

**PARECER Nº 1250/2009 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0491/09.**

Trata-se de projeto de lei, de iniciativa do nobre Vereador Antonio Carlos Rodrigues, que visa alterar a redação de dispositivos da Lei nº 14.805, de 4 de julho de 2008, que consolida a legislação sobre o tabagismo no Município de São Paulo.

De acordo com a justificativa apresentada às fls. 4, a proposição intenta suplementar a legislação estadual sobre a matéria no intuito de facilitar a fiscalização e a respectiva aplicação de multas.

O projeto pode prosperar na forma sugerida, porquanto trata-se de típica manifestação do poder de polícia administrativa acerca de matéria inserida na competência municipal, como será demonstrado.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>2</sup>, poder de polícia é a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Entende-se que o efetivo exercício do poder de polícia reclama, a princípio, medidas legislativas limitativas que servirão de base para uma futura atuação concreta da Administração nessa condição, razão pela qual é comum afirmar que a polícia administrativa se desdobra em uma competência legislativa e uma competência administrativa, como entende, também, Marçal Justen Filho<sup>3</sup>, nesses termos:

O chamado poder de polícia se traduz, em princípio, em uma competência legislativa. [...] Até se poderia aludir a um poder de polícia legislativo para indicar essa manifestação da atuação dos órgãos integrantes do Poder Legislativo, em que a característica fundamental consiste na instituição de restrições à autonomia privada na fruição da liberdade e da propriedade, caracterizando-se pela imposição de deveres e obrigações de abstenção e de ação. Usualmente, a lei dispõe sobre a estrutura essencial das medidas de poder de polícia e atribui à Administração Pública competência para promover a sua concretização. (grifamos)

Estar-se-ia diante de uma ilegalidade se, através da atuação legislativa, ocorresse o sacrifício total do direito à utilização de produtos fumígenos, o que não se verifica no presente caso, considerando que há apenas uma restrição em determinados locais, própria da essência do poder de polícia.

Da mesma forma, preleciona Hely Lopes Meirelles<sup>4</sup>:

As liberdades admitem limitações e os direitos pedem condicionamento ao bem-estar social. Essas restrições ficam a cargo da polícia administrativa. Mas sob a invocação do poder de polícia não pode a autoridade anular as liberdades públicas ou aniquilar os direitos fundamentais do indivíduo...

Desse modo, sob o estrito aspecto jurídico, denota-se que o projeto em tela regula aspecto inserido no âmbito da competência legislativa do poder de polícia, uma vez que apenas traça o contorno do direito ao consumo de produtos fumígenos em locais de frequência coletiva, tendo em vista a proteção da higidez de tais locais em prol do bem-estar coletivo, e não implicou o sacrifício total do exercício do direito em questão, apenas delineou esse direito, considerando que prevê locais em que será permitida a respectiva utilização.

Sob outro aspecto, sabe-se que a Constituição Federal determina que podem legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde a União, os Estados, Distrito Federal e também os Municípios, para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, dentro dos limites do predominante interesse local (artigos 24, inciso XII, e 30, incisos I e II).

Dada a possibilidade de todos os entes federativos de editar normas relativas às matérias constantes do art. 24 do texto constitucional, conflitos surgiram quando

da elaboração de normas com o mesmo tema, situação que criou um estado de incerteza quanto à aplicabilidade de tais legislações.

Nesse passo, firmou-se o entendimento de que a norma a ser aplicada é aquela mais restritiva como forma de melhor garantir o direito em questão, dada sua natureza. Tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi adotado em assuntos relativos à proteção ao meio ambiente e defesa da saúde pública, ambos inseridos também na competência legislativa concorrente e administrativa comum de todos os entes federativos, consoante se depreende de trecho transcrito no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1095:

Em matéria de proteção à saúde e de defesa do meio ambiente, a competência legislativa é concorrente, a teor do art. 24, VI e XII, da Constituição.

De outro lado, também, a defesa da saúde, conforme estabelece o art. 196 da Carta Magna é competência do Estado genericamente compreendido. Portanto, não é apenas da União, mas também dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

.....

Por fim, como bem ressaltai, em voto oral, quando do julgamento da ADI 3.937-MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio,

“tenho defendido, não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi já na Corte Estadual a qual pertenci, como também tive oportunidade de manifestar esse entendimento nesta Suprema Corte, no sentido de que, em matéria de proteção do meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando dos municípios”. (grifamos)

Ante tal panorama, a Lei Estadual nº 13.541, de 07 de maio de 2009, proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco em ambientes de uso coletivo na forma que especifica, revestindo-se por ora do caráter de norma mais restritiva dentre outras editadas pelos demais entes federativos competentes sobre o tema cuja aplicação ocorre no Município de São Paulo, quais sejam, Lei Federal nº 9.294, de 15 de julho de 1996 e Lei nº 14.805, de 4 de julho de 2008.

Desse modo, na medida em que a propositura intenta estabelecer algumas normas mais brandas em comparação àquelas estabelecidas pela legislação estadual, tais disposições não podem prevalecer, considerando o entendimento da Corte Suprema sobre o conflito de normas em matéria de competência concorrente já demonstrado, extrapolando-se, conseqüentemente, o exercício da competência suplementar municipal, razão pela qual sugerimos a apresentação de um substitutivo aprimorando a proposta original. Senão vejamos.

A proposição altera a redação do caput do art. 1º para incluir os locais privados no âmbito da incidência da norma, alterando-se conseqüentemente os locais onde o consumo de fumígenos, derivados ou não do tabaco, será proibido.

Todavia, a redação do § 2º do art. 1º da proposição merece reparo, porquanto impõe ao responsável dos locais que especifica a necessidade de advertência aos frequentadores da proibição e estabelece, caso o usuário de produtos fumígenos persista na utilização, a necessidade de comunicação do fato aos órgãos municipais de fiscalização, sob pena de responsabilidade solidária com o infrator por omissão, aplicando-se multa de idêntico valor.

Desse modo, sugerimos a alteração da redação do dispositivo nos mesmos moldes daquela estabelecida na legislação estadual (art. 3º, caput), com a retirada do consumidor de fumígenos que persistir em sua utilização, se necessário, com auxílio de força policial, o que favoreceria os demais frequentadores do recinto e a higidez do ambiente, garantindo, portanto, um grau maior de efetividade à norma e à proteção e defesa da saúde, considerando que a redação atual da propositura ensinaria a situação do responsável pelo estabelecimento de apenas comunicar o fato aos órgãos de fiscalização e não cessar a conduta de imediato e, caso não proceda à respectiva comunicação, sofrer a aplicação de multa em conjunto com o usuário.

Com relação à alteração que se pretende operar no art. 2º da lei municipal, poderá ser realizada normalmente dado que excepciona determinados lugares do âmbito de incidência da limitação consideradas suas características.

Já a previsão constante do art. 3º da propositura que dispõe sobre a aplicação de multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), dobrada na reincidência, acrescida de cassação do alvará de funcionamento na segunda reincidência, sem prejuízo da aplicação por infrações previstas na legislação federal ou estadual, nos parece menos restritiva que a aplicação direta das penalidades previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, como preceitua a legislação estadual (art. 4º, § único), uma vez que traz um leque maior de possibilidades ao agente fiscalizador, seja pela natureza das sanções, seja pela forma de aplicação que deverá observar os artigos 57 a 60 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que entre outras previsões, gradua a pena de multa de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, e para incidência da pena de cassação de alvará de funcionamento prevê a instauração de prévio procedimento administrativo, assegurada ampla defesa.

Tal alteração ensejará, por consequência, a exclusão do art. 7º da lei que prevê valores de multa para as infrações constantes do art. 1º e 2º do diploma legal.

A nova redação ao art. 4º da lei trazido pelo presente projeto pode se operar normalmente porquanto trata de medidas de colaboração para a fiel observância das normas relativas à proteção e defesa da saúde.

Ressalta-se que as disposições constantes dos artigos 5º, 6º e 8º da lei municipal permanecerão inalterados.

Impõe-se, contudo, a manifestação das Comissões competentes, previstas no art. 39 do Regimento Interno desta Câmara, quanto à conveniência e oportunidade da implementação das medidas que se intenta adotar na propositura.

Por se tratar de matéria sujeita ao quórum de maioria simples para deliberação, é dispensada a votação em Plenário, cabendo tal prerrogativa às Comissões Permanentes, na forma do art. 46, inciso X, do Regimento Interno desta Casa.

Ante o exposto, somos PELA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE, na forma do substitutivo proposto.

### **SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 0491/09.**

Altera dispositivos da Lei nº 14.805, de 04 de julho de 2008, que consolidou a legislação municipal sobre tabagismo, e dá outras providências.

A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:

Art. 1º Os artigos 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 14.805, de 4 de julho de 2008, que consolidou a legislação municipal sobre tabagismo, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Fica proibido, no âmbito do Município de São Paulo, em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados, o consumo de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco.

§ 1º Aplica-se o disposto no “caput” deste artigo aos recintos de uso coletivo, total ou parcialmente fechados, em qualquer de seus lados por paredes, divisórias, teto ou telhado, ainda que provisórios, onde haja permanência ou circulação de pessoas.

§ 2º Para os fins desta lei, a expressão “recinto de uso coletivo” compreende, dentre outros:

I – ambientes de trabalho, de estudo, de cultura, de culto religioso, de lazer, de esporte ou de entretenimento;

II – áreas comuns de condomínios;

III – casas de espetáculos, teatros e cinemas;

IV – bares, boates, danceterias, restaurantes e praças de alimentação;

V – hotéis e pousadas;

VI – centros comerciais, bancos e similares;

VII – mercados, supermercados, mercearias, açougues e padarias;

VIII – farmácias e drogarias;

IX – repartições públicas;

X – instituições de saúde;

XI – escolas de todo tipo, museus, bibliotecas e locais de exposições;

X – veículos públicos ou privados de transporte coletivo, viaturas oficiais de qualquer espécie e táxis.

§ 1º Nos locais arrolados nos incisos de I a X deste artigo deverá ser afixada placa, na forma e nas dimensões estabelecidas na regulamentação desta lei, em que conste o aviso de que ali é proibido fumar e o valor da respectiva multa pela infração à proibição, além dos telefones dos órgãos de fiscalização e de defesa ao consumidor.

§ 2º Os responsáveis pelos locais de que tratam os incisos de I a X deste artigo deverão advertir os infratores sobre a proibição nele contida, bem como sobre a obrigatoriedade, caso persista na conduta proibida, de imediata retirada do local, se necessário mediante o auxílio de força policial." (NR)

"Art. 2º O disposto no art. 1º desta lei não se aplica:

I – aos locais de culto religioso em que o uso de produto fumígeno faça parte do ritual;

II – às instituições de tratamento de saúde que tenham pacientes autorizados a fumar pelos médicos que os assistam;

III – às vias públicas e aos espaços livres;

IV – às residências;

V – aos estabelecimentos específica e exclusivamente destinados ao consumo no próprio local de produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na respectiva entrada.

Parágrafo único. Nos locais indicados nos incisos I, II e V deste artigo deverão ser adotadas condições de isolamento, ventilação ou exaustão de ar que impeçam a contaminação dos ambientes protegidos por esta lei." (NR)

"Art. 3º A infração ao disposto nos artigos 1º e 2º desta lei acarretará ao empresário omissão a sujeição às sanções previstas no art. 56 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis na forma dos seus artigos 57 a 60, sem prejuízo das sanções previstas na legislação sanitária.

Parágrafo único. A aplicação da pena multa não impedirá o mesmo infrator de ser atuado por infração estabelecida federal ou estadual sobre a mesma matéria." (NR)

"Art. 4º Instituições da sociedade civil e entidades públicas das três esferas de governo poderão contribuir com informações, sugestões, críticas e recursos materiais e humanos para o pleno sucesso dos objetivos desta lei contra o tabagismo, de modo a que se consiga uma melhoria significativa da saúde pública e um meio ambiente equilibrado e saudável." (NR)

Art. 2º Fica revogado o art. 7º da Lei nº 14.805, de 4 de julho de 2008.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente lei, no que couber, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da data de sua publicação.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, 28/10/09

Ítalo Cardoso – PT – Presidente

Gabriel Chalita – PSB – Relator

Abou Anni – PV

Celso Jatene – PTB

Gilberto Natalini - PSDB

João Antonio – PT

José Olímpio – PP

Kamia – DEM