

ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100/2008

RELATOR: DES. SERGIO CAVALIERI FILHO

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE.

Liminar. Prevalência da Presunção de Constitucionalidade da Lei. Indeferimento.

A suspensão liminar de uma lei, em face da sua presunção de constitucionalidade, é medida drástica, excepcional e só justificável em caso de extrema urgência e verossímil inconstitucionalidade. Havendo justificada dúvida sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada, deve prevalecer, até o julgamento da representação, a presunção de constitucionalidade da lei.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 100/2008, em que é representante Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – FNHRBS.

ACORDAM os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em indeferir a liminar pelas razões que seguem.

O objetivo da presente representação por inconstitucionalidade, proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – FNHRBS -, é o Decreto nº 29.284, 12/05/2008, que proibiu o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, seja público ou privado, no Município do Rio de Janeiro. Sustenta a representação que o decreto atacado, além de ser inconstitucionalmente autônomo:

- (i) viola, flagrantemente, o princípio da legalidade, ao instituir vedação a comportamentos, infrações, impondo, ainda, sanções pecuniárias, sem fundamento em lei (art.145, IV; art.9º; art.77; e art.215 da CERJ c/c art.5º, II e art.84, IV da CF);
- (ii) desrespeita, de forma acintosa, as normas de partilha constitucional de competência entre os entes federativos, especialmente a competência

federal, já exercida, para dispor sobre normas gerais na matéria (art.358, I, e art.74 da CERJ e arts.30 e 24 da CF);

(iii) contraria, em termos cabais, a regra constitucional da indelegabilidade do poder de polícia a particulares (art.215, *caput*, da CERJ e art.174, *caput*, da CF);

(iv) e cerceia, de maneira absolutamente desproporcional e irrazoável, o princípio constitucional da livre iniciativa (art.5º c/c art.16 e art.215 da CERJ, e art.5º, LIV, CF).

Alegando risco de dano iminente, e a presença dos demais requisitos autorizadores da medida, pede a autora que seja concedida a liminar determinando a suspensão dos efeitos do Decreto Municipal nº 29.284/2008, de modo a que não sejam exigíveis nenhuma de suas imposições, nem tampouco aplicadas as suas sanções.

É o relatório.

O mais forte e, pode-se dizer, principal fundamento da representação em comento é o de que se trata de **decreto autônomo**, criando direitos, obrigações e sanções sem qualquer supedâneo legal. Desse modo, viola direta e imediatamente a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que consagrou, em simetria com a Constituição Federal, o princípio da legalidade.

Não obstante as bem lançadas razões expostas pela representante, a alegada **autonomia** do Decreto impugnado afigura-se pelo menos duvidosa em face da Lei (nacional) nº 9.294/96, cujo art.2º *caput* dispõe:

“Art.2º - É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, **salvo área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente.**”

Não se pode olvidar, portanto, que há lei de âmbito nacional disciplinando a matéria, na qual se apóia o Decreto questionado. E se esse Decreto, em suas vedações, foi além das restrições estabelecidas na Lei, nessa parte ele seria apenas ilegal, não inconstitucional.

De qualquer sorte, a busca pela ampliação da proteção dos direitos fundamentais, como acontece no presente caso, não pode ser impedida por **uma interpretação estreita** do princípio da legalidade. Hoje, o referido princípio convive ao lado de outros princípios e direitos fundamentais, não possuindo caráter absoluto e sendo possível a sua relativização a partir de um processo de ponderação pautado pela proporcionalidade.

Os demais fundamentos da representação perdem relevância em face dos arts.30, II e 196 da Constituição Federal. O primeiro dispositivo dispõe:

“Art.30 – Compete aos Municípios:

I. ...

II. Suplementar a legislação federa e estadual no que couber.

O segundo – art. 196 da CF – diz: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, **garantido mediante políticas sociais** e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Partindo-se da premissa de que há lei nacional disciplinando a matéria e que compete ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber, é plausível entender que o Decreto impugnado busca garantir o direito à saúde a todos, o que é dever do Estado em sentido geral, através de **políticas sociais** que visam reduzir os riscos de doença causados pelo fumo.

Desta forma, ainda que se entendesse pela competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre a proteção da saúde (art.24, XII da Constituição Federal), fato é que isso não retira a possibilidade de edição, pela Edilidade, de atos administrativos regulamentares e concretos relativos à proteção da saúde. Lembre-se que,

em matéria de saúde, a Urbe tem a sua competência legislativa garantida em outras passagens da Constituição, como no já citado art.30 I e II.

Registre-se, por derradeiro, que a suspensão liminar de uma lei, em face da sua presunção de constitucionalidade, é medida drástica, excepcional e só justificável em casos de extrema urgência. A dúvida quanto à constitucionalidade da lei não basta para justificar a liminar, o que faz prevalecer, até o julgamento da representação, a sua presunção de constitucionalidade.

À conta destas considerações, indefere-se a liminar.

Rio de Janeiro, de de 2008.

DES. SERGIO CAVALIERI FILHO

RELATOR