



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL



255477

Nº 1887 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.306

REQUERENTE : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS,
SERVIÇOS E TURISMO - CNC

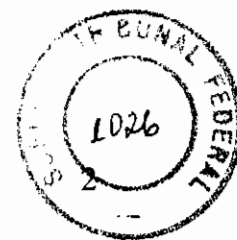
REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REQUERIDA : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

RELATOR : MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 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 ativa 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, 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

RL



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, condicionado-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.

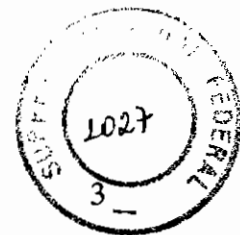
1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo como objeto a Lei nº 5.517¹, de 17 de agosto de 2009, do Estado do Rio de Janeiro, que “*proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não de tabaco, na forma que especifica, e cria ambientes de uso coletivo livres do tabaco*”.

2. Eis o inteiro teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 1º Esta lei estabelece normas de proteção à saúde e de responsabilidade por dano ao consumidor, nos termos do artigo 24, incisos V, VIII e XII, da

1 À exceção de seu art. 6º.

PP



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.

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

20

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ADI 4.306



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 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

20



mundial de computadores – internet - dos órgãos referidos no caput deste artigo.

(..)

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.”

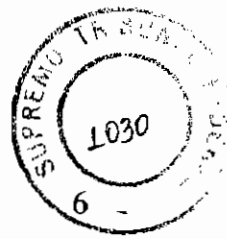
3. A requerente sustenta, em síntese, que a lei impugnada usurpa a competência da União para estabelecer normas gerais sobre consumo e proteção à saúde (art. 24, incisos V e XII, da Constituição da República), na medida em que, sobre o tema nela versado, há a Lei federal 9.294/96. E a lei antifumo do Estado do Rio de Janeiro está em desconformidade com essa norma geral, que, em ambientes coletivos, reserva área para os fumantes. Acrescenta que a lei ora combatida, nesse contexto, violou os §§ 3º² e 4º³ do mencionado art. 24.

4. Aponta, ainda, na lei fluminense, inconstitucionalidades materiais, a saber: (i) violação ao princípio da liberdade individual, uma vez que não cabe ao Estado, a pretexto de proteger a saúde, interferir nas

2 “Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”.

3 “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

20



opções de cada qual, desde que legítimas, tal como se dá com o consumo de produtos fumígenos; (ii) violação à livre iniciativa, ao livre comércio e à concorrência, na medida em que está havendo indevida intromissão do poder público na comercialização de um produto lícito e ingerência desproporcional no funcionamento de estabelecimentos comerciais; (iii) delegação do poder de polícia, que é atividade típica do estado; e (iv) ofensa ao princípio da proporcionalidade.

5. Adotado o procedimento do art. 12 da Lei 9.868/99 e requisitadas informações, o Governador do Estado do Rio de Janeiro alega, em preliminar, ausência de pertinência temática e, no mérito, defende a constitucionalidade da lei (ff. 74/97). O Legislativo fluminense vai na mesma linha, acrescentando, ainda, a título de preliminar, violação indireta ou reflexa à Constituição, já que a discussão está limitada ao confronto entre a lei fluminense e a Lei federal 9.249/96 (ff. 425/444).

6. A Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos – ACT requer o seu ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, ao mesmo tempo em que apresenta longo arrazoado, no qual invoca a ausência de pertinência temática e a constitucionalidade da lei (ff. 235/270).

7. A Advocacia-Geral da União, por sua vez, manifesta-se no sentido da inconstitucionalidade formal, à vista da existência de lei geral sobre a matéria, editada pela União (ff. 446/466).

DAS PRELIMINARES

8. As preliminares deduzidas não merecem acolhida.

20



9. Deve-se compreender, com largueza e generosidade, o requisito da legitimidade das entidades de classe na jurisdição constitucional, de modo a atender duplo objetivo: o de democratização no acesso ao controle concentrado de constitucionalidade e o de um papel mais destacado das organizações da sociedade civil na arena da hermenêutica constitucional.

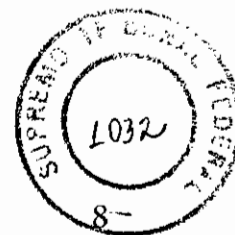
10. No caso em exame, a requerente tem, por objetivo institucional, "*representar, no plano nacional, os direitos e interesses do comércio brasileiro de bens, de serviços e de turismo*" (art. 1º, § 1º, inciso I, de seu estatuto social). Não se pode descartar, de antemão, a possibilidade de que a lei em exame, ao proibir o consumo de cigarros e outros produtos fumígenos em recintos de uso coletivo fechados, total ou parcialmente, atinja interesses das categorias econômicas por ela representadas. Ao contrário, a grande parte dos estabelecimentos comerciais é alcançada pela norma, não sendo possível antecipar se positiva ou negativamente.

11. Tampouco é o caso de ofensa meramente reflexa à Constituição. Trata-se de saber se a lei fluminense está dentro dos limites conformados pela competência concorrente prevista no art. 24. A matéria, portanto, é de natureza tipicamente constitucional.

DO MÉRITO

AUSÊNCIA DE VÍCIO FORMAL

(a) A Lei federal 9.294/96 e a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco.



12. A Lei federal 9.294/96, como fartamente exposto na inicial, ao proibir "*o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público*", possibilitou que fosse reservada, nesses ambientes, área para fumantes, desde que devidamente isolada e com arejamento conveniente. A tese defendida pela requerente é de que a lei fluminense, ao não contar com essa cláusula de excepcionalidade, teria invadido competência da União, de edição de normas gerais, e tratado de forma diferente o tema.

13. Ocorre que o Brasil, em 21 de maio de 2003, na condição de país membro da Organização Mundial de Saúde, assinou a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, ratificada em 3 de novembro de 2005 e promulgada pelo Decreto 5.658, de 2 de janeiro de 2006. Merecem destaque, de seu preâmbulo, os seguintes pressupostos:

"Tendo em conta a preocupação da comunidade internacional com as devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo";

(...)

"Reconhecendo que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade, e incapacidade e 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 derivado do tabaco";

(...)

"Admitindo também que há evidências científicas de que a exposição pré-natal à fumaça do tabaco causa condições adversas à saúde e ao desenvolvimento das crianças";

(...)

"Recordando o Artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado

20



pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, pelo qual se declara que toda pessoa tem direito de gozar o mais elevado nível de saúde física e mental;"

(...)

"Recordando ainda o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, que afirma que o gozo do mais elevado nível de saúde que se possa alcançar é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política, condição econômica ou social."

14. A seguir, em seu artigo 8, intitulado *proteção contra a exposição à fumaça do tabaco*, prescreve:

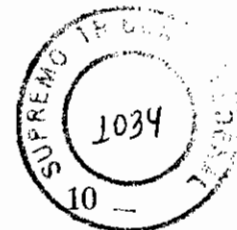
"1. As Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade.

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."

15. Por fim, no que interessa à presente discussão, prevê, no seu artigo 23, a Conferência das Partes como mecanismo institucional de acompanhamento de sua implementação e aplicação eficaz, podendo, dentre outras tantas providências, considerar "*outras medidas para alcançar o objetivo da Convenção, à luz da experiência adquirida em sua implementação*" (item 5, alínea "h").

16. Em julho de 2007, foi realizada a 2ª Conferência das Partes, que aprovou as diretrizes para orientar os países quanto às melhores

20



práticas na implementação do art. 8º da Convenção. O princípio 1 é, em larga medida, a suma das conclusões a que chegaram os trabalhos técnicos:

"Medidas eficazes para promover a proteção à exposição à fumaça de tabaco, como determinado no artigo 8 da Convenção Quadro, requerem a eliminação total do ato de fumar e da fumaça de tabaco em espaços ou ambientes específicos, com leis que criem ambientes 100% livres de fumaça. Não existe nível seguro de exposição à fumaça do tabaco, e propostas como níveis aceitáveis de toxidades para fumantes passivos devem ser rejeitadas, uma vez que já foram refutadas por evidências científicas. Alternativas para eliminação total da fumaça do tabaco, como sistema de ventilação, filtragem de ar e o uso de áreas reservadas para fumar (com ou sem separação por sistemas de ventilação) têm reiteradamente mostrado sua ineficiência e há evidências conclusivas, científicas ou não, que nenhum instrumento de engenharia consegue proteger contra a exposição à fumaça do tabaco"⁴.

17. Recentemente, em maio de 2009, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, em análise ao segundo relatório periódico do Brasil sobre a implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, invocando a ratificação que dera à Convenção Quadro sobre Controle do Tabaco, registrou:

"30. O Comitê nota com preocupação que (...) embora o uso de produtos derivados do tabaco seja proibido em áreas públicas, fumar é permitido em áreas especialmente criadas para este propósito."⁵

18. Recomenda, então, que o Estado Parte crie "*legislação para assegurar que todos os ambientes públicos fechados sejam completamente livres de tabaco*".

4 Convenção Quadro para Controle do Tabaco – Segunda Conferência das Partes – COP2 (Tailândia 2007) – *Guidelines on protection from exposure to tobacco smoke*. <http://apps.who.int/GB/FCTC/PDF/COP2-07-CDDecisions-en.PDF>.

5 <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/429/06/PDF/G0942906.pdf?OpenElement>.

PP



19. Diante desse contexto, é razoável afirmar que a Lei 9.294 foi revogada pela Convenção Quadro para Controle do Tabaco? A resposta parece ser sim, por diferentes razões.

20. A primeira delas está no artigo 8º, que contém: 1) a afirmação de que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade e 2) a menção a outras medidas eficazes para proteger da exposição à fumaça do tabaco. E também no artigo 23, que prevê a reunião periódica dos Estados para orientar o conteúdo das medidas eficazes para proteger a saúde e combater o tabaco.

21. É, portanto, constitutivo da própria Convenção esse dinamismo a respeito das melhores medidas a serem adotadas para proteção contra a exposição à fumaça do tabaco. Nesse sentido, a 2ª Conferência das Partes, nos limites que lhe foram estabelecidos pelos Estados convenientes, nada mais fez do que conferir interpretação autêntica ao art. 8º da Convenção: a proteção contra a exposição à fumaça do tabaco apenas se viabiliza em ambientes coletivos 100% livres da fumaça.

22. No plano interno, a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco representa nítida emanção da competência da União em regular a proteção da saúde, exposta no artigo 24 da Constituição. Sua hierarquia, em nome do direito fundamental à saúde, deve ser, no mínimo, supralegal⁶. Porém, mesmo que se adote a tradicional hierarquia do tratado incorporado como equivalente à lei ordinária federal, a Convenção, no mínimo, suspende a eficácia dos diplomas legais anteriores (*later in time*), como reconhece a copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, a

⁶ Nos termos da jurisprudência do STF, o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (RE 349.703/RS, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 104, publ. 5.6.2009). No mesmo sentido, HC 94.702, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 202, publ. 24.10.2008). É importante ressaltar que essa orientação independe do quórum legislativo de sua aprovação.

20



Convenção Quadro para Controle do Tabaco suspendeu a eficácia da Lei 9.294/96 porque (i) é a ela posterior e de hierarquia superior; (ii) disciplina 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.

23. Consequentemente, a legislação estadual ora impugnada, à luz da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, não ultrapassa qualquer norma de competência constitucional da União. Pelo contrário, está em plena sintonia com a citada Convenção, que é a atual norma federal que rege a matéria, cumprindo o comando do artigo 24, XII, da Constituição⁷.

24. Há uma outra razão, que é apresentada por Peter Häberle⁸. Segundo ele, na atualidade, são reconhecidas tendências no campo do direito constitucional de vários países ocidentais *que indicam a diluição do esquema estrito interno/externo a favor de uma abertura ou amabilidade do Direito Internacional*⁹. Estaria a caminho uma conversão do Estado nacional soberano em Estado constitucional cooperativo, assim resumidamente apresentado:

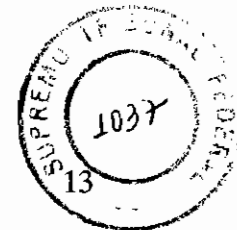
“- Abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (não mais cerrados no domínio reservado) e de sua realização 'cooperativa'.
- Potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo (e elementos isolados nivelados) de realização internacional 'conjunta' das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material.

7 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde”.

8 *Estado Constitucional Cooperativo*, trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

9 *Ob. cit.*, p. 47.

10



- Solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado (Cruz Vermelha, Anistia Internacional)¹⁰.”

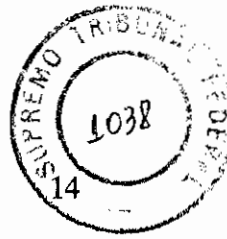
25. A Constituição brasileira contém vários dispositivos que apontam no sentido de um Estado cooperativo: a previsão de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º); a equivalência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, desde que aprovados com quórum específico (art. 5º, § 3º); a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5º, § 4º); relações internacionais determinadas, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, incisos II, VIII e IX, respectivamente).

26. Nesse quadro de Estado constitucional fortemente marcado por relações internacionais, é preciso redefinir as fontes de direito e a própria teoria da interpretação. Segundo Häberle,

“A ideologia do monopólio estatal das fontes jurídicas torna-se estranha ao Estado constitucional quando ele muda para o Estado constitucional cooperativo. Ele não mais exige monopólio na legislação e interpretação: ele se abre – de forma escalonada – a procedimentos internacionais ou de Direito Internacional de legislação, e a processos de interpretação”¹¹.

¹⁰ *Ob. cit.*, pp. 70-71.

¹¹ *ob. cit.*, p. 61



27. Não se pode conceber, portanto, que em matéria nitidamente de direitos humanos, como é o caso de que ora se trata, as diretrizes para o combate eficaz à exposição à fumaça do tabaco não sejam levadas a sério, privilegiando-se uma lei nacional em descompasso com tudo isso.

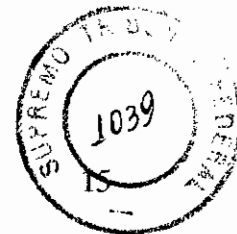
28. De todo modo, há evidente valorização, pela jurisprudência nacional, dos comandos dos tratados internacionais incorporados. Nesse sentido, sustentou o Min. Gilmar Mendes que “ (...) *o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional*”¹².

29. De fato, não faz sentido que haja todo um conjunto de normas constitucionais que privilegiem tratados internacionais em matéria de direitos humanos e se ignore, no momento da interpretação, os desdobramentos ocorridos de modo a torná-los de fato efetivos.

30. Assim, em conclusão quanto a esse tópico, a Lei 9.294 não mais subsiste em face da Convenção Quadro para Controle do Tabaco, que passa a assumir o papel de norma geral, e a lei impugnada com esta se alinha.

(b) A inconstitucionalidade da Lei federal 9.294/96 na parte em que admite o fumódromo em ambientes coletivos.

PP



31. É pacífico o entendimento desse Supremo Tribunal Federal quanto a ser aberta a causa de pedir nas ações do controle concentrado de constitucionalidade¹³, o que permite se enfrente a questão ora proposta.

32. O art. 196 da Constituição da República dispõe que “*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 (...)*”.

33. Há, assim, determinação expressa de que as políticas de saúde pública sejam orientadas no sentido da redução do risco de doença.

34. Publicação denominada *Quem não fuma não é obrigado a fumar*¹⁴, produzida pelo Instituto Nacional do Câncer e pelo Ministério da Saúde e apresentada ao público em 29 de agosto de 2009, no Dia Nacional de Combate ao Fumo, consigna:

“Revisão de pesquisas sobre tabagismo passivo realizada pela Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC – International Agency for Research on Cancer) da OMS e pelo Surgeon General dos Estados Unidos (correspondente ao Ministério da Saúde dos EUA) concluíram que a fumaça de derivados do tabaco que polui ambientes fechados é cancerígena e genotóxica para seres humanos, e que os não fumantes expostos a essa fumaça inalam os mesmos elementos tóxicos da fumaça inalados por fumantes ativos^{15 16}.”

13 “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CPMF. CONSTITUCIONALIDADE. O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem causa de pedir aberta. É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves). Embargos de declaração rejeitados” (RE 372.535 AgR-ED/SP, rel. Min. Carlos Britto, Dje 065, publ. 11.4.2008).

14 http://www.inca.gov.br/tabagismo/29agosto2009/materiais/manual_29082009.pdf.

15 IARC, Monograph on the evaluation of carcinogenic risks to humans. 2004, Vol 83. Tobacco smoke and involuntary smoking. World Health Organization, International Agency for Research on Cancer, Lyon, France

90



A Poluição Tabagística Ambiental (PTA), resultante principalmente da fumaça liberada da ponta do cigarro aceso para o ambiente, é a maior responsável pela poluição em ambientes fechados e responde por cerca de 90% dos níveis de poluição do ar e por 95% dos elementos cancerígenos transportados pelo ar em pontos de encontros sociais.

A concentração de alcatrão na fumaça de tabaco que polui os ambientes fechados chega a ser 5,3 vezes maior do que na fumaça que o fumante traga e que a de nitrosamina NPYR (Nnitrosopirrolidina), importante elemento cancerígeno do tabaco, chega a ser 10 vezes maior.

A concentração de nicotina e monóxido de carbono, principais elementos da fumaça do tabaco que são tóxicos para o sistema cardiovascular, chega a ser respectivamente 21 vezes e 15 vezes maior na fumaça que polui os ambientes fechados do que na tragada pelo fumante.

A poluição tabagística ambiental ocorre mesmo em locais com separação física de área de fumantes e de não fumantes, quando estas compartilham o mesmo sistema ventilatório, pois as substâncias tóxicas da fumaça se dispersam por toda a área de forma homogênea e circulam através das tubulações de sistemas de refrigeração central. Estudos sobre os atuais sistemas de ventilação propostos para controlar a poluição tabagística ambiental mostram que as tecnologias atualmente disponíveis para o controle da ventilação em ambientes internos são ineficientes para reduzir à níveis aceitáveis, a exposição e os riscos de câncer e outras doenças decorrentes do tabagismo passivo, especialmente entre trabalhadores de estabelecimentos onde fumar é permitido ou parcialmente restrito.

(...)

O tabagismo passivo é a terceira causa de morte evitável no mundo, subsequente ao tabagismo ativo e ao consumo excessivo de álcool. Estima-se que nos EUA o número de mortes anuais de não fumantes por câncer de pulmão devido ao tabagismo passivo seja em torno de 3.400, e por doença cardiovascular seja de 46.000.

16 U.S. Department of Health and Human Services. *The Health Consequences of Involuntary Exposure to Tobacco Smoke: A Report of the Surgeon General*. Rockville, MD: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention. 2006. <http://www.surgeongeneral.gov/library/secondhandsmoke/factsheets/factsheet6.html>

AD



Na União Européia mais de 79.000 adultos em 25 países morrem por ano devido ao tabagismo passivo.

No Reino Unido o tabagismo passivo mata por ano cerca de 2.700 não fumantes, e no trabalho contribui para cerca de metade das mortes anuais entre trabalhadores da indústria de hospitalidade. 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. Também foi considerada apenas a exposição no domicílio, o que indica que esses dados representam apenas parte da realidade sobre a gravidade do tabagismo passivo no Brasil (destacou-se).

35. Há, portanto, evidências científicas suficientes de que o tabagismo passivo – doença grave, pois terceira causa de morte evitável no mundo – só pode ser enfrentado adequadamente se os ambientes coletivos estiverem 100% livres da fumaça do tabaco, de seus derivados ou de outros produtos fumígenos.

36. Diante desse quadro, a Lei 9.294, na parte em que admite o *fumódromo*, é francamente inconstitucional, pois não trata problema de saúde pública de forma adequada; ao contrário, permite que o risco da doença aumente.

37. De resto, não fosse a sua desconformidade com o art. 196 da CR, violaria o princípio constitucional da razoabilidade, que tem assento na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), na sua dimensão substantiva. Como destaca Luis Roberto Barroso,

“A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização

20.



de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e meios. Além disso, há que se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.”¹⁷

38. A Lei federal 9.294, ao permitir, em ambientes coletivos, o chamado *fumódromo*, não realiza o valor fundamental da saúde; diversamente, coloca-o seriamente em risco. E, mais grave, parece vir ao encontro das pretensões da indústria tabagista. A publicação do Ministério da Saúde e do INCA, acima referida, revela:

“Documentos internos da companhia de fumo British American Tobacco (companhia transnacional da qual a Souza Cruz é subsidiária) mostram que apesar de haver o conhecimento por parte dessa companhia de que sistemas de ventilação e de filtração do ar são ineficientes para remover a fumaça ambiental de tabaco, a mesma tem promovido essa tecnologia junto à indústria de hospitalidade como opções alternativas ao total banimento do ato de fumar em ambientes coletivos^{18 19}.

Em outro documento a companhia de tabaco Philip Morris manifesta sua preocupação com o efeito da restrição do ato de fumar em ambientes de trabalho sobre a redução do consumo e apresenta a aliança com organizações de hospitalidade como uma estratégia para se contrapor a medidas como essa: 'A total proibição do ato de fumar nos ambientes de trabalho afeta o volume da indústria de tabaco. Os fu-

17 *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 206.

18 Nadine Rae Leavell, Monique E Muggli, Richard D Hurt, James Repace 2006 Blowing Smoke: British American Tobacco's air filtration scheme *British Medical Journal*, Vol 332, pp 227-9, 2006. <http://www.bmj.com/cgi/content/full/332/7535/227?ehom>

19 Sebrie, Ernesto M; Glantz, Stanton A "Accommodating" smoke-free policies: tobacco industry's Courtesy of Choice programme in Latin America. *Tobacco Control*. 16(5):e6, October 2007. <http://pt.wkhealth.com/pt/re/tobc/abstract.00061045-200710000-00035.htm?jsessionid=KBGXy7tC8DwnHgxyvC5TWQf5DWTjyQK5TJ7nzKzBGvsMjLm6whQ!-444506849!181195629!8091!-1>.

PO



mantes que enfrentam essas restrições consomem 11%-15% menos do que a média e a taxa de cessação de fumar é 84% maior do que a média ." E...
"Se fumar fosse banido em todos os locais de trabalho, o consumo médio na indústria se reduziria em 8.7%-10.1%...
"Hoje a importância de defender solução de ventilação e construção de coalizões com organizações de hospitalidade contrárias ao banimento do ato de fumar em ambientes internos continua como uma prioridade da indústria do tabaco"²⁰

39. Cabe aqui invocar também o princípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, que representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade. Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.²¹

40. A violação à proporcionalidade, na sua faceta de proibição à proteção insuficiente, se materializa, no caso, pela criação de um mecanismo, o *fumódromo*, ineficaz, ou ao menos insuficiente, para o combate à exposição à fumaça de produtos fumígenos.

41. Portanto, sob qualquer ângulo que se examine a questão, a Lei 9.294 há de ter interpretação conforme a Constituição, excluindo-se, de seu art. 2º, *caput*²², a expressão "*salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente*".

20 Ontario Campaign for action on Tobacco – <http://www.ocat.org/ventilation/index.html#2>.

21 Cf. Martin Borowski. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162/166; Ingo Wolfgang Sarlet. "Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e Deficiência". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004, p. 60-122; e Lênio Luiz Streck. "Bem Jurídico e Constituição: Da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*)". *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, p. 303/345.

22 "*É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, 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*".

RO



42. Feito isso, a lei estadual impugnada estaria reproduzindo integralmente a lei geral. No julgamento da ADI 3.937-MC²³, relativa ao amianto, o Ministro Cezar Peluso observou:

“(...) há, realmente, fundamentos para o entendimento razoável de inconstitucionalidade da lei federal. Isso significaria, em termos concretos, que, reconhecida incidentalmente a incompatibilidade de lei federal com os artigos 6º e 196 da Constituição da República, teríamos como consequência a proibição, no plano federal, do uso desse material.

Diante dessa conclusão, tomada ainda que em termos de juízo prévio e provisório de razoabilidade jurídica da pretensão, teríamos a seguinte consequência: a lei estadual seria absolutamente inconsequente, do ponto de vista prático, porque estaria simplesmente reafirmando proibição já reconhecida no âmbito federal por incompatibilidade da Lei nº 9.055 com aqueles dois dispositivos da Constituição. Ora, o fato de ser uma lei que repete proibição já posta no nível federal não a torna inconstitucional (...)”

43. Assim, ajustada a Lei 9.294 mediante interpretação conforme a Constituição, não há violação ao comando do art. 24 da CR quando a lei fluminense reproduz as normas gerais da lei federal.

(c) A possibilidade de leis estaduais estipularem condições mais restritivas em matéria de saúde – ausência de ofensa ao art. 24 da CR

44. No julgamento da Representação 1.153²⁴, no “Caso dos Agrotóxicos” ou “do DDT”, o Ministro Francisco Rezek observou:

“Seria flagrante despropósito, contudo, entender que as normas federais estabelecem limites máximos à

²³ DJe 192, publ. 10/10/2008.

²⁴ RTJ 115/1008.

20

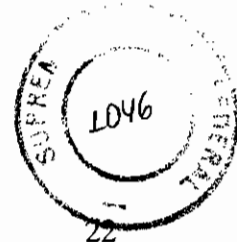


proteção da saúde, quando, na realidade essas normas constituem um piso, a partir do qual cada Estado desdobrará, na conformidade de suas condições e interesses próprios, o patrimônio legislativo. Não há como conceber possa a União, valendo-se da regra que permite estabelecer normas gerais de defesa e proteção da saúde, fixar limites a esse empenho protetivo – porventura mais firme em algumas das unidades federadas – em nome da salvaguarda de outros valores, de outros bens jurídicos que não a própria saúde. Assim, neste exato domínio, jamais poderia reputar-se ofensivo à Constituição a lei estadual que multiplicasse as cautelas e os métodos de defesa da saúde, salvo quando ofensiva a outra norma constitucional, concebida para preservar valor jurídico diverso”.

45. Recentemente, esse entendimento foi reafirmado pelo Min. Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADI 3.937-MC/SP, nos seguintes termos:

“Como argumento final, tenho defendido não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi já na corte estadual a que pertenci, como também tive oportunidade de manifestar esse entendimento nesta Suprema Corte, no sentido de que, em matéria de proteção ao meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando dos municípios.”

46. Em linha semelhante, o voto do Min. Carlos Brito, reconhecendo a superioridade e, portanto, a constitucionalidade de lei estadual que proíbe de forma absoluta a comercialização de amianto, porque *“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”.

47. O mesmo se dá com o caso ora em exame: a lei fluminense, ao proibir incondicionalmente o fumo em ambientes coletivos, alinha-se mais de perto com a Constituição da República e com Convenção Quadro para Controle do Tabaco do que a Lei federal 9.294.

48. Assim, por mais essa razão, afasta-se a possibilidade de haver vício formal na lei fluminense, decorrente do descumprimento do art. 24 da CR.

AUSÊNCIA DE VÍCIO MATERIAL

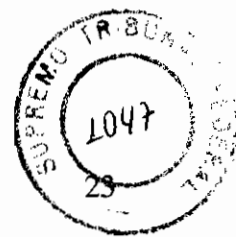
49. Não, há, decerto, ofensa ao princípio da liberdade individual, até porque a lei fluminense não proíbe o fumo. O indivíduo pode fazê-lo a qualquer tempo, desde que não obrigue outrem a inalar a fumaça que produz. É a liberdade tal como concebida desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

“IV A liberdade é o poder que pertence ao Homem de fazer tudo quanto não prejudica os direitos do próximo: ela tem por princípio a natureza; por regra a justiça; por salvaguarda a lei; seu limite moral está nesta máxima: 'não faça aos outros o que não quiseras que te fizessem’”.²⁵

50. Tampouco há violação aos princípios da livre iniciativa, livre comércio e livre concorrência, na medida em que não há impedimento algum à comercialização de cigarros ou de qualquer outro produto

²⁵ Acessível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decl1793.thm>.

PP.



fumígeno. A alegação da requerente, de que o produto é lícito e portanto imune a qualquer embaraço em sua comercialização não é minimamente razoável. Como lembra a ACT, seria o mesmo que dizer que a proibição de dirigir alcoolizado ofende a livre comercialização do álcool.

51. Qualquer atividade econômica – e os exemplos são inúmeros – encontra restrições e limitações quando se depara com o direito à saúde, ao meio ambiente, do consumidor, do trabalhador.

52. Não há aqui, sequer, uma colisão de normas que deva ser resolvida mediante ponderação de interesses. É a própria Constituição que traça os limites em que pode se desenvolver legitimamente a atividade econômica²⁶.

53. O argumento de delegação do poder de polícia não resiste a uma análise ligeira. A colaboração do particular no cumprimento de norma de interesse de toda a sociedade não se traduz em exercício de poder de polícia. Basta ver que o próprio Código de Processo Penal autoriza que qualquer do povo prenda *quem quer que seja encontrado em flagrante delito* (art. 301). Seria absurdo concluir que o particular que realize a prisão esteja no exercício de atividade policial delegada.

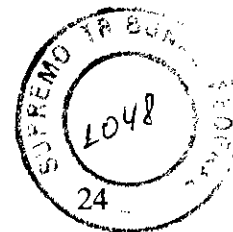
54. Finalmente, a lei fluminense vence, com folga, o teste da proporcionalidade em suas três vertentes: é adequada, porque apta para atingir o propósito de diminuir os riscos e danos à saúde decorrentes do tabagismo passivo; é necessária, uma vez que não há outro meio de impedir, eficazmente, que a fumaça, em ambientes coletivos, atinja os não-fumantes; e é proporcional em sentido estrito, já que o custo que ela gera, de não permitir o fumo em ambiente coletivo, é infinitamente menor que o

26 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 101-102.

DD

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ADI 4.306



benefício à saúde que ela acarreta, principalmente àqueles que são involuntariamente expostos à fumaça.

Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação, declarando-se constitucional a Lei 5.517, de 17 de agosto de 2009, do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília, 12 de abril de 2010.

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA