

# TABAGISMO E DIREITO À SAÚDE: da possibilidade de legislação sobre tema pelos Estados e Distrito Federal<sup>1</sup>

Nilton Carlos de Almeida Coutinho <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Professor junto à Universidade do Oeste Paulista. Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Procuradoria Regional de Presidente Prudente. Especialista em Direito Penal, Direito Público e Planejamento e Gestão Municipal. Mestre em Direito pelo Centro de Ensino Universitário de Maringá. Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Presidente da comissão do Advogado Público da 29ª Subseção da OAB/SP.

## RESUMO

O presente artigo foi apresentado no formato de tese durante o XXXVI Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em Maceió/AL, entre os dias 16 e 19 de novembro de 2010. Trata, em síntese da repartição constitucional de competências e da possibilidade dos Estados e Distrito Federal legislarem sobre a possibilidade (ou não) do fumo em locais públicos ou abertos ao público. Inicialmente apresentamos ao leitor um panorama da legislação sobre o assunto, bem como sobre o desfecho das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas em face das leis estaduais que trataram sobre o tema. Neste aspecto, o cerne da questão refere-se à não invasão de competência privativa da União, uma vez que se trata de competência concorrente, de tal forma que os Estados e o distrito Federal podem legislar sobre o tema, acrescentando-se, ainda, a possibilidade da lei estadual ser mais restritiva, tendo em vista que o tema se relaciona à proteção de direitos fundamentais, bem como por conta do princípio da predominância do interesse.

**Palavras-chave:** Tabagismo; direito à saúde; competência legislativa; direito constitucional

## SMOKING AND RIGHT TO HEALTH: FROM LEGISLATION POSSIBILITY ON THE THEME BY STATES AND FEDERAL DISTRICT

## ABSTRACT

This article was presented in thesis format during the XXXVI National Conference of State Prosecutors held in Maceió/AL, between 16 and 19 November 2010. Treats, summarily, about the constitutional competencies division and the States and Federal District possibility to legislate (or not) about smoking in public places. Initially we present to the reader a legislation overview about the subject, as well as the Unconstitutionality Direct Actions implication proposed in face the states laws that treated it. In this aspect, the key problem refers to the not Union privative competence invasion, once that treats about competing competence, such that States and Federal District can legislate about it, adding yet, the state law possibility being more restrictive, having views that this theme is related to fundamental rights protection, as well as because the interest predominance principle.

**Keywords:** Smoking, right to health, legislative competence; constitutional law.

---

<sup>1</sup> Tese aprovada por unanimidade durante o XXXVI Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em Maceió/AL, entre os dias 16 e 19 de novembro de 2010

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 196 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 e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com base nessa orientação, alguns Estados membros começaram a legislar acerca da possibilidade ou não de se fumar em ambientes públicos e privados.

A tese a ser apresentada trata, sinteticamente, da possibilidade (ou não) dos Estados legislarem sobre tal tema, tendo como fundamento a repartição constitucional de competências.

## DA COMPETENCIA LEGISLATIVA, SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Na definição de Alexandre de Moraes (2005, p. 268), competência é a “faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”. Conceito similar é apresentado por Silva, (2006, p. 496), para quem “competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”.

Hesse (1998, p. 191) destaca a repartição de competências como uma característica inerente aos estados federados. Deste modo, é possível que determinados entes tratem de determinada matéria, com exclusividade ou em conjunto. Para ele, tais competências podem “ser distribuídas diferentemente, segundo matérias e funções.”

Segundo estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, compete privativamente à União legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

desapropriação; requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; serviço postal; sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; comércio exterior e interestadual; diretrizes da política nacional de transportes; regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; trânsito e transporte; jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; nacionalidade, cidadania e naturalização; populações indígenas; emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes; sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; sistemas de consórcios e sorteios; normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; seguridade social; diretrizes e bases da educação nacional; registros públicos; atividades nucleares de qualquer natureza; normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; e propaganda comercial.

Trata-se, como se vê, de um extenso rol de competências privativas da União, sendo possível, entretanto, que esta autorize os Estados a legislarem sobre questões específicas das matérias relacionadas no referido artigo. Todavia, tal autorização somente será possível por meio de lei complementar. Neste sentido, preleciona Dantas (2008, p. 187)

Particularmente no que respeita à competência legislativa privativa da União, é importante ressaltar que o artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de lei complementar autorizar que os Estados legislem sobre questões específicas das matérias ali previstas.

Deste modo, a característica da privatividade permite a delegação da competência constitucional, de acordo com as regras do parágrafo único do artigo 22, supracitado.

Sobre o tema, questiona-se se poderiam aquelas matérias ser regulamentadas também por outros entes federativos. A esse respeito, LENZA (2009, p.304) ensina que – com base na regra do art. 22, parágrafo único – a autorização conferida aos Estados para legislar sobre questões específicas das matérias ali previstas também se estende ao Distrito Federal, por força do art. 32, § 1º, da CF/88.

No mesmo sentido é a opinião de Moraes (2005, p. 269) o qual entende que, por expressa disposição constitucional (CF, art.32, § 1º), o Distrito Federal acumula, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.

Ainda com relação à competência legislativa, nossa Constituição Federal elencou uma série de matérias sobre as quais União, Estados e Distrito Federal podem legislar concorrentemente. Assim, segundo o art. 24 da CF, são elas:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;  
 II - orçamento;  
 III - juntas comerciais;  
 IV - custas dos serviços forenses;  
 V - produção e consumo;  
 VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;  
 VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;  
 VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;  
 IX - educação, cultura, ensino e desporto;  
 X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;  
 XI - procedimentos em matéria processual;  
 XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;  
 XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;  
 XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;  
 XV - proteção à infância e à juventude;  
 XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Ferreira Filho (1997, p. 182) ensina que sempre que mais de um ente federativo tiver o poder de legislar sobre determinada matéria estaremos diante de uma hipótese de competência concorrente. Ou seja: “relativamente a uma só e mesma matéria concorre a competência de mais de um ente político”.

Nossa Constituição ainda esclarece que, com relação às matérias mencionadas no presente artigo, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, de tal modo que a competência da União para legislar sobre

normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Sobre o tema, Canotilho (2003, p. 543) assevera que a determinação de competências deve ser feita observando-se, apenas, o disposto na Constituição Federal, cujas normas devem ser devidamente interpretadas. Assim, caso não haja lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Por fim, com a superveniência de lei federal sobre normas gerais haverá a suspensão da eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

### **DO FUMO E SUA REGULAMENTAÇÃO**

O fumo é um dos grandes problemas da sociedade atual, com sérias conseqüências para a saúde pública. Segundo estudos da OMS o fumo é responsável por inúmeros problemas de saúde vividos pela população mundial, uma vez que ele leva ao organismo mais de 4.700 substâncias tóxicas, incluindo nicotina, monóxido de carbono, alcatrão, agrotóxicos e substâncias radioativas, que propiciam o desenvolvimento de câncer, enfisema, bronquite crônica, impotência sexual, arteriosclerose, envelhecimento precoce, etc.

Fumar pode causar câncer de pulmão, problemas cardíacos, respiratórios, etc. Aliás, conforme conta do Preâmbulo da convenção-quadro para o controle do tabaco, realizada em Genebra, os produtos contendo tabaco causam dependência, além do que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos.

Acrescente-se, ainda, que a simples exposição à fumaça traz graves riscos à saúde da população. Neste sentido, veja-se Silva; Sextelo (2007, p. 23):

O tabagismo passivo representa em nossos dias um importante problema de saúde

pública. Apesar da proliferação de evidências científicas, legislação e declarações institucionais, milhões de pessoas em todo o mundo estão expostas de maneira involuntária a um ambiente prejudicial à saúde e podem morrer por causa disto.

Deste modo, observa-se que o estabelecimento de regras sobre locais onde se possa (ou não) fumar, constitui-se como questão de saúde pública e, por visar à proteção e defesa da saúde, é possível que União, Estados e Distrito Federal legislem sobre o tema.

### **Da regulamentação feita pela União**

A Lei Federal 9.294/96, de 15 de julho de 1996, dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Assim, tal lei proibiu 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.

A mesma lei ainda proíbe o fumo em repartições públicas, hospitais e postos de saúde, salas de aula, bibliotecas, recintos de trabalho coletivo, salas de teatro e cinema, bem como em aeronaves e veículos de transporte coletivo.

### **Da regulamentação feita pelos estados membros**

No que se refere à regulamentação pelos demais membros da Federação, consta-se a existência de leis antifumo em diversos Estados.

Em São Paulo foi criada a lei antifumo (lei nº 13.541/09) a qual teve como objetivo primordial estabelecer normas de proteção à saúde das

peçoas. Com a entrada em vigor da lei antifumo ficou proibido no território do Estado de São Paulo, o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados.

Do mesmo modo que a legislação paulista, a lei nº 5.517, de 17 de agosto de 2009 proibiu 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.

Outros Estados também editaram leis sobre o tema, podendo-se citar os Estados do Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, entre outros.

Consoante ensina Ferreira Filho (2009, p. 291) nas matérias de competência legislativa concorrente a União fixa normas gerais, “cabendo aos Estados (ou ao Distrito Federal) adaptá-las às peculiaridades locais”. É a aplicação da denominada “Bundesrecht bricht Landesrecht”.

No Ceará, tem-se a lei nº 14.436, de 25 de agosto de 2009, a qual dispôs sobre a proibição de consumo de produtos derivados do tabaco em recintos coletivos. Tal lei permitiu, entretanto, a segregação de áreas para fumantes, desde que delimitadas por barreira física e equipadas com soluções técnicas que permitam a exaustão do ar da área de fumantes para o ambiente externo. (art. 2º)

O Espírito Santo tratou a questão por meio da lei nº 9.220/2009, a qual proibiu o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco em recintos de uso coletivo, públicos ou privados, exceto em áreas destinadas exclusivamente a esse fim, devidamente isoladas e com arejamento conveniente.

Observa-se, nestes últimos exemplos, que a legislação estadual permitiu a existência de

áreas para fumantes, os chamados “fumódromos”.

### **Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade**

Após a entrada de vigor de tais leis, algumas leis estaduais foram objeto de questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), por suposta inconstitucionalidade.

A Constituição Federal elenca, em seu art. 103, o rol de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade. São eles:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

Com base no regramento constitucional, a Confederação Nacional do Turismo (CNT) ingressou com ação direta de inconstitucionalidade com pedido liminar contra a lei 13.541/09, do Estado de São Paulo, sob o argumento de que teria havido invasão da competência legislativa reservada à União.

Na referida ADIn, a CNT defendia que a referida lei violava os artigos da Constituição que tratam da competência da União e Estados, dos princípios de liberdade, da mínima intervenção do Estado, da proporcionalidade, da razoabilidade, da segurança jurídica e da isonomia; do mesmo modo, alegava que a União já exercera sua competência na plenitude, razão pela qual não haveria que se falar em suplementação pelos Estados.

A Procuradoria Geral da República, por meio de parecer entendeu que a lei paulista é constitucional. Em sua argumentação o Procurador entendeu que, “a convenção quadro para o controle do Tabaco suspendeu a eficácia da Lei 9.294/96 porque (i) é 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”

No Rio de Janeiro a CNC (Confederação Nacional do Comércio de Bens Serviços e Turismo), ingressou com ADIn contra a lei estadual nº 5.517/2009 (ADIN 4306), sob o argumento de invasão da competência do Congresso, a quem caberia estabelecer as normas gerais sobre produção, consumo e proteção à saúde pública, de acordo com a Constituição Federal (artigo 24, incisos V e XII).

A Advocacia Geral da União emitiu parecer no sentido de que a lei antifumo do Estado do Rio de Janeiro está em desconformidade com a norma geral, a qual permite a existência de área reservada para fumantes. Aliás, o constituinte atribui à AGU a função de defesa do ato normativo ou norma legal que tenha sua constitucionalidade apreciada, em tese, pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>2</sup> Já o Ministério Público Federal protocolizou, em 13/04/2010, parecer pela improcedência da ação.

Outras leis estaduais também foram objeto de discussão acerca de sua constitucionalidade, podendo-se citar a ADIN 4351 movida pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC, em face do Estado do Paraná.

Para nós, as leis elaboradas pelos Estados supramencionados e pelos demais entes da Federação não são conflitantes com a

legislação federal e podem coexistir, consoante as razões asseveradas ao longo da presente tese.

### **Da não invasão de competência privativa da União**

Com relação à constitucionalidade ou não das legislações estaduais sobre o tema há de se definir primeiramente se tal matéria se encontra entre aqueles de competência legislativa exclusiva da União ou se poderiam os Estados legislar sobre o tema.

Conforme, já mencionado, o fundamento de validade das leis estaduais é a proteção da saúde, matéria tratada no art. 24, XII da CF. Trata-se, portanto, de matéria de competência comum a União, Estados e Distrito Federal. Sobre tal competência Horta (1995, p. 417) assevera:

A competência comum condensa preceitos e recomendações dirigidas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e os Municípios, traduzindo intenções programáticas do constituinte, reunidas em conjunto de normas não uniformes, muitos com as características de fragmentos que foram reunidos na regra geral por falta de outra localização mais adequada. São regras não exclusivas, não dotadas de privatividade e que deverão constituir objeto da preocupação comum dos quatro níveis de Governo, dentro dos recursos e das peculiaridades de cada um.

Conforme anteriormente mencionado, a Constituição brasileira adotou a competência comum ou concorrente com relação à defesa da saúde.

Segundo Moraes (2005, p. 279), trata-se de

competência não-cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os

<sup>2</sup> BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p.656

Estados e o Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar dos Estados-membros e Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º).

A crítica feita a algumas leis estaduais refere-se ao fato de que, embora a competência para legislar sobre saúde seja concorrente, nossa Constituição esclarece que compete à União editar normas gerais e aos Estados apenas a competência complementar ou suplementar.

Deste modo, em razão de já existir norma federal prevendo a possibilidade dos fumódromos, não poderiam os Estados legislar sobre o tema, de maneira diversa. Dentro deste enfoque, somente as leis estaduais que não trouxessem em seu texto regras proibindo os “fumódromos” seriam válidas.

Em nossa opinião, tal tese não procede, uma vez que o aparente conflito entre as normas pode ser dirimido, sem que haja a suspensão dos efeitos das normas estaduais. Aliás, Lenza (2009, p. 304) assevera que, caso as normas não sejam conflitantes poderão conviver, perfeitamente, a norma geral federal e a norma estadual ou distrital.

E, no mesmo sentido preleciona Mendes (2008, p. 823): “Se a União vier a editar a norma geral faltante, fica suspensa a eficácia de lei estadual, no que contrariar o alvitre federal”.

Deste modo, somente na hipótese de impossibilidade de convívio das diferentes legislações seria possível falar-se em violação da esfera de competência.

### **Da convenção-quadro para o controle do tabaco e conseqüências jurídicas**

Primeiramente, cumpre-nos observar que os tratados internacionais se constituem como acordos formais realizados entre organismos internacionais. Segundo estabelece a Convenção de Viena sobre os Tratados, estes são definidos

como acordos Internacionais celebrados por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, podendo consubstanciar-se em um instrumento único ou em diversos instrumentos conexos, independentemente de sua denominação particular. (art. 2º, I, alínea "a").

A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco foi adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde e teve como objetivo dar prioridade ao direito de proteção à saúde pública. Aliás, consoante afirma Moraes (2003, p. 1925) uma das finalidades do Estado é a Saúde Pública.

Especificamente à proteção contra a exposição à fumaça do tabaco, os signatários da referida convenção reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade. Desta forma, deliberou-se que “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”.

Consoante o ensinamento de Cavalcante (2007, p. 299) tal convenção tem como objetivo “proteger as presentes e futuras gerações contra as devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco [...]”

Mazzuoli (2001, p. 37) acentua que no Brasil, após a ratificação existem etapas complementares, e necessárias para que os tratados possam ter aplicabilidade e executoriedade internas. Assim, após a

ratificação faz-se necessária a sua promulgação por meios de decretos do Presidente da República com posterior publicação do Diário Oficial da União.

Ora, o Brasil é signatário da referida Convenção, a qual foi aprovada pelo Decreto Legislativo 1012/2005, cuja execução se tornou obrigatória com o Decreto Federal 5.658/2006. Deste modo, a aplicação de tal Convenção em nosso País é inconteste, ficando pendente, apenas, a questão referente à força normativa de tal documento.

Para alguns autores, tais tratados teriam a natureza jurídica de norma constitucional; para outros, de norma infraconstitucional.

Apesar de tal questão referente à força normativa dos Tratados internacionais não constituir objetivo principal da presente tese, torna-se oportuno tecer alguns esclarecimentos sobre o tema. Tal discussão é pelo fato de a Constituição Federal estabelecer, no art. 5º, §2º, que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Assim, por expressa disposição constitucional o rol de direitos e garantias expressos em nossa constituição é meramente exemplificativo, eis que é possível que tratados internacionais ou princípios adotados em nosso ordenamento jurídico criem novos direitos e garantias, além dos já existentes. Ou seja: os direitos constantes em tratados dos quais o Brasil seja parte também são direitos constitucionalmente protegidos.

Consoante entendimento de Moraes (2005, p. 662) “a EC nº 45/04 concedeu ao Congresso Nacional, somente na hipótese de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a possibilidade de incorporação com *status* ordinário (CF, art.49, I)

ou com *status* constitucional (CF, § 3º, art. 5º)”. Logo, a regra é a de que eles ingressarão com *status* ordinário, sendo certo que somente os que forem aprovados com o referido quórum qualificado serão equivalentes às emendas constitucionais.

Apartando-se das controvérsias e discussões doutrinárias quanto à força das normas veiculadas por tratados internacionais ao integrarem o ordenamento nacional, especialmente após a EC 45/2004, que acrescentou parágrafo terceiro ao artigo 5º da CF, é evidente que a Legislação infraconstitucional deve se adequar à referida convenção, pois, para os que entendem que tal convenção ingressou em nosso ordenamento jurídico com *status* de norma infraconstitucional, há de se levar em conta o critério cronológico; para os que defendem o ingresso com força de emenda à Constituição há de se observar o critério hierárquico.

Assim, adotando-se qualquer das posições com relação à força normativa dos tratados a conclusão a que se chega é a de que a lei 9.294/96 só será válida nos pontos em que não for conflitante com a referida convenção, a qual prima pela proteção à saúde e qualidade de vida em decorrência do consumo e da exposição à fumaça de tabaco.

### **Da possibilidade da lei estadual ser mais restritiva**

Outro argumento utilizado pelos que pleiteiam a inconstitucionalidade das leis estaduais, é o de que Estados e Distrito Federal poderiam apenas legislar de forma complementar nessas áreas, sem entrar em conflito com a legislação federal - que prevê a existência de fumódromos.

Sob essa ótica, o Estado não poderia ter legislado de forma contrária sobre o tema, mas

apenas de maneira suplementar, trazendo as peculiaridades locais.

Importante observar que, quando a questão está adstrita a direitos fundamentais é possível que os Estados e Municípios legislem na direção de aumentar o grau de protetividade, o que no presente caso é inegável, pois o consumo direto e indireto do fumo afeta o direito à vida e a integridade física. Neste sentido, veja-se ADI 1278/SC; TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Ap. nº 276.582-211, 14.4.97.

Discorrendo sobre a restrição a direitos fundamentais Barroso (2009, p. 338) defende a utilização da razoabilidade e da proporcionalidade para prover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Isso porque, a fim de compatibilizar tais direitos “o interprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles.”

O ministro Ricardo Lewandowski, ao pronunciar-se no julgamento da ADI 3937/MC-SP defendeu 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 [...]”.

Ademais, rememore-se que o art. 196 da CF estabelece 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 e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Tal artigo deixa claro que as políticas de saúde pública devem orientar-se no sentido da redução dos riscos de doença, garantindo-se a saúde e a dignidade da vida humana. Neste sentido, veja-se Moraes (2003, p. 1926):

[...] o direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da

pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

É este, aliás, o espírito da Convenção–quadro para o controle do tabaco, a qual autoriza a adoção de medidas de proteção contra à exposição da fumaça do tabaco.

Assim, podem as legislações estaduais disciplinar o tema de modo a diminuir o risco de doenças em nossa sociedade, sem que isso viole o disposto em normas federais.

### **Do princípio da predominância do interesse**

Conforme ensina Horta (1995, p. 363) os Estados-membros são dotados de autonomia, a qual “pressupõe repartição constitucional de competência para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa”. Deste modo, a repartição de competências é inerente ao Estado Federal.

A repartição de competências foi efetuada pela Constituição Federal utilizando como base o princípio da predominância do interesse. Assim, pelo referido princípio, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos estados referem-se as matérias de predominante interesse regional e aos municípios concernem os assuntos de interesse local.

Sobre o tema SILVA (2006, p.478) ensina que caberá à União as matérias e questões de predominante interesse geral, nacional; aos Estados, as matérias e assuntos de predominante interesse regional; e, aos Municípios, os assuntos de interesse local.

Assim, tendo em vista que – não obstante a proteção a saúde e ao meio ambiente seja um preocupação de todos - os Estados devem se preocupar em proteger a saúde daqueles que se

encontram dentro de suas esferas administrativas, tornando sua atuação mais efetiva e eficiente.

## CONCLUSÕES

1. Segundo estabelece nossa Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença.

2. O fumo causa uma série de doenças à população, razão pela qual se permite que União, Estados e Distrito Federal legislem concorrentemente sobre tal tema, eis que diretamente afeto à proteção e defesa da saúde.

3. Não obstante haja lei federal sobre o tema, podem os Estados e o Distrito Federal legislar sobre locais nos quais se pode (ou não) fumar.

4. Isso porque a convenção-quadro para o controle de tabaco permite a aplicação de medidas legislativas, executivas, administrativas e outras que se demonstrem eficazes para a proteção das pessoas contra a exposição à fumaça do tabaco.

5. A proteção à vida e a dignidade da pessoa humana possibilitam que as leis estaduais restrinjam o fumo, desde que – evidentemente – não o aniquilem, pois, do contrário haveria violação ao direito individual dos cidadãos, uma vez que o fumo de produtos derivados de tabaco é uma conduta considerada lícita.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, C. R.. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

DANTA, P. R. de F. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, M. G. **Princípios fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, M. G. F. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORTA, R. M. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 304.

MAZZUOLI, V. de O. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MAZZUOLI, V. **Direito Internacional: Tratados de direitos Humanos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MENDES, G. F.; COELHO. Inocência Mártires, BRANCO. In: GONET, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1933.

PIOVESAN, F. **Os Direitos Humanos e o direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VIEGAS, C. A. de A. **T abagismo: do diagnóstico à saúde Pública**. São Paulo: Atheneu, 2007.