

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

RESTRIÇÃO 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.

Requeru, 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.