

A Lei antifumo do Estado de SP e a ação no STF

Rizzatto Nunes

De São Paulo

No meu artigo de hoje farei uma abordagem estritamente jurídica, mas como cidadão, não posso deixar de consignar meu espanto e tristeza ao lembrar o óbvio: A lei antifumo do Estado de São Paulo, assim como as demais já aprovadas no Rio de Janeiro e Minas Gerais, foi feita em benefício das pessoas fumantes e não-fumantes, da coletividade e do próprio Estado. Ela consegue de uma só vez melhorar o meio ambiente, gerando uma melhor qualidade de vida, protege a saúde dos não-fumantes e também dos fumantes e, salva-lhes as vidas. Para o Estado gera economia financeira, pois são milhares os doentes e mortos por conta direta do uso e da fumaça dos produtos fumígenos, economia esta que pode ser aplicada em outros setores, inclusive a saúde pública. Enfim, são leis que de há muito o país precisa. É, pois, espantoso que elas sejam atacadas.

De todo modo, deixo de falar do óbvio, para cuidar de uma questão que parece mais intrincada: falo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4.249 proposta pela Confederação Nacional do Turismo junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) visando que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei antifumo do Estado de São Paulo (Lei 13.541).

Já tive oportunidade de nesta mesma coluna, **em 6-7-09**, demonstrar a constitucionalidade da Lei estadual paulista e, vejo-me obrigado, como professor de Direito, a voltar ao assunto em função do Parecer apresentado na semana passada pelo Advogado-Geral da União (AGU) na ADIN supra citada. O parecer tem 18 folhas e, parece-me, conforme demonstrarei, que, apesar da conclusão favorável à declaração de inconstitucionalidade, em momento algum ele apresenta alguma sustentação jurídica plausível.

Antes de abordar o parecer e para que o leitor possa entender a discussão, anoto que ela envolve uma dúvida de competência legislativa. Vale dizer, deve-se poder saber se o Estado de São Paulo (assim como os demais Estados-Membros) pode legislar numa específica matéria (no presente caso consumo, meio ambiente e saúde pública) quando a União já tenha legislado.

Como se sabe, no âmbito desse tipo de competência estabelecida no texto constitucional, a União Federal pode legislar criando normas gerais, assim como o Estado-Membro e o Distrito Federal. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados-Membros detêm competência legislativa plena (parágrafo 3º do mesmo art. 24 da CF).

Quanto à matéria em si, não resta dúvida da competência do Estado-Membro porque a CF enumera "produção e consumo" (inciso V do art. 24), "responsabilidade por dano ao meio

ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (inciso VIII) e "previdência social, proteção e defesa da saúde" (inciso XII).

Mas, como na hipótese da Lei antifumo, a União já tinha promulgado uma Lei anterior, a de nº 9.294 de 15-7-1996, a Lei paulista foi aprovada com base na competência concorrente estabelecida no art. 24 da Constituição Federal (CF).

Realço um ponto: o fato da União legislar sobre um assunto que envolva competência concorrente, por si só não é impedimento para que o Estado-membro também legisle. É exatamente por isso que é concorrente. E à União cabe legislar de forma geral, cabendo a cada Estado-membro legislar de forma supletiva.

Muito bem. O parecer do AGU está fundado em outras ADINs, que segundo ele seriam análogos ao desta que envolve a Lei antifumo do Estado de São Paulo, mas examinando-se com atenção percebe-se que a analogia é imperfeita e o argumento surge com um claro sofisma.

As duas primeiras ADINs referidas diziam respeito a uma Lei do Estado de Mato Grosso do Sul e outra do Estado de São Paulo, que restringiam a comercialização e utilização de amianto, regulado de forma diferente da Lei Federal. O parecer, em reforço, transcreve trecho do voto em que está escrito:

"Este é um tema delicado. Imaginemos nós - não nessa questão do amianto, mas em qualquer outra - que, com base nessa competência concorrente, a União e os Estados começassem a se digladiar sobre os mais diversos produtos segundo critérios científicos os mais diversos, na matéria que exige um mínimo de uniformização, de algum critério. Sabemos hoje, com os diagnósticos e prognósticos que se fazem sobre determinados produtos maléficis ou benéficos à saúde, juízos contraditórios, que esse é uma tema que demanda..."(folha 13 do Parecer).

Ora, evidentemente, trata-se de uma falsa analogia que faz surgir um sofisma. Amianto não é produto fumígeno e ainda que se possa admitir dúvidas científicas na utilização de vários produtos, já faz mais de vinte anos que a ciência do mundo inteiro é unânime em admitir e demonstrar os malefícios do uso do cigarro e seus similares. Não há, no caso dos produtos fumígenos, nenhuma dúvida na ciência ou em qualquer outro meio: todos sabem do mal causado, fumantes ou não-fumantes, cientistas ou leigos. E, o mais importante: é do conhecimento de todos que a fumaça lançada nos ambientes coletivos faz mal à saúde daqueles que ali estão. Portanto, não tem qualquer relevo saber se naquelas ADINs, as Leis Estaduais que restringiam o uso e comercialização de amianto foram declaradas inconstitucionais.

No Parecer há mais um argumento e também por analogia (falso, como se verá). É citada a ADIN nº 3.098 que declarou inconstitucional a Lei paulista nº 10.860 de 2001 que estabelecia requisitos para criação, autorização de funcionamento, avaliação e reconhecimento de cursos de graduação na área da saúde no ensino superior. Acontece que ficou demonstrado que no caso, a Lei Estadual legislou sobre o mesmo tema já regrado na Lei Federal (A LDB-Lei de Diretrizes e Bases da Educação). O argumento nesse caso é falso, pois a decisão citada declarou a inconstitucionalidade por um critério de conteúdo normativo. Aliás, a própria decisão transcrita no Parecer, permite raciocínio diametralmente oposto e a favor da Lei antifumo. Leia-se trecho do voto:

"...existente a lei federal de normas gerais (art. 24, parágrafo 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais" (folha 16 do Parecer).

Ora, foi exatamente isso o que fez a Lei paulista antifumo: suplementou a Lei Federal, que dispõe:

"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".(art. 2º da Lei Federal 9.294).

O Parecer diz que a Lei paulista é inconstitucional porque foi feita no exercício da competência plena e não supletiva. No entanto, lendo-se os artigos dessa lei vê-se que não há invasão, contrariedade ou modificação do que estava estabelecido da Lei Federal.

É que, pela interpretação que se deve dar à abrangência e incidência da norma antifumo paulista, vê-se que o legislador estadual apenas especificou a norma geral, suplementando-a: tratou de dizer que as "áreas destinadas exclusivamente" ao uso de produtos fumíferos são os estabelecimentos exclusivos "destinados ao consumo no próprio local" e "desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na respectiva entrada" (inciso V do art. 6º).

E detalhou a especificação ao explicar o que é área "devidamente isolada e com arejamento conveniente", o que fez no parágrafo único do art. 6º que dispõe que "deverão ser adotadas condições de isolamento, ventilação ou exaustão do ar que impeçam a contaminação de ambientes protegidos por esta lei". Realce-se que a lei federal não faz essa especificação. Logo, o legislador estadual estava livre para fazê-lo.

Vê-se, pois, que há plena compatibilidade entre a Lei Federal e Lei Estadual. Àquela trás norma geral, como manda a CF e esta, norma específica e supletiva dentro de sua esfera de competência. O importante é verificar, como ocorre no caso, que não há conflito no conteúdo concreto das normas.

E mais: é muito bom que a suplementação da Lei Federal possa mesmo ser feita por Leis Estaduais, como se está verificando, porque assim cada Estado poderá escolher o modo que melhor lhe aprouver para garantir a saúde pública. O modelo adotado no Estado de São Paulo, embora muito bom e com excelente eficácia e que já beneficiou centenas de milhares de pessoas, não precisa ser copiado por outros. Nada impede que cada Estado-Membro, em suplementação à lei Federal, crie normas com modelos diversos e específicos de proteção à saúde de seus cidadãos na questão dos produtos fumígenos.

Rizzato Nunes é mestre e doutor em Filosofia do Direito e livre-docente em Direito do Consumidor pela PUC/SP. É desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Autor de diversos livros, lançou recentemente "Superdicas para comprar bem e defender seus direitos de consumidor" (Editora Saraiva) e o romance "O abismo" (Editora da Praça).

Fale com Rizzato Nunes: rizzattonunes08@terra.com.br