

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL MINISTRO GILMAR MENDES**

Proc. nº 4249
(Ação Direta de Inconstitucionalidade)

**FUNDAÇÃO ARY FRAUZINO PARA
PESQUISA E CONTROLE DO CÂNCER** ("Fundação do Câncer"),
pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, com sede na Rua
dos Inválidos, 212 - 8º andar, Centro - Rio de Janeiro, Estado do Rio de
Janeiro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 40.226.946/0001-95, representada
neste ato por seus advogados no final assinados, vem perante Vossa
Excelência nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade movida
pela **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TURISMO - CNTUR**, com
fundamento no art. 7º § 2º da Lei 9.868/1999, requerer sua

HABILITAÇÃO COMO *AMICUS CURIAE*

pelas razões a seguir expostas, a fim de pugnar pela IMPROCEDÊNCIA
da presente ação de controle abstrato e repressivo de constitucionalidade.

Do Cabimento da Intervenção sob a Modalidade de *Amicus Curiae*

A Lei 9.868/99 positivou, por meio do seu art. 7º, § 2º, a figura já existente em aspectos procedimentais do *amicus curiae*¹. Dessa forma, abre-se a possibilidade para que os não legitimados para figurarem no processo de controle abstrato de constitucionalidade manifestem-se nos autos.

Tal autorização legal repousa no fato de que os efeitos da ação abstrata recaem sobre todos. Dessa maneira, em razão da relevância do tema e representatividade dos postulantes, é aberta a oportunidade de participação daqueles que se verão atingidos mais fortemente pelos efeitos do processo. O objetivo é permitir que se levem aos autos os mais diversos aspectos do tema.

O objetivo do dispositivo criador da figura do amigo da causa, portanto, é claro, consubstanciando-se em possibilitar que os órgãos ou entidades se habilitem na medida processual de controle concentrado² da constitucionalidade, a fim de que se permita que sejam carreados aos autos os argumentos de defesa dos mais variados enfoques sobre a discussão abstrata que se constrói nos

¹ Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) §2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

² “Tendo em vista a natureza idêntica das ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, não parece razoável qualquer conclusão que elimine o direito de manifestação na ADC. O perfil desse processo recomenda igualmente a adoção do instituto apto a conferir caráter plural e aberto a esse processo. Assim, a despeito do veto nas disposições constantes do art. 18 da Lei n. 9.868, de 1999, é de se considerar aplicável à ADC a regra do art. 7º, §2º da Lei n. 9.868, que admite o direito de manifestação de entidades representativas na ação direta de inconstitucionalidade.” (Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, 5ª Ed., Ed. Saraiva, p. 245).

autos. O que se objetiva é a possibilidade de se analisarem elementos de concretude no processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Dessa forma através de despacho que contém a característica da irrecorribilidade da lavra do Relator da medida em questão, é admitida a possibilidade de habilitação na qualidade de *amicus curiae* à Fundação requerente, para que evidências possam ser trazidas aos presentes autos, que se inserem na construção de controle não-concreto de constitucionalidade.

A doutrina é pacífica no sentido de cabimento desta intervenção, como se pode observar no breve trecho abaixo transcrito:

“Constitui todavia, inovação significativa, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). Positiva-se, assim a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as implicações ou repercussões.”³

É evidente que a *ratio* que autoriza a manifestação de terceiro como *amicus curiae* se funda na necessidade de amplo conhecimento sobre o tema a ser julgado, como bem expõe a doutrina pertinente⁴:

“A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se necessária e inevita-

³ Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, 5ª ed., Ed. Saraiva, p. 244.

⁴ Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, Ed. Saraiva, p. 281.

velmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.”

A Lei 9.868/99, portanto, objetiva ampliar a participação na proteção à Constituição da sociedade como um todo e, em especial, dos interessados no deslinde da causa, pois esses sofrerão mais diretamente os efeitos da decisão, que, como se sabe, apesar de tirada em processo abstrato, alcançam a todos de forma vinculante. Logo, como uma expressão de democracia processual, a Fundação requer, na expectativa de deferimento, a sua participação nos presentes autos como amiga da causa, pois, presentes os requisitos para tanto.

Inclusive em relação a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, já foram aceitas outras entidades de igual relevância para o exercício da intervenção sob a modalidade de *amicus curiae*, o que justifica o pedido desta entidade para que também possa prestar seus esclarecimentos e suas razões pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4249.

Da Legitimidade da Fundação Do Câncer como Entidade e sua representatividade em relação ao Tema Discutido

A Fundação do Câncer pleiteia se manifestar nos autos desta Ação Direta de Inconstitucionalidade e possui plena legitimidade para ocupar a posição de *amicus curiae*, uma vez que

se enquadra perfeitamente na classificação de entidade exigida pela Lei nº 9.868/99.

Cumprido destacar que se evidencia como requisito o conhecimento da entidade sobre o tema em discussão, como menciona Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁵ ao comentar o art. 7º § 2º da mencionada lei:

“O relator, por decisão irrecurável, pode admitir a manifestação de pessoa física, jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta. Trata-se da figura do *amicus curiae*, originária do direito anglo-saxão.”

A Fundação do Câncer, ora petionária, foi criada em 19.02.1991, e tem como finalidade principal, na forma do artigo 5º do seu Estatuto Social (doc. anexo), "colaborar, pelos meios adequados, com o Instituto Nacional de Câncer (INCA) e com todas as pessoas e entidades interessadas no desenvolvimento de atividades voltadas ao câncer". Já o INCA, na condição de órgão do Ministério da Saúde coordenador da Política Nacional de Controle do Tabagismo, tem monitorado e promovido iniciativas legislativas em âmbito nacional relacionadas à proteção da população dos riscos decorrentes da exposição à fumaça ambiental de tabaco

- Além disso, a Petionária se esforça a fim de que a Lei Federal 9.294, sancionada em 1996, seja aplicada na sua inteireza, sempre objetivando a interpretação que possa proteger a saúde, à luz dos novos conceitos trazidos pela Convenção-Quadro para o Controle do

⁵ Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional, Ed. RT, p.550.

Tabaco, primeiro tratado internacional de saúde pública negociado sob os auspícios da Organização Mundial de Saúde (OMS) por 192 países. A adesão do Brasil à esse tratado foi ratificada pelo Congresso Nacional, tornando o País Estado Parte desse Tratado⁶. Este Tratado que se funda em e consagrou estudos que comprovam de maneira patente a agressividade do fumo às pessoas, sejam elas fumantes passivas ou ativas.

Deve-se ressaltar que o tabagismo passivo é fator altíssimo de risco de câncer de pulmão, como também é identificado como a terceira maior causa de morte evitável do mundo⁷.

Nesse escopo de atuação e efetivo interesse no deslinde da presente ação direta de inconstitucionalidade, legitima-se a mencionada entidade para apresentação de suas observações e constatações jurídicas e fáticas acerca do tabagismo e a legalidade da Lei Estadual de São Paulo nº 13.541, de 07 de maio de 2009.

Vale ressaltar que, apesar de sediada no Rio de Janeiro, a Peticionária identifica os avanços para si, pois poderá contar com uma política mais efetiva de controle do tabagismo, pois a lei se enquadra na promoção da saúde, e para os fumantes passivos, que terão menor contato com a poluição tabagística ambiental e, por conseguinte, menor risco de desenvolvimento de doenças tabaco relacionadas, trazidos pela Lei Paulista. Sendo identificados os efeitos positivos da legislação no controle do tabagismo, haverá maiores argumentos para que sejam repetidas as ações paulistas por todo o país.

⁶ Decreto nº 5.658, de 02 de Janeiro de 2006 - Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. http://www2.mre.gov.br/dai/m_5658_2006.htm

⁷ Dados trazidos pela Organização Mundial da Saúde, no trabalho MPOWER, publicado em 2008.

Dessa forma, mostram-se plenamente atendidos os requisitos postos no §2º do art. 7º da Lei 9.868/99, quais sejam: (i) relevância da matéria, dado o fato de que o tabagismo passivo é a terceira maior causa de morte do mundo; e (ii) representatividade do requerente, tendo em vista seu envolvimento com a proposta de combate à doença.

Pelo exposto requer-se que seja deferida a habilitação da Fundação do Câncer na figura de *amicus curiae* na presente ação direta de inconstitucionalidade.

Alguns esclarecimentos iniciais necessários – aproximação ao tema

Necessário se faz uma aproximação ao tema para que pequenas confusões sejam afastadas.

1. Posiciona-se ao contrário do defendido por alguns articulistas, entre os quais Luis Felipe Pondé, da Folha de S. Paulo, que defende que a busca pela saúde poderia significar uma séria anomalia social;

De maneira exagerada e equivocada, Pondé assim defende sua posição no jornal (Folha de S. Paulo do dia 11 de agosto de 2009):

A tendência da democracia à lógica tirânica da saúde já havia sido apontada por Tocqueville (século 19). Dizia o conde francês que a vocação puritana da democracia para a intolerância para com hábitos “inúteis” a levaria a odiar coisas como o álcool e o tabaco, entre outras possibilidades.

Odiaremos comedores de carne? Proprietários de dois carros? Que tal proibir o tabaco em casa em nome do pulmão do vizinho? Ou uma campanha escolar para estimular as crianças a denunciar pais

fumantes? Toda forma de fascismo caminhou para a ampliação do controle da vida mínima. As freiras feias sem Deus gozariam com a ideia de crianças tão críticas dos maus hábitos.

Deve-se esclarecer, no entanto, que a lei paulista nada tem de violação da intimidade, não busca se imiscuir em aspectos íntimos das pessoas e não fala em intolerância com hábitos inúteis. As ações trazidas pela lei antifumo paulista são ações conhecidas no direito. Busca a proteção de terceiros.

O que se quer é a proteção da saúde de quem não deseja consumir o tabaco de forma involuntária. A proteção de terceiros é uma constante no direito e não pode ser confundida com ações nazi-fascistas, como insinua o articulista.

Veja-se que o terceiro é protegido das conseqüências do consumo do álcool. Pune-se, até mesmo penalmente, portanto, de forma mais severa que o que acontece na lei antifumo paulista, o condutor de veículo que esteja embriagado. O que se busca aqui? Sem dúvida, proteger a saúde daquele que não quer receber os efeitos do consumo do álcool. E vai se dizer que a punição ao motorista alcoolizado representa excessiva e indesejada presença do Estado? Representa indevida preocupação do Estado com a saúde? Certamente, não deve ser esse o entendimento.

O mesmo acontece na proteção daquele que não quer sofrer as conseqüências do fumo. O consumo, dessa forma, deve se dar onde não cause danos a terceiros. É isso o que determina a lei.

Importante, ainda, destacar que não se quer proibir o uso do tabaco ou do cigarro. Não há criminalização de condutas, o que se busca é regular o consumo de um produto, que traz

peculiaridades, pois o seu consumo pode trazer as conseqüências danosas da exposição à fumaça mesmo àquele que não escolheu fumar.

Quando o direito pune o motorista alcoolizado ou o indivíduo que usa de violência sob o efeito do álcool, ele coíbe os danos a terceiros pelo uso do produto. O mesmo acontece com o tabaco, porém, ao contrário do álcool, os danos a terceiros, no caso do tabaco, não surgem concomitantemente ao consumo, por isso, esse deve ser regulado.

2. A Constituição Federal, em seu art. 170, determina que a atividade econômica deve atender aos ditames da JUSTIÇA SOCIAL.

Ora, não há como se pensar na justiça social sem se imaginar o progressivo acesso a direitos sociais.

Como, brilhantemente, assinala o Prof. Min. Eros Roberto Grau:

“Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar existência de qualquer política econômica capitalista.” Destacado

Tal repartição de recursos passa pelas chamadas escolhas trágicas, como definidas por Jon Elster (*Layoffs as a*

Problem of Local Justice). Ou seja, políticas de promoção da saúde poderão ser mais efetivas na distribuição dos recursos orçamentários.

Logo, é necessária a promoção de políticas públicas que possam melhor pensar a efetivação de direitos sociais, visando, sempre, o alcance da chamada justiça social.

Ninguém melhor que John Stuart Mill pautou seu pensamento pela valorização da liberdade das pessoas em face da ação interventiva da sociedade. Ele próprio, contudo, deixou claro que “o único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem” (Sobre a liberdade, Petrópolis: Ed. Vozes, 2ª ed., 1991, p. 53). Logo, ao citar Mill, o articulista da Folha de S. Paulo teria que ter analisado também essa faceta de seu pensamento, pois, a proteção do fumante passivo justifica a existência da restrição ao uso do tabaco, até mesmo na visão do pensador da liberdade, posto ser o fumante passivo o terceiro a ser protegido.

Dos Aspectos Preliminares Acerca dos MALEFÍCIOS do Tabagismo!

A discussão que se trava acerca da inconstitucionalidade da Lei Paulista 13.541 de 07 de maio de 2009, revela a necessidade de se abordarem alguns pontos acerca do tabagismo e seus impactos na Saúde Pública, que, conforme determinação da nossa Carta Magna de 1988, é direito de todos e dever do Estado.

Indubitavelmente, os malefícios que o tabagismo, seja ele ativo ou passivo, traz a saúde de qualquer pessoa são inúmeros e de conhecimento de todos. No entanto, não podemos deixar de apresentá-los de forma bem sucinta:

- O tabagismo é reconhecido como uma doença crônica gerada pela dependência da nicotina, estando por isso inserido na Classificação Internacional de Doenças (CID10) da Organização Mundial da Saúde (OMS).
- É também o mais importante fator de risco isolado para cerca de 50 doenças, muitas delas graves e fatais como o câncer, cardiovasculares, enfisema e outras.
- É um problema que aflige também os não fumantes, pois ao se exporem à fumaça de produtos de tabaco em recintos coletivos (tabagismo passivo) correm sérios riscos de desenvolverem câncer, infarto, infecções respiratórias, dentre outros agravos. Por isso, quando ocorre nos ambientes de trabalho, o tabagismo passivo é considerado um risco ocupacional.
- Morrem no mundo cerca de 5 milhões de pessoas, por ano, devido ao tabagismo, sendo 200 mil no Brasil
- A OMS também estima que a partir de 2020 de cada 10 mortes atribuídas ao tabaco, sete acontecerão nos países em desenvolvimento, onde hoje já se concentra 80% do consumo mundial de produtos de tabaco, principalmente de cigarros.
- Segundo uma pesquisa realizada em 2008, pelo INCA, no Brasil, pelo menos 2.655 não-fumantes morrem a cada ano por doenças atribuíveis ao tabagismo passivo. Ou seja, a cada dia ao menos sete não fumantes morrem por doenças provocadas pela exposição passiva à fumaça do tabaco. A maioria das mortes ocorre entre mulheres (60,3%).

Esse estudo considerou apenas as mortes de não fumantes por doenças cerebrovasculares, isquêmicas do coração e câncer de pulmão.⁸

Além disso, é necessário, em homenagem à relação cada vez mais clara que o Direito deve ter com as demais ciências, que alguns aspectos sobre os reflexos desse tema na saúde pública sejam mais claramente apresentados.

Há grande preocupação sobre como melhor alocar os recursos escassos da saúde e, no entanto, a ligação entre tal alocação e o tema relativo à urgência de realização de políticas públicas de promoção da saúde, até o presente momento, não foi difundido de forma clara. Especialmente no que concerne à melhor distribuição da riqueza brasileira e a melhor forma de, com essa riqueza, levar os direitos sociais para o maior número de pessoas possível. De fato, os recursos escassos do Estado se mostram como um constante argumento para não efetivação de direitos sociais, mormente, por meio da conhecida teoria da reserva do possível. Logo, a discussão sobre a lei paulista se apresenta em um cenário de grande preocupação, tanto no aspecto da saúde, pois o tabagismo mata e causa doenças, conforme reconhecido no art. 8º, 1, da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, como também no impacto econômico nas contas públicas.

Nesse passo, uma tese importante traz luz sobre o tema. A tese de doutoramento de Márcia Ferreira Teixeira Pinto, título obtido na Escola Nacional de Saúde Pública, na qual expõe

⁸ INCA e UFRJ / Instituto de Saúde Coletiva - 2008 E estudo Mortalidade atribuível ao tabagismo passivo na população urbana do Brasil - <http://www.inca.gov.br/tabagismo/atualidades/ver.asp?id=906>

de forma bastante cristalina, apesar de restrita, as agruras da utilização do tabaco pela população, explicitando os custos para a saúde pública causados pelo tabaco⁹. Tal pesquisa traz importantes dados e, com eles, identificam-se os custos econômicos para o país das doenças que nascem com base no tabagismo.

A Constituição Federal determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF). Logo, num país com recursos escassos, identificar custos de setores específicos pode ser determinante para implantação de políticas públicas preventivas.

Os dados apresentados ao final do estudo realizado pela doutora Márcia F. T. Pinto evidenciaram o custo unitário da assistência oferecida a 331 pacientes fumantes ou ex-fumantes agrupados conforme o estadiamento e a presença ou ausência de comorbidades associadas ao diagnóstico principal¹⁰.

Dado relevante trazido é o que expõe os custos totais atribuíveis ao tabagismo por grupo de enfermidade para indivíduos acima de 35 anos, no ano de 2005. Tais dados revelam os altos custos para a saúde dos brasileiros causados pelo tabaco. Custos que chegaram a quase 340 milhões de reais, em 2005, representando mais de 27,5% dos custos de tratamento de doenças realizado pelo SUS¹¹.

⁹ PINTO, Marcia F. T. Custos de Doenças Tabaco Relacionadas: uma análise sob a perspectiva da economia e da epidemiologia. Tese de Doutorado defendida na ENSP, em 18 de dezembro de 2007.

¹⁰ PINTO, Márcia T. F, ob. citada, p. 78.

¹¹ PINTO, Márcia T. F, ob. citada, p. 96.

Desse montante, os gastos referentes ao câncer correspondem a 33,85% e chegam a R\$ 114,6 milhões. Há que se ressaltar que os dados podem estar subestimados, pois, há limitação do número de patologias e o uso do tabaco pode ser causa de muitas outras doenças, além do fato de que muitos dos custos ficam a cargo dos Municípios, pois, como se sabe, há tetos estabelecidos pelo SUS. Abaixo, pode-se verificar a tabela montada pelo estudo de Márcia T. F. Pinto:

Grupo de enfermidade	Custos totais (R\$)	Custos totais atribuíveis ao tabagismo (R\$)	%
Aparelho circulatório (15 patologias)	723.169.661,35	145.757.575,25	20,16
Câncer*(13 patologias) * Inclui o somatório de hospitalizações e quimioterapia	316.083.126,11	114.668.026,25	36,28
Aparelho Respiratório (4 patologias)	189.952.995,36	78.266.914,53	41,20
Total	1.229.205.782,82	338.692.516,03	27,55

Um outro estudo realizado no Brasil, em 2008, sobre os custos do tabagismo passivo realizado pelo Programas de Pós-Graduação de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Coppe/UFRJ) mostrou que o tabagismo passivo custa aos cofres públicos pelo menos 37 milhões de reais todos os anos. O Sistema Único de Saúde gasta R\$ 19,15 milhões por ano com diagnóstico e tratamento de doenças causadas pelo tabagismo passivo e o INSS desembolsa mais de R\$ 18 milhões por ano com pensões e benefícios relacionados ao fumo passivo. Vale salientar que essa é também apenas parte de um grande iceberg, pois foram consideradas nesse estudo apenas algumas das

condições causadas pelo fumo passivo entre não fumantes e considerada apenas a exposição domiciliar ao tabagismo passivo.¹²

Mostra-se primordial uma análise quantitativa que aborde tanto as patologias e doenças que são resultantes do tabaco e tratadas no país a fim de que se estabeleça a política pública necessária para que se alcance, com recursos escassos, a proteção à saúde do maior número de pessoas possível no Brasil.

Em contrapartida, é necessário que se analise se a inexistência de política pública de prevenção impediria o Estado de se utilizar da teoria da reserva do possível em sua defesa nas ações individuais, que objetivassem tratamento ou remédios. Em outras palavras, o que se pretende é demonstrar que a contraposição entre direito à saúde e orçamento não poderia ser levantada se não fossem identificadas políticas públicas preventivas de saúde. Nesse passo, o Estado de São Paulo avança para buscar distribuir os recursos da melhor forma possível.

Há vários dados que informam sobre os males causados pelo tabaco, como também, não com a mesma clareza e certeza do tabaco, existem inúmeras informações sobre os males causados pelo colesterol, pelo consumo excessivo de bebida alcoólica, entre vários outros tipos de produtos. O que diferencia a utilização do tabaco da dos demais produtos, e isso deve ficar claro, é que o seu uso causa danos

¹²INCA e UFRJ 2008. Governo gasta R\$ 37 milhões por ano com vítimas do fumo passivo
<http://www.inca.gov.br/impressao.asp?op=pr&id=1958>

diretos à saúde daqueles que não são fumantes, portanto, não são consumidores diretos do produto.

Nesse sentido, a lei Paulista, além de respeitar o tratado internacional ratificado pelo Brasil, mostra preocupação em utilizar a política pública preventiva como uma forma de melhor distribuir os recursos escassos da saúde pública brasileira. Obviamente, nesse ponto, os resultados são em médio e longo prazo, o que não impede a sua implantação. Exige, isso sim, um acompanhamento constante para que se identifique o alcance dos objetivos almejados.

O que fica evidente, de forma gritante, é a possibilidade de se proteger o direito à saúde daquele que não quer fumar por meio da criação de políticas públicas de restrição ao uso do tabaco. É certo que tal conduta, mesmo que indiretamente, atinge também a saúde do fumante e, por isso, pode ser confundido com uma tentativa de impor um padrão de conduta saudável às pessoas. A efetivação de políticas públicas preventivas, que envolvem inclusive a restrição da utilização do tabaco em determinados locais trará sem qualquer dúvida ampliação do direito à saúde, com maior efetivação da proteção à saúde.

Todavia, não é apenas uma restrição para melhorar a saúde do fumante passivo, é mais que isso, pois, em última análise, o que se busca é uma melhor forma de distribuição dos recursos

escassos para efetivação de direitos sociais. Com a melhor distribuição, a proteção ao direito fundamental à saúde pode se tornar mais efetiva.

DA AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE na Lei Estadual 13.541/2009

1. A Lei Paulista é constitucional pela Competência Concorrente Imprópria Aplicável ao Tema de Saúde e Meio Ambiente!

O tema tratado na presente ação direta de inconstitucionalidade reporta-se a questão da saúde pública e, portanto, impreterivelmente deve ser observada a disposição contida na Constituição sobre o dever de garantia da saúde, dever este atribuído ao Estado:

Art. 196. 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.

Dessa forma, irrefutável o dever atribuído ao Estado para garantia e efetivação de políticas que preservem a saúde.

A Constituição Federal também prevê em suas disposições a forma como deverá ser criada a legislação acerca do

tema em questão (saúde e meio ambiente), atribuindo uma série de competências a cada um dos entes que compõem as esferas federativas.

Acerca de tais competências é essencial que se observem as disposições, de forma a se complementarem, trazidas pelos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, detendo-se a alguns incisos de grande relevância:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição de qualquer de suas formas;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

É importante frisar que o tema está inserido tanto no âmbito da competência material, a que se refere o art. 23 da Constituição Federal, quanto no âmbito da competência legislativa, conforme art. 24, trazendo assim uma situação de hibridez e, por isso, levando a questão a se inserir na competência legislativa concorrente imprópria. Além disso, há disposições sobre o tema nos arts. 196 (proteção à saúde) e 225 (proteção ambiental).

O artigo 24 da Constituição Federal define a chamada competência legislativa concorrente própria, que determina o dever da União de elaborar normas gerais que balizarão os demais entes federativos a elaborarem suas normas suplementares.

No entanto, as áreas livres de tabaco, por envolverem questões de saúde e meio ambiente, identificadas nas competências materiais comuns (artigos 23, 196 e 225, CF) e nas legislativas concorrentes (artigo 24, CF), fazem parte da chamada competência legislativa concorrente imprópria¹³. Essa competência decorre naturalmente do princípio da legalidade administrativa. Numa análise mais apurada: se o ente federativo precisa agir, por distribuição de competência material, e ele só pode fazer de acordo com as determinações da lei (princípio da legalidade), para poder agir de acordo com o que identifica como melhor para atingir os objetivos constitucionais, ele pode legislar sobre o tema, superando as amarras trazidas nos parágrafos do art. 24 da CF. É exatamente por esse motivo que a competência para proteção da saúde e do meio ambiente recebem disposições que estão além do exposto no art. 24 da CF.

A análise dos artigos acima citados é clara e representa a possibilidade de legislação concorrente e ratificada pelo art. 198, inciso primeiro da Carta Magna:

¹³ Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrado Nunes Júnior, Curso de Direito Constitucional, 12ª edição revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 272.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

A intenção do legislador, ao estabelecer no art. 198 e seus incisos uma forma integrada de ações, é clara e inequívoca. Significa que, em assuntos de grande relevância como a saúde pública seriamente comprometida com o uso do tabaco em suas mais variadas formas, devem ocorrer ações cooperadas entre os entes federativos, conforme expõe a doutrina numa interpretação singela acerca do tema:

“A Constituição preconizou um regime de cooperação entre União, Estados e Municípios, que devem, em comunhão de esforços, incrementar o atendimento à saúde da população.”¹⁴

O Estado tem a competência e não pode deixar de exercê-la, sob pena de omissão. Assim agiu o Legislativo paulista. Explicando melhor, o estado membro da Federação tem, por determinação constitucional, a competência para proteger a saúde e o meio ambiente — e não pode deixar de fazê-lo.

Vários doutrinadores defendem que tal competência se caracteriza pela inexistência de limites a cada um dos

¹⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 407.

entes da Federação, isto é, cada um deles pode legislar de maneira integral sobre as mesmas matérias.

É importante frisar que esse Egrégio Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca do cabimento e reconhecimento da existência da competência concorrente imprópria, como se pode observar em julgado recente desta corte máxima de justiça¹⁵:

“Ementa: LEI DISTRITAL. NOTIFICAÇÃO MENSAL À SECRETARIA DE SAÚDE. CASOS DE CÂNCER DE PELE. OBRIGAÇÃO IMPOSTA A MÉDICOS PÚBLICOS E PARTICULARES. ADMISSIBILIDADE. SAÚDE PÚBLICA. **MATÉRIA INSERIDA NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA COMUM E CONCORRENTE DO DISTRITO FEDERAL. ARTS. 23, I, E 24, XII DA CF.** RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 22. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO. I - Dispositivo de lei distrital que obriga os médicos públicos e particulares do Distrito Federal a notificarem a Secretaria de Saúde sobre os casos de câncer de pele não é inconstitucional. II - Matéria inserida no âmbito da competência da União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 23, I da Constituição Federal.” (grifos não constam do original)

O tema da competência concorrente imprópria também já foi objeto de análise do E. STF no tocante ao assunto do amianto, já citada nos presentes autos, no qual uma lei estadual foi mais restritiva do que uma lei federal, sem que fosse identificada, ao

¹⁵ STF, ADIN nº 2.875-8 DF, Rel. Min, Ricardo Lewandowski, publ. 04.06.08.

menos em cognição sumária, qualquer inconstitucionalidade, conforme decisão que negou o pedido liminar de suspensão da lei em questão¹⁶:

“Acontece que esse caso me parece peculiar, e muito peculiar – se o superlativo for admitido eu diria peculiaríssimo – porque a lei federal faz remissão à Convenção da OIT nº 162, art. 3º, que, por versar tema que no Brasil é tido como de direito fundamental (saúde), tem o status de norma supralegal. Estaria, portanto, acima da própria lei federal que dispõe sobre a comercialização, produção, transporte, etc., do amianto.

Essa norma de estatura normativa supralegal, no seu art. 3º diz o seguinte, como que se colocando mesmo como fundamento de validade, logo abaixo da Constituição, para as normas nacionais sobre o assunto. Diz o artigo 3º:

“1 - A legislação nacional deve prescrever as medidas a serem tomadas para prevenir e controlar os riscos, para a saúde, como para proteger os trabalhadores contra tais riscos.”

Vale dizer, é o reconhecimento claro, explícito, da nocividade à saúde desse tipo de mineral. É o reconhecimento explícito de que ele é nocivo à saúde.(...) A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral.”

As situações expostas são de extrema similitude ao assunto discutido na presente ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, ambas as ações tratam de normas estaduais que *a priori* contrariam a norma federal, as duas no âmbito da

¹⁶ Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937-7, Rel. Marco Aurélio, j. 04.06.2008.

saúde, em que foi reconhecida a existência da competência concorrente imprópria e, mais ainda, a constitucionalidade, em sede de análise cautelar, de uma lei estadual mais rigorosa que a federal.

Vale ressaltar que, nas duas situações, há normas de direito internacional sobre o tema, pois, de fato, existe a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, da qual o Brasil é signatário e ratificante. Tal Convenção declara de forma inequívoca o mal trazido pelo tabaco e seus componentes, conforme se verá de forma mais detida noutro tópico de argumentação.

2. Da Existência da Convenção Quadro e do Dever de Observância de Suas Diretrizes - o necessário confronto com a Lei Federal 9294/96

Como a questão do tabaco ultrapassou as fronteiras e tornou-se uma preocupação mundial, em 2003, foi celebrado um tratado internacional sobre o controle do tabaco, batizada de Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, o que reforça a importância da política preventiva.

O Brasil é um dos signatários (expressou sua concordância com o texto em 16 de novembro de 2003), tendo efetivado a ratificação em 03 de novembro de 2005. O Decreto Presidencial que deu publicidade interna à ratificação é o de número 5.658 de 02 de janeiro de 2006. Logo, a preocupação com o tabaco já

chegou ao direito por intermédio do direito internacional¹⁷. As questões levantadas no tratado dão esteio jurídico à limitação e à necessidade de construção de políticas públicas preventivas.

A preocupação existente quanto ao uso do tabaco tem se mostrado crescente e levado à discussão o tema sobre uma eficaz política pública de saúde¹⁸.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde¹⁹, no século XX, foram 100 milhões de mortes causadas pela epidemia do tabaco e, segundo a mesma fonte, tal número poderá chegar a um bilhão de pessoas no século XXI.

Também se ocupa a Convenção da drenagem de recursos²⁰ que se identifica pelo consumo do tabaco, tanto no âmbito familiar, pois, os recursos utilizados para o tabaco poderiam servir para incremento da saúde e da educação, quanto no âmbito nacional, pois, há remessa de lucros e pagamento de *royalties* para os

¹⁷ Cf. GOSTIN, Lawrence O., Global Regulatory Strategies for Tobacco Control. JAMA, Vol. 298, No. 17, pp. 2057-2059, 2007; Georgetown Public Law Research Paper No. 1034466. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1034466>

¹⁸ Como se pode perceber pela análise da doutrina, o direito à saúde e as leis sobre o orçamento travam longas batalhas, dessa maneira, a prevenção, por meio de políticas públicas para promoção da saúde, tende a ser a melhor maneira de coordenar tais direitos fundamentais, para uma visão interessante sobre o tema, confira-se AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. "Há direitos acima dos orçamentos?" in SARLET, Ingo e TIMM, Luciano (orgs). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 87-110.

¹⁹ WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2008: The MPOWER package.

²⁰ Nesse ponto, a alusão se refere ao recurso financeiro que é destinado para a manutenção do da dependência da nicotina.

detentores dos direitos de uso das marcas²¹. Nesse passo, a Convenção deixa evidente que leva em conta a preocupação da comunidade internacional com as, por ela chamadas, devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo.

A Convenção reconhece formalmente que o tabaco causa danos à saúde, evidenciando, em seu texto (art. 8º, 1), que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, doenças, morbidade e incapacidade e, também, que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de qualquer produto dele derivado.

Nesse ponto, ou seja, na distância entre a exposição ou uso e a revelação da doença, está o maior desafio do controle do uso do tabaco.

O mesmo acontece no tocante à verificação do respeito ao não retrocesso em direitos sociais²², pois, é necessário prazo para que se identifique o retrocesso na proteção dos direitos sociais. De fato, há vários fatores que podem trazer confusões à

²¹ Vale aqui ressaltar que a produção chinesa de tabaco é estatal, não sendo esse um problema para a China. Geneva, World Health Organization, 2008. Importante também analisar o uso da força no âmbito internacional por parte de pessoas jurídicas de direito privado, como as multinacionais. Sobre o uso da força, cf. HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra Justa à Guerra Econômica – uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Editora Saraiva; 1996.

²² COURTIS, Christian. “La prohibicion de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios” in COURTIS, Christian. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: CELS, 2006, pp. 03-52.

identificação da doença desenvolvida como consequência do uso ou, principalmente, à exposição à fumaça do cigarro²³.

De acordo com Christian Courtis²⁴, a proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais é tema que faz parte tanto do direito internacional dos direitos humanos quanto do direito constitucional interno de cada país.

Nessa linha, se a busca pela proteção ao direito à saúde deve ser constante e progressiva, a restrição ao uso do tabaco é o caminho natural para se coibir o retrocesso e disponibilizar mais recursos para a saúde, avançando-se, dessa forma, rumo à proteção mais plena desse direito social.

O planejamento de política pública saudável é a forma de conseguir superar a escassez de recursos ou de, pelo menos, diminuir tal problema.²⁵

²³ Entendo que a insistência na posição de que não se pode proibir o fumo em ambientes fechados por completo guarda relação com a não revelação imediata da doença causada pela exposição ao fumo, se fosse imediata, certamente, os argumentos de que a convivência deve ser garantida não teriam condições de serem defendidos de maneira mais óbvia. Dessa forma, então, não há dúvida sobre o dano causado, no entanto, a consequência tardia pode iludir sobre as causas das enfermidades.

²⁴ COURTIS, Christian. “La prohibicion de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios” in COURTIS, Christian. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: CELS, 2006, pp. 03-52.

²⁵ AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. “Há direitos acima dos orçamentos”? in SARLET, Ingo e TIMM, Luciano (orgs). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p.87-110

Como um tratado, a Convenção segue o regime jurídico dessa fonte do direito. Logo, o ponto fulcral é definir qual a sua hierarquia no ordenamento jurídico interno, depois de incorporada. Vale ressaltar que tal indagação só tem razão de existir em países que adotam o monismo, pois, para países dualistas, a incorporação demanda uma intervenção parlamentar após a ratificação²⁶.

Por mais que a discussão entre monistas e dualistas²⁷, nos últimos anos tenha caído no desuso²⁸, entende-se que ela é relevante²⁹ para se compreender exatamente o procedimento para sua revogação, podendo-se, em última análise, até mesmo, dizer-se que, nos países monistas, a desvinculação do país de um tratado internacional é pressuposto para que a norma dele proveniente seja revogada.

²⁶ Cf. BUERGENTHAL, Thomas. Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law. *Recueil Des Cours*. 1992; 235:305-410, pg. 316. Cf. Também a análise das fontes do direito internacional público em ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO e Silva, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Casella, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva; 2002. Cf. também SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas; 2004.

²⁷ Não é objeto do presente trabalho a análise do ordenamento jurídico brasileiro e sua adequação à teoria monista ou dualista, porém, alguns julgados abaixo citados analisam esse tema. Vale destacar a importância da internacionalização da proteção dos direitos humanos, conforme ressaltado por DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 40.

²⁸ Cf. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT; 2000, pg. 65: “Jiménez de Aréchaga, por sua vez sustenta que a discussão entre monistas e dualistas não afeta outro ponto, mais essencial para aferir-se a eficácia e validade dos tratados nos ordenamentos internos. Importa mais é analisar a hierarquia que os tratados ocupam nas legislações internas, crucial para definir-se qual das normas prevalece em caso de conflito”.

²⁹ Cf. CHAUMONT, Charles. Cours Général de Droit International Public. *Recueil Des Cours*. 1970; 129:333-450, pg. 333. Cf. BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press; 1990, p. 210. Sobre o tema, VEDOVATO, Luís Renato. *Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Ed. Impactus, 2008.

Dentre os países monistas, entretanto, há diversas posições, determinando que o tratado se incorpora no nível de lei ordinária, lei complementar ou, até mesmo, regra constitucional.

Ressalte-se, quanto a essa última hipótese, o caso Espanhol, que determina a alteração constitucional antes que haja a vinculação a um tratado contrário a uma disposição da mesma³⁰, conforme art. 95 da Constituição Espanhola de 1978.

Invariavelmente, entra em discussão a possibilidade de violação da soberania do Estado quando se levanta a hipótese de prevalência do tratado sobre a constituição³¹. Mas, deve-se ter presente que o direito internacional tem como principal característica o consentimento, ou seja, nenhum país se vincula, em tese, a um tratado se assim não desejar³². Além disso, especificamente no que diz respeito aos direitos fundamentais, a sua internacionalização pode evitar exageros totalitários³³ ou pressões econômicas internas, como é o caso do tabaco. Realmente, a internacionalização da proteção dos direitos fundamentais traz benefícios incomensuráveis aos indivíduos, criando mais uma fonte

³⁰ MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público - Parte General*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta; 1995, pg. 503. Cf. também PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 4ª ed. Madrid: Tecnos; 1993.

³¹ cf. DELBEZ, Louis. *Les Principes Généraux du Droit International Public*. Paris: LGDJ; 1964, pg. 85.

³² cf. MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7ª ed. London: Routledge; 1998, pg. 3.

³³ cf. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras; 1988, pg. 118: "O valor atribuído à pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, é parte integrante da tradição, que se viu rompida com a irrupção do fenômeno totalitário." Cf. também COMPARATO, Fábio Konder. O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos. In: *Publicação Especial em Comemoração aos 10 anos de Fundação da Associação Juizes para a Democracia. Direitos Humanos - Visões Contemporâneas*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia; 2001, pg. 16: "O que importa dizer, antes de mais nada, do sistema de direitos humanos, é que ele representa o principal elemento de integração do direito interno ao direito internacional, representado assim o núcleo pré-constitutivo da mencionada 'sociedade universal do gênero humano'".

de proteção contra atos ou, como no presente caso, omissões do Estado. Em essência é a construção da chamada soberania real compartilhada.

Posicionamentos importantes para o tema devem ser analisados, principalmente o proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que é o que soa mais forte e, há pouco tempo, dirigia-se no sentido de que o Tratado Internacional assumia a hierarquia de lei ordinária sendo válida a regra de que lei posterior revoga lei anterior (RE 80.004), tornando possível, assim, que um tratado seja revogado por uma lei ordinária, desde que posterior, ou uma lei ser revogada pelo tratado. Recentemente, no entanto, novo posicionamento sobre tratados de direitos humanos, que teriam hierarquia superior, foi exposto.

O que parece surgir na Corte Suprema Brasileira é um giro copernicano, como esperado pelo Prof. André de Carvalho Ramos³⁴, para que o Supremo cada vez mais dialogue com as fontes e as cortes internacionais.

Como ensina Karl Engisch, há a necessidade de se entenderem as mudanças mundiais e, antes de apenas aplicar o direito do mesmo modo que é aplicado no âmbito interno, deve-se abrir caminho, pois “constitui um privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as outras ciências da cultura, o facto de ela não abrir

³⁴CARVALHO RAMOS, André de. “O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” in AMARAL JÚNIOR, A. e JUBILUT, Lyra. “O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850.

caminho ao lado ou atrás do Direito, mas, antes, poder afeiçoar o Direito mesmo e a vida que nele e sob a sua égide decorre”³⁵.

O E. STF, de fato, recentemente, decidiu matéria sobre a hierarquia de tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, é importante dizer que, mesmo que se entenda a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco com hierarquia de lei federal, ou seja, como não sendo um tratado de direitos humanos, ela teria trazido um posicionamento diferente da Lei Federal 9.294/96, ao reconhecer que a exposição à fumaça do cigarro é danosa à saúde. Logo, tendo-se em vista que a proteção à saúde é imperativo constitucional, a Lei Federal que, em tese, permite a existência dos fumódromos, torna-se inconstitucional, pois é contrária aos dispositivos da Convenção, que condena a exposição à poluição tabágica ambiental.

Em outras palavras, se a Constituição protege a saúde, se a Convenção reconheceu que a exposição à fumaça do tabaco é danosa à saúde, o Decreto 2.018/96 que regulamenta a Lei 9294/96, que permite o fumódromo, não pode ser entendido como protetor da saúde, logo, deve ser declarado inconstitucional. Ou, no mínimo, deve ser tido como revogado pela Convenção.

³⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7ª Ed. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, pg. 13.

Realmente, é possível verificar uma clara antinomia entre a Convenção-Quadro e a Lei Federal 9.294/96. O art. 8º, 2, da Convenção assim dispõe:

2. Cada Parte adotará e aplicará, em áreas de sua jurisdição nacional existente, e conforme determine a legislação nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em locais fechados de trabalho, meios de transporte público, lugares públicos fechados e, se for o caso, outros lugares públicos, e promoverá ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais.
Destacado.

Mais clara fica a antinomia quando se analisa o art. 8º, 1, da Convenção, nos seguintes termos:

Art. 8º (...)

1. As Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade.

Tal antinomia, pois, a permissão pelo decreto regulamentador da lei federal da existência de fumódromos é claramente contrária ao dispositivo do art. 8º, 2, da Convenção, que exige a restrição à exposição à fumaça do tabaco, levaria portanto à revogação

da norma anterior (art. 2º da lei 9294/96 e seu decreto regulamentador nesse ponto).

Além disso, o art. 8º, 1, da Convenção, ao reconhecer que a exposição à fumaça do tabaco é causa certa de danos à saúde, transforma em inconstitucional toda legislação que permita tal exposição em ambientes fechados públicos ou privados, conforme elencados no art. 8º, 2. Explica-se, tendo-se em vista a proteção à saúde, trazida no art. 196 da CF, se a Convenção reconhece o dano à saúde causado pela exposição à fumaça, não é possível uma norma que permita tal exposição, pois ela estaria contrariando o direito à saúde, incrustado no texto constitucional.

Dessa forma, no mínimo, a lei federal estaria revogada nesse ponto.

Porém, há elementos para se classificar a Convenção-Quadro como um tratado internacional de direitos humanos, o que se depreende do seu preâmbulo. Logo, a aplicação dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal deve ser levada em conta, além, por óbvio, da hierarquia que daí decorre.

No julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1- SP, o Eminentíssimo Min. Gilmar Mendes assim votou:

“O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.”

O Prof. Celso Lafer³⁶, apesar de se referir apenas aos tratados anteriores à CF/88, defende que: *“Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados.”*

Vai além o Min. Celso Mello, reconhecendo, em voto proferido no HC 87.585-8 – TO, hierarquia

³⁶ A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais, p. 15/18, 2005, Manole

materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil se vinculou:

“Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais (...)”

Dessa maneira, mesmo não tendo sido aprovada pela forma determinada no art. 5º, parágrafo 3º (inserido pela EC 45), a Convenção pode ser entendida como de hierarquia constitucional, o que a tornaria a lei 9294/96 incompatível com a Constituição.

Se, no entanto, o entendimento esposado for o trazido pelo Min. Gilmar Mendes, ela possui hierarquia supralegal, revogando, portanto, a Lei 9.294/96. E, por fim, se o posicionamento mais conservador for o adotado, o de que o tratado tem hierarquia de lei federal, mesmo assim, a Lei Federal deve ser afastada, pois, a Convenção identifica os males causados pelo tabaco e, como a Lei 9294/96 permite o fumódromo, ela deveria ser entendida como incompatível com a Constituição, pois a Lei Maior protege a saúde em seu art. 196.

3. Da Interpretação do Art. 196 da Constituição Federal associado ao Artigo 8º da Convenção Quadro, Lei Federal 9294/96 e da Lei Estadual 13.541/09 - NENHUMA INCONSTITUCIONALIDADE deve ser reconhecida!

Antes de se adentrar as análises textuais dos dispositivos normativos acima mencionados, é imprescindível que se faça breve e sucinta observação acerca do Princípio da Interpretação Conforme a Constituição.

O princípio mencionado tem ganho crescente destaque no Tribunal Constitucional Alemão, no qual se busca o aproveitamento da norma, só restando a declaração de inconstitucionalidade para os casos em que a invalidade manifesta e inequívoca, ou ainda quanto não houver qualquer interpretação plausível e que possa ser compatibilizada com a Constituição.³⁷

Assim o princípio da interpretação conforme é conceituado da seguinte forma:

“O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É,

³⁷ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 5ª ed., Ed. Saraiva, p. 188.

ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou interpretações que contravenham a Constituição.”³⁸

Ou seja, o princípio invocado busca a aplicação da norma de acordo com uma interpretação que comporte sua constitucionalidade, ou seja, diante de normas que comportam diversas interpretações, deve-se atentar a aplicação daquela que é conforme a Constituição.

No presente caso, não se entendendo que houve a revogação do art. 2º da Lei 9294/96 e seu decreto regulamentador, no que toca à possibilidade do fumódromo, há que se interpretar o direito como um todo e, portanto, observar-se que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade entre a lei federal e estadual.

Veja-se!

O art. 196 da Constituição Federal assim dispõe sobre o dever do estado no aspecto da Saúde:

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantindo mediante políticas sociais e econômicas **que visem à redução do risco de doença** e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário

³⁸ Ibidem, p. 189.

às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei Federal 9294/96 trata da política de controle do tabagismo e autoriza, em seu artigo 2º, o fumo em áreas destinadas a esse fim, desde que arejadas convenientemente e devidamente isoladas:

Art. 2º. 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.

Entra, então, em vigor a Convenção-Quadro da qual o Brasil é signatário, por meio do decreto presidencial 5.658/2006, que determina em seu art. 8º:

Artigo 8

Proteção contra a exposição à fumaça do tabaco

1. As Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade.

2. Cada Parte **adotará e aplicará**, em áreas de sua jurisdição nacional existente, e conforme determine a legislação nacional, **medidas legislativas**, executivas, administrativas e/ou outras medidas **eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em locais fechados de trabalho, meios de transporte público, lugares públicos fechados e, se for o caso, outros lugares públicos**, e promoverá ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais.

Surge, então, em 2009, a Lei Estadual Paulista nº 13.541, que dispõe acerca do fumo em lugares fechados da seguinte forma:

Artigo 2º - Fica proibido no território do Estado de São Paulo, 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.

O que se observa, com as transcrições dos dispositivos que estão sendo questionados perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, pode ser exposto de forma simplificada, comprovando a inexistência de contrariedade a Lei Federal pela Lei Estadual 13.541/09:

- (1) Em 1988 a Constituição Federal institui como dever do Estado a promoção da saúde através de políticas públicas;
- (2) Em 1996 advém a primeira lei federal 9294/96 que trata do regulamentação do tabagismo como problema de saúde pública, vedando sua utilização exceto em: “área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente”. Autorizando dessa forma a existência e permanência dos fumódromos.

(3) Em 2006, portanto em data posterior a da promulgação da lei federal, ocorre o decreto que internaliza a Convenção-Quadro no âmbito legislativo Brasileiro a título de norma federal, de acordo com posicionamento conservador. Vale aqui destacar que a Convenção, então, adquire o mesmo patamar hierárquico da lei 9294/96, e, então, prevê de forma incontestável em seu art. 8º, item 2º, que cada signatário adotará medidas legislativas a fim de evitar de forma eficaz a exposição a fumaça do tabaco em locais fechados - ocorre então o fenômeno da revogação da disposição final do art. 2º da lei 9294/96 ou, pelo menos, ocorre a necessidade de se dar nova interpretação ao dispositivo, interpretação diversa daquela compatível com o seu decreto regulamentador (art. 2º do Decreto 2018/96).

(4) Finalmente, em 2009, o Estado de São Paulo promulga a lei 13.541/09 e, conforme a disposição da Convenção que ocupa patamar de legislação federal, veda a possibilidade da utilização de produtos fumígenos derivados do tabaco em locais fechados, cumprindo exatamente a determinação constitucionalmente prevista de proteção a Saúde e atendendo também a legislação federal vigente.

Portanto, não há qualquer contrariedade entre a norma federal e a norma estadual, pois, aconteceu a revogação da parte final do art. 2º da lei 9294/96 e, conseqüentemente, do art. 2º do Decreto 2018/96, exatamente no momento em que passou a ser vigente no Brasil a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco

especificamente em seu dispositivo 8º, itens 1 e 2, pois, pela mais conservadora das opiniões, trata-se de norma posterior de mesma hierarquia e, portanto, revoga a possibilidade de existência de fumódromos como o decreto regulamentador da lei federal 9.294/96 previa.

A Lei Estadual 13.541/09 apenas confirma aquilo que já existia no âmbito federal, exatamente pela força vinculante do tratado do qual o Brasil é signatário – restando descabida a alegação de que há extrapolação de lei federal por estadual no presente caso, se não aceita, por óbvio, a existência da competência legislativa concorrente própria acima escandida.

Não se pode afastar, no entanto, a possibilidade de interpretação conjunta de todos os dispositivos. Ao contrário, ela deve ser tida como alternativa cabível.

Ao serem analisados em conjunto, os dispositivos levam ao resultado de que o fumo em ambientes fechados está proibido, conforme o disposto na Lei Estadual Paulista.

Ora, (1) se o tratado reconhece que a exposição à fumaça do tabaco causa danos à saúde, podendo levar à morte, como leva, pois o tabagismo passivo é a 3ª maior causa de mortes

evitáveis no mundo, perdendo apenas para o tabagismo ativo e para o consumo excessivo de álcool;

Ora, (2) se a lei federal proíbe o fumo em ambientes fechados;

Ora, (3) se é o Decreto 2018/96, em seu art. 2º, que traz a possibilidade do fumódromo;

Ora, (4) se a Constituição Federal protege e garante a saúde como direito de todos e dever do Estado;

A Lei Paulista pode, em última análise, ser interpretada em conjunto com todos os dispositivos para ser entendida como uma forma de explicitar as determinações constitucionais, convencionais e da lei federal, pois, permite o fumo em locais abertos, que, segundo a Convenção é a única forma de proteger a população contra à exposição involuntária à fumaça do tabaco, que é determinante, conforme também a norma internacional, para a diminuição da saúde.

A interpretação sistemática, portanto, afastaria apenas a norma do Decreto 2018/96. Sendo certo, por fim, que um decreto não poderia ser tido como um limitador da competência

legislativa de ente federativo, principalmente, quando o Decreto conflita com Tratado Internacional.

4. Não há Afronta às Liberdades Fundamentais em se Vedar a Utilização dos Produtos Fumígenos Derivados do Tabaco em Locais Públicos Fechados, há sim uma Ponderação de Princípios onde se Zela pela Saúde Pública e cumpre o Estado seu Dever atribuído Constitucionalmente!

Com relação ao presente ponto, é necessário salientar que nenhum direito é absoluto, por isso, toda liberdade, em tese, pode ser alvo de limitações. É a forma de se dar concretude à velha frase: “o direito de um termina onde começa o do outro”. E a limitação de direitos, mesmo que fundamentais, é uma constante no Pretório Excelso. Haja vista as várias discussões sobre conteúdo essencial dos direitos, trazida em vários célebres acórdãos, destacando-se os Habeas Corpus 82.959-7/SP e 69.657-1/SP.

No direito, essa frase foi objeto de muitos estudos, sendo os mais recentes aqueles que levam à análise da obra do americano Ronald Dworkin³⁹ e dos escritos do alemão Robert Alexy⁴⁰. Os casos difíceis do primeiro e a regra da proporcionalidade, para solução de colisão de princípios, do segundo, são constantemente lembrados pelos juristas.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

A liberdade de fumar se contrapõe ao direito à integridade física e à vida daqueles que não fumam, mas, por vários motivos, estão no mesmo recinto em que se encontram fumantes.

O caso, fundamentalmente, faz a demonstração da colisão do direito do fumante e do não fumante. Dessa forma, será que é possível se limitar a liberdade do primeiro?

A Constituição Federal Brasileira, de 05 de outubro de 1988, dá sustentação a essa limitação. Os princípios nela identificados (e vale lembrar que tanto a liberdade de fumar quanto o direito à integridade física e à vida são princípios) devem ser entendidos como se vivessem constantemente em colisão, devendo ser harmonizados através da ponderação constantemente.

Como o caso envolve limitação de direitos, há que se identificar se a limitação que se quer impor, ou seja, a impossibilidade de se fumar em locais fechados coletivos, públicos ou privados, é ou não constitucional⁴¹.

⁴¹ Não será analisado o argumento de que a restrição ao tabaco causa danos econômicos aos bares e restaurantes, porém, segundo YUREKLI, Ayda, "Impacto das Medidas de Controle do Tabaco na Economia: Desvendando Mitos" *in* Organização Pan-Americana da Saúde. Tabaco e Pobreza, um Circulo Vicioso, Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 84, "o controle do tabagismo é a situação ganha-ganha para os países. Uma nação saudável significa mais desenvolvimento, além de beneficiar o governo com impostos mais altos e provavelmente criar oportunidades de emprego".

Muito não se precisa caminhar, conforme ensina Virgílio Afonso da Silva⁴², há que se realizar um rol de perguntas, consistentes nas seguintes:

(a) a limitação alcança o objetivo que se deseja? (adequação)

(b) é o único caminho para tanto? (necessidade)

(c) a solução é proporcional no sentido estrito? (proporcionalidade em sentido estrito)

Importante, nesse ponto, destacar que tal caminho é utilizado constantemente pelo E. Supremo Tribunal Federal, conforme pode se inferir do voto do E. Min. Ricardo Lewandowski na ADI 3471, devendo ser ressaltada a seguinte passagem:

*“A restrição ao direito de informação criada pela Lei 11.300 encaixa-se perfeitamente nessa última hipótese, visto que se mostra **inadequada, desnecessária e desproporcional** quando confrontada com o objetivo colimado pela legislação eleitoral, que é, em última análise, permitir que o cidadão forme a sua convicção de modo mais amplo e livre possível, antes de concretizá-la nas urnas por meio do voto.”* destacado.

O que se deseja é proteger a saúde do maior número de pessoas, ou a menor restrição possível de direitos fundamentais, tanto da liberdade de fumar quanto da saúde dos não fumantes, ou melhor, com a proibição de se fumar em locais coletivos, públicos ou privados, o que se deseja é diminuir a incidência de doenças tabaco relacionadas em não fumantes. Logo, com essas informações em

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50

mente, é possível responder às questões acima. À primeira, pode se dizer que o objetivo seria alcançado.

Porém, à segunda questão, alguém poderia dizer que não é o único caminho, pois, pensaria em distribuição de máscaras contra gases poluentes a todos os não fumantes.

Essa alternativa não seria proporcional em sentido estrito, pois demandaria um dispêndio muito maior apenas para garantir que parte da população possa fumar.

Tal fato leva à conclusão de que a proibição de se fumar em locais coletivos, públicos ou privados, é a saída proporcional para o dilema. Sendo, portanto, possível a limitação da liberdade em questão. Podendo-se concluir que uma lei federal, estadual ou municipal que proíba o fumo em ambientes fechados deve ser entendida como constitucional, pois pode ser identificada como compatível com a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco.

5. Identificação em São Paulo da necessidade de política pública preventiva. Política para diminuir a exposição à fumaça do tabaco.

Em 2007, foi concluído, com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), uma pesquisa feita pela então mestranda Fernanda

Vargas Terrazas e pelo Professor Virgílio Afonso da Silva, Titular da cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, que orientou a pesquisa.

Tal investigação, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1133620> (“Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded”), demonstra que a inexistência de políticas públicas preventivas para promoção da saúde é uma forma de aprofundar a exclusão.

Como lá se demonstra, identificou-se que, no Estado de São Paulo, os remédios concedidos por meios judiciais beneficiam, em sua maioria, pessoas de classes mais abastadas.

O estudo leva a crer que, ao menos no Estado de São Paulo, local em que ela se deu com financiamento do próprio Estado, uma política pública preventiva no campo da saúde é a melhor forma de efetivar o art. 196 da Constituição Federal.

Dessa maneira, o Estado de São Paulo identificou claramente uma peculiaridade que pode ser sustentáculo para a constitucionalidade da lei antifumo, se se entender necessário tal requisito. Ressalte-se que foi pesquisa com base estadual, que utilizou recursos públicos estaduais.

Dessa maneira, limitar a exposição à fumaça, como feito pela lei, é uma forma clara de melhor distribuir os recursos destinados à saúde.

Das Conclusões Finais

Há por fim que se expor de forma resumida que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na Lei 13.541/09, pelos seguintes motivos:

(i) a lei em questão foi criada de forma correta em seus aspectos formais e materiais, o que decorre da possibilidade de existência e reconhecimento jurisprudencial acerca da Competência Concorrente Imprópria;

(ii) não houve qualquer infringência à Constituição Federal, uma vez que ela eleva as questões referentes a saúde a uma ação conjunta das esferas federativas, através da disposição contida em seu art. 198 e incisos;

(iii) a lei estadual 13541/09 não extrapola os limites impostos pela lei Federal 9294/96, uma vez que tal lei em seu art. 2º disposições finais? se encontra revogada pelo advento da internalização da Convenção-Quadro que expressamente exige a adoção de medidas legislativas eficazes a evitar e proibir a utilização de produtos fumígenos derivados do tabaco em locais públicos fechados (como é o fumódromo), havendo plena legalidade no dispositivo da Lei Estadual;

(iv) sendo possível ainda uma interpretação conjunta dos dispositivos para identificar que a lei paulista apenas concretiza os dispositivos constitucionais, convencionais e, até mesmo, da lei federal, afastando-se apenas o decreto 2018/96, no seu art. 2º;

(v) ainda há a questão de se tratar o tema de Saúde de Direito Fundamental e, portanto, não submisso à hierarquia das normas, devendo-se observar a mais protetiva à coletividade, ou seja, não há que se discutir hierarquia de norma estadual ou federal em se tratando de Direito Fundamental, valendo-se pelo princípio da ponderação da que for mais benéfica.

Dos Pedidos

Após as exposições realizadas, há ainda que se pugnar pelo deferimento ao pedido de Sustentação Oral no julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela *ratio* da própria positivação da figura do *amicus curiae* e decisões já reiteradas deste Egrégio Supremo Tribunal Federal⁴³.

Assim, pelas razões de direito acima discorridas de forma pormenorizadas e justificadas, requer-se: (i) que seja deferida a habilitação desta FUNDAÇÃO como *amicus curiae* nos autos da

⁴³ “É pertinente ressaltar que, em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, resolveu questão de ordem no julgamento das ADIns 2.675-PE e 2.777-SP para permitir, excepcionalmente, a realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo de fiscalização abstrata de normas, na condição de *amicus curiae*.” (Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição Constitucional, 5ª Ed., Ed. Saraiva, p.245.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4249; *(ii)* que seja deferido o pedido de sustentação oral para o Julgamento da presente ADIN; e por fim, no mérito, *(iii)* que sejam aceitas as razões aqui sustentadas, sendo julgada **TOTALMENTE IMPROCEDENTE** a Ação Direta de Inconstitucionalidade, n. 4249, em tela.

Requer-se ainda que todas as publicações referentes ao presente feito, para que possuam sua regular validade e eficácia, sejam feitas em nome dos advogados subscritores, Luís Renato Vedovato, Francisco de Assis Garcia e Luana A. Z. Mantovanni.

Nesses Termos,
Pede Deferimento.

De Campinas para Brasília-DF,
14 de Setembro de 2009.

LUÍS RENATO VEDOVATO
OAB/SP 142.128

FRANCISCO DE ASSIS GARCIA
OAB/SP 116.383

LUANA A. Z. MANTOVANI
OAB/SP 267.690

CRISTIANE G.F. VIANNA
OAB/RJ 93.018