

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

FLW

Parecer nº 01/02 – ~~XXXXX~~/PSP/PGE

Em 15 de outubro de 2002.

Processo administrativo nº E-12/4178/2002

**COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL
CONCORRENTE – INTERSEÇÃO COM
COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO
– CONSTITUCIONALIDADE DE LEI
ESTADUAL PROTETIVA DA INFÂNCIA,
JUVENTUDE E CONSUMIDOR**

Sr. Procurador Geral:

I - RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo aberto em razão de ofício oriundo do Presidente da Assembléia Legislativa, encaminhando o autógrafo do Projeto de Lei nº 2064/2001, iniciado por Parlamentar e aprovado pela ALERJ. O ofício foi pautado no § 5º, do art. 115, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que, espelhando o § 5º, do art. 66, da Constituição Federal, prevê o reenvio ao Chefe do Executivo do projeto que fora por ele vetado, para que o promulgue em 48 horas, se reapreciado e aprovado pela maioria absoluta dos membros do Legislativo.

No processo administrativo nº E-12/1822/2002, anexo a este, consta o ofício original, referente à primeira aprovação do projeto. Em fls. 22 foi proferida objetiva manifestação, em regime de urgência, considerando o projeto inconstitucional, em razão de invasão da competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial, prevista no inciso XXIX, do art. 22, da Constituição Federal-CF. Recebeu vistos favoráveis à fls. 23 e 24, constando o veto à fls. 25, datado de 23 de abril de 2002.

**EXMO. SR.
DR. GERALDO ARRUDA DE FIGUEIREDO
MD. PROCURADOR GERAL DO ESTADO**



14
2

Ante à inércia do Chefe do Executivo, posterior à rejeição do veto, o projeto veio a ser promulgado em 24 de junho de 2002 pelo Presidente da Assembléia, com fulcro nos §§ 5º e 7º, do art. 115, da Constituição do Estado, tendo se transformado na Lei nº 3871/2002. Assim dispõe sua ementa:

“Proíbe o uso de palavras, expressões e ilustrações consideradas imorais em propagandas sobre a oferta de serviços sexuais e dá outras providências”

O art. 1º da lei repete a ementa; o 2º, estende as restrições às peças publicitárias sobre o funcionamento de “Casas Noturnas e Termas”; O 3º, estabelece uma pena entre mil e dez mil UFIRs para “as pessoas jurídicas responsáveis pela criação, confecção e distribuição das peças publicitárias”; o 4º, determina que a reincidência “provocará o cancelamento do registro das respectivas firmas”; o 5º, estabelece a vigência imediata e revogação das disposições em contrário.

A leitura do Diário Oficial do Poder Legislativo, cujas cópias foram juntadas aos autos, demonstra ter havido forte dissenso entre as Comissões de ALERJ, o que era de se esperar, pois o Parlamento é a caixa de ressonância dos anseios e sentimentos da população, freqüentemente conflitantes com as pretensões dos agentes econômicos.

A Comissão de Constituição e Justiça considerou o projeto constitucional, tendo em vista que “carrega em seu bojo a preservação da moral e dos bons costumes.” À mesma conclusão chegou a Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania. Entendeu que o projeto, “longe de criar algum mecanismo de censura, pretende apenas impor limites à oferta desses tipos de serviço.” A Comissão de Economia, Indústria, Comércio e Turismo considerou o projeto inconstitucional, por ofender a competência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial, prevista no art. 22, inciso XXIX, da CF. Já a Comissão de Emendas Constitucionais e Vetos, que atuou após o retorno do projeto vetado, entendeu que não versava sobre propaganda comercial propriamente dita, pois está voltado à proteção da infância e da juventude, sendo constitucional, com fulcro no art. 24, inciso XV, da Constituição Federal. Afirmou, ainda, que ele objetivava impor limites à oferta de serviços sexuais.



3
des. 15

II – A PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA, PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR, DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Mesmo que nem sempre expressamente pautadas em dispositivos constitucionais, bem andaram as Comissões que apoiaram o projeto, pois o Direito não é um aglomerado de competências e regras estanques, mas antes um sistema dinâmico, cujas normas, permanentemente, efetivam alguns princípios constitucionais enquanto comprimem outros. É o que se extrai dos ensinamentos de Karl Larenz, que sistematiza o problema da colisão de valores, princípios e regras, analisando a jurisprudência da Suprema Corte alemã. Sugere um enfoque em duas etapas.

“Trata-se, em primeiro lugar, de saber se, segundo a “ordem de valores” contida na Lei Fundamental, se pode estabelecer uma clara prevalência valorativa de um dos bens aqui em questão face ao outro. Haverá que dizer, sem vacilar, que à vida humana e, do mesmo modo, à dignidade humana, corresponde um escalão superior ao de outros bens, em especial os bens materiais... Finalmente, têm validade os princípios da proporcionalidade, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível. Nestes termos, a lesão de um bem não deve ir além do que é necessário ou, pelo menos, é “defensável”, em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico reconhecido como de grau superior.”¹

A leitura da Constituição não permite concluir que haja uma preferência valorativa da liberdade absoluta para propagandar produtos e serviços, decorrente do princípio constitucional da livre concorrência, previsto no inciso IV, do art. 170, em detrimento dos difusos direitos: à proteção ao consumidor, previsto no inciso V, do mesmo artigo; ao respeito pelos valores éticos e sociais da pessoa e da família, versado no inciso IV, do art. 221; e à preservação da infância e da juventude, referida no inciso XV, do art. 24.

Cabe aos meios de comunicação colaborar para a preservação dos valores e não para sua deterioração. Os jornais, nítido foco principal da lei, assim como os demais periódicos, existem a partir e para a comunidade, e não o inverso. A mídia impressa goza de imunidade tributária, prevista no art. 150, inciso VI, alínea d, da Constituição Federal, exatamente porque deve ser voltada à veiculação das informações úteis à sociedade. Não faria sentido, porque ofensiva ao princípio da isonomia, a manutenção de tão grande desigualdade tributária se seu beneficiário pudesse agir voltado apenas ao lucro, como as empresas comerciais comuns.

¹ *Metodologia da ciência do Direito*, trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.500.



fen. 16
4

O respeito e a colaboração com os valores constitucionais, a preservação da família entre eles, é a contrapartida natural do privilégio constitucional. Ao contrário das demais atividades econômicas, que contribuem para a sociedade através de prestações pecuniárias compulsórias, dos jornais, periódicos e meios de comunicação em geral, foi exigido um retorno institucional e social. O "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" é um princípio expresso no art. 221, inciso IV, da Constituição, que deve ser utilizado para interpretar qualquer norma que verse sobre direitos e deveres dos beneficiários de privilégios constitucionais e detentores de meios de comunicação.

Acresça-se que a edição da lei estadual nem seria necessária se a mídia houvesse exercido o seu papel de intérprete da Constituição², ao qual ninguém pode ser furtar, e exercido um autocontrole sobre o teor dos anúncios que publica. As empresas possuem a responsabilidade de respeitar o bem comum decorrente de sua inserção social, gozem ou não de privilégios, princípio que está expresso no art. 154 da Lei nº 6404/76 (S.A.), mas que aplica-se à qualquer forma de exercício empresarial de atividade econômica, por uma questão de isonomia.

A demonstração da plena constitucionalidade da lei faz-se através da ponderação entre os efeitos de sua incidência, tanto sobre os postulados³ constitucionais que busca resguardar quanto sobre aqueles por ela afetados. A primeira pergunta deste procedimento de verificação é se a intervenção do legislador estadual era necessária a preservar ou restaurar a aplicação de algum princípio constitucional.

Embora a resposta esbarre em um juízo discricionário dos representantes da sociedade, acerca da gravidade do problema enfrentado e da dimensão aceitável da solução alvitrada, é patente que nosso Estado sofre com a crescente criminalidade e a deterioração do tecido social. Não se trata de moralismo, mas de proteção e respeito ao ser humano em formação. Os problemas decorrentes da desagregação da família são mais latentes em alguns Estados, tanto em razão de terem sido pólo atrativo de migração de mão-de-obra desqualificada quanto pelo seu acentuado perfil turístico, que gera maior demanda por atividades como a regulada na lei em questão.

² Precisa é a orientação de Peter Häberle, ensinando que todos os cidadãos e grupos estão potencialmente vinculados ao processo de interpretação constitucional. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p.13.

³ Utiliza-se a expressão "postulados" em sentido amplo, por ser adequada a abranger tanto princípios genericamente descritos quanto valores constitucionalmente positivados, como a vida, a liberdade e a preservação da propriedade.



15
per. 17

A segunda pergunta é se a lei em tela, que consubstancia o Poder de Polícia estadual sobre atividades que ocorrem em seu território, inviabiliza ou turba em excesso o exercício de algum direito constitucional. A resposta só pode ser negativa, pois a atividade não fica obstada nem inviabilizada economicamente pela restrição ao conteúdo da publicidade. A lei estadual também não trouxe qualquer óbice à existência, frequência, tamanho ou qualidade da mídia veiculadora, apenas impôs a compatibilização de seu conteúdo aos valores sociais.

A terceira questão a ser colocada é se a norma estadual colide com alguma lei federal, o que poderia comprometer a integralidade do sistema jurídico. Mais uma vez a resposta é negativa. Muito ao contrário, ao editar o Estatuto da Criança e do Adolescente – EDC, Lei nº 8069/90, o legislador federal já havia ponderado os princípios da livre iniciativa, proteção do consumidor, da criança e do adolescente, adotando uma postura claramente em prol destes últimos. Dispõem os arts. 78 e 81, do Estatuto:

“Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagens opacas.”

“Art. 81. É proibida a venda à criança ou adolescente de:

(...)

V – revistas e publicações a que alude o art. 78.”

A quarta, é se o meio escolhido é proporcional ao fim almejado. Haveria outro menos gravoso para as empresas sujeitas à norma? Igualmente negativa esta última resposta, pois a restrição de imagens e vocabulário é muito menos corceadora do que as soluções estabelecidas nas leis federais, como a utilização de tarjas pretas ou embalagens opacas, pois preserva o acesso tanto à imagem quanto à mensagem escrita, embora as condicione, como já aduzido. A adequação do linguajar é plenamente proporcional ao fim escolhido, uma vez que a meta constitucional protetiva está sendo perseguida sem que seja obstado o pretense direito a divulgar os serviços sexuais.

Ponderar é conduta interpretativa voltada a verificar a adequação da solução escolhida, seja pelo legislador, julgador ou administrador, às finalidades almejadas. Razoável é a decisão justa, demonstrável pelas regras de ponderação. A razoabilidade é a conclusão de um processo de ponderação, que é um método de interpretação e aplicação de princípios,



6
18

nunca uma chave para qualificar sem justificar.

Afirmar ser uma norma justa ou injusta apenas porque é razoável ou irrazoável, sem demonstrar que tal conclusão decorre da adequação ou colidência com princípios, importa em propor a substituição da vontade coletiva legítima, que sempre se presume ter buscado a solução mais razoável, pela individual de quem analisa a norma. Afastar a aplicação de normas sob a sucinta alegação de serem irrazoáveis é uma sedutora tentação a intérpretes e aplicadores do Direito. Representa a introdução de amplíssima variável no processo de análise, equivalente a utilização de fórmulas vazias como o *suum cuique* (dar a cada um o que é seu), tão bem criticadas por Kelsen por respaldarem qualquer opinião.⁴ O que justifica a rejeição da norma, seja pelo Executivo ou pelo Judiciário, é a conclusão quanto a ser inconstitucional, sempre decorrente de uma demonstração pautada na ponderação com princípios constitucionais.

Em atenção à presunção de legitimidade da atuação do Poder Público, não se pode afirmar inconstitucional uma lei restritiva apenas porque, aparentemente, colide com uma regra de competência ou intervém com o princípio da livre iniciativa. Esta conclusão decorre de uma confusão entre os conceitos de liberdade e anarquia, que é o efeito do exercício desrespeitoso da liberdade de alguns em detrimento da de outros.

A dignidade da pessoa humana, princípio central da Constituição, previsto no art. 3º, inciso III e preservado pela lei estadual, não é apenas das crianças, adolescentes, bem como consumidores/leitores desavisados em geral, que também têm direito a não serem ofendidos com expressões chulas. As próprias pessoas que trabalham nas atividades cuja publicidade está sendo regradada merecem que sejam respeitados os "valores sociais do trabalho", princípio sediado no mesmo dispositivo constitucional, art. 3º, inciso III, que resguarda a livre iniciativa. Embora exerçam profissão não regulamentada e pouco respeitada, não precisam ter sua atividade associada a palavras e expressões imorais, mesmo que uma parcela delas concorde com isso.

A jurisprudência nacional vem respaldando a norma protetiva dos menores, como demonstra o acórdão unânime do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (em anexo), do qual extrai-se:

"Não obstante a brilhante argumentação da apelante, estou em que a capa de sua revista, objeto de apreensão e motivadora da autuação

⁴ Em seu *O problema da Justiça*, trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.32.



7
83/13

contra a qual se insurge, contém, sim, a mensagem obscena a que se refere o parágrafo único do artigo 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (...) Assim, pouco importa estejam as bancas de jornais a exhibir constantemente capas semelhantes e revistas congêneres. Se tal ocorre deve igualmente ser coibido, por força de lei que o determina. A ocorrência de crimes que restam impunes não justifica que se fechem os olhos ao cometimento de outros. (...) Observe-se bem, ademais, que o dispositivo legal dado como infringido pela Apelante fala em mensagem, não em fotografia ou imagem pornográfica ou obscena. Ora, a mensagem não se transmite apenas pela imagem, senão também pela palavra. (TJ-RJ, Ac. Unân. Do Conselho da Magistratura, pub. 26-06-2002, Proc. 972/2001, Rel. Des. José Lucas de Brito - Editora Peixes Ltda x Ministério Público).

O acórdão parece ter sido voltado à lei estadual nº 3871/2002, publicada na véspera, que apenas efetiva e dimensiona, em âmbito local, normas protetivas já há muito vigentes em nível federal.

Fundamental, também, é ressaltar que as atividades cuja divulgação a lei estadual disciplina são tipificadas no Código Penal. A leitura dos arts. 229 e 230 evidencia o enquadramento penal do negócio implementado pelas *termas, casas de massagem* e congêneres, que importa em manter lugar para que outras pessoas, de forma profissional, realizem a prostituição. Dispõem os referidos artigos:

Casa de Prostituição

“Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Rufianismo

Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça.

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Cabe ao Estado tolher e reprimir os crimes e não garantir sua ampla divulgação, o que foi adequadamente percebido quanto da elaboração da norma em questão, embora não diretamente expressado. A impunidade corrompe a formação educacional e moral, pois torna sem sentido agir bem. A educação é pautada em orientações, estímulos e sanções, assim como o



Direito. Em uma época globalizada é muito mais difícil aos pais resistirem à invasão da mídia, que traz mensagens desvirtuadas (como aquelas cujo controle é objeto da lei) inseridas ao lado de informações jornalísticas verdadeiras, o que lhes empresta confiabilidade. Não se pode ignorar a qualidade dos costumes vigentes, o que não quer dizer que a sociedade nada deva fazer para melhorá-los. É através da boa formação da infância e da juventude que isto é possível. Vale trazer atualíssimo ensinamento de Montesquieu, que lembra o quanto é importante proteger as novas gerações de influências ruins:

“Somos geralmente senhores para inculcar em nossos filhos nossos conhecimentos; somo-lo ainda mais para inculcar nossas paixões.

Se isso não acontece é porque o que foi feito na casa paterna é destruído pelas impressões externas.

Não é a nova geração que se degenera; essa só se perde quando os homens maduros já estão corrompidos.”⁵

III – COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS CONCORRENTES E PRIVATIVAS – AS ZONAS DE INTERSEÇÃO CONCORRENTES DA PRESENÇA DE DIREITOS DIFUSOS A SEREM PRESERVADOS

O federalismo se constrói sobre a diferenciação local, orientada pela distinção entre os problemas e a valoração das soluções, peculiares a um grupamento social. A renúncia a qualquer delineamento estadual das relações entre pessoas, identificadas ou não, colabora para o unitarismo disfarçado. Ensina Geraldo Ataliba:

“Parece de clara evidência e fácil aceitação que a extensão territorial dos Estados há de requerer, com maior ou menor intensidade, um tipo de regime político que melhor assegure a proximidade entre governantes e governados”.⁶

A Constituição de 1988 estabeleceu uma repartição de competências, dividindo-as em privativas, concorrentes e comuns, sendo estas voltadas à atuação material, embora sempre pautada na legalidade. A mais difícil delimitação concerne às concorrentes e privativas, pois, usualmente, tratam de matérias que podem ser reguladas sob ângulos distintos, o que justifica competências também distintas, embora não inteiramente compartimentadas.

⁵ *O Espírito das Leis*, Br. de Montesquieu, - Charles-Louis de Secondat, or. 1748, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Livro IV, Capítulo V, “Da Educação no Governo Republicano”, Editora Universidade de Brasília, 1982, p.71.

⁶ Artigo intitulado *Federação*, Revista de Direito Público - RDP n° 81, São Paulo: RT, 1987, p. 180.



9
fes. 21

É o que ocorre na norma em estudo, que tanto pode ser vista sobre o enfoque puramente civil ou comercial quanto pelo viés protetivo. A leitura da Constituição, que trata do assunto em seu art. 24, incisos VIII e XV, auxilia o entendimento:

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

(...)

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

(...)

XV. proteção à infância e à juventude;”

Grifos nossos

A competência estadual para legislar sobre relações jurídicas das quais o Estado não seja, necessariamente, parte, decorre de seu caráter difuso, sob pena de invasão dos campos do Direito Civil e Comercial. Diferentemente das relações jurídicas administrativas e tributárias, que competem a cada ente local em razão de sua autonomia constitucional, relações bilaterais puras entre administrados, sejam comerciais ou civis, mesmo que consecutivas e em grande número, não são passíveis de serem reguladas pelos Estados. Constituem matéria daqueles ramos do Direito, de competência privativa da União, nos termos do art. 22, inciso I, da CF.

Um bom exemplo de aplicação da regra de repartição de competências proveio da tentativa de impedir os Shoppings Centers de cobrarem pelo uso do seu estacionamento, através da Lei Estadual nº 2050/92. Foi, liminarmente, declarada inconstitucional pelo STF, por ter invadido a competência privativa da União para legislar sobre relações entre sujeitos específicos e identificados⁷. O Estado também não poderia adentrar nas relações individuais entre os clientes e as agências de propaganda ou entre estas e os meios de publicidade.

O mesmo não poderia ser dito de uma lei estadual que regulasse parcela das relações jurídicas dos mesmos Shoppings Centers com seus consumidores em geral, desde que versasse sobre relações difusas cuja tutela também coubesse aos Estados. Assim, se norma estadual vedasse a publicidade pornográfica ou de produtos proibidos em áreas comuns abertas ao público ou delas visualizável, onde circulassem menores de idade, não estaria invadindo competência da União, pois tal restrição não incidiria sobre as relações objetivas e delineadas entre comerciantes e clientes. Constituiria mais uma forma de garantir efetividade aos princípios constitucionais

⁷ ADIn 1627-7/RJ, Rel. Min. Moreira Alves.



expressos na CF e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O que justifica a competência do Estado é a presença de relações jurídicas difusas, que caracterizam-se pela ausência de destinatários específicos embora interessem a todos, o que acarreta uma maior necessidade de proteção pelo Poder Público⁸. Daí a convocação feita pelo Constituinte ao Estado para atuar, pois a padronizada normatização genérica da lei não tende a não contemplar as diferenciadas realidades sociais locais.

A Lei nº 8078/90, através de seu art. 81, parágrafo único, inciso I, define interesses ou direitos difusos como os "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Ada Pellegrini, em seu trabalho sobre as *Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos*, assim os conceitua:

"O outro grupo de interesses metaindividuais, o dos *interesses difusos* propriamente ditos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto. (...)

Completa, esclarecendo que "a satisfação de um interessado implica, necessariamente, a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade."⁹

A chamada 3ª geração ou *camada* de direitos, para os que entendem haver uma gradual sedimentação, usualmente identificada com o surgimento dos direitos difusos, representa, na realidade, um patamar mais elevado dos direitos já tradicionais estabelecidos. Decorreu de uma lenta e permanente evolução, não tendo surgido a partir de revoluções, como a francesa que lutava pela liberdade e igualdade formal, ou a russa, que pretendia garantir o exercício de direitos sociais de forma isonômica. O direito individual à vida não mais é satisfeito com a mera inércia do Estado ou a atuação policial em relação aos demais cidadãos, sendo essenciais à sua configuração contemporânea a disponibilização de meios para que os cidadãos vivam bem, em um ambiente livre de elementos poluentes que afetem a vida; a estruturação do sistema público de saúde de forma satisfatória; a

⁸ A função administrativa do Estado é decorrente da presença de interesses com dimensão coletiva e projeção gregária, como ensinou Diogo de Figueiredo Moreira Neto em palestra ministrada na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, denominada *Noções preliminares - Atividade administrativa - Regime jurídico administrativo*, publicada na Revista de Direito da Procuradoria Geral, v.54, 2001, p.506.

⁹ Ada Pellegrini Grinover, artigo publicado na Revista AJURIS, da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, nº 31, julho de 1984, Porto Alegre, p.82.



11
pg. 23

regulamentação pública sobre situações de periculosidade e insalubridade no ambiente de trabalho, etc.

Também o exercício do direito à livre circulação de informações e manifestação do pensamento assume contornos mais amplos nos dias de hoje, deixando de ser satisfeito com a mera ausência de censura formal. Para que seja adequadamente garantido deve o Estado proporcionar amplo acesso à alfabetização e educação em geral, sem o que grande parte da população não poderá identificar e apreender as informações cuja livre circulação é garantida constitucionalmente. Igualmente importante é o acesso aos meios de comunicação a custo baixo, pois neles estão concentradas as informações mais relevantes e atuais, sob pena de ser incompleto o exercício de tal direito. Outra face da evolução deste direito está voltada à democracia na circulação de informações, que depende da ausência de controle ou monopólio sobre a mídia.

Essa ampliação do espectro dos direitos, que ocasionou a criação da expressão *3ª geração*, potencializa o surgimento de pontos de atrito e superposição entre os círculos de direitos que cercam os indivíduos. Isso gera uma natural interseção entre os direitos individuais e os coletivos. As preferências dos cidadãos esbarram nas intenções dos que detêm os meios de respeitar ou não seus direitos, cuja atuação é, freqüentemente, pautada na mesma descrição constitucional de direitos. Assim, o direito a receber informações que não agride os valores da família, seja quanto ao conteúdo ou a forma, colide com a pretensão de exercer o direito a informar da maneira mais lucrativa possível, através da exploração de desejos cuja satisfação costuma ser comercialmente explorada.

Os direitos difusos são representados pela grande área de interseção entre os direitos dos indivíduos, voltados tanto às condutas dos demais quanto aos agentes econômicos que detenham meios de atingi-los. Representam o delineamento dos direitos constitucionalmente consagrados e estabelecidos independentemente de existência de relações jurídicas prévias, sejam individuais ou coletivas. Toda a sociedade possui o direito a que não sejam comercializados medicamentos e remédios nocivos à saúde, o que atentaria contra o valor básico do direito à vida. Tal direito, que pode ser cobrado tanto pelo Estado, que representa a sociedade politicamente organizada, quanto pelo Ministério Público, que é o curador institucional de seus interesses, independe da existência de qualquer relação jurídica entre pessoas previamente estabelecidas.

Também justifica a edição de legislação protetiva a grande dificuldade, e até inviabilidade, de defesa individualizada contra a ampla lesão perpetrada, que é afeta todos, indistintamente. Esta dificuldade, de que cada um assegure



o respeito aos seus direitos, ao adquirir os produtos ou serviços amplamente disponibilizados, é típica das relações de consumo, em que o consumidor não pode previamente identificar que o conteúdo do bem vendido lhe causará alguma espécie de lesão ou incômodo.

O direito difuso não constitui mera qualificação de relações individuais preexistentes (sejam civis, comerciais ou trabalhistas). Também representa o surgimento de um novo direito, correspondente a um dever decorrente do uso direto do espaço público, do acesso ao público ou da atuação voltada ao público em geral. O Estado, em suas diferentes esferas, personifica o conjunto das pessoas e titulariza o espaço público, condomínio de todos, daí sua competência protetiva difusa, que é voltada aos seus próprios elementos componentes.

O direito subjetivo público à proteção difusa é uma das grandes conquistas sociais contemporâneas e justifica a competência concorrente dos Estados, em matérias já, de alguma forma, reguladas pela União. O bem jurídico a ser protegido é muito importante para que sua defesa fique ao sabor de normas voltadas, preponderantemente, a regular relações individuais, como os Códigos Civil, e Comercial, em relação às quais é viável uma defesa individualizada e renunciável, sem que a sociedade seja afetada por esta conduta.

A família, por exemplo, constitui uma unidade de proteção que demanda a atuação das diferentes entidades. O bem protegido é o mesmo mas a forma de preservação é distinta, em razão da competência para atuar. Não poderiam os Estados legislar sobre a perda de guarda pelos pais que submetem os filhos à mendicância. Se o fizessem estariam regulando situações que ocorrem entre indivíduos determinados, reguladas pelo Direito Civil, matéria de competência privativa da União, nos termos do art. 22, inciso I, da CF. No entanto, podem legislar sobre o exercício de tal atividade no espaço público, como os cruzamentos e calçadas. Não se trata de invasão de relação individual, mas, apenas do estabelecimento de parâmetros de utilização do espaço público. Os meios de comunicação, cuja atuação é objeto da lei em tela, constituem formas de transmitir idéias e informações a todos, servindo como espaço de acesso ao público, em seu sentido mais amplo, o que importa em utilização consentânea com o sentimento público prevalente de moral.

A utilização do espaço público atrai a atuação protetiva de mais de uma entidade, voltada tanto a preservá-lo quanto a proteger as pessoas que por seu uso são afetadas. É o que ocorre com as praias, que são bens da União nos termos do art. 20, inciso IV, da CF, mas são vigiadas e têm o seu uso ordenado tanto por órgãos estaduais, como o Corpo de Bombeiros, quanto



pelos Municípios.

Também em matéria de trânsito, competência privativa da União, em atenção ao disposto no inciso XI, do art. 22, atuam os Municípios e Estados, pautados em suas competências para regular o uso das vias públicas que lhes pertencem e tratar de assuntos de interesse local. Também respaldados no Código de Trânsito Brasileiro, Lei ordinária federal nº 9503/97, legislam sobre estacionamento, direção de trânsito, rodízio de veículos, limites de poluição por eles causados, regras para veículos de carga, alguns aspectos de habilitação e licenciamento, etc.

A exploração dos limites da competência normativa é fundamental ao delineamento de uma Federação, principalmente quando apenas a competência privativa da União é claramente listada, ao lado das concorrentes. Como aduz José Afonso da Silva, o sistema constitucional brasileiro de repartição de competências acolheu uma forma de composição complexa, que inclui "áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas."¹⁰

A jurisprudência do STF é importante para traçar os limites das competências locais, pois este tribunal vem validando normas que interferem com as relações entre pessoas, tradicionalmente apenas regidas pelo Direito Privado, e que incidem de forma concomitante com legislação federal específica. Em relação ao horário do comércio, por exemplo, o Supremo entende que "Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infringjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição Federal lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local."¹¹

A decisão considera constitucional a Lei paulistana nº 8794/78, que proíbe a abertura de farmácias fora do plantão com o fim de "evitando a dominação de mercado por oligopólio", possibilitar ao pequeno comerciante, estabelecido em área mais carente, garantir a sua sobrevivência, que seria ameaçada pelo deslocamento de muitos de seus clientes para as lojas das grandes cadeias, naturalmente melhor localizadas. O fechamento do pequeno comércio dificultaria o atendimento noturno das pessoas com dificuldade de deslocamento ou que sofram com uma urgência maior.

Outro exemplo foi fornecido pela Lei nº 12.420/99, do Estado do Paraná, que garante aos consumidores o direito a obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis, comercializados nos postos revendedores. Embora a norma qualifique relações comerciais entre destinatários individualizados, a liminar solicitada na

¹⁰Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 480.

¹¹RE nº 174.645/SP, Ac. Unân, da 2ª Turma, pub. 27/02/98, Rel. Min. Maurício Correa.



ADIn proposta foi indeferida, unanimemente, pelo pleno do STF¹². O acórdão prolatado ratificou a competência concorrente dos Estados e a divisão prevista no art. 55, do Código de Defesa do Consumidor. Esta norma importou em uma precisa interpretação federal acerca da competência constitucional da União, que não é passível de regulamentação formal. O artigo traz disposição sobre a interseção de competências, sejam concorrentes, privativas e até comuns, dispondo:

“Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição e publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.”

Grifos nossos

Da leitura conjunta do *caput* e parágrafo primeiro, do art. 55, conclui-se que o legislador ordinário estimulou uma atuação normativa pautada na ponderação entre os princípios e valores a serem preservados que listou, como a vida, saúde, livre iniciativa ou o respeito ao consumidor. As competências para normatizar a proteção a tais postulados estão previstas tanto no artigo sobre competência comum, o 23, quanto nos referentes às competências privativas e concorrentes, 22 e 24. A da União para legislar sobre propaganda, prevista no art. 22, inciso XXIX, não impede que os Estados regulem as relações entre as empresas de comunicação e os consumidores, principalmente em veículos acessíveis à crianças e adolescentes, respaldados em princípios constitucionais e na sua competência para protegê-los.

É fundamental examinar todas as regras e princípios que tratam da competência, que constitui o delineamento básico das atribuições estatais para proteção de direitos. Quando a própria Constituição determina que alguns direitos, os dos consumidores, da infância e da juventude entre eles, devam ser protegidos por diversas entidades públicas componentes da Federação, torna-se incompatível com a *mens legis* constitucional tolher a atuação estadual em razão da competência privativa da União para legislar sobre uma espécie de relação jurídica comercial – a propaganda.

¹² ADIn MC nº1980/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, pub. 25/02/00.



15
fes. 27

Cabe ao ente maior regular a essência da atividade, como as condições contratuais e responsabilização das partes. No entanto, quando o produto da atividade de propaganda atravessa os limites de direitos humanos a serem preservados, como os voltados à sadia formação moral da criança e do adolescente, já não mais é possível focá-la sob o ponto de vista meramente negocial, sob pena de por em segundo plano tais fundamentais direitos.

IV – A SUJEIÇÃO PASSIVA E A RAZOABILIDADE DAS SANÇÕES COMINADAS

A edição da Lei nº 3871/2002 decorreu do exercício do Poder do Polícia do Estado, necessário a preservar direitos sociais difusos. Está voltada à *peças jurídicas responsáveis pela criação, confecção e distribuição das peças publicitárias*, que tragam expressões e ilustrações imorais. Neste conceito incluem-se as agências de publicidade, que as criam, bem como as gráficas que as confeccionam, sejam panfletos, revistas ou jornais. A terceira conduta legalmente enquadrável, *distribuição*, utilizada no art. 3º, deve ser entendida de forma mais ampla possível, incluindo toda a mídia em geral, jornais, rádios e televisões, pois todas utilizam "palavras, expressões e ilustrações." Embora a lei vá incidir muito mais sobre os jornais, pois são a espécie de mídia onde está, de fato, a publicidade regulada, não se pode restringir sua interpretação apenas à distribuição física e individualizada, típica dos jornais impressos, sob pena de impedir a efetividade de uma norma protetiva, o que excluiria alguns de seu âmbito de atuação, de forma anti-isonômica.

A norma foi atécnica ao denominar os sujeitos passivos de formas distintas, o que gera dúvida interpretativa. O art. 3º, cujo texto foi destacado no parágrafo anterior, utiliza a expressão "peças jurídicas", enquanto o artigo 4º, que trata da punição decorrente da reincidência, prevê o "cancelamento do registro das respectivas firmas." Esta equivocidade redacional decorreu de desatenção à recomendação expressa na Lei Complementar nº 95/98, que sugere a redação clara e precisa através do art. 11. A leitura de seu inciso II permite concluir que, *para obtenção de precisão*, é útil "expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego da sinonímia com o propósito meramente estilístico;"

A utilização da palavra "firmas", em lugar da anteriormente aplicada e mais técnica "peças jurídicas", além de acarretar perplexidade importa em erro, no que concerne ao conceito comercial. Firma é o nome ou a assinatura da pessoa jurídica, não podendo ser confundida com a própria. Assim leciona José Edwaldo Tavares Borba:



16
fis. 25

“O nome comercial se apresenta sob as modalidades da firma ou razão social e da denominação. A firma é constituída a partir dos nomes dos sócios, compondo-se destes ou de alguns dentre estes, seguidos da expressão “& Cia.”, a qual representa os sócios que não figuram na firma. A firma é também a assinatura da sociedade, sendo ela própria firmada pelos gerentes nos documentos e contratos da pessoa jurídica.”¹³

Grifos nossos

Quanto à interpretação da lei, resta aduzir que utiliza um conceito jurídico indeterminado¹⁴ – “expressões e ilustrações consideradas imorais”. Não esclareceu qual órgão será o intérprete aferidor da imoralidade, o que cabe ao Executivo nos termos do art. 84, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001. Também não forneceu parâmetros para aferição da imoralidade, o que não quer dizer que possa ser arbitrária. O órgão que vier a receber esta atribuição, de compreender e explicitar o sentido da norma¹⁵, deve respeitar a utilização de ilustrações, fotos e expressões de uso já corriqueiro pela mídia em geral, o que demonstra terem se tornado comuns. O foco da aplicação da lei deve estar voltado para a formação moral da criança e do adolescente, pois a liberdade constitucionalmente garantida, sem limites, é à informação não à formação, que deve ser pautada nos valores constitucionais, em torno dos quais agrega-se uma sociedade.

Em relação à proporcionalidade das sanções cominadas na lei, que vão de mil a dez mil UFIRs, parecem-me igualmente adequadas, pois estão no mesmo patamar que os valores e parâmetros previstos em já sedimentadas leis federais, voltadas a coibir condutas idênticas ou assemelhadas às aqui tratadas. O art. 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que a multa variará entre duzentas e três milhões de UFIRs, limite dentro do qual a lei estadual enquadra-se. O art. 49, do Código Penal, determina que a pena pecuniária variará entre 10 a 360 dias multa, sendo que o valor de cada dia multa será de um a cinco salários mínimos. O art. 60 e seu parágrafo permitem que o juiz aumente a pena em até o triplo, em atenção à situação econômica do réu. Conclui-se que a multa penal começa em dez salários-mínimos, dois mil reais em outubro de 2002, podendo chegar a 360 mil reais, antes da triplicação. Razoável, portanto, a faixa de cominação da lei estadual, pois parte de piso até inferior ao estabelecido e estaciona em valores bens inferiores aos máximos previstos nas leis federais, embora

¹³ *Direito Societário*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.34.

¹⁴ Leciona José dos Santos Carvalho Filho serem tais conceitos um fator de abstração cuja interpretação depende de aspectos inerentes à apreciação subjetiva do intérprete. *O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados*, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral, do Estado do Rio de Janeiro*, nº 54, 2001, p.109/110.

¹⁵ Este é o conceito de interpretação de Peter Häberle, ob.cit., p.14.



suficientes a desestimular a atividade de que trata.

Quanto à proporcionalidade da pena de cancelamento do registro comercial ou civil, prevista no já referido art. 4º, embora pareça excessiva e ofensiva ao direito de propriedade, ressalte-se que somente é aplicável em caso de repetido desrespeito à lei. Já existe há mais de uma década em nosso ordenamento jurídico, jamais tendo sido julgada inconstitucional. Dispõe o art. 56, do CDC:

“Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

(...)

IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;

E é justo que assim seja, pois a propriedade, seja ela de bens móveis, imóveis, de fundo de comércio ou de direitos em geral, só se justifica se condicionada à sua função social, nos termos do inciso XXIII, do art. 5º, da Constituição Federal.¹⁶ Ninguém pode dela dispor e fazer uso em reiterada colidência com os princípios plasmados na Constituição e nas leis, pois são eles que delineiam esta função social. A Constituição garantiu a defesa do consumidor e a livre concorrência no mesmo Capítulo I, do Título VII, que trata dos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, sem estabelecer qualquer hierarquia no exercício de forma absoluta. Se a pessoa jurídica desconsidera os direitos dos consumidores sua existência passa a colidir com princípios constitucionais, sendo plenamente válida sua extinção compulsória.

V - CONCLUSÕES

1) Os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, previstos nos arts. 1º, inciso IV e 170, inciso IV, não preponderam sobre outros princípios e valores, igualmente importantes, como a dignidade da pessoa humana, o respeito aos valores sociais do trabalho, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a proteção da família, em especial da infância e da juventude, previstos nos arts. 1º, inciso IV, 170, incisos III e V, 24, inciso XV e 221, inciso IV, da CF.

¹⁶ Sobre o tema, leciona Sonia Rabello de Castro:

“Podemos destarte concluir que, ao aparecer no mundo jurídico, a propriedade nasce obrigatoriamente condicionada à sua função social. O exercício do direito de propriedade, sem função social é, pois, inconstitucional. A propriedade não preexiste à sua função social, mas só existe, constitucionalmente, se está a ela atrelada.” *O Estado na preservação dos bens culturais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p.12.



18
fes. 30

2) O legislador ordinário federal já ponderou tais princípios constitucionais através do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo feito clara opção em favor da preservação da sadia e saudável evolução moral da criança e do adolescente, através de dispositivos como os arts. 55, da Lei nº 8078/90, 78 e 81, da Lei nº 8069/90.

3) Compete ao Estado, de forma concorrente com a União, regular a efetivação de tais princípios no âmbito de seu território, em atenção ao disposto no art. 24, inciso XV, da CF. É normal que ao fazê-lo incorra em interseção com competência privativa da União, pois o Direito é um sistema de normas que se interpenetram.

Não existe fundamento para afirmar serem preponderantes as competências privativas sobre as concorrentes. Muito ao contrário, sempre que estiverem voltadas à proteção da dignidade da pessoa humana e de direitos difusos, é possível concluir que a regulação de direitos individuais deve adequar-se à normatização das relações mais amplas, para que o sistema mantenha-se íntegro.

4) A Lei Estadual nº 3871/2002 adequou-se aos ditames constitucionais que versam sobre a proteção do consumidor, da infância e da juventude, sem restringir, além do estritamente necessário, o exercício da atividade de publicidade. Tendo em vista que a restrição ocorreu sobre a divulgação de atividades criminosas, a norma local incidiu até de forma branda.

5) A Lei respeitou os parâmetros de proporcionalidade previamente estabelecidos no sistema legislativo nacional, no que concerne ao montante pecuniário das punições cominadas e à cassação do registro das empresas infratoras reincidentes. As sanções cominadas são razoáveis porque proporcionais aos fins almejados e à lesividade social das condutas que a norma pretende evitar.

6) Não vislumbro conveniência nem fundamento para propositura de ação declaratória de inconstitucionalidade. A conduta mais adequada está voltada à pronta regulamentação da lei e empenho em prol de sua efetivação.

É o que me parece, s.m.j.


FERNANDO LEMME WEISS
PROCURADOR DO ESTADO


Mat. 269.278-8

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo N.º E12 4178 102
Data 19/06/02 fls. 31
Rubrica _____

AO CABINETE

RECORDO, DATA VEMIA, DO PARECER
FJLW/DSP/PGE PELAS RAZÕES EXPOSTAS
EM MEU PARECER 19/02 - JAVI/DSP/PGE
CONSTANTE DO PROCESSO E-12/1822/200
EM ADENSO, O QUAL FOI APROVADO
CONFORME VISTO DO SRA. PROCURADORA
GERAL, GERANDO VETO DA SRA.
GOVERNADORA AO PROJETO DE LEI
ENTENDO SER A LEI EM CAUSA
INCONSTITUCIONAL NAO OBRIGANDO
ASSIM O EXECUTIVO A PERSEGUIR
SEU CUMPRIMENTO, NAO SE JUSTIFICANDO
PROPOSTURA DE AÇÃO DECLARATORIA.

23/10/2002



JOÃO M. A. VELLOSO
Procurador do Estado
Mat. 153.199

GABINETE DO
PROCURADOR GERAL
DATA: 23/10/02 HORA: 17:15
Funcionário _____



Procuradoria Geral Do Estado

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo nº E-12/4178/02
Data: 19/0602 Fls. 33
Rubrica _____


VISTO

De acordo com o bem lançado Parecer nº 1/2-FJLW/PSP/PGE, lavrado pelo Sr. Procurador do Estado Dr. FERNANDO LEMME WEISS, no sentido de o Estado possuir competência legislativa concorrente (art. 24, CF) para, respeitada a legislação federal geral legitimamente editada, estabelecer normas que protejam a infância e a juventude e os consumidores, o que recebeu Visto discordante da douda Chefia da Procuradoria de Serviços Públicos – PSP.

Com efeito, malgrado a complexidade das matérias concernentes à divisão federativa de competências, o fato de a Constituição Federal atribuir competência legislativa privativa à União em determinadas searas do Direito (art. 22, CF) não impede que os Estados legislem concorrentemente, na forma dos Parágrafos do art. 24, CF, sobre pontos específicos, integrantes daqueles ramos, mas destacados para constarem do rol de competências legislativas concorrentes integrantes do art. 24:

Ao Gabinete Civil.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2002.


GERALDO ARRUDA FIGUEREDO

Procuradora Geral do Estado