



Supremo Tribunal Federal

03/06/2011 15:26 0031852



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 4629 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.249

REQUERENTE : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TURISMO - CNTUR

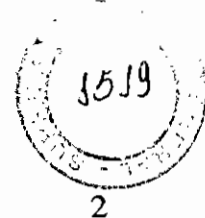
REQUERIDA : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATOR : MINISTRO CELSO DE MELLO

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 13.541/2009, do Estado de São Paulo, que "proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, na forma que especifica". Legitimidade ativa da CNTUR. O potencial prejuízo às categorias econômicas representadas pela requerente basta para fins de legitimidade. Ausência de vício formal. A Convenção-Quadro para o 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 Lei federal 9.294/96, ao permitir, em ambientes coletivos, o chamado fumódromo, não realiza o valor fundamental da saúde. Viola, as-

20



sim, 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 paulista não proíbe o fumo, condicionando-o, tão-somente, ao respeito à saúde dos demais cidadãos. Insubsistência da tese de violação aos princípios da livre iniciativa, do livre comércio e da livre concorrência. Qualquer atividade econômica encontra restrições e limitações quando se depara com o direito à saúde, ao meio ambiente, do consumidor e do trabalhador. Parecer pela improcedência da ação.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra a Lei 13.541, de 7 de maio de 2009, do Estado de São Paulo, que "*proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, na forma que especifica*".

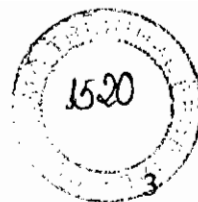
2. Eis o inteiro teor da lei impugnada:

“Artigo 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 Constituição Federal, para criação de ambientes de uso coletivo livres de produtos fumígenos.

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,

20



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 e drogarias, repartições públicas, instituições de saúde, escolas, museus, bibliotecas, espaços de exposições, veículos públicos ou privados de transporte coletivo, 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.

Artigo 3º - O responsável pelos recintos de que trata esta lei deverá advertir os eventuais infratores sobre a proibição nela contida, bem como sobre a obrigatoriedade, caso persista na conduta coibida, de imediata retirada do local, se necessário mediante o auxílio de força policial.

Artigo 4º - Tratando-se de fornecimento de produtos e serviços, o empresário deverá cuidar, proteger e vigiar para que no local de funcionamento de sua empresa não seja praticada infração ao disposto nesta lei.

Parágrafo único - O empresário omissor ficará sujeito às sanções previstas no artigo 56 da Lei federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis na forma de seus artigos 57 a 60, sem prejuízo das sanções previstas na legislação sanitária.

Artigo 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:

- 1 - a exposição do fato e suas circunstâncias;
- 2 - a declaração, sob as penas da lei, de que o relato corresponde à verdade;



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

§ 2º - A critério do interessado, o relato poderá ser apresentado por meio eletrônico, no sítio de rede mundial de computadores - "internet" dos órgãos referidos no "caput" deste artigo, devendo ser ratificado, para atendimento de todos os requisitos previstos nesta lei.

§ 3º - O relato feito nos termos deste artigo constitui prova idônea para o procedimento sancionatório.

Artigo 6º - Esta lei não se aplica:

I - aos locais de culto religioso em que o uso de produto fumígeno faça parte do ritual;

II - às instituições de tratamento da saúde que tenham pacientes autorizados a fumar pelo médico que os assista;

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

IV - às residências;

V - aos estabelecimentos específica e exclusivamente destinados ao consumo no próprio local de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, desde que essa condição esteja anunciada, de forma clara, na respectiva entrada.

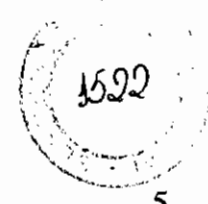
Parágrafo único - Nos locais indicados nos incisos I, II e V deste artigo deverão ser adotadas condições de isolamento, ventilação ou exaustão do ar que impeçam a contaminação de ambientes protegidos por esta lei.

Artigo 7º - As penalidades decorrentes de infrações às disposições desta lei serão impostas, nos respectivos âmbitos de atribuições, pelos órgãos estaduais 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, para esclarecimento sobre os deveres, proibições e sanções impostos por esta lei, além da nocividade do fumo à saúde.

Artigo 8º - Caberá ao Poder Executivo disponibilizar em toda a rede de saúde pública do Estado, assistência terapêutica e medicamentos antitabagismo para os fumantes que queiram parar de fumar.

20



Artigo 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 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 de São Paulo 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 §§ 3º e 4º do mencionado art. 24¹.

4. Aponta, ainda, na lei paulista, inconstitucionalidades materiais, a saber: (i) violação ao princípio da liberdade individual, uma vez que não cabe ao Estado, a pretexto de proteger de saúde, interferir nas 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) ofensa ao princípio da proporcionalidade; e (iv) ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, porque traduz tratamento discriminatório entre cidadãos brasileiros das diferentes unidades da Federação.

5. Foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99 (fl. 71).

6. O Governador do Estado de São Paulo prestou informações, nas quais alega, em preliminar, ausência de pertinência temática entre o

¹ “Art. 24. (...)”

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”

RD

objeto da ação e os objetivos institucionais da requerente. No mérito, defende a constitucionalidade da lei (fls. 77/150).

7. A Assembleia Legislativa de São Paulo ratificou os argumentos apresentados pelo Governador, acrescentando que a ação não deve ser conhecida também porque a suposta ofensa à Constituição se dá apenas de modo reflexo (fls. 151/175).

8. A Associação de Controle do Tabagismo, Promoção da Saúde e dos Direitos Humanos – ACT requereu o ingresso no feito, na qualidade de *amica curiae*, ao mesmo tempo em que apresentou longo arrazoado, invocando a constitucionalidade da lei (fls. 181/213).

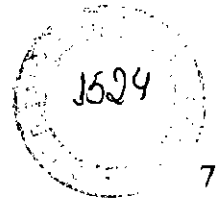
9. A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade também requereu sua admissão na condição de *amica curiae* (fls. 365/398), pugnando pela improcedência da ação.

10. Às fls. 673 e 675, foi deferida a admissão de ambas as entidades.

11. O Advogado-Geral da União, por sua vez, manifestou-se no sentido da inconstitucionalidade formal, à vista da existência de lei geral sobre a matéria, editada pela União (fls. 695/712).

12. Requereram ainda ingresso no feito, na condição de *amici curiae*, manifestando-se (i) pela improcedência do pedido: a Associação Mundial Antitabagismo e Antialcoolismo – AMATA (fls. 715/717); a Fundação Ary Frauzino para Pesquisa e Controle do Câncer (fls. 859/908); o Estado do Rio de Janeiro (fls. 1078/1090); e a Sociedade de Pneumologia e Tisiologia – SBPT (fls. 1373/1380); e (ii) pela procedência do pedido: a ABRESI – Associação Brasileira de Gastronomia,

30



Hospedagem e Turismo (fls. 795/804) e a Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – FNHRBS (fls. 982/1009).

13. Os pedidos foram deferidos às fls. 974, 976, 978, 1075, 1508 e 1510.

14. É o relatório.

DAS PRELIMINARES

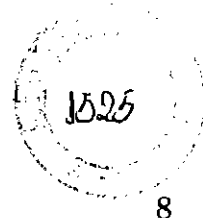
15. Deve-se compreender, com largueza e generosidade, o requisito da legitimidade das entidades de classe na jurisdição constitucional, de modo a atender duplo objetivo: o de democratização no acesso ao controle concentrado de constitucionalidade e o de um papel mais destacado das organizações da sociedade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

16. No caso em exame, a requerente² representa nacionalmente categorias econômicas que podem vir a ser prejudicadas pela proibição de consumo de cigarros e de outros produtos fumígenos em recintos de uso coletivo fechados, total ou parcialmente. É o quanto basta para fins de legitimidade.

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

AD

² Assim como aquela da ADI 4.353.



DO MÉRITO

AUSÊNCIA DE VÍCIO FORMAL

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

18. 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 paulista, 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.

19. 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

20



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 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."

20. 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."

21. 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").

22. Em julho de 2007, foi realizada a 2ª Conferência das Partes, que aprovou as diretrizes para orientar os países quanto às melhores 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".³

23. 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

³ Convenção-Quadro para o 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>.

ND



em áreas públicas, fumar é permitido em áreas especialmente criadas para este propósito."⁴

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

25. 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.

26. 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.

27. 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.

28. 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, supralegal⁵.

⁴ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/429/06/PDF/G0942906.pdf?OpenElement>.

⁵ 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.

20

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 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.

29. 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 Constituição⁶.

30. Há uma outra razão, que é apresentada por Peter Häberle⁷. 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*”⁸. 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 (permea-

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.

⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde”.

⁷ *Estado Constitucional Cooperativo*, trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁸ *Ob. cit.*, p. 47.

40



bilidade), 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.

- 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)".⁹

31. 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).

32. 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 interpreta-

⁹ *Ob. cit.*, pp. 70-71.



ção: ele se abre – de forma escalonada – a procedimentos internacionais ou de Direito Internacional de legislação, e a processos de interpretação”.¹⁰

33. 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.

34. 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”¹¹.

35. 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.

36. 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.

¹⁰ *ob. cit.*, p. 61

¹¹ AC 2436 MC / PR – Paraná Medida Cautelar Em Ação Cautelar. Relator: Min. Presidente Julgamento: 03/09/2009.

20.



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

37. É pacífico o entendimento desse Supremo Tribunal Federal quanto a ser aberta a causa de pedir nas ações do controle concentrado de constitucionalidade¹², o que permite se enfrente a questão ora proposta.

38. 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 (...)”.

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

40. Publicação denominada *Quem não fuma não é obrigado a fumar*¹³, 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

¹² “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).

¹³ http://www.inca.gov.br/tabagismo/29agosto2009/materiais/manual_29082009.pdf.

10



expostos a essa fumaça inalam os mesmos elementos tóxicos da fumaça inalados por fumantes ativos^{14 15}.

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

¹⁴ 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

¹⁵ 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>

NO

ADI 4.249

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.

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).

41. 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.

42. 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.

43. 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:

20



“A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização 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.”¹⁶

44. 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”^{17 18}.

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 estraté-

¹⁶ *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 206.

¹⁷ 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>

¹⁸ 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/pi/re/tobc/abstract.00061045-200710000-00035.htm;jsessionid=KBGXy7tC8DwnHgxyvC5TWQf5DWTjyQK5TJ7nzKzBGvsMjJLm6whQ!-444506849!181195629!8091!-1>.



gia 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 fumantes 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"¹⁹

45. 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.²⁰

46. 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.

47. Portanto, sob qualquer ângulo que se examine a questão, a Lei 9.294 há de ter interpretação conforme a Constituição, excluindo-se, de

¹⁹ Ontario Campaign for action on Tobacco – <http://www.ocat.org/ventilation/index.html#2>.

²⁰ 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 Criminas*, 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.

RO.

seu art. 2º, *caput*²¹, a expressão “*salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente*”.

48. Feito isso, a lei estadual impugnada estaria reproduzindo integralmente a lei geral. No julgamento da ADI 3.937-MC²², 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 insequente, 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 (…)”

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

20

²¹ “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”.

²² DJe 192, publ. 10/10/2008.



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

50. No julgamento da Representação 1.153²³, 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 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.”

51. 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.”

²³ RTJ 115/1008.



52. 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”*.

53. O mesmo se dá com o caso ora em exame: a lei paulista, 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.

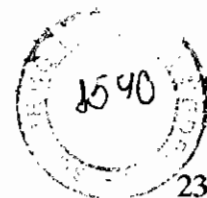
54. Assim, por mais essa razão, afasta-se a possibilidade de haver vício formal na lei paulista, decorrente do descumprimento do art. 24 da CR.

AUSÊNCIA DE VÍCIO MATERIAL

55. Não, há, decerto, ofensa ao princípio da liberdade individual, até porque a lei paulista 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

20



nesta máxima: 'não faça aos outros o que não quiseras que te fizessem'.²⁴

56. 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 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.

57. 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.

58. 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 econômica²⁵.

59. A lei paulista também 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 benefício à saúde que ela acarreta, principalmente àqueles que são involuntariamente expostos à fumaça.

20

²⁴ Acessível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decl1793.thm>.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 101-102.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

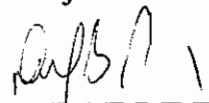
ADI 4.249



60. Finalmente, as razões acima deduzidas a propósito de suposto vício formal são suficientes para enfrentar o argumento de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da ação, declarando-se constitucional a Lei 13.541, de 7 de maio de 2009, do Estado de São Paulo.

Brasília, 2 de junho de 2010.


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

APROVO:


ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA