

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT
ADV.(A/S) : ALEXANDRE KRUEL JOBIM
INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LICENCIAMENTO - ABRAL
ADV.(A/S) : MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO
AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S) : ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES
ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG
ADV.(A/S) : LIVIA CATTARUZZI GERASIMCZUK
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC
ADV.(A/S) : WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA
ADV.(A/S) : CHRISTIAN TÁRIK PRINTES
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANUNCIANTES - ABA
ADV.(A/S) : LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS
ADV.(A/S) : GABRIEL NOGUEIRA DIAS
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT PROMOÇÃO DA SAÚDE/ACT
ADV.(A/S) : ADRIANA PEREIRA DE CARVALHO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO DA INFÂNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 13.582/2016 POSTERIORMENTE MODIFICADA PELA LEI 14.045/2018 AMBAS DO ESTADO DA BAHIA. RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE INFANTIL DE PRODUTOS DE BAIXO VALOR NUTRICIONAL NAS ESCOLAS. AUSÊNCIA DE OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. FEDERALISMO COOPERATIVO. PROPORCIONALIDADE.

ADI 5631 / DF

RESTRICÇÃO MÓDICA NO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Não há prejuízo da ação direta quando nova norma altera a que é impugnada mantém, em tese, o vício de inconstitucionalidade formal.

2. Como recomenda a Organização Mundial da Saúde, as escolas e os demais 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, porque essas instituições agem como *in loco parentis*, ou seja, no lugar dos pais.

3. A Constituição não admite que a inação da União em regular a publicidade infantil nesses lugares 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. Precedentes.

4. Atende à proporcionalidade a restrição à liberdade de expressão comercial que visa a promover a proteção da saúde de crianças e adolescentes e que 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.

5. Ação direta julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária realizada por videoconferência, sob a Presidência do Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator. O Ministro Marco Aurélio, preliminarmente, julgava prejudicada a ação e, vencido, acompanhou o Relator no mérito.

Brasília, 25 de março de 2021.

ADI 5631 / DF

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT
ADV.(A/S) : ALEXANDRE KRUEL JOBIM
INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LICENCIAMENTO - ABRAL
ADV.(A/S) : MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO
AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S) : ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES
ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG
ADV.(A/S) : LIVIA CATTARUZZI GERASIMCZUK
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC
ADV.(A/S) : WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA
ADV.(A/S) : CHRISTIAN TÁRIK PRINTES
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANUNCIANTES - ABA
ADV.(A/S) : LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS
ADV.(A/S) : GABRIEL NOGUEIRA DIAS
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT PROMOÇÃO DA SAÚDE/ACT
ADV.(A/S) : ADRIANA PEREIRA DE CARVALHO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): A Associação Brasileira de Emissora de Rádio e Televisão – ABERT propõe ação direta em face da Lei n. 13.582, de 14 de setembro de 2016, do Estado da Bahia.

O diploma atacado tem o seguinte teor:

ADI 5631 / DF

“LEI Nº 13.582 DE 14 DE SETEMBRO DE 2016

Regulamenta a publicidade infantil de alimentos no Estado da Bahia.

O PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA, no uso de atribuição prevista no art. 80, § 7º da Constituição do Estado da Bahia, combinando com o art. 41, XXII, da Resolução n.º 1193/85 (Regimento Interno), faço saber que o Plenário da Assembleia aprovou e eu promulgo a seguinte Lei:

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

ADI 5631 / DF

no artigo 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.”

A requerente alega que a lei estadual tem vício de inconstitucionalidade formal, eis que, a teor do disposto nos arts. 22, XXIX, e 220 da Constituição Federal, apenas a União detém competência privativa para legislar sobre propaganda comercial. Afirma que ao proibir a publicidade dirigida a crianças, a norma acaba por integralmente dispor sobre publicidade comercial, inclusive com a imposição de penalidades, sem que a Constituição tenha autorizado os Estados a legislar sobre a matéria.

Defende, ainda, que a norma ofende o disposto no art. 220, § 3º e § 4º, da Constituição, porquanto apenas lei federal poderia dispor sobre propaganda comercial. Invoca os precedente firmados na ADI 2.815, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, na ADI 5.432, Rel. Min. Dias Toffoli, e na ADI 4.761, Rel. Min. Roberto Barroso, para sustentar o que entende ser a pacífica jurisprudência do Tribunal, no sentido de se reconhecer a competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial.

A requerente também alega haver inconstitucionalidade material, porque a norma estadual teria proibido a propaganda de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras

ADI 5631 / DF

saturadas ou sódio. De acordo com a inicial, apenas propagandas de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias poderiam ser restringidas, porque o rol de produtos constantes do art. 220, § 4º, da Constituição é taxativo.

Além disso, também seria uma inconstitucionalidade material a restrição à propaganda já que é reconhecida, pela jurisprudência do Tribunal, a liberdade de expressão comercial. Nessa dimensão, ainda de acordo com a inicial, a restrição implica violação do direito à informação, da livre iniciativa e da livre concorrência. Defende, por fim, que a norma também é desproporcional, eis que o mercado da comunicação social já dispõe de regras de autorregulação claras.

Requeriu, em sede de liminar, a suspensão dos efeitos da lei e, no mérito, a declaração de nulidade.

Foi aplicado o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 1999.

A Assembleia Legislativa e o Governador do Estado, devidamente notificados, não apresentaram manifestação, conforme certifica a Secretaria Judiciária deste Tribunal (eDOC 22).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência da ação (eDOC 23):

“Constitucional. Lei estadual n° 13.582. de 14 de setembro de 2016. que proíbe, 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". Inconstitucionalidade formal. Competência da União para legislar sobre propaganda comercial. Ofensa aos artigos 22, inciso XXIX, e 220, § 3º, da Constituição Federal. Precedentes dessa Suprema Corte. Manifestação pela procedência do pedido veiculado pela requerente.”

A Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência do pedido (eDOC 61):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI

ADI 5631 / DF

13.582, DE 14 DE SETEMBRO DE 2016, DO ESTADO DA BAHIA. PUBLICIDADE DIRIGIDA A CRIANÇAS DE ALIMENTOS E BEBIDAS POBRES EM NUTRIENTES E COM ALTO TEOR DE AÇÚCAR, GORDURAS SATURADAS OU SÓDIO. VEDAÇÃO DA PROPAGANDA EM RÁDIO E TELEVISÃO. APLICAÇÃO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO. MATÉRIAS DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.

1. É inconstitucional, por usurpação de competência legislativa privativa da União, lei estadual que disponha sobre propaganda comercial dirigida ao público infantil com restrições aplicáveis às concessionárias de serviços de telecomunicação (CF, art. 22-XXIX c/c art. 220-§3.º-II-§4.º, e art. 21-XI e XII-a c/c art. 22-IV).

2. Não havendo lei complementar federal que delegue aos Estados membros dispor sobre matéria cuja competência legislativa pertence privativamente à União (CF, art. 22-parágrafo único), não há espaço para a atuação legislativa estadual na disciplina de propaganda comercial e telecomunicações.

Parecer pela procedência do pedido.”

Foram admitidos como *amici curiae* a Associação Brasileira de Licenciamento (ABRAL), o Instituto Alana, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), a Associação Brasileira de Anunciantes (ABA) e A Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos (ACT).

Encerrada a instrução, solicitei, em 20.11.2018, a inclusão do feito em pauta.

Em Petição datada de 12.02.2021, o Instituto Alana, devidamente admitido como *amicus curiae*, informa que a Lei impugnada (Lei n. 13.582, de 2016), foi alterada pela Lei Estadual n. 14.045, de 2018, cujo teor é o seguinte:

ADI 5631 / DF

“LEI Nº 14.045 DE 27 DE DEZEMBRO DE 2018

Altera a Lei nº 13.582/2016, para dispor sobre a publicidade infantil nos estabelecimentos de educação básica no Estado da Bahia.

O PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA, no uso de atribuição prevista no art. 80, § 7º da Constituição do Estado da Bahia, combinando com o art. 41, XXII, da Resolução n.º 1193/85 (Regimento Interno), faço saber que o Plenário da Assembleia aprovou e eu promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º - Esta Lei altera a Lei nº 13.582, de 14 de setembro de 2016, para dispor sobre a publicidade infantil nos estabelecimentos de ensino de educação básica no Estado da Bahia.

Art. 2º - A Lei nº 13.582, de 14 de setembro de 2016, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º - Fica proibida, no Estado da Bahia, a comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica."

"Art. 3º -

.....

§ 3º - A pena de multa e a suspensão da veiculação da publicidade serão aplicadas pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa e contraditório;"

"Art. 4º - Por comunicação mercadológica entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado."

Art. 3º - Ficam revogados o § 1º do artigo 1º; o artigo 2º; o inciso III do artigo 3º e os §§ 2º do artigo 3º; da Lei nº 13.582, de 14 de setembro de 2016.

Art. 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

ADI 5631 / DF

Ante a modificação do quadro normativo, o Instituto Alana defendeu a prejudicialidade da ação direta.

A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, requerente da presente ação, manifestou-se pelo prosseguimento do pedido, eis que, em seu entender, permanece a inconstitucionalidade, porquanto o Estado da Bahia não teria competência para legislar sobre a matéria.

A ABRAL, também admitida como *amicus curiae*, corrobora a necessidade de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o mérito da ação direta, advertindo que as alterações legislativas poderiam ter por objeto o esvaziamento do controle realizado pela Corte.

É, em síntese, o relatório.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):

Exame da Preliminar de Prejudicialidade

A alteração legislativa promovida pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia não implica o prejuízo da ação direta.

A Lei n. 14.045, de 27 de dezembro de 2018, manteve a proibição de comunicação mercadológica dirigida às crianças, limitando-a, porém, “aos estabelecimentos de educação básica”. A definição legal de “comunicação mercadológica” é “toda e qualquer atividade de comunicação comercial”, conforme prevê o art. 4º da Lei n. 13.582, de 2016, na redação dada pela Lei n. 14.045, de 2018. Por isso, seja porque se alega inconstitucionalidade formal em razão da usurpação da competência da União, seja porque foi mantida a proibição de propaganda comercial, subsistem as razões que levam a ABERT a solicitar a declaração de inconstitucionalidade, vale dizer, não foram substanciais as alterações promovidas.

Além disso, a própria requerente, em petição datada de 18.02.2021 (eDOC 100), manifestou o interesse no prosseguimento da ação, encampando a tese de inconstitucionalidade também em relação ao diploma legislativo mais recente. Desde que mantido o cerne da ação, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que é possível o aditamento da inicial quando a nova impugnação dispensa a requisição de informações e manifestações (*v.g.* ADI 1.926, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 02.06.2020), que é precisamente o que ocorre.

Por isso, não há que se falar em prejuízo da ação direta em razão da modificação introduzida pela Lei n. 14.045, de 27 de dezembro de 2018.

ADI 5631 / DF

As Alegações de Inconstitucionalidade da Lei Estadual

Alegações das Partes e dos *Amici Curiae*

A ABERT suscita inconstitucionalidades formais, decorrentes da usurpação da competência privativa da União, e materiais, ante a ofensa à liberdade de expressão comercial.

A Associação Brasileira de Anunciantes – ABA reforça as alegações trazidas pela requerente e defende que a lei estadual é desproporcional, porque o Brasil já conta com um severo e eficiente controle da publicidade feito pelo CONAR. De acordo com a ABA, proibir a propaganda reduziria as escolhas dos consumidores, afetando seu bem-estar. Ainda segundo a Associação, a Lei baiana acaba por desconsiderar o papel da autoridade dos pais, a indicar que o papel do Estado relativamente à regulação de limites à propaganda não pode ser paternalista. Por isso, para a ABA, “o banimento da publicidade de alimentos para o público infantil não se harmoniza com as diferentes garantias constitucionais” (eDOC 42, p. 25).

A ABRAL também ataca a desproporcionalidade da legislação, sustentando que não faz sentido proibir a propaganda de algo que pode ser comprado em qualquer varejo do Brasil.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, o Instituto Alana e a Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos defendem a constitucionalidade da Lei. Alegam que a norma protege a infância, tema de competência legislativa concorrente entre a União e os Estados e que, mais do que uma faculdade do Estado em limitar a publicidade, haveria um dever no que tange aos produtos atingidos pela legislação baiana. Segundo o IDEC e o Instituto Alana, a obesidade infantil é um problema grave de saúde pública e uma política consistente de prevenção da obesidade deve compreender não só ações de caráter educativo e informativo, como também medidas de controle da propaganda de alimentos não-saudáveis. De acordo com estudo da Universidade de São Paulo trazido pelos *amici curiae*, a propaganda

ADI 5631 / DF

infantil está diretamente relacionada com as escolhas alimentares da população e há influência direta entre a exposição à propaganda e o consumo de alimentos pobres em nutrientes. Defendem, por isso, que seja dada prioridade absoluta aos interesses das crianças e dos adolescentes para garantir um ambiente alimentar saudável nas escolas, o que implica, segundo sua ótica, o reconhecimento da constitucionalidade da lei atacada.

O Instituto Alana também fez a juntada de parecer do Prof. Virgílio Afonso da Silva, no qual defende a constitucionalidade da norma atacada. De acordo com o Professor, a norma constante no art. 220, § 4º, da CRFB, não impede a restrição à propaganda de outros produtos nocivos, já que continua a valer a tese de que direitos podem ser restringidos, ou seja, não há um direito absoluto à publicidade dos produtos não elencado na norma constitucional. 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 apenas parcial (e pequena) seja dessa liberdade, seja da liberdade geral de expressão” (eDOC 59, p. 20). Assim, porque são graves os problemas de saúde causados pelos produtos não saudáveis e porque há relação direta entre a publicidade e o consumo desses alimentos, seria possível demonstrar que os ganhos obtidos com a restrição imposta aos anunciantes superam as perdas que eles eventualmente teriam.

Exame das Alegações das Partes

Superada a preliminar de prejuízo, a ação direta deve ser julgada improcedente.

A Organização Mundial da Saúde, por meio da Resolução 63.14, de 21 de maio de 2010, adotou uma série de recomendações dirigidas aos Estados, a fim de que regulem a publicidade de bebidas não-alcoólicas e de alimentos ricos em gorduras e açúcares. As recomendações, baseadas em evidências científicas, foram acompanhadas de um relatório técnico para auxiliar os Estados. Nele, a OMS recomenda, por exemplo, que os

ADI 5631 / DF

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 eles, escolas e suas mediações, clínicas e serviços pediátricos, eventos esportivos e atividades culturais.

A racionalidade trazida pela recomendação é evidente: essas instituições agem como *in loco parentis*, ou seja, no lugar dos pais. Não existe nesses locais a possibilidade de os pais ou os responsáveis pelas crianças desligarem a televisão ou o rádio. Os pais não estão presentes fisicamente. Por isso, como afirma a recomendação, “dentro da escola, o bem estar nutricional das crianças deve ser a pedra angular”.

A recomendação da OMS foi encampada em uma série de fóruns internacionais de que o Brasil faz parte. O Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, por exemplo, recomendou que a Argentina tomasse medidas efetivas para desincentivar o consumo de alimentos não saudáveis, incluindo um aumento de imposto de bebidas açucaradas, normas para as embalagens dos produtos e restrições à propaganda de alimentos e bebidas não saudáveis, especialmente as que se destinam às crianças (E/C.12/ARG/CO/4). Além disso, o Relator Especial das Nações Unidas para o Direito à Saúde também afirmou, no Relatório de 2014 (A/HRC/26/31), que há um dever dos Estados de regular a propaganda comercial desses produtos quando dirigida às crianças.

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 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 n. 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 a propaganda desses produtos. Por isso, inegavelmente, limitar a publicidade é um meio para proteger a saúde de crianças e adolescentes. A controvérsia posta nestes autos reside precisamente em saber se essa restrição é

ADI 5631 / DF

constitucionalmente admitida.

Exame das Alegações de Inconstitucionalidade Formal

O federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição Federal tem por tarefa possibilitar que a realização de direitos fundamentais seja priorizada por todos os entes públicos. A repartição de competências entre os entes federais não se destina apenas a definir zonas de exclusão e autonomia de cada um dos entes da federação, mas, sobretudo, reconhecer que a concretização dos direitos previstos na Constituição deve ser feita da maneira mais eficiente possível. Dito de outro modo, nenhum dos entes federados poderá se furtar da realização dos direitos fundamentais.

O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais tal como recomendadas pela Organização Mundial da Saúde – com o voto do Estado brasileiro. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

Repartir competências compreende compatibilizar interesses para o reforço do federalismo cooperativo em uma dimensão de fato cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente a fim de que o funcionamento consonante das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da CRFB) e objetivos (art. 3º, da CRFB) da República.

Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado obriga-se a exercê-las em proveito do alcance do bem comum e da satisfação dos direitos fundamentais.

Ocorre que, como bem lembrou o e. Min. Gilmar Mendes, por vezes uma mesma lei pode apresentar problemas complexos, por envolver tema

ADI 5631 / DF

que se divide em assunto que compõe a competência concorrente e em matéria restrita à competência legislativa de apenas uma das esferas da Federação (MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 841).

Em outras oportunidades (ADI 5.356 e ADPF 109), sustentei que a tradicional compreensão do federalismo brasileiro, que busca solucionar os conflitos de competência tão somente a partir da ótica da prevalência de interesses, não apresenta solução satisfatória para os casos cuja dúvida sobre o exercício da competência legislativa decorre de atos normativos que podem versar sobre diferentes temas.

A solução para esses casos não pode se distanciar do cânone da prudência que incumbe aos órgãos de controle de constitucionalidade: deve-se privilegiar a interpretação que seja condizente com a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos. Incide aqui o que e. Min. Gilmar Mendes, em conhecida obra doutrinária, chamou de princípio da interpretação conforme a Constituição:

“Não se deve pressupor que legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição; ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade.”

(MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97).

Essa deferência ao poder legislativo assume feição especial quando o controle de constitucionalidade é feito em face de norma produzida pelos demais entes da federação. Ela exige que o intérprete não tolha a alçada que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria.

Neste sentido, o cânone da interpretação conforme, a que alude o e. Ministro Gilmar Mendes, deve ser integrado pelo que, na jurisprudência norte-americana, foi chamado de uma presunção a favor da competência dos entes menores da federação (*presumption against pre-emption*).

Assim, é preciso reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o Município, por exemplo, desde que

ADI 5631 / DF

possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da CRFB. De igual modo, Estados e União detêm competência sobre os temas de seus respectivos interesses, nos termos dos parágrafos do art. 24 da CRFB. Há, dessa forma, um direcionamento das ações de governo do ente local para o nacional, naquilo que José de Oliveira Baracho vislumbrou como sendo o princípio da subsidiariedade do federalismo brasileiro:

“O princípio da subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária e internacional. Dentro das preocupações federativas, o Governo local deve assumir grande projeção, desde que sua efetivação, estrutura, quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No exercício de suas atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida. A Administração pública de qualidade, comprometida com as necessidades sociais e aberta à participação solidária da sociedade, pode melhorar as entidades federativas e os municípios. A partir desse nível, concretiza-se, necessariamente a efetivação dos direitos humanos. A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade.”

(BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Revista da Faculdade*

ADI 5631 / DF

de Direito da UFMG, n. 35, 1995. p. 28-29)

Por evidente, não se deve confundir a maior proximidade do governo, que naturalmente ocorre nos municípios, com mais democracia. A Constituição é também um contraponto à captura do governo local pelas oligarquias. É precisamente aqui que reside a fonte material de competência dos demais entes federativos: contanto que favoreça a realização material de direitos constitucionalmente garantidos e desde que estejam previstas no âmbito de sua respectiva competência, podem a União ou mesmo os Estados dispor de matérias que tangencialmente afetam o interesse local. O federalismo torna-se, por conseguinte, um instrumento de descentralização, não para simplesmente distribuir poder político, mas para realizar direitos fundamentais.

Assim, seria possível superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material: apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que possuem os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito nacional, certa matéria deve ser disciplinada pelo ente maior.

Embora seja diretamente aplicável ao caso em tela, a clareza legislativa não se refere apenas à competência concorrente. Em caso de dúvida sobre o título a que se dá o exercício da competência, se comum ou concorrente, por exemplo, também cumpre à lei definir o âmbito de atuação do ente federativo. Trata-se, portanto, de privilegiar a definição dada pelo legislador, reconhecendo que eventual lacuna deve ser vista como possibilidade de atuação dos demais entes federativos, não cabendo ao poder judiciário, à míngua de definição legislativa, retirar a competência normativa de determinado ente da federação, sob pena de tolher-lhe sua autonomia constitucional.

As alegações de usurpação da competência da União têm por base os arts. 22, XXIX, e 220, §§ 3º e 4º:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

ADI 5631 / DF

(...)

XXIX - propaganda comercial.

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:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

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.”

A competência estadual, por sua vez, é justificada com base na competência concorrente de os Estados legislarem sobre defesa da saúde (art. 24, XII, da CRFB) e sobre proteção à infância (art. 24, XV, da CRFB).

A presunção contra preempção impõe que nas possíveis disputas de sentido que tem a norma impugnada deve o Supremo Tribunal Federal se abster de escolher um sentido determinante ou prevalente ou mesmo de escolher qual seria o ente federativo com melhores condições de promover a legislação. Deve o Tribunal simplesmente reconhecer que o Congresso Nacional é que detém a prerrogativa de, por meio de legislação própria e nitidamente fixada, indicar qual dele deve prevalecer.

ADI 5631 / DF

Dito de outro modo, a omissão da União em legislar jamais poderá justificar a inação dos Estados e do Distrito Federal.

Não desconheço os casos em que o Tribunal afirmou que a legislação estadual não estaria autorizada a legislar sobre a publicidade de medicamentos (ADI 5.432, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 30.11.2018) ou mesmo sobre publicidade de operadoras de telefonia celular (ADI 4.761, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 11.11.2016).

O caso dos autos, porém, é distinto. 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 isso, mais próximo da hipótese dos autos são os precedentes que reconheceram a competência concorrente dos Estados e Municípios para, diante da omissão da União, adotarem medidas para cumprir as recomendações da OMS no enfrentamento da pandemia do coronavírus (ADI 6.341, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão, Min. Edson Fachin, DJe 12.11.2020). 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.

Também não se poderia invocar a reserva de lei federal constante do art. 220, § 3º, II, da CRFB, eis que à legislação federal compete apenas regular os meios de defesa das pessoas e das famílias contra programas e programações abusivas, bem como contra propaganda de produtos nocivos à saúde. As restrições aplicáveis aos estabelecimentos de ensino, particularmente naqueles que pertencem ao próprio Estado da Bahia, só podem ser disciplinados por lei do respectivo ente federado.

Por essa razão, rejeito as alegações de inconstitucionalidade formal e reconheço a competência dos Estados para restringirem o alcance da publicidade dirigida à criança enquanto estiverem nos estabelecimento de educação básica.

Exame das Alegações de Inconstitucionalidade Material

ADI 5631 / DF

Também não merecem prosperar as alegações de inconstitucionalidade material.

O rol de restrições admitidas no âmbito do art. 220, § 4º, da Constituição Federal não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Como bem apontou o Prof. Virgílio Afonso da Silva em seu parecer, 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.

Não há como negar, nesse sentido, 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. Não há como negar, ainda, que a limitação, tal como disposta na Lei 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.

O direito constitucional à liberdade de expressão comercial, direito há muito reconhecido na prática deste Tribunal (ADI 5.432-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 15.12.2015), envolve a possibilidade de fabricantes veicularem informações sobre seus produtos, inclusive dirigidas às crianças. Amparada no direito à liberdade de expressão, a propaganda comercial instrumentaliza a própria liberdade de iniciativa. No entanto, em que pese a relevância desse direito, ele jamais poderia se tornar absoluto, de modo a inviabilizar restrições à publicidade, desde que, como ocorre *in casu*, sejam elas proporcionais.

As restrições à liberdade de expressão comercial podem ser aplicadas especialmente no ambiente escolar. A escola prepara as crianças para participarem da vida pública, mas a escola não é, em si mesma, a esfera pública na qual estamos todos inseridos. Ela prepara, educa, instiga, estimula a participação. Afinal, para que o cidadão participe ativamente desse espaço, ele precisa ser cultivado, cativado, pelas melhores ideias e pelos melhores exemplos. O melhor interesse da criança nada mais é do que reconhecer a condição peculiar dessa pessoa que se

ADI 5631 / DF

prepara para ingressar na vida pública. Dizer que não é absoluta a liberdade comercial nesses espaços significa apenas que não é o livre mercado de ideias que seleciona os melhores exemplos, mas os educadores.

A sanção prevista pelo legislador baiano é, portanto, consequência da legitimidade da imposição de restrição à liberdade de expressão comercial, fundada em recomendação da própria Organização Mundial da Saúde.

Por fim, não desconsidero a relevantíssima função desempenhada pelos órgãos de autorregulação da publicidade brasileira, como, de resto também assim reconheceu o Tribunal, quando do julgamento da ADO 22, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 03.08.2015. Ocorre, no entanto, 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 n. 6: os governos devem ser os atores chave no desenvolvimento de políticas públicas e devem ser líderes de uma plataforma comum, para a implementação, monitoramento e avaliação das políticas de restrição à publicidade.

Ante o exposto, reconhecendo ser constitucional a Lei do Estado da Bahia n. 13.582/2016, na redação dada pela Lei 14.045, de 2018, julgo improcedente a presente ação direta.

É como voto.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por meio da qual a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, na qualidade de entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, inciso IX, da Constituição Federal), impugnou a íntegra da Lei do Estado da Bahia nº 13.582, de 14 de setembro de 2016, atribuindo-lhe inconstitucionalidade e requerendo, consequentemente, o seu expurgo do ordenamento jurídico pátrio.

A Lei nº 13.582, de 14 de setembro de 2016, tem o seguinte teor (na sua redação original):

“LEI Nº 13.582, DE 14 DE SETEMBRO DE 2016

Regulamenta a publicidade infantil de alimentos no Estado da Bahia.

O PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA, no uso de atribuição prevista no art. 80, § 7º da Constituição do Estado da Bahia, combinando com o art. 41, XXII, da Resolução nº 1193/85 (Regimento Interno), faço saber que o Plenário da Assembleia aprovou e eu promulgo a seguinte Lei:

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.

ADI 5631 / DF

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 artigo 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.”

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 em declarar a inconstitucionalidade formal do texto impugnado, e assim me expressei.

Todavia, após oitiva das manifestações de meus pares, posteriores à minha primeira manifestação oral durante a sessão, verifiquei que a alteração legislativa produzida pela Lei do Estado da Bahia nº 14.045,

ADI 5631 / DF

de 27 de dezembro de 2018, restringiu substancialmente o alcance normativo da lei impugnada, a qual passou a ser aplicável tão somente no âmbito dos estabelecimentos de educação básica. Com efeito, o art. 1º da Lei estadual baiana nº 13.582/2016 passou a ter a seguinte redação:

“Art. 1º Fica proibida, no Estado da Bahia, a comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica.” (grifei)

Ponderou-se que a lei quer, na verdade, proibir propagandas de certos produtos **no recinto dos estabelecimentos de educação básica e em suas proximidades — não em amplo espectro social**. Naturalmente, tais propagandas são aquelas que se restringem a um espaço territorial bem delimitado (*outdoors*, sistemas de circuito interno de TV, prospectos em papel, etc.). Em tal contexto, seria uma lei de polícia administrativa educacional, não uma lei sobre propaganda que pudesse atingir, por exemplo, as empresas de radiodifusão de sons e de sons e imagens (essas, sim, apenas disciplináveis por leis da União).

Dentro dessa leitura, parece-me possível preservar a lei, porque efetivamente ela não atinge o âmago da propaganda comercial mais ampla, que é aquela feita pelos meios de comunicação de alcance difuso e inespecífico, tais como a TV, o rádio e a internet.

São respeitáveis os argumentos, sustentados pelos meus pares, no sentido de que a propaganda de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, **quando dirigidas 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 que não me parece possível — e isso quero deixar bem claro — é que lei estadual interfira no contexto da publicidade e da propaganda

ADI 5631 / DF

nos meios de radiodifusão de sons ou de sons e imagens, bem assim na internet, visto que, em tais casos, a competência da União é manifesta (CF, art. 22, XXIX), e, ademais, decorre da circunstância mesma de que não há como circunscrever o alcance dessas mídias a espaços territoriais delimitados.

Assim, considerando a alteração legislativa superveniente e as bem lançadas razões dos votos do Relator e dos que me sucederam, adiro ao posicionamento majoritário do Plenário desta Corte, para refluir do meu entendimento original — que era pela inconstitucionalidade formal da norma —, admitindo a validade do texto impugnado, desde que a sua eficácia fique **adstrita ao espaço físico do estabelecimento educacional estadual de ensino básico**.

É preciso deixar claro que a lei estadual, portanto, alcança especificamente **publicidades presenciais ou de restrito alcance territorial**, tais como os já referidos *outdoors*, circuitos internos de rádio e TV, panfletagens, cartazes, anúncios em megafones, prospectos e toda sorte de reclamos de reduzido alcance espacial.

Também quero deixar expresso que não se pode, com base em referida lei, impor às empresas que tomem qualquer medida para que seus sinais de rádio, de TV ou de internet não cheguem até as escolas. Eventuais medidas para deixar os prédios escolares livres de toda a publicidade advinda desses meios amplos de difusão devem ser tomadas pelo próprio Estado, com o uso de bloqueadores, se for o caso. Isso porque à União, e apenas a ela, cabe dispor sobre restrições aplicáveis à propaganda e à publicidade em meios de comunicação social.

Reconheço a elevada importância de assegurar às crianças a garantia aos direitos fundamentais à vida e à saúde, neles compreendida a proteção à integridade física e ao corpo, bem como a integridade psíquica, que correm o risco de serem violados na inserção de hábitos alimentares nocivos, como adverte a Organização Mundial da Saúde.

ADI 5631 / DF

A minha preocupação, quanto ao aspecto formal, é evitar posteriores conflitos federativos.

Ante o exposto, **cumprimento meus pares e a eles me somo para também julgar improcedente o pedido, declarando a constitucionalidade da Lei nº 13.582, de 14 de setembro de 2016, do Estado da Bahia, com as ressalvas feitas acima sobre o alcance dessa declaração.**

É como voto.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente. Cumprimento Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux; cumprimento também a Ministra Rosa Weber, Vice-Presidente; a Ministra Cármen Lúcia; os Ministros, o nosso Vice-Procurador-Geral da República, hoje já estivemos juntos, Doutor Humberto, no Tribunal Superior Eleitoral, é sempre um prazer revê-lo; o Advogado-Geral da União, Professor José Levi. Cumprimento também os Advogados que fizeram as sustentações orais e que sempre trazem inúmeras contribuições para que possamos analisar sob as várias óticas diferenciadas. Em especial, cumprimento o eminente Ministro Edson Fachin, Relator do caso, que, ao detalhar todas as possibilidades, facilita muito o nosso trabalho - pelo menos facilitou muito o meu trabalho.

Também, Presidente, farei um breve voto, sintético, colocando as questões que entendo mais importantes, até porque a discussão já é posta.

Quanto à legitimidade, também acredito permanecer, porque em que pese a redação original do art. 1º da lei da Bahia estabelecer expressamente a questão da publicidade, a alteração legislativa, ao falar "comunicação mercadológica", no art. 1º, explica, lá no finalzinho, no art. 4º, o que acha que é a comunicação mercadológica, que fala, claramente, em divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas, independentemente do suporte da mídia ou do meio utilizado. Então, obviamente, continua aberta a possibilidade de veiculação por meio de rádio e televisão. Assim, entendo, como o eminente Ministro-Relator, pela plena legitimidade.

Também, Presidente, gostaria aqui de colocar que a minha visão, a minha fundamentação é um pouco diversa da visão do eminente Relator, mas a minha conclusão é muito semelhante.

ADI 5631 / DF

Não teria dúvidas de dar um outro encaminhamento à presente ação direta de inconstitucionalidade, se a redação original tivesse permanecido. A redação original tinha uma finalidade muito específica: regulamentar a publicidade, tanto que o *caput* dizia: "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". Então, era algo específico em relação à publicidade.

E em que pesem - aqui uma observação, e concordo plenamente com todos os estudos de obesidade infantil -, o aumento da obesidade infantil é algo extremamente grave, porque ao mesmo tempo em que várias doenças derivadas da falta de nutrientes, de bons nutrientes afetam as crianças e adolescentes, a obesidade vem aumentando, um aparente paradoxo - ainda mostra que é uma comida extremamente pobre em nutrientes. Em que pese isto, 72% das causas de mortes vêm afetando as camadas mais pobres da população em virtude dessa alimentação, 75% dos gastos do SUS, havendo essa relação entre propaganda de alimentos e obesidade infantil. E, em que pese tudo isso, nós sempre temos que relativizar um pouco, seja em virtude da extrema dificuldade em se restringir uma propaganda - porque faz parte, como muito bem citado da tribuna, faz parte da liberdade de expressão -, seja também porque devemos ser realistas. Hoje 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 publicidades, propagandas vêm acompanhadas de mensagens educativas.

Quando o legislador baiano - e não importa qual a razão - altera a lei e diz: "Fica proibida, no Estado da Bahia, a comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica", parece-me que houve uma alteração no eixo legislativo, como muito bem salientado

ADI 5631 / DF

pelo eminente Ministro Edson Fachin. Ou seja, aqui, se direcionou uma regulamentação sobre um assunto, comunicação mercadológica, que tangencia, obviamente, a publicidade - eu não tenho nenhuma dúvida em relação a isso -, mas a regulamentação dirigida a um local, ao estabelecimento de educação básica, como existem leis proibindo outras práticas em estabelecimentos de educação básica. Ao mudar esse foco, me parece que mudamos também o foco interpretativo das competências constitucionais.

E por que digo isso? Porque, nesse sentido, a meu ver, respeitando todas as posições em contrário, não é correto afirmar taxativamente que não existe uma legislação federal que cuide do assunto. Existe uma legislação federal. Eu diria que existe mais do que uma legislação Federal que cuida desse assunto, cujo viés foi alterado legislativamente pela Assembleia Legislativa da Bahia.

O artigo 5º da Lei nº 13.257, o Marco Legal da Primeira Infância, trata do assunto. Diz ele que:

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

Aqui eu peço muita atenção - "de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica."

Então, há lei federal que diz constituir área prioritária para as políticas públicas, tentando evitar a exposição precoce à comunicação mercadológica, para preservar a saúde, a alimentação e a nutrição. Já há um comando legislativo federal muito enfático para que as políticas

ADI 5631 / DF

públicas dos três entes federativos se direcionem nesse aspecto. Aqui, é o que nós chamamos - todos nós -, academicamente, de uma lei nacional. É uma lei federal, mas que se aplica aos três entes federativos.

No Código de Defesa do Consumidor, da mesma forma, no seu art. 37, § 2º, prevê a proibição, por abusividade, de toda a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e da experiência da criança.

Dessa forma, se a legislação federal - seja o Código de Defesa do Consumidor, seja o Marco Legal da Primeira Infância - voltada à criança permite essa restrição à comunicação mercadológica, não só permite essa restrição, mas à precoce exposição à comunicação mercadológica, também visa a saúde, a alimentação e a nutrição da criança, exigindo, com prioridade, políticas públicas nesse sentido. Ora, então, a questão está tratada, do ponto de vista da legislação federal.

Nada impede que, nesse sentido, os estados possam, nos termos do art. 24, XV, exercer a sua competência concorrente para legislar sobre a proteção à infância e à juventude.

Em momento algum, com essa alteração legislativa, parece-me possível afirmar quebra ou desrespeito à constitucionalidade do art. 22, XXIX ou do art. 220, § 3º, que poderiam ser utilizados, ambos os artigos, em relação à redação original.

A nova redação tem proteção federal: a nova redação da questão mercadológica sobre o excesso, o abuso, tem proteção, como disse, do Marco Legal da Primeira Infância e do Código de Defesa do Consumidor.

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

ADI 5631 / DF

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.

Essa legislação, a meu ver, 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, à comunicação mercadológica. Mas isso quem exige é a Constituição. Isso quem exige é a legislação federal. Então, afasto a inconstitucionalidade com base no já citado art. 24, XV: competência concorrente, que veio a suplementar a legislação federal editada, o art. 5º da Lei nº 13.257/16 e o próprio § 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Na verdade, nem acho que teria alguma divergência em relação ao Ministro Edson Fachin, talvez uma complementação. Nem é uma complementação, porque Sua Excelência deixou isso claro, talvez seja uma complementação do dispositivo, porque, como ficou, o *caput* do art. 1º proíbe até qualquer comunicação mercadológica de proteínas, de vitaminas, ou seja, de alimentos saudáveis.

Encaminho o meu voto que, eu diria, em 99,9% conclui com Sua Excelência o Relator, mas me parece que aqui caberia uma interpretação conforme da proibição de comunicação mercadológica, dirigida a crianças, nos estabelecimentos de educação básica, em relação a alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, que é exatamente a proteção que a legislação federal também pretende. Pelo que entendi, exatamente esse foi o raciocínio, todo o novel do voto de Sua Excelência o eminente Ministro Edson Fachin.

Então, eu julgaria parcialmente procedente para conceder a interpretação conforme ao art. 1º da Lei, no sentido de que fica proibida a

ADI 5631 / DF

comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de de educação básica, mas em relação a alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio.

É o voto, Presidente.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Presidente, apenas peço uma breve intervenção para dizer que a conclusão do Ministro Alexandre de Moraes vai ao encontro da minha conclusão. Portanto, não temos dissonância nessa perspectiva. Se necessário, eu faria esse ajuste porque a fundamentação de Sua Excelência, com o brilho usual, acresce a fundamentação que trouxe em meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Eu pediria ao Ministro Alexandre de Moraes para remeter essa interpretação conforme o art. 1º e a parcial procedência que o Ministro Edson Fachin aderiria.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT

ADV.(A/S) : ALEXANDRE KRUEL JOBIM

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LICENCIAMENTO - ABRAL

ADV.(A/S) : MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO

AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S) : ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES

ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG

ADV.(A/S) : LIVIA CATTARUZZI GERASIMCZUK

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC

ADV.(A/S) : WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA

ADV.(A/S) : CHRISTIAN TÁRIK PRINTES

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANUNCIANTES - ABA

ADV.(A/S) : LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS

ADV.(A/S) : GABRIEL NOGUEIRA DIAS

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT PROMOÇÃO DA SAÚDE/ACT

ADV.(A/S) : ADRIANA PEREIRA DE CARVALHO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, cumprimento-os mais uma vez, agora na pessoa do Ministro Edson Fachin; Senhor Vice-Procurador-Geral. Cumprimento os Senhores Advogados que assomaram a tribuna, especialmente este grande Advogado brasileiro, Doutor Fernando Neves. Cumprimento todos e agradeço pelas achegas que trazem.

Neste caso, Senhor Presidente, também serei breve e farei juntada de voto. Inicialmente, eu diria que, como começou falando o Ministro Edson Fachin e agora o Ministro Alexandre de Moraes, fosse a primeira redação - a redação não, porque não se muda norma para fazer outra redação -, fosse a norma originária, eu não teria nenhuma dúvida em acolher a inconstitucionalidade que foi alegada pela autora.

[Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 1](#)

Neste caso, haveria sim uma questão relativa à liberdade de comunicação comercial de propaganda, que me parece inteiramente inconstitucional.

A alteração que foi promovida e que então estabelece que, no espaço de proibição, no Estado da Bahia, da comunicação dirigida às crianças, parece-me que, neste caso, a interpretação que busca agora o Ministro Alexandre de Moraes, com a aceitação do que disse o Ministro Edson Fachin, põe a seguinte situação de dificuldade: a ser assim, a norma não foi revogada, a norma não foi alterada, porque a norma originária trazia exatamente que:

“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.”

Parece-me que agora o que traz no voto o Ministro Alexandre, para não proibir toda e qualquer comunicação mercadológica nesse espaço, seria acolher aquilo que parte da norma, que foi revogada na alteração feita, teria deixado de acolher.

Então, nós estaríamos dando não interpretação conforme, porque a ser conforme, Ministro Alexandre de Moraes, teria de ser de acordo com as diretrizes da legislação nacional, do Código do Consumidor e, principalmente, da própria Constituição, que fixa aquilo que seja salutar, que seja da saúde, garantido para as crianças.

Neste sentido é que acho que o voto originário do Ministro Fachin, que não desce a essa minúcia, é aquele que eu acompanharia, ou seja, se é preciso que se tenha uma restrição àquilo que é comunicado mercadologicamente no espaço das escolas. O que foi tratado sem essa minudência na alteração legislativa baiana, teria que ser introduzido por uma outra norma ou por uma explicitação apenas nesse caso de afastamento, que foi o que a norma fez, de induzir crianças a excesso de consumo, especialmente em relação a alimentos.

Eu digo isso, Presidente, porque supero e acho que a interpretação dada pelo Ministro-Relator, que é também a direção que dou ao meu voto, é no sentido de que aqui se repete o que se tem, nos termos da Constituição, na legislação nacional e, portanto, não haveria inovação e não vislumbro inconstitucionalidade formal. Na norma originária, que não é mais a que nós estamos julgando, como disse, eu veria uma inconstitucionalidade flagrante, porque a Constituição propõe, como primeiro valor, as liberdades.

Essa proposta permanente de proibir, como se proibir fosse educar, e não é, educação é mais do que isso, educação é formar e é preciso que se deixe às famílias, à sociedade, à escola, até porque não adianta proibir no espaço e, lá fora, haver alguém que tem um carrinho vendendo coisas exatamente com esses elementos. Mas, nesse espaço, estando proibido tudo que seja comunicação mercadológica, aí sim, tenho um direcionamento sobre a educação nesse sentido que é próprio de cada escola e que está na Constituição para preservar as crianças.

Nesse sentido, eu me ponho de acordo em julgar improcedente o pedido formulado na ação porque aqui o que a minha geração cantou - a minha com um pouco de atraso -, que "além da porta, há o porteiro, sim", quer dizer que essa ideia de uma sociedade proibitiva deixa o tempo todo de educar no sentido do que é bom, do que é necessário, do que é saudável, e simplesmente se impõem proibições como se, com isso, nós estivéssemos dando a densificação necessária para a ideia de uma educação para essas crianças. Isso não me parece compatível com uma Constituição que propõe, como valor fundamental, a liberdade.

Educar é libertar, é fazer com que a pessoa possa, no crescimento pessoal, no crescimento humano, numa dimensão suprapessoal, fazer escolhas a partir de informações que são dadas pela escola. Não é proibindo, até porque, nesses casos, basta ter a oportunidade, que aquilo que é proibido é experimentado. Então, não acredito em nenhuma educação proibitiva, acredito na educação libertadora e acho que é isso que a Constituição propõe.

Estou acompanhando o Ministro Edson Fachin no sentido da

[Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 3](#)

improcedência, mas sem esse limite, Ministro Alexandre, que Vossa Excelência agora traz, até mesmo pelo que Vossa Excelência diz: o que se tem na Constituição e até no Código do Consumidor, por exemplo, para legitimarmos os estados a poderem atuar, é que não se formem cidadãos que tenham esse afã de ter sempre, de consumir, um valor humano e não valor exterior ao que é humano, até necessário, mas não valor humano. Se ficarmos no que é gordura saturada ou proibimos chocolate, proibimos gordura, proibimos acarajé, proibimos, nós vamos proibir até quando?

A humanização não é proibição, é libertação. Então, não gosto dessa cultura do “além da porta, há o porteiro, sim”. Já tem a porta da Constituição para dizer quais são os limites que é preciso dar no sentido da formação digna das pessoas.

Para as crianças, tenho para mim que é preciso, sim, valorizar e é dever do Estado estabelecer políticas públicas, o que foi muito enfatizado pelo Ministro Fachin, exatamente na diretriz constitucional dos atos internacionais, incluída aí a orientação da Organização Mundial da Saúde, mas, mais que saúde física, é preciso que a gente tenha essa saúde humana, que faz com que cada um seja responsável por si e pelo outro. Num ano como este, nós aprendemos que fez muita falta não ter essa educação numa dimensão humanitária.

Estou votando no sentido da improcedência do ponto de vista formal, porque tenho para mim que esses valores de educação humanística e mais plena se contêm na proibição de não se utilizar esse espaço, o que foi valorizado na autorização legislativa, para uma comunicação mercadológica, como se mercadorias, como se compras, como se vendas de homens e de almas fossem possíveis no momento em que a pessoa está se formando.

Mas não poderia acatar a proposta do Ministro Alexandre, porque, então, eu teria de voltar à norma anterior, cujo texto foi alterado, porque aí eu estaria restringindo a um dado e não me parece que fosse só isso. Acho que a alteração foi para preservar o espaço e o que se faz naquele espaço em termos de educação. Se tiver de vir mais alguma restrição nos termos exatamente da legislação, que venha, mas eu ficaria com a

[Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 4](#)

interpretação mais ampla que foi dada pelo Ministro Fachin e que é a orientação que eu tinha imprimido ao meu voto.

Eu mantenho, então, no sentido, sim, da improcedência, mas com esses fundamentos, com todas as vênias do Ministro Alexandre. Nós somos salva-vidas de normas, nós estamos tentando, o tempo todo aqui nesta semana, salvar a vida das normas com uma interpretação possível. Só que, neste caso, o que Vossa Excelência propõe é o que foi alterado e que fez com que eu não me encaminhasse pela procedência da ação.

Essa é a razão pela qual, com todas as vênias, voto no sentido da improcedência, Senhor Presidente, com esses fundamentos que apresento rapidissimamente, alinhavando e, mais uma vez, cumprimentando o eminente Ministro Edson Fachin pela grandeza do voto.

Muito obrigada pela palavra.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT

ADV.(A/S) : ALEXANDRE KRUEL JOBIM

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LICENCIAMENTO - ABRAL

ADV.(A/S) : MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO

AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S) : ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES

ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG

ADV.(A/S) : LIVIA CATTARUZZI GERASIMCZUK

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC

ADV.(A/S) : WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA

ADV.(A/S) : CHRISTIAN TÁRIK PRINTES

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANUNCIANTES - ABA

ADV.(A/S) : LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS

ADV.(A/S) : GABRIEL NOGUEIRA DIAS

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT PROMOÇÃO DA SAÚDE/ACT

ADV.(A/S) : ADRIANA PEREIRA DE CARVALHO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert contra a Lei baiana n. 13.582/2016, pela qual se proibiu *“a publicidade, dirigida a crianças, de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio”*.

Estas as normas impugnadas:

“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

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 1

(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 artigo 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.”

2. A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert alega a inconstitucionalidade formal da Lei n. 13.582/2016 da Bahia, ao argumento de que competiria privativamente à União legislar sobre publicidade comercial (inc. XXIX do art. 22 da Constituição da República).

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 2

Explica que *“a integralidade da norma versa sobre publicidade comercial, com a imposição de severas restrições ao conteúdo da propaganda, bem como ao horário de sua veiculação no rádio e na televisão, vedada entre às 6h (seis horas) e 21h (vinte e uma horas)”* (sic).

Assevera inadmissível o *“enquadramento da Lei ora impugnada no parágrafo único, do artigo 22 da Carta Constitucional”, pois “inexiste Lei Complementar Federal que autorize os estados membros a legislar sobre publicidade comercial”*.

Sustenta ofensa ao art. 220 da Constituição da República, *“que, em capítulo próprio, ao dar concretude ao próprio artigo 22, inciso XXIX, estabelece nos seus §§ 3º e 4º que as restrições legais à propaganda comercial devem ser impostas por lei federal”*.

Ressalta que *“a Lei ora impugnada proibiu a propaganda comercial de produtos não elencados nas hipóteses de restrições taxativas – únicas hipóteses – do art. 220, § 4º, quais sejam, o ‘tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias’”*.

Salienta que *“alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio’ elencados no art. 1º da norma impugnada não são, necessariamente, nocivos à saúde ou ao meio ambiente. São produtos lícitos, permitidos ao consumo e cuja proteção do Estado vem em aspectos regulatórios no que tange à segurança, produção, comercialização, rotulagem e eventuais advertências”*.

Argumenta que a Lei n. 13.582/2016 *“afronta, ainda, os direitos constitucionais fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação (artigos 5, IV, IX, e 220, caput, da CRFB), do direito à informação (artigo 5, XIV, da CRFB); da livre iniciativa (artigo 1, IV, e 170, caput da CRFB); da livre concorrência (artigo 170, IV, da CRFB); e da proporcionalidade (artigo 5, LIV, da CRFB)”*.

Pondera que, *“se as restrições à publicidade comercial são a exceção, e encontram-se taxativamente estabelecidas no próprio diploma constitucional, não há dúvidas de que a Lei impugnada, ao proibir a veiculação de publicidade na*

[Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 3](#)

televisão e no rádio no horário compreendido entre 6h e 21h, de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, afronta diretamente a liberdade de expressão comercial dos anunciantes e, por decorrência, dos meios de comunicação, nos termos dos arts. 5º, incisos IV, IX e 220, caput, da Constituição”.

Alerta que “a publicidade comercial também pode – e deve – ser vista como um direito da sociedade, grupo indeterminado e difuso de pessoas, de acesso (na acepção de conhecimento e escolha) a novos produtos e serviços”, pelo que “a lei estadual, assim, também viola o direito de informação, insculpido no art. 5º, inciso XIV da Carta”.

Ressalta que, “diante da interferência indevida do Estado da Bahia em matéria de publicidade comercial, as emissoras de rádio e televisão sofrerão sérios prejuízos financeiros, em evidente afronta ao princípio constitucional da livre iniciativa (art. 1º, IV e 170, caput)”.

Sustenta a contrariedade ao inc. IV do art. 170 da Constituição da República, pois “as restrições indevidas à publicidade comercial, especialmente como a que ora se apresenta, inclusive com limitação de faixa horária, traduzem-se, ao fim e ao cabo, em uma barreira de entrada a novos fabricantes e/ou prestadores de produtos e serviços”.

Pede seja julgada procedente “a Ação Direta para declarar inconstitucional a Lei n. 13.583, de 2016, do Estado da Bahia”.

3. O Ministro Edson Fachin, Relator, adotou o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 (e-doc. 10).

4. O Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido e explicou que, “no âmbito da legislação federal, diversas normas foram editadas para disciplinar a atividade de propaganda comercial e, em especial, a publicidade de alimentos e bebidas dirigida a crianças” (e-doc. 23).

Informou que a “Lei n. 11.265, de 03 de janeiro de 2006, ao dispor sobre a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, estabelece regras acerca do comércio e da publicidade de produtos e alimentos

infantis”.

Esclareceu que “a Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, atribui à Agência Nacional de Vigilância Sanitária competência para regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, tais como os alimentos e bebidas, inclusive no que diz respeito à propaganda e à publicidade relativas a tais produtos”.

Noticiou que “a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, foi regulamentada pela Resolução da Diretoria Colegiada n. 24, de 15 de junho de 2010, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária”.

5. A Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência da ação:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.582, DE 14 DE SETEMBRO DE 2016, DO ESTADO DA BAHIA. PUBLICIDADE DIRIGIDA A CRIANÇAS DE ALIMENTOS E BEBIDAS POBRES EM NUTRIENTES E COM ALTO TEOR DE AÇÚCAR, GORDURAS SATURADAS OU SÓDIO. VEDAÇÃO DA PROPAGANDA EM RÁDIO E TELEVISÃO. APLICAÇÃO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO. MATÉRIAS DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.

1. É inconstitucional, por usurpação de competência legislativa privativa da União, lei estadual que disponha sobre propaganda comercial dirigida ao público infantil com restrições aplicáveis às concessionárias de serviços de telecomunicação (CF, art. 22-XXIX c/c art. 220-§3.º-II-§4.º, e art. 21-XI e XII-a c/c art. 22-IV).

2. Não havendo lei complementar federal que delegue aos Estados-membros dispor sobre matéria cuja competência legislativa pertence privativamente à União (CF, art. 22-parágrafo único), não há espaço para a atuação legislativa estadual na disciplina de propaganda comercial e telecomunicações. - Parecer pela procedência do pedido” (e-doc. 61).

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 5

6. Associação Brasileira de Licenciamento – ABRAL, Instituto Alana, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, Associação Brasileira de Anunciantes – ABA e Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos – ACT Promoção da Saúde/ ACT foram admitidos como *amici curiae* (e-doc. 50).

Preliminar de Prejuízo da Ação
Alteração da Lei n. 13.582/2016 pela Lei n. 14.045/2018

7. Em dezembro de 2018 a Assembleia Legislativa da Bahia aprovou e promulgou a Lei estadual n. 14.045/2018, pelo que se alterou a Lei n. 13.582/2016:

Redação Original Lei n. 13.582/2016	Redação Lei n. 14.045/2018
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.	Art. 1º - Fica proibida, no Estado da Bahia, a comunicação mercadológica dirigida às crianças <u>nos estabelecimentos de educação básica.</u>
§ 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.	§1º - REVOGADO
§ 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.	§ 2º – NÃO HOUVE ALTERAÇÃO
	§3º - A pena de multa e a suspensão da veiculação da publicidade serão aplicadas pela administração, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa e contraditório; §3º INSERIDO
Art. 2º A publicidade durante o horário permitido deverá vir seguida de advertência pública sobre os males causados pela obesidade.	Art. 2º - REVOGADO
Art. 3º Em caso de descumprimento das	Art. 3º - NÃO HOUVE ALTERAÇÃO

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 6

restrições apresentadas nos artigos antecedentes, o infrator estará sujeito às penas de: I - multa; II - suspensão da veiculação da publicidade; III - imposição de contrapropaganda.	I - NÃO HOUVE ALTERAÇÃO II- NÃO HOUVE ALTERAÇÃO III – REVOGADO
§ 1º O Estado providenciará, na forma do regulamento, a graduação da pena de multa de acordo com a gravidade.	§ 1º - NÃO HOUVE ALTERAÇÃO
§ 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 artigo 1º.	§ 2º - REVOGADO
§ 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.	§ 3º NÃO HOUVE ALTERAÇÃO
§ 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.	§ 4º - NÃO HOUVE ALTERAÇÃO
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. 4º - <u>Por comunicação mercadológica entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.</u>

O TEXTO ORIGINAL DA LEI N. 13.582/2016 PROIBIU A PUBLICIDADE NA

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 7

TELEVISÃO E NO RÁDIO “*DIRIGIDA A CRIANÇAS, DE ALIMENTOS E BEBIDAS POBRES EM NUTRIENTES E COM ALTO TEOR DE AÇÚCAR, GORDURAS SATURADAS OU SÓDIO*”.

A LEI N. 14.045/2018 ALTEROU A LEI N. 13.582/2016 E PASSOU A PROIBIR A COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA DIRIGIDA ÀS CRIANÇAS NOS ESTABELECIMENTOS DE EDUCAÇÃO BÁSICA.

NÃO SE PROÍBE MAIS A PROPAGANDA, NA TELEVISÃO E NO RÁDIO, DE ALIMENTOS E BEBIDAS, MAS A PUBLICIDADE, QUALQUER QUE SEJA, NOS ESTABELECIMENTOS DE EDUCAÇÃO BÁSICA.

NO ART. 4º SE DEFINE A COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA COMO SENDO “*TODA E QUALQUER ATIVIDADE DE COMUNICAÇÃO COMERCIAL, INCLUSIVE PUBLICIDADE, PARA A DIVULGAÇÃO DE PRODUTOS, SERVIÇOS, MARCAS E EMPRESAS INDEPENDENTEMENTE DO SUPORTE, DA MÍDIA OU DO MEIO UTILIZADO*”.

FOI MANTIDA ASSIM A PROIBIÇÃO DE PROPAGANDA COMERCIAL, PELO QUE ENTENDO NÃO HAVER PREJUÍZO DA AÇÃO.

AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

8. A LEI IMPUGNADA, NA FÓRMULA NORMATIVA ATUAL, NÃO OFENDE A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE PROPAGANDA COMERCIAL INSCULPIDA NO INC. XXIX DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

É CERTO QUE A JURISPRUDÊNCIA DESTES SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU-SE NO SENTIDO DE SER INCONSTITUCIONAL LEI ESTADUAL QUE TRATE SOBRE PROPAGANDA COMERCIAL (ADI N. 2.815, RELATOR O MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, PLENÁRIO, DJ 7.11.2003, ADI N. 5.432/SC E ADI N. 5.424, RELATOR O MINISTRO DIAS TOFFOLI, PLENÁRIO, DJE 3.12.2018, E ADI N. 4.761/PR, RELATOR O MINISTRO ROBERTO BARROSO, PLENÁRIO, DJE 14.11.2016).

NA ESPÉCIE, NA LEI N. 13.58/2016, ALTERADA PELA LEI N. 14.045/2018,

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 8

DEIXOU-SE DE CUIDAR DE PROPAGANDA COMERCIAL EM SENTIDO AMPLO, OU SEJA, A PUBLICIDADE VOLTADA À TELEVISÃO E AO RÁDIO.

AO PROIBIR A COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA DIRIGIDA ÀS CRIANÇAS NOS ESTABELECIMENTOS DE EDUCAÇÃO BÁSICA DA BAHIA, A NORMA ALTERADA DO ART. 1º DA LEI N. 13.58/2016 SE VOLTA À DEFESA DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO E À PROTEÇÃO DA CRIANÇA.

A FINALIDADE DA LEI É IMPEDIR QUE SE FAÇA, NAS ESCOLAS, AMBIENTE QUE DEVE SER DE PROTEÇÃO À EDUCAÇÃO E À INFÂNCIA, PUBLICIDADE E DIVULGAÇÃO DE QUAISQUER PRODUTOS E MARCAS.

NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA SE ESTABELECE SER DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO E DOS ESTADOS LEGISLAR SOBRE SAÚDE, EDUCAÇÃO E PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À JUVENTUDE:

“ART. 24. COMPETE À UNIÃO, AOS ESTADOS E AO DISTRITO FEDERAL LEGISLAR CONCORRENTEMENTE SOBRE: (...)

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”.

INEXISTE, PORTANTO, A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL ALEGADA, POIS A NORMA IMPUGNADA LIMITA-SE AO AMBIENTE DE ENSINO LOCAL.

AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

9. A AUTORA SUSTENTA QUE A LEI QUESTIONADA “PROIBIU A PROPAGANDA COMERCIAL DE PRODUTOS NÃO ELENCADOS NAS HIPÓTESES DE RESTRIÇÕES TAXATIVAS – ÚNICAS HIPÓTESES – DO ART. 220, § 4º –, QUAIS SEJAM, O ‘TABACO, BEBIDAS ALCOÓLICAS, AGROTÓXICOS, MEDICAMENTOS E TERAPIAS’”.

NO § 4º DO ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DISPÕE-SE:

“ART. 220. A MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, A CRIAÇÃO, A EXPRESSÃO E A INFORMAÇÃO, SOB QUALQUER FORMA, PROCESSO OU

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 9

VEÍCULO NÃO SOFRERÃO QUALQUER RESTRIÇÃO, OBSERVADO O DISPOSTO NESTA CONSTITUIÇÃO. (...)

§ 4º - A PROPAGANDA COMERCIAL DE TABACO, BEBIDAS ALCOÓLICAS, AGROTÓXICOS, MEDICAMENTOS E TERAPIAS ESTARÁ SUJEITA A RESTRIÇÕES LEGAIS, NOS TERMOS DO INCISO II DO PARÁGRAFO ANTERIOR, E CONTERÁ, SEMPRE QUE NECESSÁRIO, ADVERTÊNCIA SOBRE OS MALEFÍCIOS DECORRENTES DE SEU USO”.

O § 4º DO ART. 220 NÃO TRAZ ROL TAXATIVO, POIS A PROPAGANDA COMERCIAL, COMO FORMA DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO, ESTÁ SUJEITA À OBSERVÂNCIA À TUTELA DA SAÚDE. NESSE SENTIDO DANIEL SARMENTO LECIONA:

“AS RESTRIÇÕES À PROPAGANDA DEVEM SE CONFORMAR AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, TANTO NA SUA DIMENSÃO MAIS TRADICIONAL, DE PROIBIÇÃO DE EXCESSO, COMO TAMBÉM NA SUA FACETA DE PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE. NA ANÁLISE DA PONDERAÇÃO SUBJACENTE À REGULAÇÃO DA MATÉRIA, DEVE-SE LEVAR EM CONTA QUE A PROPAGANDA COMERCIAL É ASPECTO PERIFÉRICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, NÃO SENDO PROTEGIDA TÃO INTENSAMENTE PELA NOSSA ORDEM CONSTITUCIONAL, E QUE, POR OUTRO LADO, A TUTELA DA SAÚDE E MEIO AMBIENTE OSTENTA POSIÇÃO DE DESTAQUE NO SISTEMA DE VALORES DA CONSTITUIÇÃO” (SARMENTO, DANIEL, CANOTILHO, J. J. GOMES. ET AL. IN SARLET, WOLFGANG INGO, (COORD.). *COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL*. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2. ED. 2018, P. 2.138-2.139).

A LEI N. 13.582/2016 NÃO AFRONTA, DIFERENTE DO ALEGADO PELA AUTORA, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO, O DIREITO À INFORMAÇÃO, A LIVRE INICIATIVA, A LIVRE CONCORRÊNCIA OU A PROPORCIONALIDADE, POIS A LIMITAÇÃO IMPOSTA NÃO É EXCESSIVA E ESTÁ LIMITADA AOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO.

EM MAIO DE 2010, DURANTE A 63ª ASSEMBLEIA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, FORAM DEFINIDAS ALGUMAS RECOMENDAÇÕES QUANTO À PUBLICIDADE DE ALIMENTOS E BEBIDAS VOLTADAS AO PÚBLICO INFANTIL E AS ESCOLAS FORAM CONSIDERADAS COMO AMBIENTE DE PROMOÇÃO À SAÚDE DAS CRIANÇAS:

[Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 10](#)

“Na resolução WHA63.14, a Assembleia Mundial da Saúde insta os Estados Membros a identificarem a abordagem política mais adequada, dadas as circunstâncias nacionais, e a desenvolver novas políticas ou fortalecer as existentes que visam reduzir o impacto sobre as crianças da comercialização de alimentos ricos em gorduras saturadas, gorduras trans, açúcares ou sal. Esta seção propõe etapas que podem facilitar o processo de desenvolvimento de políticas. Em primeiro lugar, é aconselhável que os Estados-Membros procurem consenso entre os governos sobre a necessidade de desenvolvimento de políticas. Além disso, uma análise da situação pode ser valiosa na avaliação das necessidades e prioridades para o desenvolvimento ou revisão de políticas. O cerne do desenvolvimento da política é selecionar a abrangência da abordagem da política e as definições dos termos e do escopo da política” (A Framework for Implementing the Set of Recommendations on the Marketing of Foods and Non-alcoholic Beverages to Children. Disponível em <https://www.who.int/dietphysicalactivity/MarketingFramework2012.pdf>).

“Marketing de alimentos e bebidas não alcoólicas para crianças em escolas e estabelecimentos pré-escolares era uma preocupação expressa por alguns Estados-Membros. A situação especial de escolas como um ambiente onde as crianças são um público cativo e o papel de promoção da saúde que as escolas deveriam ter eram identificados como fatores que também precisam ser abordados nas recomendações” (Set of Recommendations on the Marketing of Foods and Non-alcoholic Beverages to Children. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44416/9789241500210_eng.pdf?sequence=1).

É dever do Estado estabelecer políticas públicas voltadas à saúde e à educação infantil, exatamente na diretriz dos atos internacionais, incluída a orientação da Organização Mundial da Saúde.

Pelo exposto, voto **pela improcedência do pedido.**

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF. p. 11

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, boa tarde. Cumprimento Vossa Excelência e, como faço sempre, em seu nome, cumprimento todos os presentes respeitosa e afetuosamente.

Senhor Presidente, a Lei baiana é benfazeja, é extremamente bem-intencionada, no entanto, como já foi dito por alguém que me antecedeu, não resolve o problema. O problema é muito mais profundo, porque hoje as crianças vão com os celulares para a escola, e essa propaganda mercadológica acompanha a criança onde ela estiver, dentro da escola, fora da escola. E o controle dessa propaganda, sobretudo a nociva à saúde, é muito difícil de ser de ser feito nos dias atuais.

Não obstante essa observação que faço, Senhor Presidente, desde logo, quero dizer que acompanho integralmente o substancioso voto do eminente Ministro-Relator.

Eu teria uma objeção inicial no sentido de acolher a preliminar, porque entendo que, após o ajuizamento, a Lei Estadual 14.045 alterou substancialmente a Lei 13.582, de 2016, que foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

Vencido nesse ponto do não conhecimento, entendo, como o Ministro Fachin e todos eles que agora o acompanharam, com a devida vênua da divergência aberta pelo Ministro Nunes Marques, que é dever do Estado, segundo consta do art. 227 da nossa Constituição e deflui de todos os tratados internacionais que o Brasil subscreveu, assegurar, à criança, ao adolescente, ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer etc. Portanto, é um dever do Estado - Estado aqui compreendido genericamente. Nós somos um Estado Federal, e é uma competência concorrente, quer dizer, essa competência é atribuída não apenas à União, mas aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

ADI 5631 / DF

Dito de forma muito genérica, quero dizer que acompanho o eminente Ministro Fachin. Entendo que a solução apresentada pelo Ministro Alexandre de Moraes é engenhosa, está, digamos assim, abarcada pela solução dada pelo Ministro Fachin, mas vejo a mesma dificuldade agora apresentada pela Ministra Cármen Lúcia de verificar, em cada caso concreto, qual é o alimento que deve ser banido da propaganda. E penso que a solução mais abrangente apresentada pelo Ministro Edson Fachin é de mais fácil execução.

Compreendo que a solução apresentada pelo Ministro Alexandre de Moraes talvez seja tecnicamente mais adequada, mais sofisticada, mas, do ponto de vista da execução - e nós juízes temos que estar preocupados com a execução das nossas decisões -, mas penso que, com a devida vênia, o voto do Ministro Fachin é o que deve ser adotado, pelo menos, é o que faço neste momento.

Portanto, com o Relator integralmente pela improcedência.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Boa tarde, Presidente, boa tarde, Ministra Cármen, boa tarde, Ministra Rosa. Cumprimento o eminente Relator, Ministro Fachin, que trouxe um belíssimo e bem fundamentado voto.

Presidente, tal como já foi pontuado aqui, fiquei impressionado com a formulação da norma em sua nova redação, quando diz que:

"Art. 1º - Fica proibida, no Estado da Bahia, a comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica."

E depois:

"§ 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."

Parece-me que essa norma traz dificuldade, inclusive, de aplicação. Quais seriam os meios e modos em que esse tema seria versado na Bahia? É claro que, quando a Abert trouxe esse tema para nós, estava preocupada com o impacto que isso poderia ter em âmbito nacional, a partir de propagandas que se fazem em termos nacionais. Mas isso acabou por ser superado com a alteração da norma - e isso já foi amplamente reconhecido.

Observo que a legislação originariamente impugnada foi objeto de alterações promovidas pela Lei nº 14.045. Antes, tínhamos que:

"Art. 1º - Fica proibida, no Estado da Bahia, a comunicação

ADI 5631 / DF

mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica."

Não obstante as modificações legislativas promovidas, verifico que a questão constitucional que deu azo a esta ação permanece, qual seja, saber se legislação estadual que dispõe sobre propaganda comercial usurpa competência privativa da União para legislar sobre o tema.

Também acho que não há dúvida de que o art. 22, XXIX, da Constituição, é claro ao dispor que:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....
XXIX - propaganda comercial."

Todavia, no presente caso, como já observado pelos vários Ministros que me antecederam, a modificação da norma impugnada parece ter transmudado em essencial o seu próprio eixo temático. Isso já foi alvo dos comentários do Ministro Fachin, e, depois, também, do Ministro Alexandre de Moraes.

Não posso deixar de reconhecer, porém, que, mesmo com a edição da Lei estadual nº 14.045, diversas más compreensões podem advir da interpretação do texto. Observa-se, por exemplo, que a redação atual do art. 1º dispõe que: "*Art. 1º - Fica proibida, no Estado da Bahia, a comunicação mercadológica dirigida às crianças nos estabelecimentos de educação básica.*"

Desta redação, ainda bastante ampla, dever-se-ia perquirir sobre quais meios de comunicação recairia a norma proibitiva. A Ministra Cármen acaba de falar, por exemplo, na possibilidade, hoje, de se chegarem comunicações por meio do celular.

Se observarmos o art. 4º da Lei, fica evidente o intuito extremamente amplo do legislador de proibir a comunicação mercadológica por toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive, publicidade para divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas, independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado. Nesse ponto, questiono-me: como seria possível, afinal, verificar o cumprimento

ADI 5631 / DF

da lei no caso de veiculações publicitárias em veículos de radiodifusão? Certamente, pelo menos, dá-se a impressão de que a lei seria totalmente inócua neste ponto.

No *caput* do art. 1º, exterioriza-se, antes de tudo, uma clara deficiência de legística na elaboração da norma impugnada. O conhecimento da sistemática de produção de atos normativos, a propósito, é matéria da mais alta relevância, que, infelizmente, ainda carece de aprofundamento na doutrina brasileira. No direito comparado, faço referência aos trabalhos do Professor Carlos Blanco de Moraes, que se dedicou intensamente a essa matéria, com a publicação da clássica obra *Manual de Legística - Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor*.

Aqui, há de se ressaltar a extrema responsabilidade atribuída ao chefe do Poder Executivo quando se admite, a este agente, o exercício da função normativa, ainda que de forma atípica.

A esse respeito, considero oportuno ressaltar a advertência feita por Victor Nunes Leal acerca da gravidade da atividade legiferante no que se aplica ao exercício do poder regulamentar.

Como pondera este grande autor, nosso ex-Colega, tal é o poder da lei que sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei, dizia Victor, é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprecisão e da imperícia não serão tão espetaculares e, quase sempre, só de modo indireto, atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.

Tão delicada é a tarefa normatizadora, que o ilustre Professor alemão Hermann Jahreiss adverte que criar normas configura uma das mais difíceis experiências com o destino humano.

Não obstante essa advertência, lembro-me de um Professor meu, Degenhardt, que ressaltava, com base na jurisprudência da Corte Constitucional, que leis feitas de maneira obscura, poderiam, em determinados casos, ser declaradas inconstitucionais, porque violavam o princípio do Estado de Direito na versão da segurança jurídica da clareza da norma. Limitação a direitos tem que ser clara.

Não obstante essa advertência, acompanho o Relator em sua

ADI 5631 / DF

conclusão pela improcedência da demanda, por entender que, hoje, o que resta de sua eficácia normativa é tão somente a proibição de propagandas de publicidade impressa como cartazes, *banners*, etc., que veiculam comercialização de produtos infantis dentro dos estabelecimentos de educação básica.

Por isso, também, devo dizer que não seria refratário a uma interpretação conforme na linha proposta pelo Ministro Alexandre, mas, a mim me parece que, com essa alteração, houve, de alguma forma, a alteração do escopo que inicialmente não era claro no texto originário. Estou partindo desta premissa.

Compreendido dessa maneira o alcance normativo, estar-se-ia, como observado pelo Relator, diante de norma que se propõe a concretizar as diretrizes da Organização Mundial de Saúde, o que aproximaria a questão à competência para adotar medidas de proteção à saúde, como muito bem delineou Sua Excelência, ao equiparar e fazer um belo estudo comparado da situação descrita com o que vimos enfrentando no âmbito do que temos chamado de jurisprudência da crise de saúde.

Ante todo o exposto, também estou votando pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, mas tentando frisar, Presidente - e isso o Relator nos poderá brindar, sobretudo, na ementa -, que os fundamentos determinantes dessa decisão devem ficar muito claros, para que depois não tenhamos perturbação e efeitos expansivos em outras unidades da federação.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, cumprimentando Vossa Excelência, as Senhoras Ministras, os Senhores Ministros, o Senhor Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques – sempre querido amigo, desde a época do Eleitoral –, Senhoras e Senhores Advogados e Advogadas, Servidores e todos que nos acompanham.

Rapidamente, como sói acontecer quando não sou Relator, adiro a uma das posições. Todas estão muito bem fundamentadas, mas temos de ter uma decisão.

Coloco-me no sentido do voto do Relator, também achando, conforme sigam os debates, que uma interpretação conforme, tal como sugerido pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, possa ser uma solução.

A princípio, acompanho o voto do Ministro Relator, Luiz **Edson Fachin**.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, voto por penúltimo. Fiz, em passado recente, proposta de emenda regimental para, na metodologia da tomada de votos, adotar-se o que ocorre nos tribunais em geral do País: sempre votar, a seguir ao Relator, o que lhe segue na ordem de antiguidade. Mas não consegui sensibilizar os Colegas quanto a essa metodologia, a qual, como disse, é adotada em todos os tribunais do País: vota a seguir, depois do Relator, aquele que lhe segue em antiguidade. No Supremo, vai-se até o término da bancada e se volta à cabeceira. Não posso, porém, pelo fato de votar por penúltimo, já estando a matéria esgotada, deixar de revelar meu convencimento, no tocante à preliminar ou à matéria de fundo.

O que houve na espécie? A ação foi ajuizada – vou ferir, então, a legitimidade, que não é universal – pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert. Inicialmente, a Lei nº 13.582/2016 do Estado da Bahia disciplinava tema ligado aos representados, ou seja, versava a publicidade comercial – gênero. Posteriormente, a Lei nº 13.582/2016 veio a ser substancialmente – é a óptica que exteriorizo – modificada pela de nº 14.045/2020. Antes, vou repetir, disciplinava-se o gênero publicidade comercial. Posteriormente, revogando-se a previsão, passou-se a disciplinar comunicação mercadológica voltada a crianças no âmbito estadual, nos estabelecimentos de educação básica, o que pode ou não ser veiculado em sala de aula.

Evidentemente, se assim o é, a Abert, que não tem legitimação universal, ao contrário da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e dos partidos políticos, deixou de ser parte legítima. Era para a lei primitiva, objeto da inicial, reconheço, mas ocorreu modificação substancial, e o controle concentrado de constitucionalidade pressupõe lei abstrata, autônoma, em plena vigência. Já não se tem em vigor a lei atacada, mediante a inicial, ou seja, a de nº 13.582/2009, que disciplinou, realmente, no passado, publicidade comercial, cuja regência normativa, todos sabemos, é exclusiva da União.

ADI 5631 / DF

O Estado, por melhor que fosse a intenção – já que, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso –, não podia realmente legislar, mas já não se tem mais a lei em vigor. Vou repetir à exaustão: foi alterada, e o foi substancialmente pela Lei nº 14.045/2020, que, em vez de repetir a disciplina da publicidade comercial, revogou o dispositivo anterior da lei anterior e veio a versar educação, o que pode ou não ser veiculado em sala de aula, que evidentemente não é palco de publicidade comercial, como previsto no preceito que revela a competência exclusiva da União.

Em um primeiro passo, tenho que está prejudicada a ação. Creio que não houve sequer aditamento, e não poderia haver, porquanto a Abert não teria legitimidade para fazê-lo, para redirecionar a ação contra a lei superveniente. Assim, ficou prejudicada a ação.

Vou adiante, porque, conforme disse, estou votando por penúltimo, quando, se adotássemos a metodologia dos tribunais em geral do País, votaria em terceiro lugar.

Vou à matéria.

Digo que, no caso, admitindo que se está atacando, portanto, na visão da maioria, a lei primitiva – para mim, superada pela nova –, tem-se realmente publicidade, publicidade comercial.

A situação hoje é invertida. Ontem nos defrontamos com situação, como disse, de caçaçã, com "ç", em que o Procurador-Geral da República, oralmente, na sessão de julgamento, cassou pronunciamento escrito de uma igual a ele – porque o Procurador-Geral da República, creio, é, também, subprocurador. Como Procurador-Geral da República atua em termos de coordenação como Vossa Excelência é coordenador nas deliberações plenárias. Cassou o parecer escrito da Subprocuradora-Geral Cláudia Sampaio Marques.

Hoje, vejo dois ex-alunos da Universidade de Brasília digladiando: o Humberto Jacques e a, então, à época do parecer escrito, Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira – vou citar o nome como a conheci, porque ainda não estava casada com o americano Dodge. Faço essa observação.

Faço outra observação, Presidente: o que justifica a participação da

ADI 5631 / DF

Advocacia-Geral da União em processo a envolver a harmonia, ou não, de lei estadual com a Constituição Federal? Di-lo – não estou imitando Jânio Quadros –: o § 3º do artigo 103 da Constituição Federal. O Advogado-Geral da União não é, nesses casos, simples parecerista, ao contrário do Ministério Público, como fiscal da lei. Pelo ditame constitucional – artigo 103, § 3º –, há de atuar, goste ou não – às vezes não gostamos de certa coisa e somos obrigados a tratá-la, ele só pode atuar como curador. Jamais vi curador atacar curatelado, mas, no caso concreto, está atacando. O Direito é orgânico e dinâmico. Nessa organização, nessa dinâmica, está a segurança jurídica.

Mais uma observação: vício formal, a partir da premissa de que a lei em jogo, a pretérita, já revogada, disciplinou publicidade comercial. Há legitimação concorrente nesse campo? Não! A todos os títulos, em bom vernáculo, em bom português, está no artigo 22, mais precisamente no inciso XXIX, que a competência é exclusiva. Por melhor que seja o objetivo da unidade da Federação, da Assembleia Legislativa, a competência é exclusiva da União.

Aqui – e não há dispositivos na Constituição Federal antagônicos –, tem-se não a proteção da infância e do adolescente, porque, aí, é concorrente. O que se tem na lei examinada pelo Colegiado, na dicção da maioria – que não é a minha, porque penso que a lei já foi substituída, não está mais em vigor –, é publicidade comercial. O teor da lei superveniente, protege a infância e a adolescência.

Se assento que há a competência legiferante da União, exclusiva da União, surge o vício formal, no que a Assembleia, desconhecendo a Lei Maior, por isso ou por aquilo, potencializando o fim em detrimento do meio, veio a invadir seara reservada constitucionalmente, no artigo 22 da Constituição Federal, à União.

Vou adiante, já que devo estar atento a um princípio muito caro aos senhores advogados, o princípio da eventualidade, de a maioria não perceber, como percebo, diversidades de matérias. Vou adiante e examino o vício material. Existe o vício material. Por que existe o vício material? Porque, a teor do disposto no § 4º do artigo 220 da Constituição Federal,

ADI 5631 / DF

que remete à lei, apenas pode haver restrição, a publicidade, nas matérias nele contidas. Não vou ler o preceito, por ser do conhecimento de todos. Se se extravasou o preceito exaustivo quanto à limitação – porque a regra é a liberdade –, evidentemente tem-se vício material.

Então, Presidente, em um primeiro passo, concludo, no campo da condição da ação, ilegitimidade da requerente, não a tendo como universal, ao contrário da OAB, ao contrário dos partidos políticos, para dar exemplos. É parte ilegítima para atacar o que aponte, que não é o apontado pelos Colegas, já que cuida da defesa dos representados, e os interesses dos representados estão situados no campo da publicidade mediante rádio, televisão ou qualquer veículo de comunicação. Como parto da premissa de ser o controle exercido não quanto a uma lei revogada, mas quanto à lei em jogo, assento que, estando em jogo, estando envolvida a proteção da criança e do adolescente, a Abert não é parte legítima.

Em segundo lugar, partindo da premissa estabelecida pela sempre douta maioria – no Colegiado, vence a maioria, não a minoria –, o vício formal existe. A Assembleia disciplinou matéria de competência exclusiva da União – publicidade comercial.

Por último, sob o ângulo do vício material, o fez, olvidando que o § 4º do artigo 220 não é simplesmente exemplificativo, quanto às matérias em que pode haver restrição à publicidade. É exaustivo.

Por isso, vencido na preliminar de legitimidade para a ação, acompanho o Relator na matéria de fundo propriamente dita, que é o tema material, julgando improcedente o pedido, vencido nas duas outras questões.

É como voto.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhor Presidente, apenas para sinalizar que, ouvindo as sempre ilustradas intervenções dos eminentes Colegas e, agora, a sempre elucidativa intervenção e o voto do nosso Decano, Ministro Marco Aurélio, incorporo todas as reflexões feitas, especialmente pela Ministra Cármen Lúcia e pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Nada obstante, ainda que tenhamos tentado avançar em um caminho de compreensão e tendo em vista essa mutação, essa transformação legislativa, fico nesta conclusão da matéria de fundo, que agora tenho a honra de ser acompanhado não nas preliminares, mas, sim, na matéria de fundo, pelo eminente Ministro Marco Aurélio.

Reitero meu voto pela improcedência.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

REAJUSTE DE VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite uma breve consideração? Sinto-me confortável pela premissa da maioria. A indagação que faço é para que não haja eventual embargo ou descumprimento da decisão desta Corte. Não tive essa visão minimalista que a maioria adotou em relação à premissa, de que a lei estaria regulando uma comunicação mercadológica dentro do estabelecimento educacional.

Vamos sair um pouquinho do mundo fenomênico e vamos para o mundo real. Como isso funciona na prática? É em um circuito de TV? Na prática, não consegui vislumbrar. O que a lei tentou, provavelmente, com a mudança da expressão “*propaganda*” para “*comunicação mercadológica*”, que envolve rádio, TV, internet, *outdoor*, foi vedar propaganda destinada a crianças, com o pretexto de que elas, dentro dos estabelecimentos de ensino básico, não poderiam ter acesso.

A pergunta que fica para o Supremo, para a vida real, é a seguinte: dentro do Estado da Bahia, como serão veiculadas, na TV, no rádio e na internet, as propagandas de sorvete, de doces, de bombons? Se for realmente, literalmente, dentro dos ambientes educacionais, eu até refluo do meu entendimento, acompanho e fico muito feliz com isso, mas a intenção do legislador, talvez, não tenha sido esta.

A história-linha da norma iniciou com a propaganda geral no Estado da Bahia e ela apenas alterou a nomenclatura de “*propaganda*” para “*comunicação mercadológica*” – trocou seis por meia dúzia. O que é

ADI 5631 / DF

comunicação mercadológica? A própria lei define no art. 4º, salvo engano, mas a definição também é legal e envolve rádio, TV, internet, *outdoor*, não só fôlder ou cartazes distribuídos dentro das escolas.

Só para que fique bem claro o alcance da decisão que estamos proferindo hoje. Se, de fato, essa for a visão da maioria, eu, com a maior satisfação, adiro, mas minha preocupação, confesso, é que, talvez, não fosse essa a intenção do legislador.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE)- Vossa Excelência reajusta o voto, Ministro Kassio, partindo da premissa de que Vossa Excelência entendeu que a douta maioria se adstringiu à comunicação no espaço físico da escola?

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Isso, no espaço físico.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Sendo assim, Vossa Excelência reajusta e acompanha o Relator?

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: O meu dissenso é localizado na vedação para as propagandas de rádio, TV e internet, sob o pretexto de que elas não atinjam alunos dentro das escolas, ou seja, é um universo muito pequeno, regulando o específico para o geral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Pois, não. O Ministro Edson Fachin havia pedido a palavra.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Apenas brevemente, Presidente, enquanto tentamos ouvir a Ministra Rosa, já que Vossa Excelência gentilmente está fazendo todo esse esforço cibernético.

Só para realçar que, na linha agora da intervenção do Ministro Nunes Marques, a legislação de 2018 fez essa conformação que foi explicitada por todos, creio, de modo especial pela Ministra Cármen

ADI 5631 / DF

Lúcia. É desse universo, tanto que mencionei no voto, que a restrição se dirige, obviamente, a um espaço e a um público relativamente diminuto, na dicção da lei de 2018. Creio que o reajuste do voto do eminente Ministro Nunes Marques vem ao encontro do que se explicitou no curso dos debates.

Muito obrigado, Presidente!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro Fachin e Ministro Nunes Marques!

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Rapidamente, destacaria que, por um lado, o art. 227 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado, com absoluta prioridade, cuidar da alimentação das crianças, de sorte que ele próprio fala sobre a saúde - alimentação é igual à saúde da criança. Por outro lado, há também um reflexo em relação à área do consumo.

Esses dois fatores revelam efetivamente que não há inconstitucionalidade formal, em minha maneira de ver, e as razões firmadas em documentos transnacionais e na própria Constituição Federal revelam que materialmente essa lei não é nem formal nem materialmente inconstitucional.

Trouxe um voto longo também e vou fazer a juntada para acompanhar o Relator.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Depois desses debates, anotando aqui, verifico que a maioria acompanha o Relator na improcedência do pedido. O Ministro Marco Aurélio julgou extinta a ação em relação à Abert e, no mérito, acompanhou o Relator, para julgar improcedente o pedido. Está certo esse resultado, Ministro?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A única diferença, Presidente, é que acolho a articulação de vício formal. A partir do momento em que a maioria fixa que a proteção à infância e à adolescência está em jogo, desaparece o vício formal. Apenas para ficar nas notas a serem degravadas, não é para objeto de proclamação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, também para que fique nas notas, propus a interpretação conforme, porém minha conclusão é absolutamente idêntica à do Ministro Fachin e à da Ministra Cármen. Vai constar, como *obiter dictum* e fundamentação, no meu voto, mas adiro completamente à improcedência da ação.

25/03/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: - A requerente se insurge contra a Lei do Estado da Bahia nº 13.582/2016, de 14 de setembro de 2016, que, em sua redação original, vedava a publicidade direcionada às crianças de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, restringia o horário permitido de veiculação de peça publicitária pela televisão ou rádio e definia as punições para descumprimento.

Ocorre que a norma foi alterada pela Lei Estadual nº 14.045, de 27 de dezembro de 2018, cuja ementa explicita o escopo reduzido - “*altera a Lei nº 13.582/2016, para dispor sobre a publicidade infantil nos estabelecimentos de educação básica no Estado da Bahia*”.

Ab initio, supero a preliminar de **perda do objeto** desta ação em razão da edição da Lei Estadual nº 14.045, de 27 de dezembro de 2018. A requerente se manifestou nos autos sobre a alteração legislativa, reiterando seu interesse no julgamento da ação e nos fundamentos apresentados (Doc.100), em que pese não tenha havido pedido expresso de aditamento e as alterações sejam substanciais.

Da mesma forma, deixo de reconhecer a **perda superveniente da legitimidade ativa**, supostamente diante da ausência de pertinência temática entre a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) e o objeto da ação, que não mais se refere a rádio e televisão. O termo genérico “comunicação mercadológica” potencialmente abranger a comunicação realizada via rádio e televisão, caso eventualmente

ADI 5631 / DF

presentes nas instituições de ensino básico.

Some-se que, por se tratar de processo objetivo, a aferição de perda de interesse processual no controle abstrato de constitucionalidade não pode ser mais rigorosa que a de processos subjetivos, em que as condições da ação são verificadas em *status assertionis*; e que a alteração da norma poderia ser utilizada pontual e estrategicamente pelo legislador para provocar a prejudicialidade da ação. Indico, nesse sentido, embora restrito a superveniente falta de representatividade parlamentar do legitimado ativo para ação direta de inconstitucionalidade, os precedente: ADI 2618 AgR-AgR, Relator Min. Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2004, DJ 31-03-2006.

Prossigo, portanto, à análise do caso.

A Constituição atribui ao legislador estadual o dever de regulamentar os direitos referentes à **proteção da infância e o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente**, assim como estabelece que educação constitui direito de todos e dever do Estado, de modo que cabe aos Estado proporcionar os meios de acesso à educação, além de legislar de maneira a complementar a norma federal.

A Corte já reconheceu a competência legislativa de entes subnacionais, quando a publicidade e a propaganda se referem a matérias de interesse local ou de competência concorrente, superando a alegação usurpação de competência legislativa da União sobre propaganda comercial (art. 22, XXIX, CRFB). Precedentes: AI 799690 AgR, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 03-02-2014; AI 732.901/SP, proferida em 05/08/2013, DJE 155, divulgado em 08/08/2013.

In casu, a lei estadual 13.582/2016, na redação vigente, passou a se dirigir não mais a emissoras de rádio e televisão, mas aos **estabelecimentos de ensino da rede básica de educação**, públicos ou

ADI 5631 / DF

privados, revelando uma redução da incidência da norma que mitiga a alegação de afronta aos princípios da comunicação social (art. 220, caput, §§ 3º e 4º); à liberdade de expressão (arts. 5º, IV, IX, e 220, caput, CRFB); e ao direito à informação (art. 5º, XIV, CRFB).

Afasto, assim, a alegação de inconstitucionalidade formal da lei estadual 13.582/2016, na nova redação, por tratar especificamente da publicidade infantil *nos estabelecimentos de educação básica*, concretizando a proteção a outros dispositivos constitucionais, como as normas referentes à educação (artigos 6º, 24, IX, e 205), produção e consumo (art. 24, V) e, principalmente, a proteção à infância e à juventude (art. 24, XV).

A Justificativa do Projeto de Lei 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 13.582/2017 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 e preciso capaz de garantir à criança uma vivência em estabelecimentos escolares livres de interesses comerciais”*.

Tampouco merecem prosperar as alegações de inconstitucionalidade material por violação a razoabilidade ou proporcionalidade.

A Constituição, em seu artigo 220, revela premissas essenciais para a compreensão das garantias e dos deveres de regulação estatal: (i) não deve haver lei que vise embaraçar a liberdade de informação; (ii) está vedada a censura; (iii) há matérias de publicidade comercial que podem ser restringidas, dentre as quais o tabaco, as bebidas alcoólicas, os agrotóxicos, os medicamentos e as terapias; (iv) a lei federal pode regular propaganda de produtos nocivos à saúde e ao meio ambiente.

A **publicidade infantil**, em especial, encontra-se fortemente

ADI 5631 / DF

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 do CONANDA**, que “*considera-se 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*”.

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 adultos (AIDMAN, Amy. Advertising in the schools. *Emergency Librarian* Vol. 23, Issue 5. Kurdyla Publishing LLC. May-June 1996).

A atratividade do **público adolescente**, em particular, decorre de sua vulnerabilidade emocional, porquanto grandes marcas fornecem uma âncora em um mundo incerto e de uma variedade de produtos; sua maior mobilidade, ainda que virtual; e sua identificação com ícones globais, como novas tecnologias, novos entretenimentos e conceitos cosmopolitas de humanismo e esperança. Como resume Joel Spring em estudo específico, “*o respeito pelos ícones da marca é uma forma de consumismo que une os jovens*” (SPRING, Joel. *Educating the Consumer-Citizen: A History of the Marriage of Schools, Advertising, and Media*. L. E. A. P. 2003. p. 188).

Vê-se, assim, que a Lei nº 13.582/2016, por mais que imponha restrições contra a comunicação mercadológica, não ultrapassa os limites

ADI 5631 / DF

ponderáveis para regular a matéria, mercê de a norma se centrar na proteção e no desenvolvimento crítico da educação infantil e de o ambiente escolar não pode ser *locus* propício para comunicação mercadológica, diante da imaturidade psicológica, emocional e intelectual.

A imposição de balizas à publicidade infantil, como qualquer restrição regulatória, limita em alguma medida a **livre iniciativa e a livre concorrência** (art. 170, caput, IV, CRFB), 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.

A excessiva ingerência do Estado na tutela do consumidor pode, a depender das limitações impostas sobre a regulamentação, implicar a substituição da lei à liberdade do indivíduo, como aponta a doutrina especializada: *“eventuais restrições ao exercício da publicidade devem ser razoáveis e proporcionais, sob pena de caminhar para uma nociva ingerência do Estado no desenvolvimento livre da sociedade, tanto no seu aspecto econômico quanto intelectual”* (DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhaes. *Publicidade e Direito*, 2ª ed., RT: 2013, p. 38).

A **regulação expropriatória**, no entanto, somente se configura quando presentes importantes balizas. Nesse sentido, Gustavo Binenbojm sintetiza, em artigo específico sobre o tema, três parâmetros para se identificar uma regulação expropriatória e inconstitucional:

“Em resumo do que se expôs, a regulação será expropriatória e inconstitucional, diante do exame do caso concreto: diante do exame do caso concreto: (i) quando vier acompanhada de esbulho possessório; (ii) quando for desproporcional, porquanto desnecessária elou tiver custos maiores que seus benefícios; e (iii) quando for excessiva por configurar esvaziamento econômico ou retirar o conteúdo prático do

ADI 5631 / DF

direito que passa a ser usado para o atendimento de finalidades públicas, sem qualquer compensação para o proprietário” (BINENBOJM, Gustavo. "Regulações expropriatórias." Revista Justiça e Cidadania n. 117. 2010).

A lei estadual 13.582/2016, na redação vigente, ao vedar as atividades lesivas para as crianças em um ambiente no qual não cabe publicidade, não discrimina esses princípios constitucionais, não restringe a entrada no mercado, o empreendedorismo, nem o desempenho de atividades de cunho econômico, porquanto a publicidade destinada ao público infantil continua podendo ser feita em outros ambientes, assim como em variados canais de comunicação.

Em sua redação atual, a lei objurgada substitui a referência a mídias audiovisuais e radiais pelo termo genérico “**comunicação mercadológica**”, passou a vedar qualquer outra forma de comunicação comercial que não apenas a publicidade, “*independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado*”, de modo a ampliar a vedação para além da *publicidade direta*, abrangendo pôsteres nas paredes da escola, capas de materiais escolares, refrigeradores de cantinas, pôsteres em ônibus, cardápio de merenda escolar, outdoor em uma quadra esportiva.

A alteração legislativa, mais do que uma recurso retórico, passou a vedar a publicidade mais perniciosa porquanto sutil dos “*sponsored educational materials*”, material projetado para se parecerem com as atividades e planos de aula da sala de aula, conferências educacionais, correspondências gratuitas, ofertas em periódicos educacionais (Barbara Mueller and K. Tim Wulfemeyer “Commercial Speech Directed at Captive Minds: The Regulation of Advertising in Public Secondary Schools” in *The High School Journal*, Vol. 76, No. 2 (Dec. 1992 - Jan., 1993), pp. 110-117).

Por meio dos quais os anunciantes vinculam suas marcas a objetivos

ADI 5631 / DF

educacionais, patrocinando programas de alfabetização, projetos de leitura, campanhas antidrogas e treinamento em habilidades de comunicação, enquanto recompensavam os alunos pelo bom desempenho com cupons para produtos e refeições gratuitas.

A comunicação mercadológica pode se verificar em feiras e concursos patrocinados por empresas, que, por vezes, exigem cadastros dos alunos e seus pais, com dados pessoais e informações demográficas, condicionado a ler um certo número de livros para ganhar prêmios para si ou para sua escola. Os prêmios variam entre utilidades para as escolas, como computadores, reformas ou investimentos, ou mesmo brindes de produtos voltados ao público infantil.

Os materiais educacionais patrocinados, uma estratégia mais sutil, são mais eficientes em escolas onde os livros didáticos são antigos, não há dinheiro para materiais suplementares, não há uma revisão crítica regular sobre materiais curriculares ou um plano nacional de ensino bastante hermético.

A lei estadual 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, em vez de *“de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio”*, passou a assumir um escopo muito mais amplo que o **combate à obesidade infantil**, sabidamente um problema grave e intensamente noticiado no mundo.

O Relatório sobre o Impacto do Marketing na Fruição dos Direitos Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) no campo dos Direitos Culturais, de 2014, recomenda que todos os Estados e autoridades locais proibam *‘toda a publicidade comercial em escolas públicas e privadas, garantindo que os currículos sejam independentes dos interesses comerciais’*. A Organização Mundial de Saúde (OMS), em seu estudo mais

ADI 5631 / DF

recente de outubro de 2017, apontou um total de 124 milhões de crianças e adolescentes obesos em todo o mundo. No Brasil, 9,4% das meninas e 12,4% dos meninos são considerados obesos.

Consoante consta nos autos, a Consumers International (CI), que promove uma campanha mundial de divulgação dos males da obesidade infantil e agrega diversos países no combate aos meios de exploração sobre as crianças consumidoras, aponta que as companhias multinacionais de alimentos, bebidas e doces e investem, por ano, algo em torno de US\$ 13 bilhões em propagandas.

Por fim, considero importante promover o *distinguishing* entre o presente caso e os precedentes desta Corte em que se superou a **dicotomia público-privado na repartição dos custos de direitos sociais nas universidades públicas**, ao estabelecer que a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidade em curso de especialização. Precedente: RE 597.854, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, DJe 21-09-2017.

A exclusividade de recursos públicos não corresponde à força motriz da obrigação estatal direta, de modo que o cofinanciamento privado no *ensino superior* visa a mitigar o **sucateamento da educação pública e assegurar recursos mínimos para instrumentalizar os propósitos e princípios constitucionais** da educação, a exemplo da universalização, da equalização de oportunidades educacionais e da formação para o trabalho. (MAGALHÃES, Andréa. Gratuidade em Pós-Graduações Públicas: A Coparticipação Privada como Instrumento para a Máxima Efetividade do Direito Social *Jurisdição Constitucional: República e Direitos Fundamentais*. vol. III, Rio de Janeiro: Ed. Forum, 2019).

Ao se admitir a criação de fundos de ex-alunos, a celebração de convênios com laboratórios e editoras, o aluguel de espaços comuns a

ADI 5631 / DF

grandes redes ou a cobrança de matrícula para cursos eletivos surge uma valiosa complementação de caixa com a qual se pode aprimorar a qualidade do ensino e as condições de fruição do serviço.

Essa *ratio*, no entanto, não se estende à educação obrigatória, máxime em razão do conteúdo constitucional da proteção conferida ao direito à educação, que enfatiza o fim e os meios que orientam o intérprete na máxima efetividade deste direito, que corresponde, notadamente, ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). O **discernimento incompleto** torna o público infantil incapaz, via de regra, de absorver criticamente uma peça de comunicação mercadológica ou muitas vezes mesmo de identificá-la.

Ex positis, acompanhando o voto do Ministro Relator, conheço da ação e julgo improcedente o pedido.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.631

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT

ADV.(A/S) : ALEXANDRE KRUEL JOBIM (14482/DF)

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LICENCIAMENTO - ABRAL

ADV.(A/S) : MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO (222937/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S) : ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES (155097/SP)

ADV.(A/S) : PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG (329833/SP)

ADV.(A/S) : LIVIA CATTARUZZI GERASIMCZUK (359230/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC

ADV.(A/S) : WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA (17390/DF)

ADV.(A/S) : CHRISTIAN TÁRIK PRINTES (316680/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANUNCIANTES - ABA

ADV.(A/S) : LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS (209216/SP)

ADV.(A/S) : GABRIEL NOGUEIRA DIAS (221632/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT PROMOÇÃO DA SAÚDE/ACT

ADV.(A/S) : ADRIANA PEREIRA DE CARVALHO (148379/SP)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator. O Ministro Marco Aurélio, preliminarmente, julgava prejudicada a ação e, vencido, acompanhou o Relator no mérito. Falaram: pela requerente, o Dr. Alexandre Kruel Jobim; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Licenciamento - ABRAL, o Dr. Marco Antonio da Costa Sabino; pelo *amicus curiae* Instituto Alana, o Dr. Fernando Neves da Silva; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, o Dr. Walter José Faiad de Moura; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Anunciantes - ABA, a Dra. Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias; pelo *amicus curiae* Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos - ACT Promoção da Saúde/ACT, o Dr. Cassio Scarpinella Bueno; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Não votou, justificadamente, a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 25.03.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário