



FERNANDO EDUARDO SEREC

CEO de TozziniFreire Advogados e líder do Grupo de Prática de Contencioso Cível; Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

VLADIMIR MIRANDA ABREU

Sócio Coordenador do Grupo de Prática de Agronegócios e de Negócios Imobiliários e Coordenador do Grupo de Afinidade TFAffinity de TozziniFreire Advogados; Master of Comparative Jurisprudence (MCJ) pela New York University, EUA; Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

CLARA PACCE P. SERVA

Advogada Head de Empresas & Direitos Humanos e Coordenadora Pro Bono de TozziniFreire Advogados; Mestranda em Direito Constitucional e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PARECER JURÍDICO

PL 504/2020 – Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

Emitido por consulta de Rodrigo Franco, fundador da Casa Chama

São Paulo, em 20.04.2021



PARECER JURÍDICO

CONSULENTE: Rodrigo Franco, fundador da associação Casa Chama.

Ref.: Constitucionalidade Formal do Projeto de Lei n. 504/2020, da Assembleia Legislativa de São Paulo

1. Objeto da consulta

1. Fomos consultados por Rodrigo Franco, fundador da organização sem fins lucrativos Casa Chama a respeito da constitucionalidade do Projeto de Lei ("PL") n. 504/2020, em trâmite na Assembleia Legislativa de São Paulo, o qual dispunha em sua redação original:

Artigo 1º - É vedado em todo o território do Estado de São Paulo, a publicidade, por intermédio de qualquer veículo de comunicação e mídia que contenha alusão a preferências sexuais e movimentos sobre diversidade sexual relacionado a crianças.
Artigo 2º - As infrações ao disposto no artigo primeiro desta Lei serão, a princípio, multa e o fechamento do estabelecimento que atuar na divulgação até a devida adequação ao que dispõe esta lei.
Artigo 3º - Esta Lei entrará em vigor dentro de trinta dias a contar de sua publicação.

2. Referido Projeto foi alterado por Emenda n. 01, passando a dispor o artigo 1º:

Artigo 1º - É vedada, em todo o território do Estado de São Paulo, a publicidade, por intermédio de qualquer veículo de comunicação e mídia, que contenha alusão a gênero e orientação sexual, ou a movimentos sobre diversidade sexual relacionados a crianças e adolescentes.

3. A respeito do referido Projeto de Lei, fomos consultados quanto à sua constitucionalidade formal¹ por análise estritamente jurídica quanto à competência constitucional do Estado de São Paulo para edição do Projeto de Lei.

4. Buscar-se-á aferir a constitucionalidade (ou não) formal do PL 504/2020, deixando de se imiscuir nos relevantes debates sobre a inconstitucionalidade material do Projeto de Lei no que se refere à violação à pedra angular dos direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, e a outros direitos humanos, dentre os quais a isonomia material, a não discriminação e a liberdade de expressão.

¹ O presente parecer é emitido sem fins partidários ou eleitorais, com análise estritamente jurídica pela perspectiva constitucional atinente à repartição de competências.



5. A matéria comportaria um parecer mais extenso, mas optamos por um texto mais enxuto e didático, focando exclusivamente, como já mencionado, na análise da inconstitucionalidade do PL 504/2020.

2. Repartição Constitucional de Competências e a Preponderância de Interesse

6. A Constituição Federal discorre sobre a repartição de competências, definindo a quem caberá legislar e administrar determinadas matérias. As competências são divididas em Legislativa (para legislar) e Material (de cunho administrativo)².

7. A competência Legislativa diz respeito ao poder legiferante sobre matérias específicas. Subdivide-se em privativa (artigo 22 da Constituição Federal), concorrente (artigo 24 da Constituição Federal), suplementar (artigo 24, § 2º da Constituição Federal) e reservada (artigo 25 da Constituição Federal).

8. A competência Material diz respeito à regulamentação e administração do Estado, refletindo o poder-dever de realização de índole político-administrativa. Subdivide-se em exclusiva (artigo 21 da Constituição Federal) e comum (artigo 23 da Constituição Federal).

9. Alexandre de Moraes³ esclarece que o racional que permeia a repartição de competências decorre do Princípio da Predominância do Interesse, pelo que centralizar-se-ão na União as matérias de predominante interesse geral, aos Estados as matérias de predominante interesse regional e aos municípios os assuntos de predominante interesse local. O artigo 22 dispõe sobre matérias de competência privativa da União por "clara supremacia em relação aos demais entes federativos, em virtude da relevância de tais disposições". É o que aponta também o Supremo Tribunal Federal (ADI 4.228, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 01.08.2018).

10. Eventual violação à repartição de competências impõe à norma vício de inconstitucionalidade formal, como aponta José Afonso da Silva⁴, por formada por autoridade incompetente ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição. A inconstitucionalidade formal se contrapõe à material, existente quando o conteúdo da lei ou ato contraria preceito ou princípio da Constituição. Cumpre-nos, portanto, avaliar se a edição do projeto de lei encontra-se amparada na competência legislativa do Estado para, com isso, avaliar se revestido de constitucionalidade formal.

² David Araujo e Serrano Nunes Junior apontam, outrossim, a repartição horizontal de competências legislativas, pela qual enumeram-se no texto constitucional as competências legislativas atribuídas à União (art. 22) e aos Municípios (art. 30), reservando aos Estados-Membros as remanescentes (DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 295/296)

³ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 632 e 643.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47



3. Análise do PL 504/2020: Competência Legislativa Privativa da União vs. Competência Legislativa Concorrente

11. Atendendo à lógica da preponderância de interesses, o artigo 22 da Constituição Federal dispõe sobre a competência legislativa privativa da União Federal, concluindo em seu último, mas não menos importante, inciso (XXIX) a “propaganda comercial”, o qual é arrolado junto com “telecomunicações e radiodifusão” (inciso IV). Caberá somente à União Federal editar normas que versem sobre publicidade, notadamente em telecomunicação e radiodifusão.

12. O embate entre a competência da União e dos Estados em matéria de radiodifusão e telecomunicação não é novo, tendo sido apreciado reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal com entendimento unívoco pela inconstitucionalidade formal da Lei Estadual que adentre na competência da União para legislar sobre referidos temas⁵.

13. Igual conclusão se extrai do diálogo entre matérias de competência constitucional concorrente e privativa, prevalecendo a Competência Privativa da União. Nesse sentido, reconheceu-se a inconstitucionalidade formal da Lei 16.751/2015 do Estado de Santa Catarina que vedava a propaganda de medicamentos e similares em meios de comunicação (ADI 5.424, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19.09.2018). Naquela oportunidade, o Estado de Santa Catarina fundamentou a edição da Lei como decorrente de sua competência concorrente quanto à tutela do direito à saúde. Ao sopesá-lo em cotejo com a competência privativa da União para legislar sobre propaganda, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que a norma estadual usurpava a competência privativa, pelo que formalmente inconstitucional.

14. Igualmente avaliado o choque entre a competência concorrente para tutela da infância e juventude e a competência privativa da União, com prevalência desta última, conforme se decidiu na ADI 2.960 (rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.04.2013), em que se declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado do Rio Grande do Sul que dispunha sobre a proibição de menores de dez anos de viajar nos bancos dianteiros de veículos, por violar a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte.

15. Não obstante privilegие-se a regra da cooperação entre os entes, a solução dada ao conflito se funda, como visto, no critério da preponderância de interesses⁶

16. O racional de tal entendimento é exposto no acórdão do RE 194.704, de relatoria do Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017, em que se esclareceu que a competência dos entes regionais e locais não poderá invadir (i) a competência expressamente indicada como

⁵ Nesse sentido, vejam-se ilustrativamente: ADI 6.089, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.02.2021; ADI 5.724, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27.11.2020; ADI 5.574, Rel. Min. Edson Fachin, j. 27.09.2019; ADI 5.830, Rel. Min. Luiz Fux, j. 30.08.2019; ADI 4.401, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30.08.2019; ADI 5.575, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.10.2018.

⁶ No ponto, pertinente lição do Min. Gilmar Mendes e de Paulo Gustavo Gonçalves Branco (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 12a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://forumbturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1370-Curso-de-Direito-Constitucional-2017-Gilmar-Ferreira-Mendes-e-Paulo-Gustavo-Gonçalves-Branco.pdf>)



privativa ou (ii) os casos em que norma federal expressamente afaste o poder de complementação detido pelos entes estaduais e municipais.

17. Assim, é latente que o Estado de São Paulo invade a competência privativa da União ao editar o Projeto de Lei 504/2020 que trata da publicidade em qualquer veículo de comunicação e mídia.

18. Sem mais delongas, aponta-se por fim que, no que atine ao debate entre a liberdade de expressão dos meios de comunicação e a proteção da criança e do adolescente, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na ADI 2.404, de relatoria do Min. Dias Toffoli, j. 31.08.2016. Nesse sentido, destacou a relevância da classificação indicativa como mecanismo apto a oferecer aos telespectadores as indicações, as informações e recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado, competência esta também facultada somente à União, conforme dispõe o artigo 21, XVI, da Carta Magna. Naquela oportunidade, foi firme o posicionamento da Corte sobre a impossibilidade de limitação da liberdade de expressão, pelo que a classificação indicativa não se confunde com licença e nem mesmo com possibilidade de restrição de horário. Ora, se a Constituição não autoriza a restrição de horário⁷, muito menos se poderia inferir autorização ao legislativo para proibição da veiculação de conteúdo, sob pena de incorrer em censura prévia.

4. Conclusão

19. Por todo o exposto, resta claro que o Projeto de Lei n. 504/2020 em trâmite na Assembleia Legislativa de São Paulo padece de constitucionalidade formal por violação à competência privativa da União (art. 22, XXIX c/c IV, CF).

São Paulo, 20 de abril de 2021

Fernando Eduardo Serec
(CEO)

Vladimir Miranda Abreu

Clara Pacce P. Serva

⁷ O horário, como aponta o STF, é recomendado, não autorizado.