

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A questão posta em debate cinge-se a saber se os Estados podem, com base no art. 24, V, da CF, legislar sobre exposição de produtos orgânicos em estabelecimentos comerciais, dispondo de modo mais rigoroso do que a norma federal sobre a matéria.

I - Legitimidade da ABRAS

Preliminarmente, afasto a alegação de ilegitimidade da Associação Brasileira de Supermercados.

Atendendo à representatividade adequada, a entidade de classe deve preencher os seguintes requisitos: abrangência nacional, delimitação subjetiva da requerente, pertinência temática e compatibilidade entre a abrangência da representação da requerente e o ato questionado.

Esse é o atual posicionamento do STF, o qual pode ser sintetizado no seguinte julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 8º, 9º E 10 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 125/2012, DE MINAS GERAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES DE CLASSE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 42, §§ 1º E 2º, E 142, § 3º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXIGÊNCIA DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA O ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS. ARTIGO 22, XXI E XXIII. **1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece os seguintes requisitos a serem atendidos pelas entidades de classe no ajuizamento de ação de controle concentrado: a) abrangência nacional; b) delimitação subjetiva da associação; c) pertinência temática; e d) compatibilidade entre a abrangência da representação da associação e o ato questionado. Requisitos atendidos pelas associações postulantes**. Legitimidade ativa reconhecida. (...) 4. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, julgada improcedente”. (ADI 4.912, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 24.5.2016) – grifei.

Sobre a questão da legitimidade ativa de entidade de classe para propositura de ação direta, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“Merece especial menção a controvérsia sobre a legitimação das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional, tendo em vista os problemas suscitados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O direito de propositura das confederações sindicais e das organizações de classe de âmbito nacional prepara significativas dificuldades práticas.

A existência de diferentes organizações destinadas à representação de determinadas profissões ou atividades e a não existência de disciplina legal sobre o assunto tornam indispensável que se examine, em cada caso, a legitimação dessas diferentes organizações.

Causam dificuldade, sobretudo, *‘a definição e a identificação das chamadas entidades de classe’*, uma vez que, até então, inexistia critério preciso que as diferenciasse de outras organizações de defesa de diversos interesses. Por isso, está o Tribunal obrigado a verificar especificamente a qualificação dessa confederação sindical ou organização de classe instituída em âmbito nacional.

Nesse sentido, merece especial referência a controvérsia sobre a legitimação das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional, tendo em vista os problemas suscitados, desde então, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Definição de entidade de classe: a noção de *‘entidade de classe’* abarca grupo amplo e diferenciado de associações, que não podem ser distinguidas de maneira simples.

Essa questão tem ocupado o Tribunal praticamente desde a promulgação da Constituição de 1988.

Em decisão de 5-4-1989 (ADIn - MC 34-DF) tentou o Tribunal definir a noção de *‘entidade de classe’*, ao explicitar que é apenas a associação de pessoas que representa o interesse comum de uma determinada categoria intrinsecamente distinta das demais. Nesse mesmo julgamento, firmou-se a tese de que os grupos formados circunstancialmente como a associação de empregados de uma empresa não poderiam ser classificados como organizações de classe, nos termos do art. 103, IX, da CF.

A ideia de um *‘interesse comum essencial de diferentes categorias’* fornece base para distinção entre a organização de classe, nos termos do art. 103, IX, da Constituição, e outras associações ou organizações sociais. Dessa forma, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que o constituinte decidiu por uma *‘legitimação limitada’*, não permitindo que se convertesse o direito de propositura dessas organizações de classe em autêntica ação popular.

Em outras decisões, o STF deu continuidade ao esforço de desdobrar a definição de *‘entidade de classe de âmbito nacional’*.

Segundo a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, não configuraria entidade de classe de âmbito nacional, para os efeitos do art. 103, IX, organização formada por associados pertencentes a categorias diversas. Ou, tal como formulado, não se configuram como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a extratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes. Tampouco se compatibilizam com essa noção as entidades associativas de outros segmentos da sociedade civil, por exemplo a União Nacional dos Estudantes UNE.

Não se admite, igualmente, a legitimidade de pessoas jurídicas de direito privado, que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, exatamente em decorrência desse hibridismo, porquanto noção conceitual (de instituições de classe) reclama a participação, nelas, dos próprios indivíduos integrantes de determinada categoria, e não apenas das entidades privadas constituídas para representá-los.

Da mesma forma, como regra geral, não se reconhece natureza de entidade de classe àquelas organizações que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações, uma vez que, nesse caso, faltar-lhes-ia exatamente a qualidade de entidade de classe.

(...)

Na noção de 'entidade de classe' na jurisprudência do Tribunal não se enquadra, igualmente, a associação que reúne, como associados, órgãos públicos, sem personalidade jurídica e categorias diferenciadas de servidores públicos (v. g. , Associação Brasileira de Conselhos de Tribunal de Contas dos Municípios ABRACCOM).

Quanto ao caráter nacional da entidade, enfatiza-se que não basta simples declaração formal ou manifestação de intenção constante de seus atos constitutivos. Faz-se mister que, além de uma atuação transregional, tenha a entidade membros em pelo menos um terço das Unidades da Federação, ou seja, em 9 dessas unidades (Estados-membros e Distrito Federal) número que resulta da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95, art. 7º, § 1º)". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* , 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 1188-1191)

In casu , a requerente (Associação Brasileira de Supermercados) não é formada por associados pertencentes a categorias diversas, **mas congrega associados de uma mesma atividade economia – atividade de supermercados** , consoante descreve o documento contido no eDOC 13.

É certo que a jurisprudência desta Corte tem reconhecido a legitimidade da sociedade civil organizada em sede de controle concentrado, consoante expressam as seguintes ementas:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de entidade de classe de âmbito nacional previsto no art. 103, IX, da CRFB. 2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. 3. ‘In casu’, a entidade proponente da ação ‘sub judice’ possuir ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente . (...) 11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.” (ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 27.6.2012) - grifei.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS . MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO,

DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. **1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la**. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.(...) 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)". (ADI 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2016) - grifei.

Quanto à pertinência temática, esta resta demonstrada pela natureza da requerente – entidade civil, de âmbito nacional, sem fim lucrativos, aliada à finalidade de *“proteger a categoria contra todos os fatores que possam impedir ou dificultar o seu desenvolvimento e funcionamento”* (art. 2º do estatuto – eDOC 13).

Assim, conheço da ação.

II - Constitucionalidade de legislação estadual que dispõe sobre exposição de produtos orgânicos em estabelecimentos comerciais.

Após detida análise do caso, verifico que parte da controvérsia consiste em saber se o conteúdo da lei impugnada invade a competência privativa da União para dispor sobre direito comercial (art. 22, I, CF/88) ou se a matéria é afeita ao direito do consumidor, de competência concorrente da União e dos Estados (art. 24, V, CF/88).

Não raras vezes surgem dúvidas sobre os limites da competência legislativa dos entes federados, tendo em vista os critérios utilizados pelo próprio constituinte na sua definição e a aparente vinculação de uma determinada matéria a mais de um tipo de competência.

Ao constatar-se aparente incidência de determinado assunto em mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina a norma, que possui direta relação com o princípio da predominância de interesses. (DEGENHART, Christoph. Staatsrecht, I, Heidelberg, 22^a edição, 2006, p. 56-60)

No presente caso, alega-se que a disposição dos produtos em um supermercado para venda ao consumidor é ato de comércio e, portanto, objeto do direito comercial. Constato, no entanto, que a norma impugnada se dirige à proteção do consumidor, para garantir ao cidadão o **devido acesso à informação** a respeito dos produtos orgânicos disponíveis nos estabelecimentos comerciais.

O ato normativo em questão assegura ao consumidor o direito de obter facilmente informação a respeito do tipo de produto cuja exposição se pretende privilegiar. Conforme justificativa que acompanhou o projeto de lei, pretendeu o legislador facilitar para o consumidor a localização dos produtos orgânicos e estimular seu consumo.

Ora, é próprio do Poder Legislativo adotar medidas que estimulem ou desencorajem determinado comportamento. Lembro, de passagem, a ilustrativa doutrina de Thaler e Sunstein, em sua obra *Nudge*, quando afirmam que escolhas arquitetônicas como essa podem aprimorar a vida dos cidadãos e concretizar políticas públicas relacionadas à área da saúde. Sustentam os doutrinadores que pequenos detalhes, por vezes aparentemente irrelevantes, impactam a tomada de decisões das pessoas. Quando orientações como essa versam sobre produção e consumo, como é o caso, compete à União e aos Estados legislar concorrentemente a respeito.

IIIb Conflito entre legislação Estadual e Federal

Também não prospera a alegação da autora de que a norma em questão impõe obrigação gravosa aos comerciantes sujeitos à legislação estadual, diante de norma federal considerada mais branda pela requerente.

E firme a jurisprudência deste Tribunal a consignar que, em sede de competência concorrente, o livre espaço para a atividade legislativa estadual é autorizado na hipótese de não existir legislação nacional a contemplar a matéria. Ao existir norma geral, a legislação estadual poderá preencher eventuais lacunas, como claramente previsto no texto constitucional. (ADI 2.396, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 14.12.2001)

O princípio da lealdade à Federação, extraído da própria existência do Estado Federal, do próprio princípio federativo, foi conceituado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) como a obrigação de todas as partes integrantes do pacto federal de atuar de acordo com o espírito do referido pacto e de colaborar com a sua consolidação, protegendo os interesses comuns do conjunto (*BVerfGE* 1, 299 315)

Assim, o princípio da lealdade à Federação atua como um dos mecanismos de correção, de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a Federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da Federação, dando lugar a uma ética institucional objetiva, de caráter jurídico, não apenas político e moral (ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana* , Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1986, p. 247) .

Nesse sentido, o Decreto Federal n. 6.323, de 27 de dezembro de 2007, que regulamentou a Lei federal n. 10.831, estabelece normas para a comercialização de produtos orgânicos no mercado interno. Determina que no comércio varejista os produtos orgânicos que não possam ser diferenciados visualmente dos similares não orgânicos devem ser mantidos em espaço delimitado e identificado, ocupado unicamente por produtos orgânicos.

A norma estadual, por sua vez, determina que os produtos orgânicos serão expostos em espaços exclusivos, identificados em cada área ou seção do estabelecimento comercial, de modo a segregar os produtos orgânicos dos demais. Determina, ainda, que essa identificação deve ser de fácil visualização pelo consumidor.

Ora, o único acréscimo de fato feito pelos legisladores paulistas foi a ampliação de obrigação já contida em norma federal. Enquanto esta se refere à segregação dos produtos orgânicos de difícil identificação, a lei do Estado de São Paulo impõe a exposição em espaços exclusivos a todos os produtos orgânicos. O preenchimento dessa lacuna em nada contraria a legislação federal, mas age em consonância com ela, protegendo os interesses comuns da federação.

Colho, ainda, trecho do voto da Min. Cármen Lúcia na ADI 2.730 (DJe 27/05/2010):

“De resto, a forma de apresentação dos produtos elaborados sem a utilização de glúten está relacionada com a competência concorrente do Estado para legislar sobre consumo e proteção e defesa da saúde (art. 24, incisos V e XII, da Constituição da República), sendo que o § 1º do art. 55 do Código de Defesa do Consumidor também atribui aos Estados o **controle da publicidade de produtos** e do mercado de consumo no interesse da preservação da saúde .

A propósito da determinação para que os produtores de alimentos sem glúten façam constar no rótulo de seus produtos a inscrição ‘não contém glúten’ (parágrafo único do art. 4º da Lei Estadual n. 12.385/02), rememoro o que assentado no julgamento da ADIn n. 2.832 (Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, DJe 19.6.08), no sentido de considerar legítima a competência legislativa suplementar do Estado-membro para assegurar ao consumidor o direito de obter informações sobre os produtos que adquire [...]”

Não vislumbro, portanto, na redação dos dispositivos impugnados, tentativa estadual de suplementar legislação federal já existente.

Ilc Violação à livre iniciativa

Quanto à inconstitucionalidade material, sustenta violação à livre iniciativa, uma vez que os comerciantes não mais poderiam aplicar técnicas de marketing para determinação do *layout* dos seus estabelecimentos.

Como já mencionado, compete ao Poder Público encontrar mecanismos para influenciar as escolhas do cidadão, a fim de que este tome as melhores decisões. Assim sendo, a norma impugnada condiz com os limites da proteção do consumidor, que é estabelecida pela Carta Magna como princípio da ordem econômica (art. 170, V).

Nesse sentido, colho trecho de manifestação do Min. Alexandre de Moraes nos autos da ADI 907 (Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 23/11/2017):

“A jurisprudência desta Suprema Corte é repleta de precedentes nos quais o Tribunal afirmou que a autonomia garantida na Constituição à iniciativa empresarial, embora de importância cardeal para a propagação da atividade econômica no país, não proíbe o Estado de atuar subsidiariamente sobre a dinâmica do fenômeno econômico para garantir que ele sirva ao alcance de objetivos indispensáveis para a manutenção da coesão social, dentre eles, principalmente, aqueles que estão listados nos incisos do art. 170 do texto constitucional, desde que haja proporcionalidade entre a restrição à atividade econômica proposta e a finalidade de interesse público”

Confiram-se, ainda:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 3.885, DE 20/4/2010, DE MATO GROSSO DO SUL. DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR. OPERADORAS DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. OBRIGATORIEDADE DE ENTREGA DE COMPROVANTE ESCRITO EM CASO DE NEGATIVA, TOTAL OU PARCIAL, DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO, CIRÚRGICO OU DE DIAGNÓSTICO, BEM COMO DE TRATAMENTO E INTERNAÇÃO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. NORMA ESTADUAL SUPLEMENTAR. ART. 24, INC. V E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. OBRIGAÇÃO EXTRA CONTRATUAL. DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 5º, INC. XXXVI, 22, INCS. I E VII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A abertura do setor de assistência à saúde à iniciativa privada não obsta a regulação dessa atividade pelo Estado, indispensável para resguardar outros direitos garantidos pela Constituição, em especial a dignidade da pessoa humana, a defesa do consumidor e os direitos à saúde, à

integridade física e à vida. 2. Nos termos do art. 24, inc. V e § 2º, da Constituição da República, os Estados e o Distrito Federal dispõem de competência legislativa suplementar para editar normas de defesa do consumidor. 3. A Lei n. 3.885/2010, de Mato Grosso do Sul, **é ato normativo instrumentalizador do consumidor com meios necessários para sua defesa, além de densificar o direito à informação**, prefacialmente posto no inc. XIV do art. 5º da Constituição da República e seguido pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, inc. IV, 6º, inc. III, e 55, § 4º, da Lei n. 8.078/1990). 4. Mais se revela pertinente a norma de proteção do consumidor quanto maior for a hipossuficiência ou déficit de informação daquele que, transitória ou permanentemente debilitado, esteja em estado de especial vulnerabilidade em face do fornecedor do serviço. 5. **O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor.** 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 4.512, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 17.6.2019) (grifos acrescidos)

Resta evidente, portanto, que não há de se falar em violação à livre iniciativa, mas de cumprimento do dever de informar o consumidor, princípio igualmente essencial para a garantia da ordem econômica.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Plenário Virtual - minuta do voto