

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO EDSON FACHIN, DO COLENDO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.631/SP**

**INSTITUTO ALANA**, *amicus curiae* já devidamente admitido e qualificado nos autos, por suas advogadas (doc. 1), vem à presença de Vossa Excelência, em cumprimento à decisão publicada em 11/09/2018, prestar informações e apresentar

**MEMORIAIS**

que contêm as razões pelas quais os pedidos desta ação direta de inconstitucionalidade devem ser julgados improcedentes, como a seguir será exposto.

## I. BREVE SÍNTESE FÁTICA - A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 13.582/2016

1. Discute-se nestes autos a constitucionalidade da Lei nº 13.582/2016, do Estado da Bahia, promulgada em 15/09/2016. Esta Lei Estadual proíbe a publicidade dirigida a crianças, de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, das 6h às 21h, no rádio e televisão, e em qualquer horário nas escolas públicas e privadas.

2. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

“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.

**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.

GABINETE DA PRESIDÊNCIA DA ASSEMBLEIA  
LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA, EM 14 DE SETEMBRO  
DE 2016.

Deputado MARCELO NILO  
Presidente”

3. A constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.582/2016 foi questionada, em controle concentrado, pela Autora Associação Brasileiras de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT porque, supostamente, **(i)** teria havido violação à competência privativa da União para legislar sobre publicidade comercial; e **(ii)** a proibição à propaganda comercial de produtos contida na lei estadual não constaria do rol alegadamente taxativo do artigo 220, §4º, da Constituição Federal; o que supostamente culminaria em violações aos princípios de liberdade de expressão e de comunicação, do direito à informação, da livre iniciativa, da livre concorrência e da proporcionalidade.

4. Como a seguir será exposto, a pretensão da ABERT não merece acolhimento, devendo os pedidos desta ação serem julgados totalmente improcedentes para que seja afastada a alegação de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.582/2016.

## **II. RAZÕES PARA AFASTAR A PRETENDIDA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 13.582/2016**

5. Antes de tudo cabe ao INSTITUTO ALANA esclarecer que tem por objeto social promover atividades e projetos em prol do desenvolvimento das capacidades plenas e da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, em consonância com sua missão de “HONRAR A CRIANÇA”.

6. O INSTITUTO ALANA trabalha, desde 2002, para encontrar caminhos transformadores para as novas gerações, buscando um mundo sustentável e de excelentes relações humanas. O INSTITUTO ALANA reúne projetos cujo principal objetivo é mobilizar a sociedade para os temas da infância. Assim, comprovada está a relação direta entre a finalidade institucional do *amicus curiae* e o objeto jurídico controvertido nestes autos, ensejando desde já que o INSTITUTO ALANA pugne pela improcedência dos pedidos formulados na petição inicial.

**(i) A impropriedade da alegação de competência privativa da União para legislar em relação à proteção à criança – a competência é concorrente a teor do artigo 24, inciso XV, da Constituição Federal – ausência de negativa de vigência aos artigos 22, inciso XXIX, da Constituição Federal**

7. O objetivo do ajuizamento desta Ação Direta de Inconstitucionalidade é, em última análise, garantir às empresas emissoras de rádio e de televisão a possibilidade de livremente lucrarem com propagandas destinadas às crianças, em absoluto dissenso à proteção à infância, garantida constitucionalmente.

8. O propósito precípua da ABERT é fazer crer que, pela alegação de uma suposta competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial, as crianças do Estado da Bahia possam ficar desprotegidas e expostas a propagandas “de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio.”

9. Ocorre que, em verdade, compete concorrentemente aos Estados e à União legislar acerca da **proteção à infância**, o que é, de fato, o objeto da Lei Estadual nº 13.582/2016. Confira-se o teor do art. 24, inciso XV, da Constituição Federal:

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

(...)

XV - proteção à infância e à juventude;

10. A Lei nº 13.582/2016, desde seu nascedouro, tem por objetivo a proteção à criança, tendo apenas como via de consequência o regramento acerca da propaganda comercial.

11. Em sua exposição de motivos, vê-se que a edição da lei estadual, ainda enquanto Projeto de Lei nº 21.486/2015, se justificava buscando afastar “males da obesidade infantil e agrega diversos países no combate aos meios de exploração sobre as crianças consumidoras. Segundo a CI [Consumers International], as companhias multinacionais de alimentos, bebidas e doces [...] investem, por ano, algo em torno de US\$ 13 bilhões em propagandas.” (doc. 2)

12. A ABERT busca inadvertidamente aplicar ao caso concreto – objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.582/2016 – premissas unilaterais do direito à comunicação social sem, contudo, considerar que o objetivo do legislador estadual foge à comunicação social e tem por norte exclusivamente a proteção à criança, com foco nos ambientes escolares.

13. De fato, aplica-se ao caso em questão o artigo 24, inciso XV, da Constituição Federal, que afirma categoricamente ser competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal legislar acerca da “proteção à infância e à juventude”.

14. Acerca da competência concorrente aplicável ao caso, esse E. Supremo Tribunal Federal já se manifestou. A saber:

“Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (presumption against preemption). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. 3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (*clear statement rule*), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> RE 194704, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 16-11-2017 PUBLIC 17-11-2017

15. No mesmo sentido, e acerca do necessário reconhecimento de que se aplica ao caso a competência concorrente porque não há legislação federal que proteja as crianças dos “males da obesidade infantil e agrega diversos países no combate aos meios de exploração sobre as crianças consumidoras”, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>2</sup> afirma:

“A legislação concorrente da União sobre as matérias indicadas supra se limitará a estabelecer *normas gerais*. (...) Não é, porém, porque não consta da competência comum que Estados e Distrito Federal (...) não podem legislar sobre esses assuntos. Podem, e é de sua competência fazê-lo, pois que, nos termos do § 2º do art. 24, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados (...), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no §1º desse mesmo artigo [art. 24] no tocante à matéria neste relacionada, mas também as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.

Tanto é isso uma técnica de repartição de competência federativa que os §§ 3º e 4º complementam sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que, “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (...).”

16. Nesse sentido, resta absolutamente claro que a Lei Estadual nº 13.582/2016, que protege crianças dos males da obesidade infantil, é constitucional e poderia, de fato, ter sido promulgada pelo ente estadual porque visa à proteção à infância, a teor do artigo 24, inciso XV, da Constituição Federal. Por tais razões, desde já pugna-se pela improcedência dos pedidos formulados na petição inicial.

**(ii) A competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar em relação à educação – incidência do artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal - o direcionamento equivocado da comunicação mercadológica às crianças em escolas**

---

<sup>2</sup>In Comentário Contextual à Constituição. Ed. Malheiros: 2010. Pg. 280.

17. A educação é um direito social, consagrado pela Constituição Federal em seus artigos 6º e 205 e seguintes, como um dever atribuído ao Estado e à família. Acerca da competência legislativa, por meio do artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal, definiu-se como sendo concorrente a competência para União, Estados e Distrito Federal legislarem sobre educação. Confira-se:

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;

18. E foi nesse sentido, já que ente competente para legislar acerca de educação, que o Estado da Bahia buscou, por meio da promulgação da Lei nº 13.582/2016, obstar o acesso das crianças à publicidade de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, “em qualquer horário nas escolas públicas e privadas”.

19. Em um apanhado conceitual, vale lembrar que a democratização do ensino implementa o princípio da igualdade, bem como a dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito. O acesso efetivo à educação é base para a construção da cidadania e permite ao indivíduo efetivar os demais direitos fundamentais a ele assegurados.

20. A Lei Estadual nº 13.582/2016, por sua vez, visa à proteção das crianças e, mais especificamente, à educação de tais vetores sociais, em consonância ao teor do artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Em aplicação analógica, é bom que se diga que esse E. Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência de entes que não a União para legislar acerca de “publicidade e da propaganda em logradouros públicos.” As escolas são locais ainda mais protegidos pelo legislador. Confira-se: “Nesse sentido, resta claro que a legislação impugnada tem por objetivo melhor administrar a chamada poluição visual, então excessiva no referido município. A alegação das recorrentes, segundo a qual o município estaria a usurpar competência da União para legislar sobre o âmbito econômico da publicidade e da propaganda, não merece prosperar, visto que a lei em exame, a toda evidência, cuida de matéria ligada ao meio ambiente e ao urbanismo, sobre as quais o município está autorizado a legislar, nos termos do art. 30, incisos I, II e VIII, da Constituição Federal. O acórdão recorrido, com acerto, assentou que a legislação municipal impugnada não usurpou competência da União ao cuidar da ordenação da publicidade em logradouros públicos” (AI 799690 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2014 PUBLIC 03-02-2014)

21. Na distribuição de competências entre os entes estatais, os sistemas de ensino devem ser organizados em colaboração entre União, estados e municípios. A existência de um direito fundamental à educação, que visa à realização da dignidade humana e ao pleno desenvolvimento da criança, é incompatível com a utilização da criança como público-alvo da mensagem publicitária, prática antiética e ilegal. Por essa razão, a Lei Estadual nº 13.582/2016 houve por bem acertadamente proibir a publicidade de produtos maléficos à saúde das crianças em escolas.

22. Além disso, valer-se da deficiência de julgamento e de inexperiência da criança para impingir-lhe produtos e serviços dentro da escola, como busca a ABERT ao pugnar pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.582/2016, significa transformá-la em uma promotora de vendas a serviço do anunciante [foco máximo da ABERT].

23. As escolas, sejam públicas ou privadas, enquanto espaço de cuidado e educação, de maneira alguma poderiam servir como cenário para esse ataque à integridade psíquica, e até mesmo física, das crianças, o que exige e fundamenta a constitucionalidade da Lei nº 13.582/2016.

24. Em paralelo, cumpre registrar que o *marketing* em escolas busca introduzir uma marca aos alunos, e, conseqüentemente, os valores a ela associados, para assim cativar novos consumidores, que, espera a empresa, serão fieis por toda a vida.

25. Dentro do ambiente escolar, os personagens que representam marcas atingem crianças muito pequenas. Sua intenção é comunicar os atributos dos produtos, facilitar a memorização e o conhecimento da marca, suscitar uma forte atração da marca pela criança, legitimar e dar credibilidade à marca. Assim, a marca que se comunica com a criança em escolas fica mais bem colocada perante sua concorrência e vê aumentado o nível de prescrição da criança perante seus pais, responsáveis e colegas. A Lei Estadual nº 13.582/2016 obsta tal prática maléfica às crianças nas escolas do Estado da Bahia, representatividade máxima da educação, razão pela qual não pode ser declarada inconstitucional.



26. Adicionalmente, a respeito dos motivos comerciais que levam as empresas a realizarem ações de *marketing* em escolas, pesquisadores do CENTER FOR SCIENCE IN THE PUBLIC INTEREST (CSPI), entidade não-governamental localizada em Washington D.C, afirmam que:

“*Marketing* em escolas se tornou um grande negócio. As empresas vêm como uma oportunidade de fazer vendas diretas e cultivar a lealdade à marca. Eles percebem que as escolas são um ótimo lugar para atingir as crianças, uma vez que quase todos vão à escola e que gastam uma grande parte das horas em que estão acordadas lá. O *marketing* nas escolas também acrescenta credibilidade às atividades de comercialização, associando o nome da empresa e do produto com escolas ou professores confiáveis”.<sup>4</sup>

27. Essa é a visão do mercado, focada não no melhor interesse da criança e na educação, mas sim nos interesses comerciais do anunciante. O interesse principal não é educativo, mas sim comercial. O ambiente escolar é visto com um dos melhores cenários para a introdução de uma marca à criança, por meio da personagem imaginária que “é uma transposição imaginada e simbólica da marca sobre uma forma inteligível e sensível para a criança”<sup>5</sup>. Pela atração que gera sobre as crianças, permite aumentar o valor da marca e sua *performance* no mercado. Bem se vê que a lógica defendida pela ABERT, que coaduna com a visão do mercado, não merece subsistir.

28. Não foi por outro motivo que consta do Relatório Final Sobre o Impacto do Marketing na Fruição dos Direitos Culturais, elaborado por FARIDA SHAHEED, Relatora Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) no campo dos direitos culturais (doc. 3) que:

“A colocação de marcas e produtos em escolas faz parte de uma estratégia de marketing complexa, que não se encerra no próprio ambiente de ensino mas está relacionada a todas outras ações de comunicação mercadológica adotadas para capturar o público infantil.

---

<sup>4</sup> Pesterling Parents: How Food Companies Market Obesity to Children. Disponível em [http://cspinet.org/new/pdf/pages\\_from\\_pesterling\\_parents\\_final\\_pt\\_2.pdf](http://cspinet.org/new/pdf/pages_from_pesterling_parents_final_pt_2.pdf). Acesso em 1.8.2013. Pg. 14. Tradução livre.

<sup>5</sup> Nicolas Montigneaux, Público-alvo: crianças – A força dos personagens e do marketing para falar com o consumidor infantil. Trad. Jaime Bernardes. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 24.

Nesse contexto, o ambiente escolar é visto por muitas empresas como um dos melhores cenários para a introdução de uma marca à criança, pois o veem como local onde podem fazer vendas diretas e cultivar a lealdade dos pequenos à marca, além de propício para acrescentar credibilidade às ações publicitárias, uma vez que favorece associação da mensagem comercial a profissionais de ensino. A escola deve ser compreendida, no entanto, como um local privilegiado para a formação de valores, linguagem, pensamento e aspectos mais ou menos permanentes da personalidade que individualizam as crianças. É o segundo espaço para sua socialização, depois da família. O anúncio de produtos e marcas em ambiente escolar pode sinalizar a mensagem implícita aos alunos de que a própria escola – bem como seus professores – apoia a empresa anunciante ou o consumo de seus produtos e serviços.

[...]

Muitos estudos recomendados pelos governos e grupos da sociedade civil (...) sublinham que a publicidade comercial aumenta as inseguranças infantis, acentua as desigualdades e distorce suas socializações de gênero. [...] a maioria dos países concede proteção especial às crianças em relação à publicidade comercial. Alguns proíbem a publicidade em determinadas horas ou em conexão com programas infantis. (...) Alguns países proíbem todas as formas de publicidade para criança, independentemente do meio ou do veículo de comunicação utilizados (pg. 16)”

29. Ao final, em conclusão ao estudo internacional, a Relatora Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) afirma que “Levando-se em consideração o artigo 13do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que se refere aos padrões mínimos educacionais que possam ser prescritos e aprovados pelo Estado, **a Relatora Especial [da ONU] considera que a proibição da publicidade deve ser aplicada em escolas públicas e privadas.**”

Logo se vê que a Lei Estadual nº 13.582/2016 é, de fato, fundamentada.

30. Assim, em apertada síntese, a Lei Estadual nº 13.582/2016 é constitucional porque (i) foi promulgada por ente competente; (i) trata da proteção aos direitos da criança; e (ii) trata de educação, ao proibir a publicidade “de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio” em escolas.

31. A Lei Estadual nº 13.582/16, ora questionada pela ABERT, apenas e tão somente, com fundamento constitucional porque promulgada por ente competente para legislar sobre educação, objetiva obstar o tratamento de crianças como marionetes das empresas. Portanto, resta demonstrada a constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.582/16, razão pela qual pugna-se pela improcedência dos pedidos formulados na petição inicial.

**(iii) A Lei Estadual nº 13.582/16 não ofende o artigo 220, da Constituição Federal – A proteção à criança é prioritária – incidência do artigo 227, da Constituição Federal – ausência de violação à liberdade de expressão, do direito à informação, da livre concorrência, da livre iniciativa e da proporcionalidade**

32. Em um esforço argumentativo vão, a ABERT afirma que a Lei Estadual nº 13.582/16 desrespeita o teor do artigo 220, da Constituição Federal, em suposta ofensa aos “preceitos constitucionais da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento.” Mais uma vez, o intuito da ABERT é sobrepor o interesse econômico das emissoras de rádio e TV aos interesses das crianças por uma vida digna e saudável.

33. Em alusão à aplicação do artigo 220, da Constituição Federal, a ABERT busca construir a ideia de que a luta pela garantia de uma infância livre dos males da obesidade e do consumismo exacerbado seja vista como censura. Nada mais absurdo.

34. Primeiramente, cumpre esclarecer que o rol do artigo 220, §4º, da Constituição Federal, é meramente exemplificativo. A esse respeito, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>6</sup> afirma que

---

<sup>6</sup> In Comentário Contextual à Constituição. Ed. Malheiros: 2010. Pg. 285.

“Cumpre, antes de tudo, recordar que a livre iniciativa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1, IV) e um dos princípios da ordem econômica, nos termos do art. 170, que, no seu parágrafo único, também assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, “salvo os casos previstos em lei”. Com isto já se abre a possibilidade de a lei definir casos em que essas liberdades econômicas pode sofrer restrições.

Mas a própria Constituição, nos §§ 3 e 4 do art. 220, já que indicou alguns produtos e algumas atividades sujeitas a restrições legais. Aqui, a Constituição, por si mesma, ponderou entre valores e decidiu pela defesa à pessoa, à família, atribuindo à lei federal a competência para estabelecer os meios legais que lhes garantam 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.”

35. Como amplamente analisado por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (doc. 4), “não há um direito absoluto à publicidade dos produtos não elencados nesse dispositivo constitucional. O que esse dispositivo constitucional faz é retirar um ônus do legislador ordinário para restringir a publicidade dos produtos nele elencados. Para todos os outros, continua a valer a tese de que direitos podem ser restringidos, desde que a restrição passe no teste da proporcionalidade.”

36. A exemplo, a Lei nº 11.265/2006 [NBCAL], que regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, prevê diversas restrições adicionais às hipóteses retratadas no artigo 220, da Constituição Federal, e, mesmo assim, é absolutamente constitucional e amplamente utilizada pelo setor. Trata-se de um exemplo clássico de que o rol apresentado pelo artigo 220, da Constituição Federal, não é taxativo e, sim, meramente exemplificativo.

37. A verdade é que o rol apresentado pela Constituição Federal busca demonstrar hipóteses da faculdade dada ao legislador de limitar a publicidade em casos que incluem, por óbvio, a defesa do direito das crianças. Em síntese, a Lei Estadual nº 13.582/16 busca proteger a criança, e não acabar com a atividade do setor, que poderá continuar exercendo suas atividades com fundamento nas regras dispostas pelo Código de Defesa do Consumidor que, por sua vez, expressamente defendem a criança.

38. Nesse sentido, é bom que se esclareça que a proteção à criança é, no Estado Democrático e de Direito, prioridade absoluta do Estado, da família e da sociedade, como preceitua o art. 227, da Constituição da República. Confira-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

39. No mesmo sentido, as normas do Código de Defesa do Consumidor que visam a resguardar a criança dos malefícios da publicidade perniciosa são, pois, corolário da proteção prioritária consagrada constitucionalmente.

40. Igual predicado têm as normas estatuídas pela Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, notadamente nos arts. 15 e 17. O primeiro (art. 15) proclama indelével o respeito à especial condição de pessoa em processo de desenvolvimento. O segundo (art. 17) faz explícito que o direito ao respeito compreende a preservação dos valores e da integridade moral.

41. Nesse contexto, e a teor da Lei Estadual nº 13.582/2016, ora questionada, não se pode conceber que o intuito exacerbado de lucrar, o consumismo cego, que se tem como um fim em si mesmo e domina o comportamento humano, subtraindo-lhe qualquer traço de razoabilidade, possa ser adotado pacificamente como valor a ser ensinado às nossas crianças.

42. O artigo 227 da Constituição Federal deve ser compreendido como uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou então tal dispositivo, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, seriam meras e vazias cartas de intenções – o que desvirtua os objetivos pelos quais foram criadas.

43. Assim, o não reconhecimento dessa eficácia da regra da prioridade absoluta significaria admitir o descaso à temática da infância e da adolescência – sendo uma acomodação que em nada se adequa ao ímpeto transformador que levou à criação do Artigo 227, da Constituição Federal, e do ECA.

44. Nesse sentido, cumpre destacar que há jurisprudência positiva desse E. Supremo Tribunal Federal, o qual exerceu em mais de uma oportunidade controle jurisdicional da discricionariedade administrativa de modo a efetivar os direitos da criança e do adolescente com base na norma da prioridade absoluta presente no artigo 227, da Constituição Federal.

45. A exemplo, no julgamento da Suspensão de Liminar nº 235-0<sup>7</sup>, confirmou-se a obrigação de priorizar o interesse de menores infratores; no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP<sup>8</sup>, determinou-se garantir atendimento de crianças de até 6 anos em creches e pré-escolas no Estado de São Paulo; no julgamento do ARE nº 639337 /SC<sup>9</sup>, confirmou-se a obrigação de manutenção de programa destinado ao atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência,

---

<sup>7</sup> “Não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, como no presente caso, em que o comando constitucional exige, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, claramente definida no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ-Resp 630.765/SP, 1ª Turma, relator Luiz Fux, DJ 12.09.2005). No presente caso, vislumbra-se possível proteção insuficiente dos direitos da criança e do adolescente pelo Estado, que deve ser coibida, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de liminar 235-0 Tocantins. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 04.08.2008).

<sup>8</sup> “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2o) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário AgR 410.715/SP, 2ª Turma. DJ 03.02.2006 Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 03.02.2006).

<sup>9</sup> “É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, “(...) com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF, art. 227, “caput” - grifei)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 639337 AgR/SP, 2ª Turma. DJ 03.02.2006 Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 23.08.2011).

reafirmando, mais uma vez, a norma constitucional da absoluta prioridade dessa população.

46. Isso significa dizer que a criança será sempre prioridade absoluta no Estado brasileiro. Em qualquer caso em que houver conflito de interesses ou impossibilidade de atendimento comum de direitos fundamentais colidentes, a primazia do melhor interesse da criança e do adolescente e de seus direitos deve ser realizada de forma absoluta, ainda que o conteúdo desse interesse seja objeto de debate ou disputa. Ou seja, o melhor interesse da criança deve estar, por força constitucional, sempre em primeiro lugar.

47. A publicidade defendida pela ABERT nos autos e combatida nesses autos pelo INSTITUTO ALANA, a par disso, deve ser considerada no contexto social e econômico do país, enaltecendo a proteção à criança, como esculpido no artigo 227, da Constituição Federal.

48. Vê-se que há um claro conflito entre os preceitos de garantir a comunicação social, supostamente com fundamento na proibição à censura, como defende a ABERT, e, por outro lado, garantir a proteção à criança. No entanto, é claro que a Constituição Brasileira inovou no mundo ao incluir o acertado princípio da prioridade absoluta do bem estar da criança. Está na Carta Magna em seu artigo 227 a prioridade absoluta da criança em todas as políticas públicas.

49. Logo, não há espaço para a ponderação de princípios na interpretação dos princípios econômicos (liberdade de expressão, do direito à informação, da livre concorrência, da livre iniciativa e da proporcionalidade) e o melhor interesse da criança. A única vez em que a Constituição diz que deve ser dada prioridade absoluta a alguém, não é ao empresário, à empresa, às emissoras de TV ou à associação que ganha muito dinheiro com propagandas: a **Constituição garante prioridade à proteção à criança.**

50. Nesse contexto, na ponderação entre os princípios da garantia da liberdade de expressão, do direito à informação, da livre concorrência, da livre iniciativa e da proporcionalidade, *vis à vis* ao preceito de preponderância da proteção da criança, não há dúvidas em nossa Carta Magna que o princípio que deve preponderar é o da proteção da infância.

51. Por epítrope, poder-se-ia afirmar não haver previsão constitucional acerca de quais seriam os valores a serem tutelados e prevaletentes. De fato, não há, realmente, previsto na própria Constituição ou na lei, um rol dos valores que a sociedade deva prestigiar e, conseqüente, o direito proteger.

52. Contudo, os valores são naturalmente dependentes da cultura e do tempo que se tem em consideração, nos quais se insere como cânone aceito a observância de um determinado valor moral. Como documento não apenas jurídico, mas, sobretudo, político, a Constituição se apresenta então como um precioso referencial para encontrar os valores a serem juridicamente tutelados.

53. Na sociedade e em tempos atuais, há a certeza de que se está premente proteger a infância e a ela assegurar um desenvolvimento salvo de qualquer sorte de exploração, física, intelectual ou emocional. E esse valor de proteção à infância, na sociedade contemporânea, está entre os mais altos valores a serem juridicamente tutelados, como diz o art. 227 da CF/88 ao tratar como "absoluta prioridade" do Estado brasileiro. Por tais razões, impõe-se a improcedência dos pedidos formulados na inicial, o que desde já se requer.

#### **(iv) Razões adicionais - Discernimento incompleto da criança**

54. Adicionalmente às razões acima expostas -- que pontualmente refutam os argumentos apresentados pela ABERT --, cumpre ainda ao INSTITUTO ALANA consignar aspectos sociais que certamente levarão Vossas Excelências a concluir pela improcedência dos pedidos iniciais.

55. É bom que se diga que, atualmente, as estratégias publicitárias manifestamente exploram a inexperiência e a deficiência de julgamento das crianças. É notório que as crianças não possuem maturidade (psicológica, emocional e intelectual) bastante para entender o caráter publicitário do tipo de apelo a que a Lei nº 13.582/2016 busca proteger.

56. É a busca por atingir a pouca maturidade das crianças, aliás, que parece inspirar campanhas publicitárias que, como confessadamente exposto na inicial, "devem buscar o oferecimento de uma plataforma de conteúdo, de modo a atrair



um mercado específico de consumidores (telespectadores, ouvintes, leitores e internautas” e “deve-se garantir que essa massa de consumidores também utilize os seus serviços”. (pg. 11). A verdade é que a criança [massa de consumidores para a ABERT] é seduzida à ideia de consumir determinados produtos.

57. E a reprovabilidade de tal sorte de expediente abusivo é diretamente proporcional à facilidade de seu sucesso de mercado: afinal, parece não ser difícil iludir um consumidor que não tem seu discernimento completamente formado. Enganar esse indivíduo, mais que uma barbada, é mesmo uma covardia.

58. Daí a norma específica do § 2º, do art. 37, do CDC, estatuir a proibição, por abusividade, de toda publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

59. O achaque mercadológico tanto mais se mostra reprovável quando se tem em conta a hipervulnerabilidade da criança, sua extraordinária incapacidade de compreender os mecanismos do *marketing* e da publicidade e à sua sedução permanecer imune.

60. A eventual e pouco provável declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.582/16 certamente fortalecerá apenas e tão somente as grandes emissoras de rádio e TV em contrapartida à frágil maturidade de discernimento das crianças. Também por essas razões, os pedidos formulados pela ABERT devem ser julgados improcedentes.

### III. CONCLUSÃO E PEDIDOS

61. Por todo o exposto, e considerando que **(i)** a competência para legislar em relação à proteção à criança e sobre educação é concorrente, a teor do artigo 24, incisos IX e XV, da Constituição Federal; **(ii)** a Lei Estadual nº 13.582/16 não ofende o artigo 220, da Constituição Federal porque a proteção à criança é prioritária, de acordo com o artigo 227, da Constituição Federal; **(iii)** a Lei Estadual nº 13.582/16 não ofende a liberdade de expressão, o direito à informação, a livre concorrência ou a livre iniciativa; e **(iv)** a fragilidade do discernimento incompleto das crianças exige proteção; o **INSTITUTO ALANA** requer a Vossa Excelência que os pedidos formulados pela ABERT nesta ação

direta de inconstitucionalidade sejam julgados improcedentes, reconhecendo-se a constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.582/16.

Termos em que,  
pede deferimento.

Brasília, 2 de outubro de 2018.



**Daniela Rodrigues Teixeira**  
OAB/DF 13.121

**Gabriela Marcondes L. Camargos**  
OAB/DF 31.156