

20/12/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.306 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S) : NEUILLEY ORLANDO SPINETTI DE SANTA RITA MATTA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT
ADV.(A/S) : CLARISSA MENEZES HOMSI E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO ARY FRAUZINO PARA PESQUISA E CONTROLE DO CÂNCER
ADV.(A/S) : FRANCISCO DE ASSIS GARCIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TURISMO E HOSPITALIDADE - CONTRATUH
ADV.(A/S) : AGILBERTO SERÓDIO E OUTRO(A/S)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 5.517/2009 DO RIO DE JANEIRO. PROIBIÇÃO DO USO DE PRODUTOS FUMÍGENOS EM AMBIENTES DE USO COLETIVO. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA SUPLEMENTAREM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria.

2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou

ADI 4306 / DF

estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores, é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior. Nos conflitos sobre o alcance das competências dos entes federais, deve o Judiciário privilegiar as soluções construídas pelo Poder Legislativo.

3. A Lei fluminense n. 5.517, de 2019, ao vedar o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, não extrapolou o âmbito de atuação legislativa, usurpando a competência da União para legislar sobre normas gerais, nem exacerbou a competência concorrente para legislar sobre saúde pública, tendo em vista que, de acordo com o federalismo cooperativo e a incidência do princípio da subsidiariedade, a atuação estadual se deu de forma consentânea com a ordem jurídica constitucional.

4. Depreende-se que a Lei Federal 9.294/1996, ao estabelecer as normas gerais sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, ao dispor acerca da possível utilização em área destinada exclusivamente para este fim, não afastou a possibilidade de que os Estados, no exercício de sua atribuição concorrente de proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CRFB) estipulem restrições ao seu uso. Ausência de vício formal.

5. A livre iniciativa deve ser interpretada em conjunto ao princípio de defesa do consumidor, sendo legítimas as restrições a produtos que apresentam eventual risco à saúde. Precedente. É dever do agente econômico responder pelos riscos originados da exploração de sua atividade.

6. Ação direta julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em sessão plenária virtual de 13 a 19 de**

ADI 4306 / DF

dezembro de 2019, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de dezembro de 2019.

Ministro **EDSON FACHIN**
Relator

20/12/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.306 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : **CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC**
ADV.(A/S) : **NEUILLEY ORLANDO SPINETTI DE SANTA RITA MATTA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT**
ADV.(A/S) : **CLARISSA MENEZES HOMSI E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **FUNDAÇÃO ARY FRAUZINO PARA PESQUISA E CONTROLE DO CÂNCER**
ADV.(A/S) : **FRANCISCO DE ASSIS GARCIA E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TURISMO E HOSPITALIDADE - CONTRATUH**
ADV.(A/S) : **AGILBERTO SERÓDIO E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de ação direta interposta pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC a fim de que esta Corte declare a inconstitucionalidade da Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 5.517, de 17 de agosto de 2009, que proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco. A norma tem o seguinte teor:

“Art. 1º Esta lei estabelece normas de proteção à saúde e de responsabilidade por dano ao consumidor, nos termos do

ADI 4306 / DF

artigo 24, incisos V, VIII e XII, da Constituição Federal, para criação de ambientes de uso coletivo livres de produtos fumígenos.

Art. 2º Fica proibido no território do Estado do Rio de Janeiro, em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados, o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco.

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

§2º Para os fins desta lei, a expressão “recintos de uso coletivo” compreende, dentre outros, os ambientes de trabalho, de estudo, de cultura, de culto religioso, de lazer, de esporte ou de entretenimento, áreas comuns de condomínios, casas de espetáculos, teatros, cinemas, bares, lanchonetes, boates, restaurantes, praças de alimentação, hotéis, pousadas, centros comerciais, bancos e similares, supermercados, açougues, padarias, farmácias, drogarias, repartições públicas, instituições de saúde, escolas, museus, bibliotecas, espaços de exposições, veículos públicos ou privados de transporte coletivo, inclusive veículos sobre trilhos, embarcações e aeronaves, quando em território fluminense, viaturas oficiais de qualquer espécie e táxis.

§3º Nos locais previstos nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, deverá ser afixado aviso da proibição, em pontos de ampla visibilidade, com indicação de telefone e endereço dos órgãos estaduais responsáveis pela vigilância sanitária e pela defesa do consumidor, bem como com a penalidade cabível em caso de descumprimento da presente lei.

Art. 3º Os proprietários ou responsáveis pelos estabelecimentos e veículos de transporte coletivo, mencionados no art. 2º e seus parágrafos, deverão fiscalizá-los e protegê-los, para que nos seus interiores não seja praticada infração ao disposto nesta lei.

ADI 4306 / DF

Parágrafo único. Verificada inobservância à proibição de uso de produtos fumígenos por parte dos consumidores ou usuários, caberá, ao proprietário ou responsável pelo estabelecimento ou pelos veículos de transporte coletivo, adverti-los sobre a proibição nela contida, bem como sobre a obrigatoriedade, caso persista na conduta coibida, de imediata retirada do local, se necessário mediante o auxílio de força policial.

Art. 4º No caso de descumprimento ao disposto nessa lei, o proprietário ou responsáveis pelo estabelecimento ou pelo meio de transporte coletivo em que ocorrer a infração ficarão sujeitos à pena de multa, que deverá ser fixada em quantia entre 1.548,63 (mil, quinhentos e quarenta e oito unidades e sessenta e três centésimos de UFIRs) e 15.486,27 (quinze mil, quatrocentos e oitenta e seis unidades e vinte e sete centésimos de UFIRs) UFIRs-RJ, sem prejuízo das sanções previstas na legislação sanitária.

§1º Na fixação do valor da multa, deverá ser levada em consideração, concomitantemente:

- I - grau de relevância;
- II - a capacidade econômica do infrator;
- III - extensão do prejuízo causado à saúde pública.

§2º No caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

§3º Aplicada a multa de que trata este artigo, terá o infrator o prazo de 30 (trinta) dias para formular impugnação, observada a ampla defesa e o contraditório.

4º A impugnação será dirigida à autoridade imediatamente superior, que sobre ela decidirá no prazo de 05 (cinco) dias, ressalvada a necessidade de diligências complementares para instrução do processo administrativo, com possibilidade de recurso para o Secretário de Estado de Saúde e Defesa Civil no caso de indeferimento.

Art. 5º Qualquer pessoa poderá relatar, ao órgão de vigilância sanitária ou de defesa do consumidor da respectiva área de atuação, fato que tenha presenciado em desacordo com

ADI 4306 / DF

o disposto nesta lei.

§1º O relato de que trata o caput deste artigo conterà, concomitantemente:

I - a exposição do fato e suas circunstâncias;

II - a declaração, sob as penas da lei, de que o relato corresponde à verdade;

III - a identificação do autor, com nome, prenome, número da cédula de identidade, seu endereço e assinatura.

§2º A critério do interessado, o relato poderá ser apresentado por meio eletrônico, no sítio de rede mundial de computadores – internet - dos órgãos referidos no caput deste artigo.

Art. 6º Esta lei não se aplica:

I - aos cultos religiosos em que produtos fumígenos façam parte do ritual;

II - às vias públicas e aos espaços ao ar livre;

III - às residências;

IV - aos quartos ou suítes de hotéis, pousadas e afins;

V - às tabacarias;

VI - às produções teatrais;

VII - aos locais de filmagens cinematográficas e televisivas.

§1º Para fins dessa lei, entende-se por tabacaria o estabelecimento que, segundo seu contrato social, seja destinado especificamente ao consumo no próprio local de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, e que tenham mais de 50% (cinquenta por cento) de sua receita advinda da venda desses produtos.

§2º As tabacarias deverão anunciar, nas suas entradas e no seu interior, que naquele local há utilização de produto fumígeno.

§3º Nos locais indicados no inciso V deste artigo deverão ser adotadas condições de isolamento, ventilação ou exaustão do ar que impeçam a contaminação de ambientes protegidos por esta lei.

ADI 4306 / DF

Art. 7º As penalidades decorrentes de infrações às disposições desta lei serão impostas, nos respectivos âmbitos de atribuições, pelos órgãos estaduais ou municipais de vigilância sanitária ou de defesa do consumidor.

Parágrafo único. O início da aplicação das penalidades será precedido de ampla campanha educativa, realizada pelo Governo do Estado nos meios de comunicação, como jornais, revistas, rádio e televisão, nas escolas e universidade públicas e privadas, com a distribuição de panfletos educativos nos locais explicitados no artigo 2º e seus parágrafos, para esclarecimento sobre os deveres, proibições e sanções impostos por esta lei, além da nocividade do fumo à saúde.

Art. 8º Caberá ao Estado capacitar, monitorar e avaliar a implantação do Programa de Controle de Tabagismo nos Municípios.

Art. 9º Esta lei entra em vigor no prazo de 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.”

A requerente alega que a lei impugnada, “ao invés de complementar, contrariou a lei federal, proibindo totalmente o consumo de produtos fumígenos em ambientes coletivos públicos ou privados de seu território” (eDOC 0, p. 8), razão pela qual haveria ofensa formal ao disposto no art. 24 da CRFB.

Aponta que a União já teria disciplinado a matéria por meio da Lei n. 9.294/96, regulamentada, por sua vez, pelo Decreto n. 2.018/99. A norma federal, segundo aduz a requerente, teria previsto locais destinados para os fumantes, os quais, em seu entender, não poderiam ter sido suprimidos pela lei estadual.

Sustenta, ainda, ofensa à liberdade individual, que seria demasiadamente afetada, porquanto “a proteção à saúde do indivíduo não pode se tornar uma justificativa para a interferência completa do Estado em sua esfera privada, quando se trate da opção pela utilização de produto lícito ou realização de atividades permitidas pelo ordenamento constitucional e legal” (eDOC 0, p. 13).

Defende, também, que a norma impugnada viola a livre iniciativa.

ADI 4306 / DF

Aduz, nessa dimensão, que a proibição total do consumo configura “intromissão indevida do poder público no direito que a livre iniciativa possui, numa economia de mercado, de comercializar plenamente um produto lícito que gera emprego, renda e paga tributos, traduzindo-se ainda numa ingerência desproporcional no funcionamento de estabelecimentos comerciais onde parte da clientela é fumante e deseja exercer o seu direito de consumir cigarros” (eDOC 0, p. 15).

Alega que o art. 3º do diploma impugnado acaba por delegar o poder de polícia do estado para o empresário, o que não poderia ser admitido. Adverte, porém, que “o poder de polícia, tratando-se de atividade revestida de potestade estatal, só pode ser exercido por pessoas jurídicas de direito público” (eDOC 0, p. 17).

Finalmente, entende também violados os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

Requeru, em sede de cautelar, a suspensão da normas e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º ao 5º, 6º (por arrastamento) e 7º ao 8º da Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 5.517/2009.

O e. Min. Ricardo Lewandowski aplicou o rito do art. 12 da Lei 9.868/99.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro suscitou a preliminar de ilegitimidade ativa, ante a ausência de pertinência temática entre os fins sociais da entidade requerente e o objeto da ação. No mérito, defendeu a constitucionalidade da norma. Afirmou que “a existência de Lei Federal e de Convenção forma simplesmente o arcabouço que a legislação estadual não poderá deixar de detalhar, como uma consequência jurídica” (eDOC 2, p. 6).

Alegou que “a prevalência do interesse coletivo se dá pela preservação da saúde de fumantes e não-fumantes, que tem peso superior, do ponto de vista da axiologia constitucional, do que a mera expressão de um suposto direito de fumar, que pode e deve ser alvo de cerceamento” (eDOC 2, p. 12).

A Assembleia Legislativa, por sua vez, suscitou as mesmas preliminares trazidas pelo Governador do Estado. Acrescentou, em

ADI 4306 / DF

relação ao mérito, que “a União já esperava que os demais entes federativos, em harmonia com o tratado internacional celebrado, adotassem, no âmbito de seus domínios legislativos, medidas que complementassem a regra federal” (eDOC 3, p. 10).

Aduziu, ainda, que a lei fluminense “nada mais fez do que melhor exteriorizar os limites já impostos pela própria Constituição Federal à liberdade de utilizar produtos fumígenos” (eDOC 3, p. 17). Alegou que não há delegação de poder de polícia, mas colaboração com o particular no que tange ao cumprimento da norma.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência da ação em parecer assim ementado (eDOC 6):

“Lei n. 5.517, de 2009, do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe, em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados, o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco. Existência de lei geral sobre a matéria, editada pela União. Invasão da competência da União pelo Estado-membro. Contrariedade aos termos do art. 24, V e XII, §§ 1º a 3º, da Constituição Federal. Diploma legal formalmente inconstitucional. Manifestação pela procedência do pedido.”

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, defendeu a improcedência (eDOC 7):

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 5.517/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que “proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não de tabaco, na forma que especifica, e cria ambientes de uso coletivo livres do tabaco”. Legitimidade ativada da CNC. Impossibilidade de se descartar, de antemão, o interesse das categorias econômicas representadas pela requerente, por ser grande parte dos estabelecimentos comerciais alcançada pela norma. Ausência de vício formal. A Convenção Quadro para Controle do Tabaco,

ADI 4306 / DF

ratificada em 3 de novembro de 2005 e promulgada pelo Decreto 5.658/2006, revogou a Lei 9.294/96 por ser-lhe posterior e de hierarquia superior, além de disciplinar de forma diversa o combate à exposição à fumaça do tabaco, ao não consentir que a reserva de áreas para fumantes, em ambientes coletivos, seja medida eficaz. Neste contexto, há plena sintonia entre a atual norma federal que rege a matéria e a lei estadual impugnada, cumprido, portanto, o comando do art. 24, XII, da Constituição. Em matéria de direitos humanos, é inconcebível o privilégio de lei nacional, em detrimento de diretrizes para o combate eficaz à exposição à fumaça do tabaco, previstas em tratados internacionais incorporados e com ela conflitantes. Conversão do Estado nacional soberano em Estado constitucional cooperativo. A Lei federal 9.294/96, ao permitir, em ambientes coletivos, o chamado fumódromo, não realiza o valor fundamental da saúde. Viola, assim, a um só tempo, o art. 196 da Constituição e o princípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, que representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade. Possibilidade de leis estaduais estipularem condições mais restritivas em matéria de saúde pública, salvo quando ofensiva a outra norma constitucional, voltada à preservação de valor jurídico diverso. Precedentes. Inexistência de ofensa ao princípio da liberdade individual, uma vez que a lei fluminense não proíbe o fumo, condicionando-o, tão somente, ao respeito à saúde dos demais cidadãos. Insubsistência da tese de violação aos princípios da livre iniciativa, do livre comércio e da livre concorrência. Qualquer atividade econômica encontra restrições e limitações quando se depara com o direito à saúde, ao meio ambiente, do consumidor e do trabalhador. A colaboração do particular no cumprimento de norma de interesse de toda a sociedade não se traduz em exercício de poder de polícia. Parecer pela improcedência da ação.”

A Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos, a Fundação Ary Frauzino para Pesquisa e Controle do

ADI 4306 / DF

Câncer e a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitabilidade – CONTRATUH foram admitidas como *amici curiae*.

É, em síntese, o Relatório.

20/12/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.306 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Preliminarmente, assento a plana cognoscibilidade da presente ação direta.

Já foi reconhecida por esta Corte a legitimidade ativa da requerente, Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC, nos termos do art. 103, IX, CRFB (*e.g.*: ADI 4314, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 29/10/2018).

No que se refere à pertinência temática, tem-se como inequívoca sua presença. Pelo bem da brevidade, é relevante estabelecer que a requerente incoou esta jurisdição constitucional concentrada outras vezes com o fim de analisar a constitucionalidade de dispositivos normativos de conteúdo semelhante àqueles aqui impugnados em ADIs que, inclusive, já tiveram seu julgamento colegiado (*e.g.*: ADI 1980, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 07/08/2009; ADI 855, Relator Ministro Octavio Galloti, Tribunal Pleno, DJe 06/03/2008 e ADI 3731 MC, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 29/08/2007).

No mérito, é improcedente a ação direta.

A questão dos autos cinge-se à distribuição de competência entre os diversos entes federativos para legislarem sobre as matérias especificadas pela Constituição. A repartição de competências é característica essencial em um Estado federado para que seja protegida a autonomia de cada um dos seus membros e, por consequência, a convivência harmônica entre as esferas, com o fito de evitar a secessão. Nesta perspectiva, esta disposição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levado em conta o domínio dos interesses envolvidos.

Repartir competências compreende compatibilizar interesses para o reforço do federalismo cooperativo em uma dimensão de fato cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente a fim de que o funcionamento consonante das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da CRFB) e objetivos (art. 3º, da CRFB)

ADI 4306 / DF

da República.

Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado obriga-se a exercê-las em proveito do alcance do bem comum e da satisfação dos direitos fundamentais.

Ocorre que, como bem lembrou o e. Min. Gilmar Mendes, por vezes uma mesma lei pode apresentar problemas complexos, por envolver tema que se divide em assunto que compõe a competência concorrente e em matéria restrita à competência legislativa de apenas uma das esferas da Federação (MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 841).

Em outras oportunidades (ADI 5.356 e ADPF 109), sustentei que a tradicional compreensão do federalismo brasileiro, que busca solucionar os conflitos de competência tão somente a partir da ótica da prevalência de interesses, não apresenta solução satisfatória para os casos cuja dúvida sobre o exercício da competência legislativa decorre de atos normativos que podem versar sobre diferentes temas.

Nestes casos, há uma multidisciplinariedade, como bem descreveu Tiago Magalhães Pires, em trabalho já citado pelo e. Min. Luís Roberto Barroso:

"Há também situações de concorrência de fato entre as competências de diversos entes federativos, ainda que privativas. São casos em que a lei editada por uma entidade política remete simultaneamente às categorias previstas em duas ou mais regras de competência, algumas permitidas e outras proibidas àquela entidade política. Diante disso, o intérprete se veria na contingência de escolher a categoria mais saliente ou o ente a ser aquinhado, ou simplesmente reconhecer a realidade e admitir a validade da lei."

A solução, ainda em tais hipóteses, não pode se distanciar do cânone da prudência que incumbe aos órgãos de controle de constitucionalidade: deve-se privilegiar a interpretação que seja condizente com a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos. Incide aqui o

ADI 4306 / DF

que e. Min. Gilmar Mendes, em conhecida obra doutrinária, chamou de princípio da interpretação conforme a Constituição:

“Não se deve pressupor que legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição; ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade.”

(MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97).

Essa deferência ao poder legislativo assume feição especial quando o controle de constitucionalidade é feito em face de norma produzida pelos demais entes da federação. Exige que o intérprete não tolha a alçada que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria.

Neste sentido, o cânone da interpretação conforme, a que alude o e. Ministro Gilmar Mendes, deve ser integrado pelo que, na jurisprudência norte-americana, foi chamado de uma presunção a favor da competência dos entes menores da federação (*presumption against pre-emption*).

Assim, é preciso reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o Município, por exemplo, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da CRFB. De igual modo, Estados e União detêm competência sobre os temas de seus respectivos interesses, nos termos dos parágrafos do art. 24 da CRFB. Há, dessa forma, um direcionamento das ações de governo do ente local para o nacional, naquilo que José de Oliveira Baracho vislumbrou como sendo o princípio da subsidiariedade do federalismo brasileiro:

“O princípio da subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária e internacional. Dentro das preocupações federativas, o Governo local deve assumir grande projeção, desde que sua efetivação, estrutura, quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No

ADI 4306 / DF

exercício de suas atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida. A Administração pública de qualidade, comprometida com as necessidades sociais e aberta à participação solidária da sociedade, pode melhorar as entidades federativas e os municípios. A partir desse nível, concretiza-se, necessariamente a efetivação dos direitos humanos. A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade.”

(BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 35, 1995. p. 28-29)

Por evidente, não se deve confundir a maior proximidade do governo, que naturalmente ocorre nos municípios, com mais democracia. A Constituição é também um contraponto à captura do governo local pelas oligarquias. É precisamente aqui que reside a fonte material de competência dos demais entes federativos: contanto que favoreça a realização material de direitos constitucionalmente garantidos e desde que estejam previstas no âmbito de sua respectiva competência, podem a União ou mesmo os Estados dispor de matérias que tangencialmente afetam o interesse local. O federalismo torna-se, por conseguinte, um instrumento de descentralização, não para simplesmente distribuir poder político, mas para realizar direitos fundamentais.

Assim, seria possível superar o conteúdo meramente formal do

ADI 4306 / DF

princípio e reconhecer um aspecto material: apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que possuem os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, certa matéria deve ser disciplinada pelo ente maior.

A clareza legislativa não se refere apenas à competência concorrente. Em caso de dúvida sobre o título a que se dá o exercício da competência, se comum ou concorrente, por exemplo, também cumpre à lei definir o âmbito de atuação do ente federativo. Ressalte-se, porém, que, seja qual for a hipótese, a assunção de competência pelo ente maior deve fundar-se no princípio da subsidiariedade, ou seja, na demonstração de que é mais vantajosa a regulação de determinada matéria pela União ou pelo Estado, conforme for o caso. Trata-se, portanto, de privilegiar a definição dada pelo legislador, reconhecendo que eventual lacuna deve ser vista como possibilidade de atuação dos demais entes federativos, não cabendo ao poder judiciário, à míngua de definição legislativa, retirar a competência normativa de determinado ente da federação, sob pena de tolher-lhe sua autonomia constitucional.

Observa-se, aliás, que o ato normativo aqui impugnado, ao vedar o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, não extrapolou o âmbito de atuação legislativa, usurpando a competência da União para legislar sobre normas gerais, nem exacerbou a competência concorrente para legislar sobre saúde pública, tendo em vista que, de acordo com o federalismo cooperativo e a incidência do princípio da subsidiariedade, a atuação estadual se deu de forma consentânea com a ordem jurídica constitucional.

Depreende-se que a Lei Federal 9.294/1996, ao estabelecer as normas gerais sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, ao dispor acerca da possível utilização em área destinada exclusivamente para este fim, introduziu regramento geral permissivo para o consumo de produtos fumígenos. Não afasta de forma clara (*clear statement rule*), no

ADI 4306 / DF

entanto, a possibilidade de que os Estados, no exercício de sua atribuição concorrente de proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CRFB) estipulem restrições ao seu uso. Verifica-se, desta forma, existência de viabilidade de atuação legislativa subsidiária do Estado dentro dos limites de tolerância, quer dizer, de permissão geral do consumo nos termos legais previstos.

A existência de compatibilidade entre a atuação legislativa estadual e a jurisprudência desta Corte no tocante à elaboração de políticas públicas consentâneas com o princípio da precaução, sugerem nítido espaço para que os Estados, próximos dos dilemas das realidades regionais, exerçam a competência legislativa concorrente a eles atribuída pela Constituição, ou na perspectiva da saúde, ou na perspectiva do consumo. Neste cenário, o legislador federal, optou por não proibir taxativamente e expressamente o uso de tais produtos, desde que sob as circunstâncias por ele delimitadas, conflagrando os demais entes a implementarem a normatividade que, no exercício de suas competências legiferantes, entenderem convenientes.

Neste ponto, para que não parem dúvidas acerca da incidência do princípio da subsidiariedade e do cabimento da atuação legislativa dos demais entes, repisa-se: a Lei Federal 9.294/1996 retira a possibilidade dos Estados e dos Municípios de legislarem de forma a permitir a utilização de produtos fumígenos em circunstâncias diversas das por ela indicadas. De outro modo, permite e disciplina o consumo de produtos fumígenos, no caso de área exclusivamente destinada a este fim, abrindo espaço para que, neste ponto, os entes federados atuem, podendo revestir as normas atinentes com caráter mais restritivo, até porque, a depender dos aspectos característicos de cada ente, se faz necessário que a disposição legislativa reflita as peculiaridades locais.

Além disso, quanto à ofensa material à Constituição defendida pela requerente, entendo que a proibição promovida pela norma impugnada só poderia dar, em tese, margem à violação da livre iniciativa, nos termos por ela sustentados, se o princípio impusesse um dever de não ingerência do Estado.

Com efeito, é apenas quanto à suposta ofensa ao livre comércio que se poderia admitir eventual violação do princípio da livre iniciativa, que,

ADI 4306 / DF

por sua vez, traduz-se na igualdade de tratamento que se deve dar a bens e serviços. Implica, contanto que observados os princípios do art. 170, na criação, em âmbito nacional, de um livre mercado.

É preciso consignar, entretanto, que a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica constitucional, deve observar igualmente o princípio de defesa do consumidor, bem que, também por previsão constitucional, tem observância pela União, Estados e Municípios. Verifico ser legítimo, dessa forma, o estabelecimento de restrições quanto ao consumo de produtos que possam eventualmente representar risco à saúde.

Neste sentido, indico o seguinte precedente:

“Legitimidade constitucional da tolerância ao uso do amianto crisotila, como estampada no preceito impugnado, equacionada à luz da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do direito à saúde e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. A Constituição autoriza a imposição de limites aos direitos fundamentais quando necessários à conformação com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. O direito fundamental à liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF) há de ser compatibilizado com a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente. Precedente: AC 1.657, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe 30.8.2007. Dever estatal de agir positivamente quanto à regulação da utilização, na indústria, de matérias-primas comprovadamente nocivas à saúde humana. A cláusula constitucional da proteção à saúde constrange e ampara o legislador – Federal, Estadual, Distrital e Municipal – ao excluir previamente certos arranjos normativos, com ela incompatíveis, do leque de escolhas políticas possíveis, ao mesmo tempo em que cria uma esfera de legitimação para intervenções político-normativas que, democraticamente legitimadas, traduzem inferências autorizadas pelo preceito constitucional.” (grifos meus)

(ADI 4066, Relatora Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe

ADI 4306 / DF

07/03/2018)

Finalmente, tenho que incumbe aos estabelecimentos comerciais que são responsáveis pelo fornecimento de produtos objetos da Lei 9.294/1996 atender aos imperativos de segurança, quer dizer, que não causem danos ou prejuízos aos consumidores, incluída a coletividade, consoante dispõe o art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Acrescente-se que a defesa do consumidor é princípio orientador da ordem econômica (art. 170, V, da CRFB). Significa que aquele que anseia explorar atividade econômica e, portanto, figurar como agente econômico no mercado de consumo, deve responder pelos riscos originados desta exploração, principalmente naquilo que toca à proteção do consumidor.

Noutras palavras, coaduna-se a Lei 5.517/2009 do Estado do Rio de Janeiro, com as normas constitucionais, ao se colocar a segurança pública, não apenas como dever do Estado, mas, ao mesmo tempo, como direito e responsabilidade de todos.

A designação de fiscalização e proteção por parte dos proprietários e responsáveis de estabelecimentos comerciais da vigilância sanitária e defesa do consumidor não são vedadas, muito pelo contrário, recomenda-se a participação colaborativa dos particulares, de forma a promovê-las e concretizá-las como elemento indispensável para a preservação da ordem e da incolumidade pública.

De qualquer aspecto, os dispositivos normativos constantes na Lei 5.517/2009, do Estado do Rio de Janeiro, são consentâneos com a ordem jurídica vigente e com a Constituição da República.

Ante o exposto, afastando as ofensas formais e materiais apontadas pela inicial, é constitucional o diploma impugnado, razão pela qual deve-se julgar improcedente a presente ação direta.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.306

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE BENS, SERVICOS E
TURISMO - CNC

ADV.(A/S) : NEUILLEY ORLANDO SPINETTI DE SANTA RITA MATTA (137228/
RJ, 27957B/RS) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA
SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT

ADV.(A/S) : CLARISSA MENEZES HOMSI (131179/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO ARY FRAUZINO PARA PESQUISA E CONTROLE DO
CÂNCER

ADV.(A/S) : FRANCISCO DE ASSIS GARCIA (116383/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TURISMO E
HOSPITALIDADE - CONTRATUH

ADV.(A/S) : AGILBERTO SERÓDIO (10675/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente a
ação, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de
13.12.2019 a 19.12.2019.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de
Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen
Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e
Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário