobre em nutrientes.

Mas ele apontou também, por outro lado, que, no seu entendimento, há necessidade de relativização “em virtude da extrema dificuldade em se restringir uma propaganda”, já que “com a *internet*, com os celulares, as crianças e adolescentes têm acesso a qualquer informação independentemente dessa restrição”.

“Hoje, as grandes restrições, ou as ditas restrições absolutas, têm pouquíssima eficácia. A eficácia é muito maior quando as publicidades e propagandas vêm acompanhadas de mensagens educativas”, afirmou.

Alexandre Moraes destacou discordar de Edson Fachin no sentido de que existe, sim, legislação federal que trata de publicidade comercial - como o Marco Legal da Primeira Infância e o CDC. Essas legislações impõem um enfático comando para que as políticas públicas dos três entes federativos evitem a exposição precoce das crianças à comunicação mercadológica de modo a preservar sua saúde, alimentação e nutrição adequadas.

Mas mesmo com a publicidade de alimentos dirigida ao público infantil já tendo sido anteriormente endereçada em legislação federal, ressaltou

o Ministro, os estados podem exercer competência concorrente para legislar sobre a proteção à infância e à juventude, e, portanto, a versão atualizada da lei baiana não conteria quebra ou desrespeito à CF.

“O que pretendeu o legislador baiano com a alteração legislativa? Como podemos realizar essa proteção? Como podemos priorizar o que a legislação federal indica do ponto de vista da saúde, do ponto de vista da nutrição? Vamos proibir a comunicação mercadológica dirigida a crianças nos estabelecimentos de educação básica. E aqui não

foi algo abusivo. O eminente Ministro Edson Fachin detalhou as indicações da Organização Mundial de Saúde nesse sentido. Então, é algo que levou em conta a ciência, que levou em conta a questão técnica, científica. Nesse sentido, não me parece que houve invasão de competência”, asseverou.

Em conclusão, o Ministro opinou que a lei em debate “não é uma legislação sobre publicidade; é uma legislação sobre proteção da criança, proteção prioritária que a legislação federal exige, proteção em relação à questão mercadológica”.

O VOTO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

A Ministra Cármen Lúcia iniciou seu voto pela leitura do art. 1º da lei baiana original, que trouxe a proibição “no Estado da Bahia, de publicidade dirigida a crianças, de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio”. Por tratar de “questão relativa à liberdade de comunicação comercial de propaganda”, avaliou a Ministra, seria inconstitucional.

“Na norma originária, que não é mais a que nós estamos julgando, eu veria uma inconstitucionalidade flagrante, porque a Constituição propõe, como primeiro valor, as liberdades”, registrou”

No entanto, ela prosseguiu declarando acompanhar o voto do Ministro Fachin, entendendo ser necessária a existência de “restrição àquilo que é comunicado mercadologicamente no espaço das escolas” - o que foi tratado na alteração legislativa baiana, que objetivou proteger as crianças do excesso de consumo, especialmente em relação a alimentos, no ambiente escolar.

O VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

O Ministro Ricardo Lewandowski observou, primeiro, que a lei baiana, apesar de “extremamente bem-intencionada”, não resolveria, sozinha, o problema da publicidade de alimentos direcionada ao público infantil.

Ele admitiu ainda uma “objeção inicial no sentido de acolher a preliminar” por entender “que, após o ajuizamento, a Lei Estadual nº 14.045 alterou substancialmente a Lei nº 13.582 de 2016, que foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade - e, dessa forma, não subsistiria mais a necessidade do presente julgamento”.

Contudo, entendendo seu voto como vencido sobre esse ponto, dado o posicionamento divergente que teve a maioria dos demais Ministros do STF, se declarou favorável ao reconhecimento da competência concorrente e dever do Estado da Bahia de assegurar a proteção à infância.

Dito isto, acolheu integralmente o voto do relator pela total improcedência dos pedidos da ABERT na ADI.

O VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

O Ministro Gilmar Mendes reconheceu, primeiro, a preocupação da ABERT em levar o tema para o STF devido ao impacto no campo das propagandas em todo território nacional; contudo, registrou que tais temores foram superados com a alteração da norma.

A exemplo dos demais Ministros que o antecederam, Mendes votou pela total improcedência da ADI por acreditar que a norma baiana está em consonância não só com as diretrizes da OMS mas também com a necessidade de se fazer face ao que chamou de “jurisprudência da crise de saúde”.

O VOTO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI

Resumidamente, o Ministro Dias Toffoli registrou que todas as posições anteriores dos seus colegas Ministro estariam muito bem fundamentadas, e colocou-se no sentido do voto do relator.

O VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

Divergindo de todos os outros Ministros que votaram anteriormente, o Ministro Marco Aurélio opinou que não subsistia legitimidade da ABERT para propor a ADI após a alteração da norma baiana.

Em sua justificativa, ele argumentou que a segunda edição da lei baiana deixou de disciplinar publicidade para versar sobre educação - tópico sobre o qual a ABERT não teria legi-

timidade para postular em juízo.

Mas por concordar com os colegas sobre a necessidade de o Poder Público proteger a infância e a juventude no ambiente escolar, Marco Aurélio de Mello acompanhou o Relator na improcedência do pedido da ABERT na ADI - e, a reboque, rejeitou as alegações sobre a existência de vícios formal e material na lei questionada.

O VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX, PRESIDENTE DA SESSÃO PLENÁRIA

O Ministro Luiz Fux começou seu voto frisando que a análise do caso deveria ser feita por dois vieses - já que, por um lado, o art. nº 227 da CF estabeleceu como dever do Estado, com absoluta prioridade, cuidar da alimentação das crianças, “de sorte que ela própria fala sobre a saúde - alimentação é igual à saúde da criança” -, e que, “por outro lado, há também um reflexo em relação à área do consumo”.

Prosseguindo à análise do caso, reconheceu a competência legislativa de entes subnacionais (estados) para legislar em matéria de publicidade e propaganda quando estas se relacionarem a matérias de interesse local ou de competência concorrente.

Reconheceu, pois, o empenho do Estado da Bahia em proteger a infância e o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, já que é um direito de todos e dever do Estado “proporcionar os meios de acesso à educação, além de legislar de maneira a complementar a norma federal”. Estaria, assim, superada a alegação de usurpação de competência legislativa da União sobre propaganda comercial⁶.

Do mesmo modo, ele afastou a alegação de inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 13.582/2016, em sua nova redação:

“A justificativa do Projeto de Lei nº 22.941/2018, que alterou a lei em comento, revela o propósito de proteger as garantias essenciais ao desenvolvimento saudável da criança e do adolescente. A alteração da Lei nº 13.582/2016 se faz necessária para atribuir maior proteção à criança no ambiente escolar frente aos abusos da comunicação mercadológica que lhe é dirigida. As mudanças no texto legal têm por objetivo fornecer, ao aplicador do direito, instrumento legal claro, preciso, capaz de garantir à criança uma vivência em estabelecimentos escolares livres de interesses comerciais”, apontou.

O Ministro Luiz Fux também entendeu que “a publicidade infantil, em especial, encontra-se fortemente regulamentada no âmbito federal por meio (i) do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura a proteção integral e a primazia do melhor interesse da criança; (ii) do Código de Defesa do Consumidor, que caracteriza como abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança; (iii) da Resolução nº 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que detalha o conceito de abusividade, munindo o aplicador da lei de elementos concretos para o reconhecimento da publicidade abusiva dirigida à criança; (iv) da Resolução nº 163/2014 do CONANDA, que considera abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos”.

6. Art. nº 22, XXIX, da Constituição Federal de 1988.

O Ministro Luiz Fux em seu voto citou ainda pesquisas que demonstram que “a rentabilidade da publicidade infantil decorre de as crianças serem consideradas um *three-to-one market*, atuando como próprios compradores, como influenciadores das compras dos pais e como futuros consumidores adultos⁷”.

Os argumentos de violação às liberdades comerciais também foram afastados pelo Ministro-Presidente da sessão: “a imposição de balizas à publicidade infantil, como qualquer restrição regulatória, limita em alguma medida a livre iniciativa e a livre concorrência, sem que seja, por isso, presumidamente excessiva, máxime quando se trata de comunicação mercadológica de evidente viés persuasivo e apelativo, e de um contexto infantil - e, acima de tudo, escolar.”

Declarou ter adotado seu posicionamento com base em recomendações internacionais como as do Relatório sobre o Impacto do Marketing na Fruição dos Direitos Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) no campo dos Direitos Culturais, de 2014. O documento recomenda, por exemplo, que “todos os Estados e autoridades locais proíbam toda a publicidade comercial em escolas públicas e privadas, garantindo que os currículos sejam independentes dos interesses comerciais”.

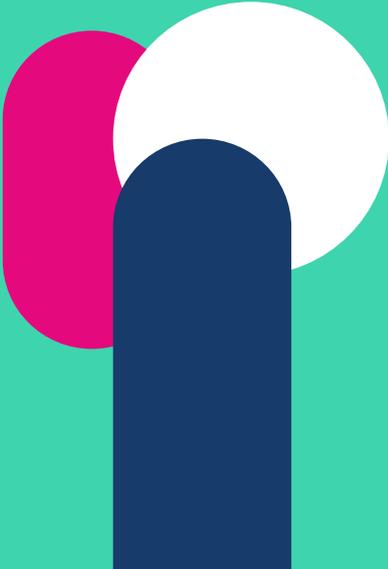
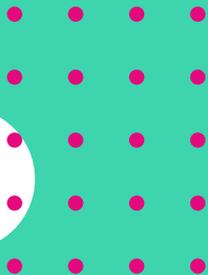
Luiz Fux concluiu acompanhando o voto do Ministro-Relator e conhecendo da ação de modo a julgar improcedente a ADI proposta pela ABERT.

Ao fim, portanto, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, concordou com o julgamento pela improcedência de todos os pedidos formulados na ADI nº 5.631, saindo vitorioso o voto do Relator.

7. IDMAN, Amy. Advertising in the schools. *Emergency Librarian* Vol. 23, Issue 5. Kurdyla Publishing LLC. May-June 1996.



Conclusão



A ADI movida pela ABERT contra o Estado da Bahia questionou a validade da Lei Estadual nº 13.582/16, de 14 de setembro de 2016, que pretendeu regulamentar a publicidade de alimentos dirigida ao público infantil naquele estado brasileiro.

Na ADI nº 5.631, proposta em 9 de dezembro de 2016, a ABERT levou o debate ao STF pedindo que fosse declarada a inconstitucionalidade formal e material da lei baiana.

A principal alegação da ABERT foi de que o Estado da Bahia não seria competente para legislar sobre publicidade comercial nem para impor limitações a ela, já que esta seria uma matéria reservada à União (tema, portanto, para uma lei federal), e que não caberia a cada estado da Federação criar legislação sobre tal assunto.

A ABERT apontou que a iniciativa proposta pelo Estado da Bahia na Lei nº 13.582/2016 violaria liberdades dos cidadãos e dos comerciantes garantidas na CF - tais como direitos constitucionais fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação⁸, direito à informação; de livre iniciativa; de livre concorrência; e da proporcionalidade”.

Denunciou também que a lei baiana embaraçaria a economia nacional

em razão da interferência indevida do Estado da Bahia em matéria de publicidade comercial, o que impactaria as emissoras de rádio e televisão pois estas alegadamente sofreriam sérios prejuízos financeiros, já que as companhias multinacionais de alimentos, bebidas e doces investem, por ano, algo em torno de US\$ 13 bilhões em propagandas.

O assunto foi analisado pelo STF em sessão plenária, momento em que as autoridades públicas (PGU e AGU) foram instadas a se manifestar, por ser tema de interesse geral, econômico e social; e também instituições atuantes da sociedade civil, na condição de “amigos da corte”, apresentaram suas considerações.

De um lado, colocaram-se como representantes dos interesses das entidades comerciais que atuam com publicidade, propaganda e mercado de consumo: a ABERT, a ABRAL e a ABA.

Do outro, representaram os interesses das sociedades civis de proteção à infância e juventude e do consumidor o Alana, o Idec e a ACT.

O debate desencadeado a partir da propositura da ADI nº 5.631 demonstrou que o tema era mais profundo do que os questionamentos feitos pela ABERT sobre a inconstitucionalidade formal e material, e também

8. Artigos 5º, IV, IX, e 220, caput, da CF/88.

estava além das alegadas violações constitucionais ao comércio de alimentos e ao setor publicitário.

Os argumentos trazidos catapultaram importantes reflexões sobre a proteção à infância no mercado de consumo, colocando em perspectiva o fato de que crianças e adolescentes são seres humanos em desenvolvimento, com discernimento incompleto e consequente hiper vulnerabilidade emocional - e, portanto, merecedoras de um amparo atento do poder estatal.

Se de um lado, foi demonstrado que as limitações à publicidade de alimentos direcionada ao público infantil potencialmente afetariam a lucratividade dos empresários, de outro restou evidenciado que a obesidade infantil é um problema grave de saúde pública para o qual urgem políticas consistentes de prevenção. Estas devem compreender não só ações de caráter educativo e informativo, como também medidas de controle da propaganda de alimentos não saudáveis.

Nesse viés, a lei baiana, que posteriormente foi alterada para estabelecer proibição de publicidade tão somente no ambiente escolar, foi entendida pelos julgadores como não violadora da CF. A proposta do Estado foi proibir propagandas no recinto dos estabelecimentos de educação básica e em suas proximidades – e não em amplo espectro social.

A Lei Estadual nº 13.582/2016, na redação vigente, ao vedar a divulgação dirigida a crianças “de produtos, serviços, marcas e empresas” independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado - e não apenas de “alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio” -, assumiu um escopo muito mais amplo que o combate à obesidade infantil e passou a abranger a proteção da infância contra interesses mercadológicos de todo tipo dentro do espaço educativo.

Assim, seguindo as recomendações da OMS, bem como em consonância com os diversos debates em fóruns internacionais, tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, mais as previsões na CF, legislações e jurisprudências pátrias, o STF, por unanimidade, decidiu que o Estado da Bahia apenas cumpriu com o seu dever de regulamentar a proteção da infância e de proteger o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

Esse julgamento reforçou no catálogo da jurisprudência brasileira a importância de que seja feita uma necessária ponderação de valores no momento da interpretação das leis. As liberdades de expressão publicitária e comércio não são absolutas e na balança deve estar incluída a efetiva proteção das pessoas vulneráveis - nesse caso analisado, a criança

e o adolescente. Ainda, restou claro que cabe aos Estados proporcionar os meios de acesso à educação, além de legislar de maneira a complementar a norma federal.

Como foi bem delineado pela Ministra Cármen Lúcia em seu voto, a lei baiana não esgota o problema da publicidade de alimentos dirigida ao público infantil, já que a realidade contemporânea impõe desafios de um mundo hiperconectado em que a *internet* e os celulares propiciam a crianças e adolescentes o acesso a qualquer informação, independentemente dessa restrição.

Contudo, pode-se reconhecer como louvável a iniciativa da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia ao se

preocupar em restringir a comunicação mercadológica no ambiente escolar, evitando uma exposição precoce do público infantil aos apelos do consumo.

Com a decisão do STF no caso da ADI nº 5.631, abre-se uma janela de oportunidades para os demais estados da Federação para que também legislem de modo a proteger a saúde, a alimentação e a nutrição do público infantil e jovem – e, complementarmente, promovam políticas públicas que melhorem as condições para o desenvolvimento saudável dos infantes, o que poderá culminar em uma maior qualidade de vida para o futuro da população brasileira.



REALIZAÇÃO:



APOIO:

