

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –
DD. EDSON FACHIN - RELATOR DA ADI 5631/DF**

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 58.120.387/0001-08, com sede na Rua Doutor Desembargador Guimarães, nº 21, São Paulo/SP, representada por sua Coordenadora Executiva e bastante representante nos termos de seu Estatuto, Dra. Elici Maria Checchin Bueno, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por sua advogada infra-assinada (doc. 1), com fundamento no §2º do artigo 7º da Lei 9.868/99, manifestar-se na qualidade de

Amicus Curiae na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5631-DF

ajuizada pela **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT**, em face da Lei nº 13.582, de 14 de setembro de 2016, do Estado da Bahia, que regulamenta a publicidade infantil de alimentos. Manifesta-se contrariamente inconstitucionalidade da referida lei, pelas razões e argumentos a seguir aduzidos.

1) DO OBJETO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 13.582/16 DO ESTADO DA BAHIA

A Lei Estadual nº 13.582, impugnada nesta ADI 5631-DF, foi promulgada em 14 de setembro de 2016, pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, no uso da atribuição prevista no art. 80, § 7º, da Constituição do Estado, combinado com o art. 41, XXII, da Resolução nº 1193/85 (Regimento Interno), com a seguinte redação:

Art. 1º Fica proibida no Estado da Bahia a publicidade, dirigida a crianças, de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio.

§1º a vedação se estenderá no período compreendido entre 06 (seis) e 21 (vinte e uma) horas, no rádio e televisão, e em qualquer horário nas escolas públicas e privadas.

§2º Fica impedida a utilização de celebridades ou personagens infantis na comercialização, bem como a inclusão de brindes promocionais, brinquedos ou itens colecionáveis associados à compra do produto.

Art. 2º A publicidade durante o horário permitido deverá vir seguida de advertência pública sobre os males causados pela obesidade

Art. 3º Em caso de descumprimento das restrições apresentadas nos artigos antecedentes, o infrator estará sujeito às penas de:

I – multa;

II – suspensão da veiculação da publicidade;

III – imposição de contrapropaganda.

§1º O Estado providenciará, na forma do regulamento, a graduação da pena de multa de acordo com a gravidade.

§2º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício e informar as crianças sobre o mal ocasionado pelo consumo dos alimentos indicados no art. 1º.

§3º A pena de multa, suspensão da veiculação da publicidade e imposição de contrapropaganda será aplicada pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurados o contraditório e ampla defesa.

§4º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Art. 4º Entende-se por publicidade qualquer forma de veiculação do produto ou marca, seja de forma ostensiva ou implícita em programas dirigidos ao público infantil.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Entendendo ser essa lei estadual ilegítima por padecer de inconstitucionalidade formal e material, requer a Autora a declaração de inconstitucionalidade de seus dispositivos.

A suposta inconstitucionalidade formal decorreria de usurpação de competência privativa da União Federal (art. 22, XXIX e art. 224 da CF), ao passo que a inconstitucionalidade material consistiria na violação dos limites constitucionais impostos a: restrições a propagandas comerciais; liberdade de expressão comercial, direito à informação, livre concorrência, livre iniciativa e proporcionalidade (artigos 5º, IV, IX, XIV, LIV; 170, IV; e 220, caput, §§1º, 2º e 3º, da CF).

Contudo, a despeito do que argumenta a Autora, as proibições determinadas pela Lei nº 13.582/16 não constituem afronta aos princípios e regras

de natureza constitucional, como a seguir será demonstrado.

2) DO CONTEXTO EM QUE SE INSERE A LEI Nº 13.582/16

A Lei nº 13.582/16 foi concebida dentro do contexto preocupante em que se contra a saúde pública no Brasil, em vista dos altos índices de doenças crônicas não transmissíveis (DCNTs). Essas doenças decorrem, na maioria das vezes, da obesidade, comumente causada pelo consumo de alimentos com alto teor de açúcares, gorduras e sódio.

Estudos recentes demonstram que as DCNTs têm atingido cada vez mais precocemente a população brasileira, tendo aumentado o número de diagnósticos ainda durante a infância. Nestes casos, é possível perceber que é estreita a relação de DCNTs e a obesidade infantil.

2.1) DA OBESIDADE INFANTIL COMO UM PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

Cientificamente, sabe-se que a alimentação saudável é um dos fatores que influencia diretamente a saúde, protegendo as pessoas de doenças crônicas não transmissíveis, como diabetes, enfermidades cardíacas, AVC e câncer.¹ Especificamente, a má alimentação durante a infância pode conduzir à obesidade infantil e causar várias dessas doenças ainda na infância e adolescência.

As mudanças socioeconômicas e demográficas ocorridas nas últimas décadas afetaram a vida e o perfil alimentar da população. Os reflexos sobre a saúde e o estado nutricional da população brasileira configuram um quadro alarmante de crescimento da obesidade e doenças associadas.

As doenças crônicas não transmissíveis (DCNTs) estão diretamente relacionadas com a obesidade e atingem cerca de 36 milhões de pessoas,

¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Healthy Diet – Fact Sheet nº 394. Disponível em: <<http://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/healthy-diet>>. Acesso em: 4 jul.2018.

sendo responsáveis pela maioria das mortes no mundo. Essas doenças estão associadas ao perfil alimentar, de atividade física e modo de vida. No Brasil, correspondem a 72% das causas de mortes, afetando fortemente as camadas mais pobres e grupos vulneráveis.²

As complicações de saúde e a epidemiologia da obesidade ilustram a relevância e o impacto da doença, no âmbito individual e coletivo. No Brasil, em 2006, foram despendidos aproximadamente 1,5 bilhão de reais, com internações hospitalares, consultas médicas e medicamentos. Desse valor, 600 milhões de reais foram provenientes do Poder Público, via Sistema Único de Saúde, representando 12% do orçamento gasto com todas as outras doenças³.

Estudo realizado por pesquisadores da Universidade Estadual de Ponta Grossa, no Paraná, apontou que, em 2017, **as doenças crônicas não transmissíveis (DCNTs), ocasionadas, principalmente, pela obesidade, correspondem a 75% dos gastos com atenção à saúde no SUS.**

Ainda, pesquisa sobre o impacto econômico das doenças cardiovasculares, realizada pela Sociedade Brasileira de Cardiologia, apurou que essas doenças acarretaram altos gastos ao Sistema Único de Saúde, compreendendo consultas médicas, internações e cirurgias⁴:

² HENRIQUES, P.; DIAS, P.C.; BURLANDY, L. A regulamentação da propaganda de alimentos no Brasil: convergências e conflitos de interesse. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n.6, p.1219-1228, jun. 2014.

³ LAMOUNIER, J.A.; PARIZZI, M.R. *Obesidade e Saúde Pública*. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2006.

⁴ SIQUEIRA, et al. Impacto econômico das doenças cardiovasculares. Disponível em: <<http://www.arquivosonline.com.br/2017/10901/pdf/ABC-PORTUGUES.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.

Tabela: Valores gastos com consultas, internações, no SUS, por DCV (doenças crônicas vasculares) por ano. Brasil, 2010-2015.

Dados/Ano	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Consultas médicas cardiológicas estimadas SUS	R\$ 1.210.600.244,00	R\$ 1.291.821.736,00	R\$ 1.316.668.909,00	R\$ 1.386.801.616,00	R\$ 1.474.959.285,00	R\$ 1.448.794.790,00
Internações DCV SUS	R\$ 2.094.586.170,18	R\$ 2.280.690.735,84	R\$ 2.381.639.909,14	R\$ 2.490.327.299,45	R\$ 2.616.411.987,59	R\$ 2.672.683.530,36
Internações cirúrgicas por DCV SUS	R\$ 1.220.173.241,66	R\$ 1.408.938.230,39	R\$ 1.476.651.259,61	R\$ 1.523.040.930,90	R\$ 1.591.102.088,65	R\$ 1.595.198.657,90
Angioplastia coronariana SUS	R\$ 334.006.069,71	R\$ 374.975.648,22	R\$ 409.312.529,41	R\$ 431.199.989,60	R\$ 459.208.716,25	R\$ 470.525.283,05
Marcapasso/ CDI SUS	R\$ 239.463.794,84	R\$ 255.854.307,54	R\$ 271.049.370,77	R\$ 283.030.018,64	R\$ 305.711.764,52	R\$ 314.135.570,00
Internações para realização de EEF	R\$ 19.133.666,93	R\$ 21.114.282,38	R\$ 23.329.967,02	R\$ 25.291.313,54	R\$ 24.932.895,30	R\$ 27.324.342,93
Cirurgias vasculares	R\$ 158.714.446,97	R\$ 164.802.452,92	R\$ 172.418.564,05	R\$ 195.286.271,67	R\$ 212.540.472,21	R\$ 205.203.059,86
Internações clínicas por DCV	R\$ 850.627.032,61	R\$ 867.021.396,62	R\$ 889.182.386,96	R\$ 914.259.698,41	R\$ 951.621.476,71	R\$ 982.451.681,02
Gastos diretos SUS	R\$ 4.155.813.446,79	R\$ 4.439.533.868,46	R\$ 4.587.491.205,10	R\$ 4.791.388.613,86	R\$ 5.042.992.749,30	R\$ 5.103.930.001,38

Fonte: IBGE, SIA/DATASUS e SIH/DATASUS

No que diz respeito à população jovem, para a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), esse quadro tende a se agravar, considerando que a obesidade infantil apresenta dimensões epidêmicas.

No mundo, existem 17,6 milhões de crianças obesas com idade inferior a cinco anos. O número de crianças obesas entre 6 a 11 anos, desde a década de 60, dobrou. Trata-se de um problema global que atinge a população de forma crescente e é responsável por 2 a 6% do custo total de atenção à saúde em escala mundial.⁵

Ainda, segundo a OMS, em 2025, ou seja, em menos de dez anos, se nada for feito, o número de crianças com sobrepeso e obesidade poderá chegar a 75 milhões.⁶ Essa projeção indica que pelo menos 41 milhões de crianças abaixo de cinco anos no mundo serão obesas.

⁵ Organização Pan-Americana da Saúde. Organização Mundial da Saúde. Estratégia Mundial sobre alimentação saudável atividade física e saúde. *Caderno Obesidade, São Paulo*, 2003, v. 29, n. 1, p.60.

⁶ KALIL, C.C. Obesidade infantil: um problema de saúde pública. Disponível em: < <https://www.hospitalsiriolibanes.org.br/imprensa/noticias/Paginas/Obesidade-infantil-um-problema-de-sa%C3%BAde-p%C3%BAblica.aspx>>. Acesso em: 12 set. 2018.

No Brasil, mais de 2 milhões de casos por ano são diagnosticados. Isso reflete drasticamente na sociedade, de modo que se estima que três dentre dez crianças, de 5 a 9 anos, estão acima do peso.⁷

A obesidade infantil é um sério agravo para a saúde atual e futura dos indivíduos. Prevenir a obesidade infantil significa diminuir, de uma forma racional e menos onerosa, a incidência de doenças crônico-degenerativas.

Para tanto, é preciso incentivar a alimentação saudável e adotar políticas públicas que combatem a obesidade entre crianças e adolescentes.⁸

Uma política consistente na prevenção da obesidade deve compreender não só ações de caráter educativo e informativo, como também medidas legislativas (como controle da propaganda de alimentos não-saudáveis, especialmente os dirigidos ao público infantil).⁹

2.2) DA PROPAGANDA DE ALIMENTOS E A SUA RELAÇÃO COM A OBESIDADE INFANTIL

A propaganda de alimentos está diretamente relacionada com as escolhas alimentares da população e, por conseguinte, com a questão da obesidade. Resultados apurados em pesquisa realizada pela Universidade de São Paulo apontaram que a exposição à propaganda de alimentos ricos em açúcares, sódio e gorduras saturadas influencia consideravelmente a dieta de crianças e adolescentes.

As crianças têm sido cada vez mais insufladas pela publicidade. O fenômeno é uma das causas da obesidade infantil, pois o artifício usado pela indústria alimentícia é associar alimentos calóricos com personagens infantis ou “brindes” e brinquedos.¹⁰

⁷ Idem.

⁸ Mello, E; Luft, V. e Meyer, F. Obesidade infantil, como podemos ser eficazes? Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jped/v80n3/v80n3a04>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁹ Idem.

¹⁰ MATTOS, M. C. et al . Influência de propagandas de alimentos nas escolhas alimentares de crianças e adolescentes. *Psicol. teor. prat.*, São Paulo , v. 12, n. 3, p. 34-51, mar. 2010. Disponível em:

Em termos gerais, é preciso que a publicidade direcionada à criança seja duramente combatida, tendo em vista sua situação de dupla vulnerabilidade (hipervulnerabilidade). Segundo o Professor Adalberto Pasqualotto, especialista no tema da publicidade infantil, a hipervulnerabilidade da criança frente à publicidade não é um conceito abstrato nem retórico.¹¹

Sobre o que se compreende por hipervulnerabilidade do consumidor-criança Pasqualotto esclarece o seguinte:

*A vulnerabilidade agravada do consumidor-criança é demonstrada, principalmente, a partir da noção de que os infantes estão em processo de desenvolvimento físico-motor (crescimento orgânico e maturação neurofisiológica), intelectual (capacidade de pensamento e raciocínio), afetivo-emocional (modo particular do indivíduo integrar suas experiências) e social (maneira segundo a qual o indivíduo reage diante das situações que envolvem outras pessoas). Neste viés, considerando que a maturidade e estabilidade só são atingidas na fase adulta, tem-se que **as crianças apresentam maiores dificuldades cognitivas em compreender a complexidade das mensagens mercadológicas, podendo até mesmo dizer que elas são dotadas de uma incapacidade de decifrar totalmente o significado das mensagens publicitárias.***

(...)

Essa vulnerabilidade em relação à atuação comercial dos fornecedores no mercado ocorre principalmente por intermédio da publicidade infantil e das avançadas técnicas de marketing. Destarte, na busca pela igualdade, a vulnerabilidade fática potencializada da criança fundamenta um tratamento especial. A mitigação da desigualdade material nas

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S1516687201000300004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04 jul. 2018.

¹¹ PASQUALOTTO, A. Publicidade infantil deve respeitar direitos do consumidor e da criança. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-11/garantias-consumo-publicidade-infantil-respeitar-direitos-consumidor-crianca>> Acesso em: 6 set. 2018.

relações de consumo em que se inserem os infantes passa pelo reconhecimento de sua hipervulnerabilidade, inclusive pela legislação. (grifo nosso).¹²

Percebe-se, assim, que, por se enquadrar na sociedade como consumidora, a criança é vulnerável. A essa condição acrescenta-se a vulnerabilidade atrelada a tenra idade, à qual se atribui menor capacidade cognitiva. Daí a razão da criança ser duplamente vulnerável, isto é, hipervulnerável, necessitando de maior proteção por parte do Estado e da sociedade.

As campanhas publicitárias direcionadas ao público infantil se aproveitam do déficit cognitivo inerente à idade, para induzir crianças e adolescentes ao consumo de alimentos pobres em nutrientes. Desse modo, são capazes de conduzir a hábitos alimentares não saudáveis, contribuindo para a obesidade. É por essa razão que esses informes publicitários são abusivos.

Diante desse quadro, bem andou a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, ao aprovar a Lei nº 13.582/16, que regulamenta a publicidade direcionada à criança, na tentativa de coibir abusos.

2.2) DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA NO MERCADO DE CONSUMO COMO PRIORIDADE ABSOLUTA

O dever de proteção à criança vem ganhando atenção e novos contornos jurídicos ao longo da evolução da sociedade. De um modelo antiquado, que via a criança como pequeno adulto, passando por uma tutela da criança que se limitava a um tratamento diferenciado no aspecto penal (Código de Menores, de 1927), chegou-se ao modelo atual, no qual há a valorização (inclusive jurídica) da infância e o dever de proteção prioritária e integral às crianças por toda a sociedade.

Com a Constituição de 1988, este tema ganhou assento privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez o texto constitucional passou a prever como obrigação solidária "da família, da sociedade e do Estado assegurar à

¹² Idem, p.224.

criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227).

Destaque-se, outrossim o disposto na Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, de 1989, ratificada pelo Brasil em 1990, impõe o dever de proteção e cuidados especiais da criança “em virtude de sua falta de maturidade física e mental”¹³.

No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 8.069/90, inspirada na Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, instituiu o Estatuto da Criança (ECA), o qual reitera o disposto no mencionado art. 227 da Constituição e indica, como contornos do conceito de prioridade, o dever de se se dar primazia à proteção das crianças “em quaisquer circunstâncias” e, ainda, “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”¹⁴ (art. 4º, parágrafo único).

Ainda nesta toada de se garantir a proteção integral e prioritária a crianças, em 2016, foi aprovada a Lei n. 13.257, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância.

E é em virtude deste fato que o Marco Legal da Primeira Infância prevê:

Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a

¹³ Convenção sobre os Direitos da Criança aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e ratificada pelo Governo brasileiro em 24 de setembro de 1990 pelo Decreto nº 99.710.

¹⁴ Art. 4º (...)

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica” (grifos da transcrição).

Esta proteção se justifica na medida em que, tal como já mencionado, as crianças não têm habilidade necessária para compreender a linguagem da publicidade. Neste sentido, a Agência de Notícias dos Direitos da Infância (“ANDI”)

No público infantil, a capacidade de diferenciação entre realidade e ficção está em formação, pois a criança se encontra em processo de desenvolvimento biofísico e psíquico. Há inúmeros estudos que evidenciam que, antes dos 8 anos, a criança não tem capacidade de reconhecer o caráter persuasivo da publicidade e que, somente aos 12 anos é capaz de construir uma postura mais crítica. É essa compreensão que justifica a proibição de publicidade para crianças em países como a Suécia e a Noruega.

A publicidade voltada à criança contribui para a disseminação de valores consumistas e para o aumento de problemas sociais como a erotização precoce, estresse familiar e alcoolismo precoce.

Estudos como os realizados pela Academia Americana de Pediatria identificam várias implicações da exposição desmedida à publicidade na construção de hábitos alimentares não-saudáveis – o que está se convertendo em um problema de saúde pública em várias partes no mundo, inclusive no Brasil” (grifos nossos).¹⁵

Ana Olmos, Mestre/USP e especialista em Neuropsicologia Infantil/USP, critica a exposição precoce aos estímulos mercadológicos por entender que, neste modelo, “a criança fica exposta à violência de ser tratada como público-alvo consumidor e não como cidadã em formação, com direito a cumprir todas as

¹⁵ Disponível em: <<http://www.andi.org.br/politicas-de-comunicacao/page/regulacao-da-publicidade-infantil>>. Acesso em 07/03/18.

etapas de seu desenvolvimento”¹⁶.

Na mesma toada, Yves de La Taille, da Universidade de São Paulo, estudioso da área de crianças e adolescente, esclarece que as crianças não têm condições de separar a realidade do simbólico:

Não tendo as crianças de até 12 anos construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitiriam compreender o real, notadamente quando esse é apresentado por meio de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão¹⁷.

Diante do exposto, tendo em vista a sua incapacidade de discernir as mensagens publicitárias da realidade, a criança não pode ser alvo das mensagens e apelos dos setores produtivos do mercado de consumo: criança precisa ser vista e respeitada como criança, sujeito de direitos em processo de desenvolvimento merecedor de atenção prioritária e solidária, independentemente de sua origem e da família a qual pertença, em diversos aspectos, inclusive, vale lembrar, no que se refere à saúde, alimentação e nutrição.

Especificamente em relação às crianças até 6 anos de idade, o Estado deve promover políticas públicas específicas para enfrentar toda forma de pressão consumista e a exposição precoce à comunicação mercadológica, cuja definição consta da Resolução nº 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, de modo que seja respeitado o tempo para o seu desenvolvimento psíquico, intelectual e pessoal.

É neste contexto de dever de proteção prioritária que nasce a presunção de abusividade e que se fundamenta, pela porta do inciso II do § 3º do art. 220, da Constituição Federal, a restrição à publicidade dirigida a crianças prevista no Código de Defesa do Consumidor (art. 37, § 2º).

¹⁶ Publicidade dirigida à criança: violência invisível contra a infância. Constr. psicopedag. vol.19 no.19 São Paulo, 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-69542011000200003>. Acesso em 28/02/18.

¹⁷ Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/10/cartilha_publicidade_infantil.pdf>. Acesso em 28/02/18.

2.4) DA IMPORTÂNCIA DE SE GARANTIR UM AMBIENTE ALIMENTAR SAUDÁVEL NAS ESCOLAS

Pelo quanto exposto nos itens precedentes, em especial pelas recomendações da OPAS e da OMS, deve se garantir um ambiente escolar que permita que as crianças façam escolhas alimentares mais saudáveis, o que necessariamente passa pela restrição da oferta de alimentos ultraprocessados, com baixo valor nutricional e alto valor energético, seja na merenda, seja nas cantinas.

As crianças são pessoas em desenvolvimento e que cabe às escolas o papel de garantir uma educação que promova e incentive o pleno desenvolvimento desta pessoa, neste espaço não cabem ações de cunho comercial visando à fidelização do aluno-futuro consumidor.

Portanto, há que se proibir qualquer tipo de comunicação mercadológica no ambiente escolar, que não pode ser confundido com um corredor de supermercado ou *shopping*.

Nos termos do artigo 6º da Constituição, a educação deve ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” – não há uma referência sequer a alegado papel de educação para o consumo (a não ser que fosse com o vetor no sentido da consciência ambiental, evitando-se o excesso de consumo, vale dizer).

Some-se que o Código de Defesa do Consumidor veda de modo expresso práticas abusivas, que incluem, dentre outras tantas, a entrega de produtos sem que haja solicitação prévia e o ato de se prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor para impingir-lhe seus produtos:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor,

tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impedir-lhe seus produtos ou serviços.

Aquele que vai a uma escola não está buscando conhecer novos produtos ou marcas. Pelo contrário, a escola deve ser vista como um espaço autônomo dedicado ao aprendizado, com estrutura e equipe pedagógica que permitam que os estudantes possam se desenvolver plenamente e se preparar para o exercício da cidadania e para sua qualificação para o trabalho.

Tais situações prescindem completamente do contato com ações publicitárias, que, além de não favorecerem (necessariamente) o aprendizado e, em alguns casos, podem resultar em redução da autonomia curricular das escolas, como quando há entrega de materiais ditos pedagógicos patrocinados, além de haver exposição precoce à comunicação mercadológica e à pressão consumista, vedadas pelo Marco Legal da Primeira Infância no que se refere a crianças até 6 anos de idade.

Quando se leva em conta que o Código de Defesa do Consumidor enxerga o consumidor “médio”, adulto, em situação de vulnerabilidade, a proteção às crianças merece atenção ainda mais cuidadosa em virtude de sua imaturidade, que conduz à sua hipervulnerabilidade na relação de consumo.

Ora, se são vistas como “hipervulneráveis” em situações comuns, quando se leva em consideração a posição das crianças no ambiente escolar, a já “hiper” vulnerabilidade é exponenciada, pois o acesso às ações publicitárias passa a não ser mediado pelos pais e, o que é pior, passa a ser visto como algo chancelado pela escola, por se dar no espaço dedicado ao aprendizado, onde a criança presume que o que é ensinado é correto e que deve ser levado para a sua vida.

Da mesma forma em que a Secretaria Nacional do Consumidor, também o Ministério da Educação em 2014 publicou e fez divulgar uma Nota Técnica, no mesmo sentido¹⁸.

Em sua Nota Técnica 21/2014 o Ministério da Educação destacou que o espaço escolar é destinado à formação integral da criança e do adolescente,

¹⁸ <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2013/08/Nota-T%C3%A9cnica-MEC.pdf>

e que não deve ser usado para veiculação de publicidade, seja de forma direta ou indireta, "por meio de apresentações, jogos, atividades, brincadeiras, promoções, patrocinadas por empresas, ainda que tenha algum tipo de aparente proposta educacional". O MEC ainda afirmou a respeito "da situação de extrema vulnerabilidade desse público para persuadi-lo ao consumo de produtos e serviços, reproduzindo hábitos, comportamento e valores baseados em uma lógica consumista e materialista".

Assim, percebe-se que o Poder Executivo Federal vem manifestando sua posição há alguns anos de interpretar o direito brasileiro como restritivo à comunicação mercadológica de terceiros dentro do espaço físico da escola. A Administração Direta, faz, portanto, seu papel discricionário de interpretar a legislação vigente e recomendar aos agentes de defesa do consumidor que promovam as ações de sua competência administrativa em combate ao abuso de mercado, que é a oferta publicitária de alimentos não saudáveis dentro do espaço escolar.

Por tais razões, e por entender que, à luz da Constituição, todos, incluindo o Poder Judiciário, são solidários no dever de proteção às crianças, também no que se refere à sua saúde e alimentação, o Idec posiciona-se de modo favorável a medidas que visem à proteção das crianças e dos direitos dos consumidores, sobretudo no que se refere ao ambiente alimentar nas escolas, local em que as crianças ficam mais vulneráveis do que já são diante da comunicação mercadológica.

3) DA AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – DA COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE AS MATÉRIAS ABORDADAS NA LEI nº 13.582/16

A Autora da presente ação direta de inconstitucionalidade alega que a Lei nº 13.582/16 padece de vício de inconstitucionalidade formal, por usurpação de competência. De acordo com o que sustenta na exordial, a competência constitucional para legislar acerca de propaganda seria privativa da União, podendo ser exercida pelos Estados apenas em caso de delegação, haja vista o conteúdo do art. 22, inciso XXIX, e do art. 220 da Constituição da República.

Contudo, importa ressaltar que a referida lei estadual não trata

precipualemente do tema da propaganda, mas tem como escopo principal outras matérias que, por sua vez, são de competência legislativa concorrente e suplementar dos Estados Federados.

Uma análise sobre a alegada inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.582/16 do Estado da Bahia perpassa, necessariamente, o exame do art. 24 da Constituição da República. Esse dispositivo constitucional estabelece os casos de competência legislativa distribuída entre a União e os Estados Federados:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

V - produção e consumo;

(...)

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

(...)

XV - proteção à infância e à juventude;

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

No §2º do art. 24 da Constituição da República está prevista a

competência suplementar dos Estados. Aqui, o intuito não é preencher lacunas do sistema, uma vez que existe norma geral da União sobre o assunto a ser disciplinado. A lei estadual, ao contrário de concorrer com a norma geral da União deverá dela decorrer, esmiuçando e particularizando a matéria.

Nesse caso, a normativa estadual deve ser compatível com a lei federal, sob pena de inconstitucionalidade.¹⁹ Sobre o tema, leciona o eminente Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁰:

*A competência suplementar não se confunde com o exercício da competência plena "para atender a suas peculiaridades" conforme consta do § 2º, que é competência para editar normas gerais em caso de lacuna (inexistência) na legislação federal. Não se trata, pois, de competência para editar normas gerais eventualmente concorrentes. Se assim fosse, o § 3º seria inútil ou o § 3º tornaria inútil o § 2º. Além disso, é competência também atribuída aos Municípios que estão, porém, excluídos da legislação concorrente. Isto nos leva a concluir que **a competência suplementar não é para a edição de legislação concorrente, mas para a edição de legislação decorrente, que é uma legislação de regulamentação, portanto de normas gerais que regulam situações já configuradas na legislação federal e às quais não se aplica o disposto no § 4º (ineficácia por superveniência de legislação federal), posto que com elas não concorrem (se concorrem, podem ser declaradas inconstitucionais). É, pois, competência que se exerce à luz de normas gerais da União e não na falta delas.** (grifo nosso).*

A Lei Estadual nº 13.582/16 trata de matérias previstas no rol

¹⁹ FERRAZ JR. T.S. *Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal*. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v90i0p245-251>> Acesso em: 20 set. 2018

²⁰ Idem.

do art. 24 da Constituição Federal, inserindo-se na esfera de competência suplementar dos Estados. Dentre os temas regulamentados pela lei impugnada, destacam-se: consumo, proteção à infância e educação.

No mais, a Lei nº 13.582/16 do Estado da Bahia também tem como escopo disciplinar a defesa do direito à saúde de crianças e adolescentes, a proteção à infância e o direito à alimentação saudável.

3.1) DA COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO, PROTEÇÃO À INFÂNCIA E EDUCAÇÃO

Um dos objetivos principais da Lei nº 13.582/16 é regulamentar o exercício dos direitos e deveres previstos no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, regulamentando-os, em ordem a conferir-lhes efetividade e concretude no plano fático. Deste modo, insere-se no âmbito da competência suplementar dos Estados Federados (art. 24, §2º, da CF), consistindo em normas particulares quanto ao conteúdo.

Mediante a edição de normas particulares, o Estado da Bahia pretende viabilizar a implementação de objetivos e diretrizes estabelecidas em normas gerais federais. As normas gerais em pauta, nas quais se baseia a lei estadual impugnada, dispõem sobre consumo, proteção à infância e educação. Todos esses temas constam do rol do art. 24 da Constituição da República (art. 24, incisos V, VIII, IX e XV), inserindo-se, portanto, na esfera da já mencionada competência suplementar.

Especificamente, A Lei Estadual nº 13.582/16 regulamenta as seguintes matérias consubstanciadas em leis federais de caráter geral:

(i) dever de proteção do consumidor, notadamente do consumidor-criança (art. 1º e art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor);

(ii) princípio da proteção integral (arts. 1º, 3º e 100, parágrafo

único, inciso II, do ECA); e

(iii) direito à educação (art. 3º, XVIII, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB).

O dever de proteção do consumidor, além de constar expressamente do art. 5º, inciso XXXIII, da CF, deriva dos arts. 1º e 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre os objetivos do CDC, destaca-se a proteção do consumidor de publicidade abusiva e enganosa. O diploma consumerista estabelece ser a publicidade direcionada à criança abusiva e coíbe essa prática. O legislador federal partiu da premissa de que a deficiência de julgamento e a inexperiência das crianças não podem ser utilizadas como meio de promover a venda de produtos e serviços.

Ainda, nesse contexto, insere-se o princípio da proteção integral. A proteção integral de crianças e adolescentes é expressamente enunciada no Estatuto da Criança e do Adolescente e deve ser utilizada como vetor de uma interpretação sistemática do ordenamento como um todo.

O princípio da proteção integral advém da doutrina da proteção integral, que serve de base para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), e encontra-se insculpida no art. 227 da Constituição da República. Sobre o tema, convém registrar a lição de Andréa Rodrigues Amin:

(...) podemos entender que a doutrina da proteção integral é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizadas por normas interdependentes que reconhecem a criança e adolescente como sujeitos de direito. A doutrina da proteção integral encontra-se insculpida no art. 227 da Carta Constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. ²¹

²¹ AMIN, A.R. Doutrina da Proteção Integral in MACIEL, K.R.F.A. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva 2013. p. 58

É com esteio nesse princípio que deve ser analisada a constitucionalidade da lei estadual impugnada. De acordo com a proteção integral, entre outras medidas protetivas, é intuitiva a necessidade de se garantir um ambiente escolar saudável.

Um ambiente escolar saudável, por sua vez, implica a proteção das crianças e adolescentes contra a publicidade abusiva. Apenas assim é possível evitar a exposição precoce de crianças a informes publicitários que incitam ao consumo de bens e serviços sobre os quais elas não possuem maturidade cognitiva suficiente para avaliar.

Sobre a disciplina do ambiente escolar, registra-se que a União já editou norma geral sobre o tema da educação. Essa norma é a Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

Segundo o art. 10, inciso I, desse diploma normativo, é atribuição dos Estados organizar os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino. O sistema de ensino estadual compreende, dentre outras, as instituições de ensino mantidas pelo Poder Público Estadual e pela iniciativa privada (art. 17, incisos I e III, da LDB). Deste modo, tanto as escolas públicas quanto particulares devem se submeter às normas estipuladas pelos Estados sobre educação.

A LDB estabelece, notadamente, como escopo da educação infantil o desenvolvimento da criança “em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade” (art. 29).

Contudo, assim como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação também não especifica o *modus operandi* para a realização dos objetivos e diretrizes nela definidos. Por essa razão, verifica-se que essas normas possuem caráter geral.

Com o propósito de regulamentar as referidas normas gerais editadas pela União (CDC, ECA e LDB), materializando as diretrizes e princípios nelas

previstos, adveio a Lei nº 13.582/16 do Estado da Bahia. O intuito da lei baiana é concretizar no plano fático objetivos genericamente previstos nas citadas leis federais.

Foi dentro desse contexto que a Lei nº 13.582/16 proibiu a publicidade de alimentos com alto teor de açúcar, sódio e gorduras saturadas nas escolas públicas e privadas no Estado da Bahia. Considerando que a lei estadual impugnada apenas regulamenta princípios e diretrizes já fixados na legislação federal de caráter geral, não há que se falar em inconstitucionalidade formal por vício de competência. Nesse sentido, o Estado da Bahia apenas exerceu sua competência legislativa suplementar, tal como prevista no art. 24, §2º, da Constituição da República.

Sobre a o exercício da competência legislativa concorrente e suplementar pelos Estados, vale destacar os seguintes casos julgados por esse E. STF:

a) ADI nº 1.266-5/BA. A Lei nº 6.586/94, do Estado da Bahia, que dispõe sobre a adoção de material escolar e livros didáticos pelos estabelecimentos de ensino, teve a constitucionalidade questionada, ao argumento de que teria violado o art. 22, inciso XXIV, da CF. Esse dispositivo constitucional estabelece ser de competência privativa da União o tema das diretrizes e bases da educação nacional.

Na ocasião, este E. Tribunal entendeu que, de fato, cumpre a União estabelecer normas gerais sobre essa matéria. No entanto, o Estado da Bahia teria exercido, por meio da lei impugnada, sua competência suplementar. Por essa razão, a Lei Estadual nº 6586/94 foi julgada constitucional, conforme comprova a ementa a seguir colacionada:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. **Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades***

educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.

Resta claro, portanto, neste julgado, que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação é norma de caráter geral, e que os Estados podem exercer sua competência legislativa suplementar regulamentando o tema.

b) ADI nº 4060/SC. Nesta ação direta de inconstitucionalidade foi impugnada a Lei Complementar nº 170/98, do Estado de Santa Catarina, que estabelece o número máximo de alunos por sala de aula. A alegação da parte autora foi de que a lei do Estado de Santa Catarina ofendia a competência da União para legislar sobre normas gerais. Nada obstante, não foi esse o entendimento deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente a ADI.

Este caso em muito se assemelha ao caso ora *sub judice*, considerando que a Lei nº 13.582/16 do Estado da Bahia está sendo impugnada pelos mesmos motivos que fora questionada a lei catarinense, isto é, por dispor sobre educação, notadamente, sobre o ambiente escolar.

Com efeito, as semelhanças são evidentes. A lei catarinense disciplina o ambiente escolar, dispondo sobre o número máximo de alunos por sala de aula; ao passo que a lei baiana também regulamenta o ambiente escolar ao proibir a veiculação de publicidade infantil de alimentos no âmbito das escolas.

Por sua vez, na análise da Lei Complementar nº 170/98 por este E. STF, restou assente o entendimento de que normas estaduais que apenas detalham o conteúdo de normas gerais da União, não as contrariando, resultam do exercício da competência legislativa suplementar. Nesse sentido, importa registrar o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Luiz Fux:

É evidente, pois, que a Lei Complementar nº 170/98 do Estado

de Santa Catarina **tão-somente esmiúça a lei-quadro editada pela União, não avançando sobre matéria de competência da entidade central ao disciplinar quantos alunos devem estar presentes em sala de aula.**

Destaco que esta Corte tem, por seu turno, precedentes em que considera como **legítima a atuação de Estado-membro no exercício da competência suplementar em matéria de educação.**

(...) (grifo nosso).

Conforme é possível extrair do trecho transcrito, é pacífico neste Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a regulamentação do ambiente escolar pelos Estados se insere no âmbito da competência suplementar desses entes federados.

c) **Lei nº 14.223/06 do Município de São Paulo, conhecida como Lei da “Cidade Limpa”.** Essa Lei proibiu todo tipo de publicidade externa, como outdoors, painéis em fachadas de prédios, *backlights* e *frontlights*. Relembre-se que a Lei da Cidade Limpa foi declarada constitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, com fundamento na competência concorrente entre a União, os Estados e Municípios para o combate à poluição, incluindo-se a poluição visual.

Veja-se que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência concorrente para legislar nesse caso da Lei da Cidade Limpa, conforme disposto na decisão monocrática, do Min. Gilmar Mendes, no AI 732.901/SP:

Isso porque a chamada Lei Cidade Limpa, consoante esclarecido pelo acórdão recorrido, disposto em sua ementa, bem como em seu primeiro artigo, trata da ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do Município de São Paulo, visíveis a partir de logradouro público.

*Nesse sentido, resta claro que a legislação impugnada tem por objetivo melhor administrar a chamada poluição visual, então excessiva no referido município. **A alegação das recorrentes,***

segundo a qual o município estaria a usurpar competência da União para legislar sobre o âmbito econômico da publicidade e da propaganda, não merece prosperar, visto que a lei em exame, a toda evidência, cuida de matéria ligada ao meio ambiente e ao urbanismo, sobre as quais o município está autorizado a legislar, nos termos do art. 30, incisos I, II e VIII, da Constituição Federal. O acórdão recorrido, com acerto, assentou que a legislação municipal impugnada não usurpou competência da União. Ao cuidar da ordenação da publicidade em logradouros públicos, com vistas a evitar a poluição visual e bem cuidar do meio ambiente e do patrimônio da cidade, **a norma municipal buscou implementar as diretrizes constitucionais contidas no art. 30, I, II e VIII, os quais, respectivamente, conferem aos municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local, para suplementar a legislação federal e estadual no que couber,** bem como para planejar e controlar a ordenação do solo urbano. Além disso, o tribunal paulista também fixou que, ao editar a lei em exame, o município, antes de incorrer em inconstitucionalidade formal, estava a cumprir a Constituição Federal, uma vez que é competência comum da União, dos Estados e dos Municípios "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" (art. 24, VI, CF). A Constituição ainda determina que aos municípios compete estabelecer plano diretor e adotar as medidas necessárias para o desenvolvimento das funções sociais da cidade (vide art. 182, CF/88). O acórdão recorrido frisou todos esses aspectos ao confirmar a higidez da lei municipal atacada." (STF, Decisão Monocrática, AI 732.901/SP, proferida em 05/08/2013, DJE 155, divulgado em 08/08/2013).

d) ADI nº 28.323. Em outro julgamento, desta vez proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, há o reconhecimento expresso de que há competência concorrente para legislar em casos em que se pretende assegurar a proteção ao consumidor. A ADI nº. 28.323 impugnava a Lei nº. 13.519, de 08 de abril

de 2002, do Estado do Paraná, que estabeleceu “obrigatoriedade de informação, conforme específica, nos rótulos de embalagens de café comercializados no Paraná”.

Nos termos do voto do Relator do caso, Min. Ricardo Lewandowski, a lei paranaense apenas visava conferir maior concretude a uma lei geral editada pela União, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor. O acórdão da referida ADI, relatada pelo Min. Ricardo Lewandowski, restou assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ADI CONTRA LEI PARANAENSE 13.519, DE 8 DE ABRIL DE 2002, QUE ESTABELECE OBRIGATORIEDADE DE INFORMAÇÃO, CONFORME ESPECÍFICA, NOS RÓTULOS DE EMBALAGENS DE CAFÉ COMERCIALIZADO NO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 22, I e VIII, 170, CAPUT, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, E 174 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. OFENSA INDIRETA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I - Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão-somente, assegurar a proteção ao consumidor.

II - Precedente deste Tribunal (ADI 1.980, Rel. Min. Sydney Sanches) no sentido de que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis.

III - Afronta ao texto constitucional indireta na medida em que se mostra indispensável o exame de conteúdo de outras normas infraconstitucionais, no caso, o Código do Consumidor.

IV - Incorre delegação de poder de fiscalização a particulares quando se verifica que a norma impugnada estabelece que os selos de qualidade serão emitidos por entidades vinculadas à Administração Pública estadual.

V - Ação julgada parcialmente procedente apenas no ponto em que a lei impugnada estende os seus efeitos a outras unidades

da Federação. (ADI 2832, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-112, divulgado em 19-06-2008 publicado em 20-06-2008) (grifo nosso).

Não há dúvidas que normas que são de competência legislativa suplementar dos Estados podem produzir efeitos que se relacionam com outras matérias que tenham competência privativa da União.

Contudo, isso não é o bastante para impedir os Estados e municípios de legislarem em matéria concorrente e suplementar, até porque, se for compreendido de modo contrário, restaria pouca ou nenhuma competência a não ser a da União para legislar sobre políticas públicas.

No caso em apreço, a Lei nº 13.582/16 não contraria as normas gerais editadas pela União. Pelo contrário, a lei do Estado da Bahia regulamenta as normas federais de caráter geral, com o propósito de concretizar seus princípios e diretrizes.

Deste modo, não há que se falar em inconstitucionalidade formal por vício de competência da Lei Estadual nº 13.582/16, porquanto esse diploma legislativo se insere no âmbito da competência concorrente e suplementar disciplinada no art. 24 da Constituição da República.

3.2) DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE E SUPLEMENTAR DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO À SAÚDE

A proteção e defesa da saúde são matérias de competência legislativa suplementar dos Estados, consoante estabelece o art. 24, incisos XII, da Constituição República.

Conforme demonstrado, a adoção de hábitos alimentares mais saudáveis e sustentáveis está diretamente relacionada com a saúde das pessoas, eminentemente das crianças. No que lhe diz respeito, o consumo de alimentos ricos em nutrientes não depende unicamente da população, sendo necessário que o Estado

crie um ambiente favorável a adoção de hábitos alimentares saudáveis, principalmente pelas crianças.

Nesse contexto, dentre as medidas a serem adotadas, destaca-se a restrição à propaganda de gêneros alimentícios direcionada a crianças, inclusive, no ambiente escolar. Acerca da necessidade de restringir a propaganda de alimentos que contribuem para a obesidade infantil em locais frequentados por crianças e adolescentes, a Organização Mundial da Saúde editou a recomendação 1.3 de relatório sobre o tema.

Segundo essa recomendação, as escolas, bem como outros lugares que crianças e adolescentes frequentam, devem possuir restrições quanto a publicidade de alimentos com alto teor de açúcar e gorduras. O propósito é reduzir a exposição das crianças e adolescentes ao poder do marketing desses alimentos.²²

Nessa esteira e com o propósito de prevenir a obesidade infantil e o desenvolvimento de doenças crônicas não transmissíveis (DNCTs), que causam a morte de milhares de pessoas por ano e oneram o sistema público de saúde, foi promulgada a Lei nº 13.582/16. Essa lei visa, precipuamente, à proteção do direito à saúde e à infância, por meio do estímulo à alimentação saudável.

Sendo este o conteúdo preponderante da lei impugnada, o tratamento jurídico dispensado à matéria pode ter sua fonte em ato normativo estadual, com respaldo na competência legislativa concorrente e suplementar, atribuída à União e aos Estados da Federação, conforme estabelecido no art. 24, XII, da CF.

Por não ter como foco a questão da publicidade e propaganda isoladamente considerada, o objeto da Lei nº 13.582/16 é passível de ser disciplinado pelos Estados, conforme previsto no corpo do art. 24 da Constituição.

Especificamente, no que diz respeito à competência concorrente e à competência suplementar dos Estados membros, importa salientar certo voto pro-

²² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Reporto f the comissiono n ending childhood obesity. Disponível em: < http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204176/9789241510066_eng.pdf;jsessionid=08F7392587ED18FC1436F7A96D6CFBCC?sequence=1>. Acesso em 30 set. 2018.

ferido pelo Ministro Dias Toffoli. Neste voto, restou demonstrado que as normas editadas pelos Estados, no exercício da competência legislativa suplementar ainda podem ser mais restritivas que as normas gerais editadas pela União:

*Tratando-se de competência legislativa concorrente, as normas nacionais, regionais e locais devem conviver em harmonia dentro do mesmo território. Essa é uma importante diretriz para o intérprete na análise de conflitos legislativos em matéria de competência concorrente. **Isso não quer dizer que as normas suplementares não possam ser mais restritivas que as normas gerais federais. Os estados podem ampliar a proteção, estabelecendo novas restrições e condições ao exercício da atividade, bem como regras de segurança e fiscalização mais exigentes, desde que não sejam incompatíveis com a norma geral.** (grifo nosso)²³*

Assim, além da possibilidade de editar normas concorrentemente, os Estados da Federação também podem editar normas de forma suplementar, desde que suas normas não sejam contrárias à norma geral editada pela União, ainda que mais restritivas das que estas.

No presente caso, há várias matérias que são tratadas na lei impugnada, não se podendo analisar o caso somente pelo viés da competência para legislar sobre a propaganda comercial. Estão em jogo outras questões e entre elas a política pública para proteção da saúde. Por esse motivo não se pode admitir que a competência para legislar sobre o tema seja única e exclusiva da União.

4) DA AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL - DA LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI ESTADUAL Nº 13.582/16 DA BAHIA

No caso em tela, a autora argumenta que a Lei Estadual nº 13.582/16 ultrapassa os limites constitucionais para a restrição de propagandas comerciais. Além disso, sustenta que essa norma estadual consubstancia afronta aos direitos de liberdade de expressão comercial, informação, livre concorrência, livre iniciativa e o princípio da proporcionalidade.

²³ STF, ADI 3937/SP, Voto-Vista, Ministro Dias Toffoli, DJ 10/08/2017.

No entanto, os argumentos da Autora, não merecem prosperar pelas razões a seguir expostas.

4.1) DA NÃO VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE COMUNICAÇÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO (art. 5º, IV, IX, XIV e art. 220, caput, da CF)

Diferentemente do que alega a Autora, a mencionada lei estadual não ultrapassa os limites para restrições a propagandas comerciais, não viola os direitos fundamentais da liberdade de expressão, de comunicação e o direito à informação. As restrições impostas a esses direitos pela lei impugnada são legítimas conforme será a seguir demonstrado.

A atividade publicitária há que ser pautada nos mesmos referenciais postos pela Constituição à livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência, o que inclui o dever de observância às demais normas da Constituição, incluindo as imposições e garantias relacionadas à defesa do consumidor e das crianças, ao direito à saúde e à alimentação adequada e saudável.

A atividade publicitária não é “constitucionalmente norteadada pela ampla liberdade”. Como reconhece a Autora da ação, a liberdade de fazer publicidade está condicionada aos “limites fixados pelo ordenamento jurídico em vigor”. Assim, o que tem limite fixado pelo próprio ordenamento, por uma razão lógica, não pode ser definido como “ampla liberdade”.

Nesse ponto, cumpre registrar que o direito de fazer propaganda comercial, que decorre da livre iniciativa e da livre concorrência, **não se confunde com aquela liberdade de expressão prevista no artigo 5º, inciso IX, do texto constitucional.**

A liberdade publicitária encontra guarida no artigo 220 da Constituição, cujos parágrafos confirmam a possibilidade (e dever, em alguns casos) de se restringir o seu exercício nos casos ali indicados.

É importante esclarecer que a Constituição Federal criou duas

categorias de limite à atividade publicitária: as limitações facultativas, para casos em que a realidade mostrar que há risco à saúde e ao meio ambiente, e as limitações obrigatórias, nas hipóteses em que o impacto à saúde ou ao meio ambiente já é constitucionalmente reconhecido, verbis:

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 conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Conforme se depreende da leitura do dispositivo constitucional, a proteção do direito à saúde 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.

A previsão constitucional de hipóteses de limitações facultativas e obrigatórias se fundamenta na máxima de que os direitos fundamentais não são absolutos, pois a tutela de um dado direito não pode significar a aniquilação de outro direito igualmente fundamental.

As limitações facultativas são aquelas cujo fundamento se encontra no inciso II do § 3º do art. 220, no qual há expressa previsão de que a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio

ambiente poderão ser objeto de regulamentação a fim de tutelar os direitos das pessoas e das famílias. Existe, assim, um permissivo constitucional para que haja a limitação de publicidade que “que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” quando o legislador infraconstitucional identificar este risco.

O caso em tela envolve a hipótese de exercício da faculdade de limitação à publicidade dirigida a crianças pelo reconhecimento de que a exposição precoce à publicidade afeta a saúde das crianças, em todos os seus aspectos. Assim, com fundamento no inciso II do § 3º do art. 220 da Constituição Federal, visando proteger as crianças, pessoas em desenvolvimento, o legislador infraconstitucional proibiu a publicidade dirigida a crianças por entender que este tipo de publicidade se aproveita da deficiência de julgamento e experiência dos infantes, definindo-a como abusiva no art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Neste ponto, cumpre registrar que, do ponto de vista jurídico, a proteção do direito à saúde abrange não apenas o cuidado relacionado a doenças e seus agravos, mas também o seu aspecto de bem-estar físico, mental e social.

Neste sentido, o 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 Constituição, prevê:

Art. 10. Direito à saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

Este conceito está alinhado com a definição de saúde da Organização Mundial da Saúde – OMS, para quem a saúde não se limita à ausência de doença, abrangendo também o completo bem-estar físico, mental e social²⁴.

Tendo em vista a gravidade do impacto causado pelo exercício dos direitos de liberdade sobre a saúde de crianças e adolescentes, o direito à saúde deve prevalecer e ser priorizado no caso ora em

²⁴ “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. Disponível em: < <http://www.who.int/about/mission/en/>>. Acesso em 06/03/18.

apreço, com o propósito de garantir a proteção à infância.

Diante dessas considerações, assenta-se que as restrições à liberdade de expressão alegadas pela autora, após um juízo de ponderação, exsurgem como proporcionais e se coadunam perfeitamente com o postulado da dignidade humana.

Em síntese, demonstram-se constitucionais as limitações impostas pela Lei nº 13.582/16 do Estado da Bahia às propagandas de alimentos com alto teor de açúcar, sódio e gorduras saturadas.

4.3) DA PROPORCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À LIVRE INICIATIVA, À LIVRE CONCORRÊNCIA

Também não merece guarida a tese de que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência restam violados pela norma impugnada.

Esses princípios dizem respeito à inserção das empresas no mercado, por meio da comercialização do resultado da atividade produtiva.²⁵ Isso não foi restringido pela Lei nº 13.582/16 do Estado da Bahia.

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 170, a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios da ordem econômica. Todavia, outros princípios devem igualmente guiar a ordem econômica e, portanto, também devem ser trazidos à colação para o correto deslinde da questão apresentada na presente ação, razão pela qual o Idec se apresenta na qualidade de *amicus curiae* para colaborar com o deslinde desta demanda judicial.

A correta e completa interpretação da legislação deve partir da avaliação do ordenamento jurídico como um todo, a fim de melhor compreender o contexto normativo; interpretar um texto exclusivamente a partir da leitura isolada de palavras, incisos ou parágrafos, descolados da norma em sua integridade, de seu caput e de todo o entorno é técnica incorreta (e um tanto irresponsável), o que deve

²⁵ COELHO, F. U. *Princípios do Direito Comercial*: com anotações ao projeto do código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

ser rechaçado pelo Judiciário.

Neste ponto, vale transcrever o artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

[...]

A livre iniciativa e a livre concorrência são, de fato, mencionadas no texto da Constituição, no caput e no inciso IV do art. 170, respectivamente. Todavia, ainda que sejam denominadas como “livre”, tais liberdades nascem limitadas pela Constituição no próprio dispositivo constitucional que as previu.

Assim, a liberdade que a Constituição protege é somente aquela que tenha por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e que atendam aos demais princípios indicados no citado art. 170, além da necessidade de compatibilização com os demais valores postos pela Constituição Federal.

Justamente no sentido de assegurar a todos uma vida digna e a justiça social, houve o reconhecimento dos direitos fundamentais, mais especificamente relevantes para o caso em tela, o direito à saúde e o direito à alimentação adequada e saudável, dispostos nos arts. 6º, 196 e seguintes da CF e na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90) e na Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional – Losan (Lei nº 11346/2006).

Ademais, conforme explica o ex-ministro deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, a liberdade de comércio é a não ingerência estatal no domínio econômico e desdobra-se na faculdade de criar e explorar atividade

econômica a título privado e na não sujeição a qualquer restrição estatal, **senão em virtude de lei**.²⁶

Nota-se, portanto, que a possibilidade de restrição da atividade econômica por meio de lei é parte integrante da definição de liberdade de comércio e, por conseguinte, do princípio da livre iniciativa.

No que concerne ao princípio da livre concorrência, previsto no inciso IV, que foi indicado na inicial, a Constituição elencou outros tantos vetores da ordem econômica, aos quais deve ser dada a mesma atenção, merecendo realce, para a questão ora em debate, o dever de a ordem econômica (e, conseqüentemente, a livre iniciativa) ter a defesa do consumidor como um de seus referenciais.

Há que se levar em conta o quanto aduzido acima, no sentido de que existem objetivos a serem perseguidos no exercício da atividade econômica – a garantia de uma existência digna a todos – assim como o dever de que tal atividade esteja balizada não apenas no princípio da liberdade, mas também nos demais parâmetros constitucionais, incluindo o dever de observância dos direitos dos consumidores e ao dever de proteção prioritária às crianças.

Considerando que a exposição precoce das crianças à publicidade é desfavorável ao seu desenvolvimento, há justificativas fáticas e embasamento constitucional para a restrição prevista na Lei nº 13.582/16. Por essa razão é possível concluir que essa lei está de acordo com o princípio da proporcionalidade.

5) DOS PRECEDENTES DE OUTROS TRIBUNAIS SOBRE O TEMA DA PUBLICIDADE INFANTIL

5.1) CASO DA LINHA “GULOSOS BAUDUCCO”, JULGADO PELO STJ

Veja-se, por exemplo, o caso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº. 1.558.086, julgado por unanimidade pela 2ª Turma daquele tribunal, sob a relatoria do Min. Humberto Martins. O caso trata de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo (MP/SP), que visava:

²⁶ GRAU, E.R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 205-206.

- a) A "Condenação da ré à obrigação de não fazer consistente em não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de qualquer bem ou serviço à compra de algum de seus produtos";
- b) A "Condenação da ré à obrigação de não fazer consistente em não mais promover publicidade que, direta ou indiretamente, possa concorrer para transmissão de valores inadequados a crianças, ou por qualquer modo explore sua inexperiência ou deficiência de julgamento"; e
- c) "Indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ato ilícito, na forma do art. 84, §1º, da Lei 8.078/90".

O caso teve início em julho de 2007, quando a empresa Pandurata Alimentos Ltda, conhecida como "Bauducco", lançou a promoção "É hora de Shrek", juntamente com o terceiro filme do personagem de desenho "Shrek", na qual as crianças poderiam adquirir relógios exclusivos do filme se juntassem cinco embalagens de produtos da linha "Gulosos Bauducco" e pagassem mais R\$ 5,00 (cinco reais).

O INSTITUTO ALANA, por meio de seu projeto CRIANÇA E CONSUMO, notificou a referida empresa sobre a publicidade abusiva direcionada às crianças. Diante da inércia da empresa em cessar a ilicitude, encaminhou representação junto ao Ministério Público de São Paulo para que fossem verificadas as ilegalidades ocorridas.²⁷

Após apurar a ilegalidade da promoção de marketing, o MP/SP propôs a Ação Civil Pública (ACP) de n. 0342384-90.2009.8.26.0000, em face da empresa acima citada¹². A demanda foi julgada improcedente em primeiro grau¹³, sendo reformada pela 7ª Câmara de Direito Privado¹⁴. Em face da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), foi interposto recurso especial (REsp.) dirigido ao

²⁷ INSTITUTO ALANA. Projeto Criança e Consumo. Notificação. Disponível em: < <http://criancaconsumo.org.br/wp>> Acesso em: 13 set. 2018.

Superior Tribunal de Justiça (STJ), recurso este que provimento negado pela 2ª Turma do STJ.

O Ministério Público de São Paulo afirma no caso que a prática da empresa seria abusiva também pelo fato de se aproveitar indevidamente das condições de inexperiência e deficiência de julgamento das crianças, usurpando também os valores sociais ainda em desenvolvimento no público infantil.

Apesar de a sentença ter sido julgada improcedente, foi dado provimento ao acórdão em sede de apelação, motivo pelo qual a discussão torna-se para o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), que julgou totalmente procedente a demanda. Veja-se por completo o entendimento da Câmara Julgadora na referida Ação Civil Pública:

Considerando-se essa situação, a publicidade induzia as crianças a quererem os produtos da linha "Gulosos" para poderem obter os relógios. Havendo 04 tipos de relógio à disposição, seriam 20 produtos adquiridos.

Com certeza, muitas crianças, senão todas importunariam seus pais, avós, tios, ou qualquer pessoa com poder aquisitivo para tanto, a adquirirem os relógios e, conseqüentemente, os produtos. Tal conduta vai de encontro ao disposto na alínea "e" do artigo 37 do Código supramencionado. Os responsáveis seriam verdadeiramente constrangidos pelas crianças e, ainda que se diga que eles têm o discernimento para dizer não, sabe-se que uma criança contrariada pode nos colocar em situações vexatórias.

Além disso, o fato de uma criança não ter os relógios pode colocá-la em situação de inferioridade perante outras tantas que possuam a coleção. A ingenuidade e a inexperiência das crianças as tornam, muitas vezes, insensíveis, até cruéis com aqueles que são diferentes. A publicidade, então, pode ferir a alínea "d" do artigo 37.

Esse tipo de campanha publicitária, embora comumente utilizada, deve ser considerada abusiva e não normal. É preciso mudar a mentalidade de que aquilo que é corriqueiro é normal. Não é bem assim. (TJ/SP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação mm

Há duas abusividades discutidas e confirmadas pelo referido acórdão do tribunal paulista. A primeira é a publicidade abusiva dirigida a crianças para consumirem produtos da linha "Gulosos". Já a segunda ilicitude é justamente o fato de condicionar a compra de um relógio à compra de outros produtos alimentícios da empresa, a venda casada. Tanto é isso que a empresa foi condenada nos três pedidos feitos pelo MP/SP. Duas condenações referentes a obrigações de não-fazer distintas, sob pena de multa, mais a condenação pecuniária por danos difusos no valor de R\$300.000,00 (trezentos mil reais).

A condenação quanto à publicidade abusiva foi para a empresa "não mais promover campanha de publicidade para as crianças, sem estrita observância de regras próprias". Já pelo ilícito de venda casada, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) condenou a empresa a "não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de um bem ou serviço à compra de algum de seus produtos".

Essa dupla ilicitude foi devidamente analisada também pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cujo voto do relator apresenta dois títulos diferentes. Citamos o fundamento do voto do relator do caso, Min. Humberto Martins:

*DO MARKETING ABUSIVO DIRIGIDO ÀS CRIANÇAS
É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). (STJ, 2ª*

Turma, REsp. Nº. 1.558.086/SP, j. em 10/03/2016, trecho do voto do Min. Relator Humberto Martins).

Isso também foi confirmado pelo voto da Ministra Assusete Magalhães, *in verbis*:

Não há dúvida de que estamos diante de um caso típico de propaganda abusiva, vedada pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, mais especificamente no seu art. 37, e também diante de um caso de venda casada, que, como muito bem disse nosso professor de Direito do Consumidor, o Ministro HERMAN BENJAMIN, igualmente é vedada pelo art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor.” (STJ, 2ª Turma, REsp. Nº. 1.558.086/SP, j. em 10/03/2016, trecho do voto da Ministra Assusete Magalhães).

Apesar de não ter sido transcrito no acórdão publicado pelo STJ, no dia do julgamento, o Min. Herman Benjamin, ao proferir seu voto oralmente afirmou que:

Aqui a hipótese, e daí o acerto, do voto do eminente relator, mas também no relator na origem que eu não conheço, mas que fez um voto exemplar ao adotar a posição de que aqui nós temos uma publicidade abusiva duas vezes. O eminente relator na parte que ele não leu do voto, por ser dirigida à criança, e dirigida à criança do que tange a produtos alimentícios. E aqui, ao contrário do que foi dito da Tribuna, não se trata de paternalismo sufocante nem de moralismo demais, é o contrário, significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos, é dos pais. E que nenhuma empresa comercial, e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional legal assegurado de tolher a autoridade e o bom senso dos pais.

Então este acórdão recoloca a autoridade dos pais, e, nesse sentido, é que poderia ser paternalista, porque põe os pais na posição que eles têm em relação a tudo e ainda em relação ao futuro. Então este é o primeiro aspecto que eu queria ressaltar. (...)

Então o primeiro ponto é este que espero que Vossa Excelência, ao confirmar integralmente o acórdão recorrido e os fundamentos do acórdão recorrido, reconhece que é uma publicidade abusiva por se dirigir à criança. Impressionou a linha de produtos que se chama "gulosos", eu não sou religioso, mas a gula é um dos pecados, mas, vamos abstrair completamente o aspecto religioso porque não é disso que se trata aqui. Mas, no momento em que nós sofremos uma crise de obesidade, aliás, todos nós brigando com o peso que insiste em não nos obedecer, mas, sobretudo às crianças, é de se espantar que uma publicidade como esta seja dirigida às crianças.

O caso é paradigmático, pois julgou uma publicidade abusiva dirigida a crianças, confirmando que houve aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança, interpretando-se corretamente uma Lei Federal, especificadamente o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e a regulamentação do CONAR, especificadamente no art. 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

5.2) CASO "MASCOTES", JULGADO PELO STJ

Mais recentemente, no Recurso Especial nº 1.613.561, o mesmo Superior Tribunal de Justiça manteve multa aplicada à Sadia por publicidade infantil da campanha "Mascotes Sadia", promovida durante os Jogos Pan Americanos do Rio de 2007.

Apesar de o acórdão do caso ainda não ter sido publicado conforme julgamento amplamente divulgado pelo próprio Tribunal da Cidadania, é possí-

vel afirmar que o julgamento confirma a jurisprudência daquele tribunal. Para o Relator do caso, Min. Herman Benjamin, ao argumentar que a campanha publicitária violava o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, pois utilizam ou manipulam o universo infantil:

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência reconhecendo a abusividade de publicidade e propaganda de alimentos direcionadas às crianças, de forma direta ou indireta. Isso porque a decisão de comprar os gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em épocas de grandes índices de obesidade infantil.

Dessa forma, resta claro que vem se formando uma jurisprudência dos tribunais brasileiros, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, de que são necessários meios diversos para combater a abusividade na publicidade e propaganda de alimentos dirigida a crianças. E isso é justamente o que a Lei impugnada faz, dando maior concretude à proibição constante no Código de Defesa do Consumidor.

6) CONCLUSÃO

A Lei nº 13.582/16 do Estado da Bahia é constitucional tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material. Não há que se falar em vício de competência para a edição do referido diploma legislativo. Por tratar, mormente, do direito à saúde, direito à alimentação saudável, da proteção à infância e de matéria consumerista, insere-se dentro da competência legislativa suplementar do art. 24, incisos VI, XII e XV, da Constituição da República.

Muito menos merece ser acolhida a alegação de inconstitucionalidade material, vez que, em última análise, a presente lei estadual tem como propósito a concretização do princípio da dignidade humana, por meio da tutela do direito à saúde das crianças e da proteção à infância, valores estes aos quais deve ser atribuído maior peso no caso *sub judice*.

7) PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer:

- a) A admissão da presente manifestação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), já habilitado na presente ação de controle concentrado de constitucionalidade como *amicus curiae*, nos termos do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99;
- b) Seja assegurada à postulante a possibilidade de sustentação oral de seus argumentos em Plenário;
- c) Caso negado o item anterior, requer-se que estes argumentos e documentos sejam recebidos como memoriais;
- d) A juntada do instrumento de mandato e demais documentos anexos.

São Paulo, 2 de outubro de 2018.

Nathália Molleis Miziara
OAB/SP nº 290.121