

**PARECER Nº 1372/2011 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0052/11.**

Trata-se de projeto de lei, de iniciativa do nobre Vereador Ricardo Teixeira, que dispõe sobre a proibição do consumo de cigarros, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco em praças, parques e demais locais ao ar livre destinados à prática esportiva e de lazer no Município de São Paulo.

Segundo a propositura, ainda, será de competência do Executivo disponibilizar em toda a rede de saúde pública municipal assistência terapêutica e medicamento antitabagismo para os fumantes que queiram para de fumar.

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

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, 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. (In, Curso de Direito Administrativo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 809.)

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, 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) (In, Curso de Direito Administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 469.)

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:

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 (...) (In, Direito Municipal Brasileiro. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 483.)

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 (arts. 24, XII, e 30, 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 109:

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) (Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ 22/04/2009.)

Diante de tal panorama, ressaltamos que a presente proposta cuida de situação não prevista na Lei nº 14.805, de 4 de julho de 2008, que consolida a legislação sobre Tabagismo no Município de São Paulo, bem como cria norma mais restritiva que as previstas na Lei Federal nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcóolicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, a qual dispõe por meio de seu art. 2º que é proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente; bem como na Lei Estadual nº 13.541, de 07 de maio de 2009, que proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco em ambientes de uso coletivo (art. 2º §§ 1º e 2º), expressamente excluídas as vias públicas e os espaços ao ar livre (art. 6º, III).

Desse modo, na medida em que a propositura intenta estabelecer algumas normas mais restritivas e protetivas à saúde em comparação com aquelas estabelecidas pela legislação estadual e federal, tais disposições devem prevalecer, considerando o entendimento da Corte Suprema sobre o conflito de normas em matéria de competência concorrente, retro demonstrado, respeitando-se, portanto, o exercício da competência suplementar municipal.

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, X, do Regimento Interno desta Casa.

Pelo exposto somos pela CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.

No entanto, salientamos a necessidade de excluir da proposta o art. 2º, que cuida de ato concreto de governo, o que esbarra no princípio da harmonia e independência entre os Poderes, o art. 3º, que trata de matéria que já é atribuição típica do Poder Executivo, bem como para estabelecer uma sanção pelo descumprimento da Lei, nos termos daquela constante do art. 7º da Lei nº 14.805, de 04 de julho de 2008, o que não pode ser relegado ao decreto regulamentador, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

Dessa forma, a fim de adequar o projeto às considerações supra e à melhor técnica de elaboração legislativa, sugerimos o substitutivo a seguir:

**SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 0052/11.**

Dispõe sobre a proibição do consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em praças, parques e demais locais públicos ou privados, ao ar livre, abertos à frequência coletiva, destinados à prática esportiva e de lazer no Município de São Paulo, e dá outras providências.

A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:

Art. 1º Fica proibido o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em praças, parques e demais locais públicos ou privados, ao ar livre, abertos à frequência coletiva, destinados à prática esportiva e de lazer no Município de São Paulo.

Parágrafo único. Nos locais de que trata este 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, as sanções aplicáveis e os telefones dos órgãos de fiscalização.

Art. 2º Os infratores desta Lei sujeitar-se-ão, quando couber, à multa de R\$ 1.014,92 (um mil e quatorze reais e noventa e dois centavos), aplicada em dobro na reincidência, devendo este valor ser reajustado anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada no exercício anterior, sendo que, no caso de extinção deste índice, será adotado outro criado por legislação federal e que reflita a perda do poder aquisitivo da moeda.

Parágrafo único. Para os efeitos de aplicação da multa prevista neste artigo consideram-se infratores os fumantes e os particulares responsáveis pela promoção das atividades esportivas e de lazer.

Art. 3º Esta Lei será regulamentada pelo Poder Executivo no prazo de 30 (trinta) dias a contar de sua publicação.

Art. 4º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

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, em 19.10.2011.

Arselino Tatto – PT – Presidente

Abou Anni - PV

Adilson Amadeu - PTB

Adolfo Quintas - PSDB

Aurélio Miguel - PR - Relator

Dalton Silvano - PV

Florianio Pesaro – PSDB