

A LIBERDADE DE FUMAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 49 DA LEI 12.546/2011, QUE SUPRIMIU OS ESPAÇOS RESERVADOS PARA FUMANTES EM RECINTOS COLETIVOS PÚBLICOS E PRIVADOS NO BRASIL, SEGUNDO PROCEDIMENTO DE PONDERAÇÃO DO PROF. JORGE REIS NOVAIS¹

Damião Alexandre Tavares Oliveira²

Sumário: 1. Introdução; 1.1. Notas prévias; 2. Breves Considerações sobre o Percurso Histórico e Jurídico do Consumo do Tabaco no Brasil; 2.1. Percurso histórico; 2.2. Percurso Jurídico; 3. Princípios Constitucionais da Igualdade, da Liberdade e da Saúde; 3.1. Da igualdade enquanto direito fundamental; 3.2. Da liberdade enquanto direito fundamental; 3.3. Da saúde enquanto direito fundamental; 4. Da Liberdade de Fumar enquanto direito fundamental na CR/88; 4.1. Conceito (s) de direito(s) fundamental (is) e noções relevantes; 4.2. Principais características e classificações dos direitos fundamentais; 4.3. A liberda-

¹ Versão adaptada do *Relatório Científico* apresentado ao Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito para fase escolar da disciplina Direito Constitucional I/II, sob orientação dos Professores Doutores Jorge Reis Novais e Marcelo Rebelo de Souza. Turma: 1/2012.

² Juiz de Direito na 1ª Vara Cível de Ponte Nova/MG. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FIC/Caratinga/MG e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Ano 2011/2013.

de fumar enquanto direito fundamental; 4.3.1. Argumentação adicional à tese da liberdade de fumar enquanto direito fundamental; 4.4. Objeções à tese da liberdade de fumar enquanto direito fundamental; 4.5. Contra-objeções e conclusões parciais; 5. Análise da constitucionalidade do art. 49 da Lei 12.546, de 15 de dezembro de 2011, segundo procedimento de ponderação do Professor Jorge Reis Novais; 5.1. Fases do procedimento do Professor Jorge Reis Novais; 5.1.1. Interpretação; 5.1.2. Intervenção restritiva nos direitos fundamentais; 5.1.3. Justificação para restrição dos direitos fundamentais; 5.1.4. Respeito dos limites aos limites; 5.2. Análise da Constitucionalidade a luz dessas fases e conclusão parcial; 5.3. Questões adicionais acerca da Constitucionalidade da medida legislativa; 6. Perigosos precedentes da análise superficial de um ato legislativo aparentemente simples e antipático à maioria; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



pesquisa pretende proceder a um breve relato sobre a trajetória histórica e jurídica do consumo do tabaco no Brasil.

Em seguida, visa-se a enquadrar a liberdade de fumar no âmbito dos direitos fundamentais materiais, especificamente sob a ótica do princípio geral da liberdade.

Indo adiante, a luz desse princípio, da igualdade e do direito à saúde, adentra-se na análise da (in) constitucionalidade do art. 49 da Lei nº 12.546/2011, que alterou dispositivos da Lei nº 9.294/96, modificando de maneira significativa (e muito mais rigorosa) o tratamento dado aos fumantes na República Federativa do Brasil.

Ou seja, o estudo é eminentemente reflexivo sobre o recente modelo legal imposto aos brasileiros, com suas possíveis

consequências (negativas e/ou positivas), sem olvidar das controvérsias que surgirão do debate e de alguma antipatia provocada pela discussão. Não obstante, o produto final (e seu pano de fundo) almeja contribuir primordialmente para compreender o tratamento da liberdade contemporânea em vários níveis, mesmo naqueles não tão simpáticos aos juristas e à sociedade.

E mais, objetiva-se responder à seguinte indagação: “os fins (ainda que nobres) justificam os meios (violação de direitos fundamentais das minorias)?”.

Para tanto, utilizam-se como fontes de pesquisa: doutrina nacional e estrangeira, jurisprudência e sites oficiais.

Parafraseando James Fitzgerald³, como o tema central gravita em torno da liberdade de fumar, adverte-se o leitor que ‘ler este relatório não mata’, mas propõe uma ‘conciliação’ entre fumadores e não fumadores, pois todo ser humano merece ser tratado com igual consideração e respeito.

1.1. NOTAS PRÉVIAS

O trabalho utilizará o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa em vigor, salvo nas citações anteriores à sua vigência, cujas grafias permanecerão intocadas.

Em segundo lugar, como o cérebro não é o único órgão componente do organismo humano, o direito não é a única ciência no amplo universo científico. Nem mesmo o Direito Constitucional o é em relação à ciência jurídica.

Partindo dessa premissa, entende-se, assim como Edgar Morim, que as ciências incorreram em significativas perdas, com a excessiva especialização, pois, não raro, olvida-se da visão global. Esse entendimento é reforçado pelo movimento

³ Cfr. a contracapa do livro ‘*O prazer de fumar cigarros*’. Nela, o autor adverte: ‘Ler este livro não mata’. FITZGERALD, 2008, p. v. Interessante destacar na obra a dedicatória formulada pelo autor: “Este livro é dedicado àquele pedacinho de índio que reside em todos os fumadores da Terra”.

pós-positivista que busca, em última análise, maior abertura do direito para a moral e outras ciências, o que é evidente no Direito Constitucional.

Com esse espírito, e por questões metodológicas, no decurso da pesquisa, utiliza-se uma abordagem multidisciplinar do tema (direito com pitadas de filosofia e ciências afins), baseado na práxis (logicamente sem esquecer o foco constitucionalista principal).

Isso não diminui o caráter científico do trabalho. Ao revés, evita a disjunção dos conhecimentos, a “inteligência cega”, “as carências de nosso pensamento”. Pois. Enfim: “só o pensamento complexo nos permitirá civilizar nosso conhecimento”⁴.

A democracia científica tem que prevalecer (conciliando o direito com os pensamentos externos – sem preconceitos), sob pena de a visão parcial e míope afetar a compreensão do todo.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PERCURSO HISTÓRICO E JURÍDICO DO CONSUMO DO TABACO NO BRASIL

Neste tópico, pretende-se explorar, em breves linhas, a trajetória do tabaco no Brasil, desde a colonização até os dias atuais. Em segundo lugar, traça-se o curso da legislação mais

⁴ Cfr. MORIN, 2007, p. 9-16. Em especial, veja-se: “A inteligência cega destrói os conjuntos e totalidades, isola os seus objetos do seu meio ambiente. (...) As realidades-chaves são desintegradas. Elas passam por entre as fendas que separam as disciplinas. (...) A metodologia dominante produz um obscurantismo acrescido, já que não há mais associação entre os elementos disjuntos do saber, não há possibilidade de registrá-los e de refleti-los. (...) Ora, esta nova, maciça e prodigiosa ignorância é ela própria ignorada pelos estudiosos. Estes, que praticamente não dominam as conseqüências de suas descobertas, sequer controlam intelectualmente o sentido e a natureza de sua pesquisa”.

importante sobre o tabaco, por meio do critério cronológico. O que se objetiva é mostrar ao leitor que o fumo sempre esteve presente em nossa sociedade como fator importante e propulsor do desenvolvimento. Desde logo, então, nota-se o seu caráter histórico-jurídico-cultural.

Como os projetos individuais de vida não se formam alheios dos contextos intersubjetivamente partilhados, Habermas nos ensina que “num Estado constitucional democrático, a maioria não pode prescrever às minorias a própria forma de vida cultural – na medida em que estas se distanciam da cultura política comum do país – como uma suposta cultura de referência”⁵.

Nesse sentido, ganha relevo a cultura e a história do fumo.

2.1. PERCURSO HISTÓRICO

Pode-se afirmar que, desde antes da colonização brasileira e da chegada dos europeus em nosso território, a história do fumo no Brasil já havia começado.

Segundo se colhe de informações extraídas do livro *A História do fumo brasileiro, de Jean-Baptista Nardi*⁶, nos próximos parágrafos, pode-se observar que a planta nasceu provavelmente nos vales orientais dos Andes Boliviano e se difundiu no atual território brasileiro através das migrações indígenas, sobretudo dos índios Tupi-Guarani.

Na época, apenas duas plantas eram usadas e cultivadas: a *Nicotiana Tabacum* e a *Nicotiana Rústica*.

O fumo para os índios tinha caráter sagrado e, como a mandioca, o milho e muitas outras plantas, uma origem mítica. Seu uso era geralmente limitado aos ritos mágico-religiosos e

⁵ Cfr. HABERMAS, 2010, p. 5.

⁶Disponível em: <http://gregoriopipes.blogspot.com.br/2009/11/historia-do-fumo-brasileiro_24.html>. Acesso em: 10 abr. 2012.

como planta medicinal. Por isso, era reservado unicamente aos pajés (feiticeiros). O fumo era utilizado para a iniciação dos pajés e nas cerimônias tribais. Por meio dele, o pajé entrava em transe e se comunicava com os deuses, espíritos, almas dos mortos, ou ainda predizia o melhor momento para ir à caça, viajar ou atacar o inimigo. A fumaça era considerada purificadora. Protegia dos maus espíritos, o jovem guerreiro, a roça, a safra, e a comida.

Como planta medicinal curava as feridas, as enxaquecas e as dores de estômago.

Existiam diversos outros hábitos, com seis usos diferentes para o fumo entre os índios da América do Sul (comido, bebido, mascado, chupado, em pó e fumado). Porém o hábito de fumar era o mais relevante.

Era fumado num tipo de charuto, chamado Canguera [folhas de fumo secas, enroladas numa folha de milho ou palmeira, na forma de uma vela, cujas dimensões iam de 6 (seis) cm a 60 (sessenta) cm].

No início de novembro de 1492, os companheiros de Cristóvão Colombo viram pela primeira vez os índios fumarem.

Então, começou a história de uma formidável expansão: em apenas um século o fumo passou a ser conhecido e usado no mundo inteiro, expandindo-se de duas maneiras.

A primeira, através dos marinheiros e dos soldados, para quem o fumo era um bom meio de se passar o tempo durante os longos meses que duravam as viagens. E o costume de se mascar, introduzido nas camadas populares dos países europeus, da África e do Oriente. O fumo usado era unicamente de corda.

A segunda maneira revelou a importância do Brasil na difusão do fumo pelo mundo.

Em 1530, após a expedição de Martim Afonso de Souza no sul do País, um donatário português, Luiz de Góis, em 1542,

levou a planta a Portugal.

Assim, teve início o comércio colonial.

Durante os três primeiros quartos do século XVI, os colonos portugueses obtiveram o fumo dos índios, através de um sistema de trocas, mas numerosas guerras fizeram que, por volta de 1570, eles começaram a cultivá-lo, no início para o próprio consumo e mais tarde para vendê-lo, sob a instigação de comerciantes por motivos vários. Mas o monopólio português foi estabelecido em 1674.

Não se sabe quando o fumo começou a ser utilizado para a compra de escravos na África. O tráfico começou em 1570 e supõe-se que o fumo apareceu no comércio somente no final do século XVII. Certo é que em 1637, os holandeses, em guerra contra Portugal, apoderaram-se do castelo de São Jorge da Mina, possessão portuguesa na África ocidental, controlando então o comércio nessa região, e, após o tratado de paz em 1641, proibiram o comércio de mercadorias européias aos portugueses, deixando livre apenas a compra dos rolos de fumo da Bahia.

A partir daí, o fumo passou a ser o principal gênero de comércio, no escambo dos escravos na Costa da Mina, e entrou em quantidades reduzidas nas transações com outras regiões africanas (Angola). Com sua extinção, na segunda metade do século XIX, fez a riqueza dos comerciantes baianos.

No final do século XVIII, ocorreu o apogeu do comércio do fumo no Brasil colonial.

Permitiu-se a criação de novas áreas destinadas ao fumo na agricultura, e uma política de desenvolvimento incentivou a criação de novas áreas fumaceiras, além da Bahia. O fumo passou a ser cultivado em: Minas Gerais, Goiás, São Paulo e, sobretudo, no Rio Grande do Sul, com a chegada dos emigrantes europeus, em particular os alemães.

No setor industrial, surgiram as fábricas de rapé, no Rio de Janeiro. Mas essa indústria foi desaparecendo aos poucos.

Já a indústria do charuto se desenvolveu durante todo o século XIX, e seu período de prosperidade situou-se entre 1870 e 1930. Durante muito tempo a fabricação de charutos permaneceu em estágio artesanal.

Algumas fábricas maiores destacavam-se como: *Costa Ferreira & Penna*, *Dannemann* e *Suerdieck* (todas na Bahia); e a *Poock*, no Rio Grande do Sul.

No Comércio, observa-se, no século XIX, uma diversificação. O desenvolvimento das comunicações internas (novas estradas de rodagem e de ferro, companhias de navegação) facilitou a circulação do fumo no País.

Criaram-se diferentes processos de comercialização, estruturas complexas entre os diferentes produtos (fumos em folha, em corda, desfiado, charutos, cigarros, rapé), dos diferentes estados produtores e mercados.

Ao chegar o século XX, a produção de charutos era de 70 milhões de unidades, das quais 90% produzidas na Bahia.

Nas três primeiras décadas do século XX, assiste-se à concentração agrícola, industrial e ao estabelecimento das estruturas atuais.

De 1940 em diante, o tabaco brasileiro beneficiou-se de conjunturas favoráveis, em particular o crescimento do consumo de fumos claros (fenômeno mundial) e da crise que atingiu a Rodésia. Em 40 anos, a área cultivada triplicou e a produção multiplicou-se por quatro.

A cultura de fumos claros no Rio Grande do Sul estendeu-se aos Estados vizinhos (de Santa Catarina ao Paraná), enquanto a Bahia enfrentava graves problemas com a má saída dos fumos escuros e a concorrência do Estado de Alagoas, que passou a produzir o mesmo tipo, com qualidades e quantidades equivalentes.

Ao lado disso, historicamente, o setor de exportação foi favorecido, no final dos anos 60, pelo embargo da Rodésia, então grande produtor e exportado de fumos claros.

Por fim, os legados que os índios nos deixaram sobre o fumo foram: 1 – no tráfico de escravos, uma ”Moeda” forte; 2- rapé, charutos, cigarros; a Ascensão de uma história; 3- nordeste, sul, e outras partes; as bases de uma estrutura no século XIX, a desconcentração; 4- após três séculos, a descoberta: Fumo é Ouro de Verdade; e 5- uma grande verdade, o fumo como origem do IPI (Imposto Sobre Produtos Industrializados)⁷.

No site oficial da empresa Souza Cruz, extrai-se história semelhante àquela que foi relatada alhures, intitulada *Plantação da Souza Cruz em meados do século XX*⁸.

⁷ Até esse ponto do texto as principais informações foram extraídas e compiladas de <http://gregoriopipes.blogspot.com.br/2009/11/historia-do-fumo-brasileiro_24.html>. Acesso em: 10 abr. 2012.

⁸ Cfr. o seguinte trecho: “Das crenças e rituais dos indígenas, o tabaco se tornou a mais importante cultura agrícola não-alimentícia do planeta. A disseminação do consumo de produtos derivados do tabaco, em todas as suas formas (rapé, cigarros de palha, charutos, cigarrilhas, fumo de rolo, etc.), remonta a tempos bem anteriores à existência das atuais empresas fabricantes de cigarros. Planta originária dos Andes, o tabaco acompanhou as migrações dos índios por toda a América Central, até chegar ao território brasileiro. As primeiras lavouras de tabaco formadas pelos colonos surgiram da necessidade de garantir o consumo próprio. Logo, porém, muita gente apareceu disposta a comprar o excedente, afinal, na Europa a procura crescia, e vários negociantes começavam a vislumbrar as grandes possibilidades de lucros que surgiriam a partir da criação de uma via regular de abastecimento. Inicialmente a produção de tabaco no Brasil ocupou áreas reduzidas e concentradas entre Salvador e Recife, no Recôncavo Baiano. Na primeira metade do século XVII, durante a ocupação holandesa em Pernambuco, o tabaco produzido naquela Capitania ocupou papel importante na carteira comercial de produtos oferecidos pela Companhia das Índias Ocidentais. Com a expulsão dos holandeses, começaram a aparecer as primeiras legislações reguladoras da atividade produtiva. Em 1674, o monopólio da metrópole foi garantido, através da criação da Junta de Administração do Tabaco, cujas determinações estabeleceram as regras para todas as colônias portuguesas. Já no final do século XVII, uma legislação tentou regular o comércio a partir do controle das cargas transportadas devido às vastas extensões do território e à diversidade de áreas produtivas, fazendo surgir regulamen-

O fumo se fez presente, ainda, na literatura, através de poemas e prosas latinos escritos no Brasil, entre o século XVI e XX, conforme se pode observar nos textos do jesuíta José Rodrigues de Melo⁹.

Contemporaneamente, a medicina e a mídia brasileiras alertam sobre os malefícios provocados pelo fumo, bem como

tos e órgãos especiais como a Mesa de Inspeção do Tabaco. A partir desta data, a legislação enfim se estabilizou e vigorou até depois da Independência. O final da liberdade vigiada que Portugal impôs ao Brasil durante o período colonial deu grande impulso às lavouras de fumo. Tornou-se possível cultivar qualquer espécie, em qualquer lugar. Além disso, a possibilidade de comércio direto com países estrangeiros representou um grande incentivo. Nesta arrancada, que começa efetivamente a partir de 1850, as províncias que se destacavam eram Minas Gerais, Bahia e, decorrente da vinda dos imigrantes alemães, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Em 1917 é instalada, na cidade de Santa Cruz do Sul – RS, a empresa Brazilian Tobacco Corporation. O empreendimento partiu da empresa britânica British American Tobacco, e foi o passo inicial para a transformação da cidade em um pólo nacional da indústria fumageira. Em 1920, a empresa passa a se chamar Companhia Brasileira de Fumo em Folha e em 1955 é adquirida pela Souza Cruz⁹. Disponível em: <http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9KPU?opendocument&SKN=1>. Acesso em: 10 abr. 2012.

⁹ Cfr. o poema intitulado *Efeitos benéficos do uso do rapé*: “Quanto aos efeitos, basta dizer que o uso do rapé não é desdenhado por ninguém. Apresia-o o povo todo: grandes e pequenos, sábios e incultos, nobres e plebeus. Os poetas, amantes das Musas, bem como os que se dedicam às ciências, todos gostam de espaiar o espírito e aliviar as fadigas do cérebro recorrendo a boas pitadas do querido rapé. Graças ao tabaco, o operário trabalha melhor e mais bem disposto. Os próprios poetas confessam que, aspirando o pó, compõem melhor seus versos. É que o rapé expulsa do coração todas as preocupações e cuidados. Dissipa as nuvens do espírito. Acaba com as angústias e tristezas. E a todos nos prepara e abre às expansões da alegria e do prazer. Vê-se por aí que o tabaco não existe somente para o deleite do olfato. Nem é usado apenas sob a forma de rapé. Servem também de remédio aos enfermos os vapores suaves que emanam das folhas de fumo”. (MELO, 2004, p. 97).

a redução do quantitativo de fumantes. A propósito, na *Folha.com*, afirma-se que: “em 20 anos, o número de fumantes caiu 45% no Brasil”¹⁰. Na matéria, se pontua: “em 1989, 33% dos brasileiros maiores de 18 anos fumavam, segundo o INCA (Instituto Nacional do Câncer). Hoje essa proporção é de 18%, concluiu a Pesquisa Especial de Tabagismo divulgada hoje pelo instituto. A queda foi de 45%”.

A experiência cotidiana demonstra que, nos últimos anos, o número de fumantes reduziu drasticamente. Basta olhar ao redor para se dar conta deste fato. Contudo, nem sempre foi assim. Em passado recente, as propagandas, programas televisivos, filmes e outros meios de informação incentivavam o uso do tabaco, não raro associado à prática de esportes e ao prazer do indivíduo, inclusive em países desenvolvidos¹¹.

Com efeito, divulgada a nocividade de seu uso (e com o passar dos anos), os fumantes se tornam minoria e passam a

¹⁰ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/791110-em-20-anos-numero-de-fumantes-caiu-45-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 07 abr. 2012.

¹¹ Cfr. na obra *O Prazer de Fumar Cigarros* diversos fatos curiosos a esse respeito, incluindo o tratamento sobre locais proibidos. A propósito, vejamos alguns trechos: “Um grupo de médicos liderado por James Sargent, do centro médico Dartmouth-Jitchock, de Lebanon, New Hampshire, analisou os 25 maiores êxitos anuais de bilheteria dos EUA no período de 1988 a 1997 – 250 filmes, ao todo. Descobriram que mais de 85 por cento dos filmes faziam uso de tabaco e que apareciam marcas de tabaco específicas em 28 por cento dos filmes”. (FITZGERALD, 2008, p. 78); “Um documento da indústria tabaqueira recentemente descoberto ilustra o papel que Hollywood desempenha no marketing e na promoção do tabaco. Os cigarros Marlboro representam 40 por cento das marcas que apareceram em filmes desde 1998”. (FITZGERALD, 2008, p. 118); “Os locais onde fumar é proibido são sempre um transtorno para um grande fumador. Um bom fumador de cigarro quer fumar em toda a parte, em qualquer altura, e gozar a vida. Estamos sempre a ver letreiros a dizer NÃO FUMADORES e, hoje em dia, cada vez mais, a ponto de chegarem a ser redundantes. Por que é que nunca se vêem letreiros a dizer <<É FAVOR FUMAR?>> Estou a pensar numa quantidade de sítios em que funcionariam”. (FITZGERALD, 2008, p. 71).

‘viver aos cantos’. Tanto é verdade que, na mesma matéria, a gerente de Divisão de Epidemiologia do INCA destaca: "é preciso que a legislação em vigor, que ainda permite fumódromos, seja alterada para impedir 100% o uso de produtos do tabaco que emitem fumaça em ambientes coletivos e fechados"¹².

Segundo Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, sobre o tabagismo no Brasil¹³, em 2008, a exposição à fumaça de tabaco (considerando o percentual das pessoas de 15 anos ou mais expostas à fumaça, por local de exposição) revelou que no trabalho o percentual era de 24,4%, nas residências de 27,9% e, em restaurantes 9,9%. O percentual total de fumantes correntes de tabaco no Brasil, nesse ano, era de 17,2%, sendo 21,6% de homens e 13,1% de mulheres. Por sua vez, o estudo demonstrou que, desde 2002, se calculou uma queda progressiva de 18,8% (no período de 2002 a 2005), sendo que, em 2007, a população fumante no Brasil era de 16,4% do total. Finalmente, houve um significativo declínio de fumantes, entre 1989 e 2003, com uma diminuição de 35%.

2.2. PERCURSO JURÍDICO

Desde o Brasil Colônia, o fumo se distinguiu, por sua ‘administração original, extensa e poderosa’, cuja criação teve como razão de ser uma crise econômica sofrida por Portugal, na segunda metade do Século XVII. Criou-se, então, em 14 de julho de 1674, a Junta de Administração do Tabaco que era um Tribunal ‘privativo de qualquer outra jurisdição’, dispondo de

¹² Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/791110-em-20-anos-numero-de-fumantes-caiu-45-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 07 abr. 2012.

¹³ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios sobre o tabagismo no Brasil, realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, INCA – Instituto Nacional do Câncer, Ministério da Saúde, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Rio de Janeiro, 2009, p 26 e seg., ISBN 978-85-240-4101-3 (meio impresso).

plenos poderes para legislar em matérias relativas ao fumo¹⁴.

Em 1702, afirma Nardi, publicou-se o Regimento da Junta de Administração do Tabaco, uma compilação da legislação relativa ao fumo com 53 artigos e uma coletânea de leis. Estabeleceu-se um sistema alfandegário similar ao de Lisboa para evitar extravios desde o lavrador até o embarque em navios. Por tal razão, foi publicado, em 8 de setembro de 1699, instruções sob o título *Regimento que se há de observar no Brasil na arrecadação do tabaco*. Este regimento mantinha sob sua jurisdição direta dois contratos de monopólio comercial (distribuição e venda do fumo nos referidos domínios), sendo o mais importante denominado de *Contrato Geral do Tabaco de Portugal, Reino de Algarve e Ilhas Adjacentes*, estabelecido em 1700. No Brasil, vigorou também, de 1695 até 1757, um contrato equivalente ao do Reino: o Contrato do Tabaco do Rio de Janeiro. Em meados do século XVIII, o marquês de Pombal modificou a administração do fumo pelo Novo Regimento da Alfândega do Tabaco, publicado em 16 de janeiro de 1751¹⁵.

A legislação federal mais recente sobre o tabaco é extensa, visando: à proteção da saúde (especialmente no que tange à prevenção dos riscos de exposição à fumaça); restrição ao acesso dos produtos derivados do tabaco; proteção aos jovens; tratamento e apoio ao fumante; publicidade, patrocínio, controle e fiscalização; financiamento à cultura e taxação sobre os produtos do tabaco; medidas para conter o mercado ilícito destes produtos e disseminação de informação ao público. Para não prejudicar a fluidez do texto, será disposta em nota, por área e em ordem cronológica¹⁶.

¹⁴ Cfr. NARDI, 1987, p. 14-28.

¹⁵ Cfr. NARDI, 1987, p. 14-28.

¹⁶ Cfr. por área e, em ordem cronológica, a legislação federal pertinente. 1 - Proteção à Saúde. (A) Portaria Interministerial nº 3.257, de 22 de setembro de 1988. Recomendava medidas restritivas ao fumo nos ambientes de trabalho e criava fumódromos, ou seja, áreas destinadas exclusivamente ao tabagismo, devidamente isoladas e com arejamento conveniente; (B) Lei 9.294,

de 15 de julho de 1996. Proíbe o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, ou de qualquer outro produto fumífero derivado do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, tais como repartições públicas, hospitais, salas de aula, bibliotecas, ambientes de trabalho, teatros e cinemas, exceto em fumódromos; (C) Decreto nº 2.018, de 01 de outubro de 1996. Regulamentava a Lei 9.294/96, definindo os conceitos de recinto coletivo e área devidamente isolada, e destinada exclusivamente ao tabagismo; (D) Portaria do Ministério da Saúde nº 2.818, de 28 de maio de 1998. Proíbe fumar nas dependências do Ministério da Saúde, tanto as sediadas no Distrito Federal, como nos Estados e Municípios; (E) Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei 9.294/96 para: a) proibir o uso de produtos fumíferos derivados do tabaco em aeronaves e demais veículos de transporte coletivo; b) proibir a venda por via postal, a distribuição de amostras, ou brindes e a comercialização em estabelecimentos de ensino e saúde; (F) Portaria Interministerial nº 1.498, de 22 de agosto de 2002. 2- Prevenção a acidentes de trânsito. A) Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro. Proíbe dirigir sob a influência de qualquer substância entorpecente ou dirigir o veículo com apenas uma das mãos. 3 – Restrição ao acesso dos produtos derivados do tabaco. A) Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei nº 9.294/96, proibindo a venda por via postal, a distribuição de amostra ou brinde e comercialização em estabelecimentos de ensino e de saúde; (B) Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 15, de 17 de janeiro de 2003. Proíbe a venda de produtos derivados do tabaco na internet; (C) Lei 10.702, de 14 de julho de 2003. Altera a Lei 9.294/96, proibindo a venda em órgãos e entidades da Administração Pública. 4 – Proteção aos jovens. A) Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Proíbe vender, fornecer ou entregar, à criança ou ao adolescente, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica; B) Lei 10.167/2000. Altera a Lei 9.294/96, proibindo a participação de crianças e adolescentes na publicidade de produtos derivados do tabaco; C) Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 06, de 05 de fevereiro de 2001. Proíbe o trabalho do menor de 18 anos na colheita, beneficiamento ou industrialização do fumo; D) Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 304, de 07 de novembro de 2002. Proíbe a produção, importação, comercialização, propaganda e distribuição de alimentos na forma de cigarro, charuto, cigarrilha, ou qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco. Proíbe o uso de embalagens de alimentos que simulem ou imitem as embalagens de cigarros; E) Lei 10.702/2003. Altera a Lei nº 9.294/96, proibindo a venda de produtos fumíferos derivados do tabaco a menores de 18 anos. 5- Tratamento e apoio ao fumante. A) Portaria

do Ministério da Saúde nº 1.035, de 31 de maio de 2004. Amplia o acesso à abordagem e tratamento do tabagismo para a rede de atenção e de média complexidade do Sistema Único de Saúde; B) Portaria da Secretaria de Atenção à Saúde nº 442, de 13 de agosto de 2004. Aprova o Plano para Implantação da Abordagem e Tratamento do Tabagismo no SUS e o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – Dependência à Nicotina. 6- Publicidade e Patrocínio dos Produtos Derivados do Tabaco. A) Art. 220, § 4º, CR/88. Determina que a publicidade de tabaco estará sujeita à restrições legais e conterà advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso; B) Lei 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Proíbe a publicidade enganosa e abusiva; C) Portaria Interministerial nº 477, de 24 de março de 1995. Recomenda às emissoras de televisão que evitem a transmissão de imagens em que apareçam personalidades conhecidas do público fumando; D) Lei 10.167/2000. Altera a Lei nº 9.294/96, restringindo a publicidade de produtos derivados do tabaco à afixação de pôsteres, painéis e cartazes na parte interna dos locais de venda, proibindo, conseqüentemente, em revistas, jornais, televisão, rádio e outdoors. Proíbe a propaganda por meio eletrônico, inclusive internet, a propaganda indireta contratada, também denominada *merchandising* e a propaganda em estádios, pistas, palcos ou locais similares. Proíbe o patrocínio de eventos esportivos nacionais e culturais. E) Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 15, de 17 de janeiro de 2003. Define os conceitos de ‘propaganda de produtos derivados do tabaco’ e ‘parte interna do local de venda’; F) Lei 10.702/2003. Altera a Lei nº 9.294/96, proibindo o patrocínio de eventos esportivos internacionais por marcas de cigarros a partir de 30 de setembro de 2005; G) Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 199, de 24 de julho de 2003. Regulamenta a Lei nº 10.702/03 sobre as frases de advertência do Ministério da Saúde exibidas durante a transmissão no país de eventos esportivos e culturais internacionais. 7- Disseminação de informação ao público. A) Lei 7.488/86. Cria o Dia Nacional de Combate ao Fumo e determina a realização de comemorações no dia 29 de agosto em todo o território nacional; B) Portaria Interministerial nº 3.257/88. Confere certificados de honra ao mérito às empresas que se destacarem em campanhas para o controle do tabagismo; C) MP nº 2.190-34/2001. Altera a Lei 9.294/96, determinando que o material de propaganda e as embalagens de produtos fumíferos derivados do tabaco, exceto as destinadas à exportação, contenham advertências acompanhadas de imagens que ilustrem o seu sentido; D) Portaria Interministerial nº 1.498/2002. Confere certificados de honra ao mérito às instituições de saúde e de ensino que se destacarem em campanhas para o controle do tabagismo; E) Resolução da Agência Nacio-

nal de Vigilância Sanitária nº 335/2003. Dispõe sobre a inserção de novas advertências, acompanhadas de imagens, nas embalagens e no material de propaganda dos produtos fumíferos derivados do tabaco; F) Portaria Interministerial nº 1.034/2004. Institui, no âmbito da Secretaria de Educação à Distância, Grupo de Trabalho com a finalidade de promover a inserção do tema ‘controle do tabagismo’ no recurso didático do ensino a distância, promovido pelo programa TV Escola. 8- Controle e fiscalização dos produtos derivados do tabaco. A) Decreto nº 2.637/98. Determina que a comercialização de cigarros no País, inclusive a sua exposição à venda, seja feita exclusivamente em maços, carteiras ou outros recipientes que contenham vinte unidades; B) Lei 9.782/99. Cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), responsável pela regulamentação, controle e fiscalização dos cigarros, cigarilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco; C) Lei 10.167/2000. Altera a Lei 9.294/96, definindo o valor da multa a ser aplicada em caso de descumprimento e os órgãos competentes para exercer a fiscalização do cumprimento da Lei; D) Resolução da ANVISA nº 46/2001. Estabelece os teores máximos permitidos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono presentes na corrente primária da fumaça dos cigarros comercializados no País, para no máximo 10 mg/cig, 1 mg/cig e 10 mg/cig. Proíbe a utilização, em embalagens ou material publicitário, de descritores, tais como, *classes, ultra baixos teores, baixos teores, suave, light, soft, leve, teores moderados*, altos teores, e outros que possam induzir o consumidor a uma interpretação equivocada quanto aos teores contidos nos cigarros; E) Resolução da ANVISA nº 346/2003. Estabelece novas normas para o cadastro anual das empresas beneficiadoras de tabaco e fabricantes nacionais, importadoras ou exportadoras de produtos derivados do tabaco, bem como de todos os seus produtos, exigindo a apresentação de relatórios sobre seus componentes; F) Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 396/2004. Aprova o programa Gerador da Declaração Especial de Informações Fiscais relativas à tributação dos Cigarros (DIF – Cigarros). Esse programa permitirá à Receita Federal um maior controle das empresas instaladas e aquelas em fase de instalação no país, no que se refere ao registro, distribuição, exportação e importação de cigarros, bem como à arrecadação tributária. 9- Convenção-Quadro para o controle do tabaco. A) Decreto de 1º de agosto de 2003. Cria a Comissão Nacional para implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos. 9- Financiamento à Cultura do Tabaco. A) Resolução do Banco Central do Brasil nº 2.833, de 2001. Determina que fica vedada a concessão de crédito público relacionado a produção de fumo no âmbito do PRONAF – Programa Nacional de Fortalecimento da Agricul-

Nesse retrospecto, observa-se que o Brasil, paulatinamente, já vinha adotando políticas normativas multidisciplinares visando a diminuir o consumo, a exposição à fumaça e várias outras medidas, o que de fato refletiu em significativo declínio de usuários.

Mesmo assim, preocupado com a saúde pública, confirmou-se a urgência de reforçar as recomendações da *Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco*, um tratado de saúde pública, ratificado por 168 países-membros da OMS (Organização Mundial de Saúde), de um total de 192. Elaborado em 21 de maio de 2003, entre outras orientações, o texto determina ações específicas de proteção ao tabagismo passivo.

Essa Convenção, composta por 28 artigos, em seu art. 8º, cuida da proteção à exposição à fumaça do tabaco, ‘nos termos da legislação nacional’, incentiva os participantes a adotarem medidas protetivas em “locais públicos fechados”, no intuito de que a exposição não provoque morte, doenças ou incapacidades cientificamente comprovadas.

tura Familiar -, em regime de parceria ou integração com a indústria do tabaco. 10- Taxação sobre os produtos de tabaco. A) Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 60/99. Estabelece normas para os cigarros, ficando os mesmos sujeitos ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI; B) Decreto nº 4.924/2003. Eleva o valor do IPI incidente sobre os cigarros. 11- Medidas para conter o mercado ilegal de cigarros. A) Decreto nº 2.876/98. Determina que os cigarros, quando exportados para a América do Sul e América Central, inclusive Caribe, ficam sujeitos à incidência do imposto de exportação à alíquota de 150%. Posteriormente, houve ampliação de tal alíquota também para matérias-primas utilizadas na fabricação de cigarros; B) Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 95/2001. Estabelece diversas normas para os selos de controle a que estão sujeitos os cigarros; C) Medida Provisória nº 66/2002. Majora o valor das penalidades com relação aos selos que estiverem em desconformidade com as normas estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal. O texto sobre a legislação federal sobre o tabaco no Brasil está disponível no website do INCA prevprim@inca.gov.br. Acesso em: 11 abr. 2012.

Dessarte, numa leitura atenta do documento, percebe-se a ressalva em vários dispositivos, que as partes signatárias adotaram medidas em simetria com suas ‘Constituições’, ‘Princípios Constitucionais’ e legislação doméstica.

Então, a convenção buscou privilegiar a soberania interna dos países signatários.

O Brasil, por meio do Decreto nº 5658, de 2 de janeiro de 2006, promulgou a aludida Convenção-Quadro.

Em âmbito federal, a Portaria Interministerial nº 3.257/88 recomendava medidas restritivas ao uso de fumo nos ambientes de trabalho e criou ‘fumódromos’, ou seja, ‘áreas destinadas exclusivamente ao tabagismo, devidamente isoladas e com arejamento conveniente’.

Por sua vez, o art. 2º da Lei Federal 9.294/96, que dispõe sobre as restrições ao uso e propaganda de produtos fumíferos, nos termos do parágrafo 3º, do art. 220, da CR/88, proibiu o uso de tabaco em recintos coletivos (privados ou públicos), exceto em ‘fumódromos’¹⁷.

Regulamentando essa Lei, em todo o território nacional, foi editado o Decreto nº 2.018/96 que, em seu art. 3º, parágrafo único, especificava que o popular ‘fumódromo’ era: a área destinada aos usuários de produtos fumíferos que deveria apresentar adequadas condições de ventilação, natural ou artificial, e de renovação de ar, de forma a impedir o acúmulo de fumaça no ambiente.

No aludido Decreto, em seu art. 4º, havia previsão de que nos hospitais, postos de saúde, bibliotecas, salas de aula, teatro, cinema, e nas repartições públicas federais “era permitido fu-

¹⁷ Confira-se o teor: “Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente. § 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema. § 2º (...)”. Destaque posto.

mar se houvesse *áreas ao ar livre ou recinto destinado unicamente ao uso de produtos fumíferos*” (Destacamos).

Em nível Estadual e Municipal, a despeito da legislação Federal, existiam regulamentações restritivas acerca do uso do tabaco sendo questionadas no STF, segundo a doutrina, por meio das ADI's 4.239, 4.249, 4.353 e 4.351¹⁸.

¹⁸ Cfr. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 2010, p. 381-382: “Como se sabe, algumas leis, sejam estaduais, como municipais, estão proibindo o uso do tabaco e sendo questionadas no STF: ADI 4.239 – 12.05.2009 – tinha por objeto a Lei Antifumo do estado de São Paulo (Lei 13.541, de 7 de maio de 2009). A Min. Ellen Gracie arquivou-a, por entender que a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel Nacional), que ajuizou a ação, não se enquadrava no conceito de entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX). A análise foi apenas formal e não sobre o mérito da questão. ADI 4.249 – 09.06.2009 – também tem por objeto a Lei Paulista. Foi ajuizada pela Confederação Nacional do Turismo (CNTUR), alegando, dentre outros argumentos, o fato de o Estado não poder extrapolar a lei federal que já disciplina o assunto. O AGU, em sua manifestação, entendeu que a Assembléia Legislativa ultrapassou sua competência já que tratou de regras gerais que já estavam na lei federal. À época, o parecer foi dado pelo hoje Min. José Antônio Dias Toffoli (que era o AGU) e, assim, certamente, no presente caso, ele não poderá votar (matéria pendente de julgamento pelo STF). ADI 4.353 – 07.12.2009 – questiona a Lei paranaense 16.239/09, que proíbe o fumo em ambientes coletivos públicos ou privados em todo o estado do Paraná, tendo sido ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC). Em 18.12.2009, a Min. Ellen Gracie, relatora, determinou o seu pensamento à ADI 4.351, por possuírem o mesmo objeto e, assim, a sua tramitação conjunta (matéria pendente de julgamento pelo STF). De fato, não há dúvida que a lei estadual é muito mais restritiva, inclusive em relação aos direitos individuais dos fumantes, violando a Lei Federal n. 9.294/96 que autoriza o fumódromo ‘área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente’ (art. 2º). Nessa linha, em 23.06.2009, a justiça de São Paulo suspendeu parcialmente a Lei Antifumo, concedendo liminar requerida pela Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo (Abresi) (juiz Valter Alexandre Mena, da 3ª Vara da Fazenda Pública, autos n. 053.09.015779-9), por conflitar a lei estadual, em alguns pontos, com a lei federal citada, especialmente em relação aos fumódromos e sanções ao empresário. Referida decisão foi cassada pelo TJ/SP. Diante do exposto,

No campo jurisprudencial, colhe-se que a comercialização de cigarros não é ilícita e que o ato de fumar se traduz em uma escolha consciente do fumador, ou seja, “vício atrelado ao livre-arbítrio das pessoas que a ele aderem espontaneamente”. Confirmam-se os julgados de alguns Estados: 1) Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação n. 110.454-4/3 - 4ª C.Direito Privado - Rel. Des. Narciso Orlandi - j. 22-2-2001; 2) Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Apelação Cível n. 1-48788-9 - 2ª Turma Cível - Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes - j. 20-6-2002; 3) Tribunal de Justiça de São Paulo - AC n. 235.799-4/9 - 1ª C. Direito Privada - Rel. Des. Laerte Nordi - j. 9-9-2003; 4) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - AC n. 2003.001.22442 - 6ª C.Civil - Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro - j. 14-10-2003 e 5) Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Apelação n. 4202460-71.2000.8.13.0000 - Rel. Des(a). Valdez Leite Machado - j. 15-4-2004¹⁹.

restará ao STF a palavra final”.

¹⁹ Cfr. as ementas: (i) "Ação de indenização movida por doente de câncer em face de fabricante de cigarros - Inexistência de prova de consumo exclusivo de produtos da ré - Inexistência de prova denexo entre a doença e o tabagismo, apesar do truísmo de que cigarro causa câncer - Adesão espontânea ao vício - Dever de indenizar não reconhecido - Ação improcedente - Apelação não provida" (TJSP - Apelação n. 110.454-4/3 - 4ª C.Direito Privado - Rel. Des. Narciso Orlandi - j. 22-2-2001)"; (ii) 2- "REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - MALEFÍCIOS À SAÚDE CAUSADOS PELO USO DO CIGARRO - CÂNCER DE PULMÃO - EMPRESA RESPONSÁVEL PELA FABRICAÇÃO DO PRODUTO - PROPAGANDA ENGANOSA - OMISSÃO POR NÃO INFORMAR ACERCA DOS DANOS PROVOCADOS PELO FUMO - RESPONSABILIDADE - NÃO CONFIGURADA - HÁBITO DE FUMAR - ESCOLHA CONSCIENTE DO FUMANTE - 1. Inviável se revela pretensão tendente a condenar empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, à consideração de que teria veiculado propaganda enganosa e omitido acerca dos prejuízos e malefícios causados pelos componentes químicos existentes no cigarro. 2- A empresa responsável pela fabricação de cigarros desenvolve atividade lícita, porquanto autorizada, disciplinada e fiscalizada pelo Poder Público e, uma vez disponibilizado o produto ao consumidor, este detém o livre arbí-

trio para decidir se vale a pena consumir o produto. Se o autor iniciou e continuou sua atividade tabagista, o fez por livre e espontânea vontade, não havendo que se falar em responsabilidade da empresa por suposta veiculação de propaganda enganosa, tanto mais quando demonstrado que a mesma vem divulgando seus produtos sem extrapolar os limites delimitados pela Portaria n. 490/88 e legislação subsequente. 3- Não configurada a conduta ilícita por parte da ré e caracterizada a culpa exclusiva do autor, que, mesmo ciente quanto ao risco do produto consumido, assumiu-o voluntariamente ao persistir no hábito do tabagismo, irrecusável se revela provimento jurisdicional que julga improcedente pleito indenizatório respectivo" (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Apelação Cível n. 1-48788-9 - 2ª Turma Cível - Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes - j. 20-6-2002); (iii) "FUMO - O cigarro é produto potencialmente nocivo. Sua fabricação e comercialização não é ilícita. A morte causada por doenças dele decorrentes não cria a obrigação de indenizar do fabricante, porque não pratica este ato ilícito ao produzir o cigarro. Não é enganosa, nos termos da lei, propaganda de cigarros" (TJRS - AC n. 2003.001.22442 - 6ª C.Civil - Rel. Horácio dos Santos Ribeiro - j. 14-10-2003); (iv) "Ação indenizatória - Morte por câncer no pulmão atribuída ao cigarro que o falecido fumou durante 52 anos (30 cigarros diários) - Sentença que a julga improcedente - Vício atrelado ao livre-arbítrio das pessoas que a ele aderem espontaneamente - Recurso provido em parte apenas para corrigir erro material na fixação da verba honorária - Recurso provido em parte" (TJSP - AC n. 235.799-4/9 - 1ª C. Direito Privada - Rel. Des. Laerte Nordi - j. 9-9-2003); (v) EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MATERIAL E MORAL - USO DE CIGARROS - PRESCRIÇÃO (ART. 27 DO CDC) - NÃO INCIDÊNCIA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REQUISITOS. Não sendo o defeito do produto referido na lei consumerista a causa principal da indenizatória, mas tratando-se de ação de responsabilidade civil regulada pelo Código Civil de 1916, não tem aplicação no caso a prescrição quinquenal no art. 27 do CDC. Como é cediço, a inversão do ônus da prova, de que trata o artigo 6º, VIII, do CDC, não ocorre automaticamente; necessário se torna que o magistrado se convença da verossimilhança das alegações aduzidas, e da hipossuficiência da parte. Inviável se mostra pretensão tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, por haver por parte da ré apenas o exercício regular do direito reconhecido, seja na produção e comercialização do cigarro, seja na publicidade de suas marcas, à luz do art. 160, I, do Código Civil. Não se caracteriza a responsabilidade civil da ré, se não provado o nexo entre a doença e o tabagismo, apesar do truísmo de que o cigarro causa câncer.

A doutrina, defendida por Cruz, expressa que: “a relação jurídica estabelecida entre as companhias de tabaco e seus fumantes é nitidamente de consumo”, porém funcionando como “lei principiológica” com escopo de dar “eficácia material às regras constitucionais no desiderato de realizar a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça, a solidariedade e a prevalência dos valores sociais (arts. 1º, III e IV, e 3º, I, CF/1988)”. Então, “as regras e os princípios constitucionais têm, sim, eficácia e incidência concreta e autônoma”. Por isso, é favorável (de forma veemente) à responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros e contrário à questão do livre-arbítrio (sob o questionamento de o usuário de uma droga – nicotina – que causa dependência, exerce ou não uma liberdade ou se sucumbe à sua necessidade). Porém, mesmo aqui, após severas críticas e, com ressalvas, reconhece “que a decisão de fumar é fruto de uma liberdade pessoal”²⁰.

Lúcio Delfino, mesmo ao criticar “(...) a) a licitude das indústrias de fumo (produção e comercialização de produtos fumíferos) como óbice à sua responsabilização civil; b) a livre adesão do consumidor ao consumo de cigarros e sua autoterminação para abdicar-se do vício e c) o suposto conhecimento do consumidor quanto aos riscos provenientes do consumo de cigarros (...)”²¹ deixa transparecer, em alguns pontos de seu trabalho, a relativização e impossibilidade de superar algumas premissas (no atual estágio da técnica), incluindo a tendência maciça da jurisprudência de afastar a responsabilidade das empresas de cigarros.

Em algumas passagens, a impossibilidade de superação das premissas resta clara. A propósito, confira-se:

1- Quanto à licitude: “(...) Difícil negar que a atividade

(Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Apelação n. 4202460-71.2000.8.13.0000 – Rel. Des(a). Valdez Leite Machado – j. 15-4-2004).

²⁰ Cfr. CRUZ, Guilherme Ferreira da, 2010, p. 892-893 e 918-919.

²¹ DELFINO, Lúcio, 2010, p. 952.

exercida pelas indústrias fumíferas seja lícita – a própria Constituição Federal, num dispositivo inusitado, refere-se à publicidade do tabaco (...)”²²;

2- Quanto à adesão livre ao consumo e autodeterminação para abdicar-se do vício: “(...) Não se pode negar, entretanto, existirem determinadas pessoas que realmente conhecem, com profundidade, os males causados pelo cigarro e, mesmo assim, mantém o seu consumo, a exemplo de diversos médicos tabagistas (...)”²³;

3- No que tange ao último ponto questionado indaga: “(...) será que o consumidor brasileiro realmente possui conhecimentos sedimentados a respeito da natureza e riscos do cigarro? (...). Apesar de apontar que as informações são superficiais e básicas, em certa altura acaba por reconhecer como foi “(...) louvável a iniciativa governamental, por meio da MedProv 2.134-30, de obrigar as indústrias do tabaco a apresentarem em seus maços imagens dos males causados pelo fumo, popularmente chamadas de ‘espanta-fumantes’. Sem dúvida, grande parte da comunidade brasileira, em razão do seu baixo nível econômico, social e cultural, somente terá acesso a essas informações através do sistema de símbolos ou imagens (...)”²⁴.

Essa é a nossa percepção preliminar: as empresas é que precisam se adequar ao direito (para permitir a livre escolha dos consumidores); e não aniquilar integralmente liberdades das pessoas (por atitudes condenáveis delas e até dos governos), sob pena de retrocessos na área dos direitos fundamentais (alcançados, diga-se de passagem, a duras penas, de forma gradativa no decurso da história).

Desse modo, levando-se em consideração essas peculiaridades, não há como transigir nessa área.

Finalmente (em meio a esse turbilhão de leis, jurisprudência

²² Idem, p. 957-958.

²³ Ibidem, p. 971.

²⁴ DELFINO, Lúcio, 2010, p. 975.

dências e doutrinas), veio à baila a questionada Lei 12.546, de 15 de dezembro de 2011. Alterou e incluiu dispositivos na Lei 9.294/96, ou seja, suprimiu integralmente os espaços reservados, apesar do significativo declínio estatístico de fumantes apontado (e a extensa legislação restritiva e regulatória existente – quase sempre protetora dos não fumadores), o que, a primeira vista, sinaliza a falta de proporcionalidade da medida.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA LIBERDADE E DA SAÚDE

Neste tópico, pretende-se analisar (em linhas gerais) a igualdade, a liberdade e a saúde, como direitos fundamentais. Essa abordagem não esgota o assunto e pode ser, quando necessário, reforçada em outras partes do trabalho.

O primeiro ponto a ser pinçado, então, é que a liberdade e a igualdade são tratadas pela doutrina, respectivamente, como direitos de primeira e segunda geração (ou dimensão). O primeiro grupo corresponde a obrigações negativas do Estado frente aos cidadãos²⁵. O segundo surgiu de um ideal absentéista do Estado²⁶.

Tanto é assim que Bobbio, no âmbito da ‘filosofia da história’, cuidou das ‘gerações’²⁷ ou da ‘era dos direitos’, como

²⁵ Cfr. MENDES et al, 2010, p. 309: “Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião. (...) O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado”.

²⁶ Cfr. MENDES et al, 2010, p. 310: “O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve”.

²⁷ Cfr. o curioso fato que inspirou a formulação inicial da teoria das gerações dos direitos pelo jurista tcheco Karel Vasak, naturalizado francês: “Ao formular a sua teoria, inspirado pelo lema da Revolução Francesa, Vasak disse mais ou menos assim: a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (liberté), que tiveram

“direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”²⁸.

Por outro lado, a saúde é apontada como direito de segunda geração, o que faria incidir obrigações positivas para os Estados²⁹.

Essas classificações não são estáticas. Existe algum consenso doutrinário (apesar das críticas à teoria das gerações dos direitos fundamentais), que os direitos de primeira, segunda e terceira gerações, na atualidade, encontram-se (todos) revestidos das características contidas nos demais, tendo em vista que não são resultado de uma ruptura histórica rígida, em cada uma de suas ‘dimensões’, mas sim do processo evolutivo de conquistas da sociedade (incorporadas aos textos normativos) ao longo do tempo.

Assim, os direitos de primeira geração, com função precipuamente negativa, obrigando o Estado a não intervir na esfera da individualidade dos cidadãos, para sua concretização, necessitam (concomitantemente) de uma atuação positiva do

origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (égalité), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (fraternité), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948”. E prossegue: “Karel Vasak se inspirou na bandeira francesa para desenvolver a teoria das gerações dos direitos. A liberdade é representada pela cor azul; a igualdade, pela branca; e a fraternidade pela vermelha”. (MARLMESTEIN, 2011, p. 41-42).

²⁸ Cfr. BOBBIO, 2004, p. 5.

²⁹ Cfr. MENDES, et al, 2010, p. 309-310: “São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc”.

mesmo Estado no sentido de poder efetivá-los, de torná-los eficazes, sob o ponto de vista prático. Essa ‘nova roupagem’ deve estar presente na mente dos juristas porque a classificação, além de possuir cunho preponderantemente didático, deve levar em conta que todos os direitos, em última análise, conduzem à materialização do ‘Estado de Dignidade da Pessoa Humana’, pena de se tornarem meras exortações, sem eficácia prática.

Em suma, em face da característica histórica (surgimento gradativo em gerações coexistentes e complementares), a doutrina e jurisprudência pátria discorrem sobre direitos de primeira (Direitos de liberdade), segunda (Direitos de igualdade), terceira (Direitos de Fraternidade), quarta (Direitos decorrentes do pluralismo, da democracia, a exemplo da telemática, paz, desenvolvimento) e, até mesmo, quinta (direitos à tolerância, ao sentimento, ao amor e, outros falam em questões relacionadas à cibernética) gerações. Entretanto, tradicional “é o conhecimento das três primeiras gerações, que inclusive foram consagradas nos autos do MS 22164 do Plenário do STF (MS 22164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.11.95)”³⁰.

3.1. DA IGUALDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Da igualdade (positivada na CR/88, em seu art. 5º, *caput*³¹), vislumbra-se, de plano (e inicialmente), que se trata de

³⁰ A propósito, dentre outros, mas especificamente sobre esse parágrafo, confira-se VARGAS, 2010, p. 285-287).

³¹ Cfr. o teor do dispositivo: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”. A esse propósito, veja-se o que diz Marmelstein: “A expressão *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* enuncia um dever ético-jurídico de respeito ao outro. Esse dever – base da dignidade da pessoa

um princípio aberto.

No Estado de Direito Liberal, onde era concebida com base na igualdade formal de todos perante a lei, até os dias atuais (sem perder esta dimensão), continua a existir entre nós no Estado Democrático e de Direito Social (art. 1º, da CR/88), onde se almeja a proteção e realização da igualdade fática, no plano da “igualdade de oportunidades e da disponibilização das condições materiais que, pelo menos, atenuem as desigualdades de partida”³².

Ademais, afirma-se que no Estado contemporâneo se adquire uma consciência da importância da igual participação democrática na ‘produção dos resultados de igualdade’ e que:

As preocupações com a representatividade das assembleias parlamentares, com a inclusão e proteção das minorias, a igualdade de oportunidades na competição eleitoral interpartidária, a igualdade de sufrágio e a generalização dos direitos políticos são, hoje, uma dimensão basilar da igualdade em Estado democrático³³. Destaque posto.

A propósito do vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende-se, na lição de Maria

humana – se materializa juridicamente através dos mandamentos constitucionais de não discriminação, de tolerância, de respeito às diferenças e de combate ao preconceito e ao racismo”. E prossegue: “O respeito ao próximo – independentemente de quem seja o próximo – é uma clara obrigação constitucional (...). Não há mais cidadãos de segunda categoria, nem seres privilegiados que se considerem superiores, em dignidade, em relação aos demais seres humanos. Aliás, essa ideia ficou ainda mais clara com o mapeamento do genoma humano, que comprovou, cientificamente, que não existem distinções substanciais entre os homens, de modo que todos são, em essência química e biológica, iguais”. (MARMELSTEIN, 2011, p. 81). Entendemos que essa igualdade material se aplica também ao caso dos fumantes.

³² Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes..., 2011, p. 104.

³³ Idem, p. 104.

Celina Bodin de Moraes, “(...) cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o ‘cidadão’, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos (...)”³⁴.

Com efeito, concordamos com Novais, que no Estado Social (embora no Brasil não tenha sido formalmente consagrado), as exigências de igualdade ‘não se limitam à igualdade jurídica, na lei e na sua aplicação’, mas projetam-se cumulativamente ‘enquanto igualdade fática’³⁵.

Contudo, prossegue Novais, o legislador pode sempre “escapar à proibição de emitir leis restritivas individuais e/ou concretas através de uma redação dissimulada”, remetendo-se, desta maneira, “formalmente para a Administração ou o poder judicial a decisão do caso concreto que, na realidade, ele próprio já tomou”³⁶.

Em outro lugar, o ilustre doutrinador, ao cuidar da temática dos direitos fundamentais contra particulares, separação de poderes e suas respectivas teses, principalmente a da eficácia direta, aduz que um defensor desta sustentará, apoiado na norma constitucional de direitos fundamentais que “um particular tem contra outro um direito subjectivo a que ele não fume na sua presença”³⁷. Entretanto, para quem defende a tese dos deveres de proteção, compete ao Legislativo e, em casos extremos, ao juiz, a proteção dos direitos fundamentais entre particulares.

Aqui, não se comunga (ao menos até então) da tese da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares, porém se for o caso de decidir sobre essas questões, não é pos-

³⁴ Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin de, 2009, p. 91.

³⁵ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes..., p. 104.

³⁶ Idem, p. 107.

³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria, 2006, p. 108.

sível negar jurisdição.

Mas continua Novais. Sustenta que é indiscutível que “a tese da eficácia directa *entrega* a regulação do problema ao juiz”. Com isso, “em última análise, seria o juiz constitucional a decidir sobre a controversa questão da proibição de fumar em locais públicos, independentemente da decisão do legislador democrático” (Destacamos). Noutra vértice, “Já para a tese dos deveres de proteção o legislador é que deveria encarregar-se da composição do conflito subjacente”³⁸.

Conclui que o legislador, ao invés do magistrado, teria melhores condições de decidir em que locais públicos se pode ou não fumar e com que limites. Mas, “o juiz pode, em nome dos direitos fundamentais, controlar a constitucionalidade da decisão do legislador”, e não “substituir-se a uma decisão que o legislador (ainda) não tomou ou não quis tomar”³⁹.

Concorda-se que assim seja. Todavia, no caso posto, o legislador já agiu, produzindo a legislação. Dessa maneira, cabe agora ao magistrado efetivar o controle desta decisão (quando provocado), a luz dos direitos fundamentais, principalmente os da igualdade, liberdade e saúde. Não obstante, deve ponderar a razoabilidade da decisão legislativa, caso lhe chegue às mãos um pedido, pela via difusa ou concentrada. E aí, com certeza, se terá um *hard case*, fundado na questão da diferença, mesmo porque o legislador não é infalível.

Na visão de Maria Celina Bodin de Moraes, “(...) o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade (...) e, hoje, “(...) a questão mais debatida coloca-se em outros termos, isto é, na reivindicação de um ‘direito à diferença’ (...)”⁴⁰.

Além do mais, verbera que o princípio da igualdade “(...) é dos que mais se presta a ensejar *hard cases* – casos cuja solu-

³⁸ Idem, p. 108-109.

³⁹ Ibidem, p. 109, para todas as citações desse parágrafo.

⁴⁰ Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin de, 2009, p. 86-87.

ção, justamente porque não há uma única e correta solução, nem sempre satisfaz o sentimento pessoal de justiça do intérprete (...)”⁴¹.

Por outro lado, Mello leciona que um *discrímen* legal, para ser convivente com a isonomia, necessita da ‘concorrência’ de quatro elementos para ser válido, como regra, perante a isonomia, quais sejam:

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas existentes*, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público⁴².

Tais critérios serão importantes, como se verá, para análise da existência da igualdade no caso concreto do tabagismo em locais reservados.

3.2. DA LIBERDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

No terreno da liberdade, elevada pelo legislador constituinte à categoria de princípio fundamental, insculpido no art. 5º, *caput*, da CR/88, pode-se afirmar que se constitui na maneira

⁴¹ Idem, p. 89.

⁴² Cfr. MELLO, 2004, p. 41-43. In: *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*.

de preservar a autodeterminação e autonomia⁴³ dos indivíduos, em várias esferas de suas vidas. Caso colida com outros princípios, tem de ser ponderada levando-se em conta, dentre outros critérios, e especificamente sobre o tema em apreço, a eventual sobreposição (ou não) sobre outros direitos fundamentais de terceiros e sobre a liberdade de outros indivíduos, no caso, os não fumantes.

Nas palavras de Marmelstein:

A proteção da autonomia da vontade tem como objetivo conferir ao indivíduo o direito de autodeterminação, ou seja, de determinar autonomamente o seu próprio destino, fazendo escolhas que digam respeito a sua vida e ao seu desenvolvimento humano, como a decisão de casar-se ou não, de ter filhos ou não, de definir sua orientação sexual etc⁴⁴.

Embora consequência natural da dignidade, prossegue Marmelstein verberando não haver (na Constituição brasileira) nenhum dispositivo expresso consagrador da autonomia privada. Porém, é “(...) inegável que ela está presente, de modo implícito, em diverso dispositivos constitucionais sobretudo nos direitos ligados à liberdade e à personalidade (...)”. E arremata:

A ideia que inspira a proteção da autonomia privada é a de que o Estado deve tratar as pessoas sob o seu domínio como agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhes

⁴³ Cfr. o que diz MARMELSTEIN, 2011, p. 106-107, sobre autonomia da vontade: “Há, ainda, dentro do art. 5º, uma proteção implícita à autonomia da vontade, aqui entendida como a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento do direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. Cada um deve ser senhor de si, agindo como um ser responsável por suas próprias escolhas pessoais, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade alheia”.

⁴⁴ Cfr. MARMELSTEIN, 2011, p. 106-107

dizem respeito. Assim, por exemplo, cabe a cada indivíduo decidir por si mesmo que lugares deseja frequentar, em qual religião deve acreditar, com quais pessoas queira se reunir ou se associar, qual a profissão que deseja seguir, quais os livros que pretende ler e assim por diante. (...) Logo, o valor da autonomia de escolha é inestimável, já que inúmeros direitos fundamentais decorrem diretamente desse princípio (...)”⁴⁵.

Maria Celina Bodin de Moraes considera que o maior problema do Direito na atualidade “(...) tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória individual (...)”⁴⁶.

Para ela (e estamos de acordo), o princípio da liberdade individual se consubstancia “(...) cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada (...)”, ou seja, “(...) Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier (...)”⁴⁷.

Contudo, leciona que à liberdade será contraposto o ‘dever de solidariedade social’ e conclui que:

(...) Não se trata, portanto, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade, ou vice-versa. O princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação para sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para

⁴⁵ Idem, p. 108-109.

⁴⁶ Cfr. MORAES, 2009, p. 71.

⁴⁷ Cfr. MORAES, 2009, p. 107.

a solidariedade. Tal é, justamente, uma das medidas de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade – termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmesurada é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regula-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade (...)⁴⁸.

Pois bem. Esses não são apenas pensamentos contemporâneos. Na filosofia política tradicional, John Stuart Mill, ao desenvolver o ensaio sobre a liberdade civil, acerca da natureza e limites do poder a ser exercido legitimamente pela sociedade sobre o indivíduo, propôs (guardadas as proporções históricas) um princípio bastante simples, que não perde seu valor na atualidade:

É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou colectivamente, para interferir na liberdade de acção de outro, é a autoprotecção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser correctamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros. O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é justificação suficiente. Uma pessoa não pode correctamente ser forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque,

⁴⁸ Idem, p. 107-108.

na opinião de outros, fazê-lo seria sensato, ou até correcto. Estas são boas razões para a criticar, para debater com ela, para a persuadir, ou para a exortar, mas não para a forçar, ou para lhe causar algum mal caso ela aja de outro modo⁴⁹. Destaque posto.

Indo adiante, Mill afirmava que no âmbito da conduta individual que apenas diz respeito a si, “a sua independência é, por direito, absoluta”. “Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano⁵⁰.” A esfera da liberdade humana, para ele, abrangia: o domínio interior da consciência; a liberdade de gostos e objectivos; de se fazer o que quiser, sofrendo quaisquer consequências que daí resultem. Tudo isso sem obstrução por parte de nossos semelhantes, desde que não lhes cause dano, “mesmo que considerem a nossa conduta tola, perversa ou incorreta”⁵¹.

Outro aspecto que Mill lecionava é que nenhuma sociedade em que estas liberdades não sejam, de um modo geral, respeitadas, é livre, qualquer que seja a sua forma de conduta⁵².

E conclui acertadamente (ao menos até o presente estágio de evolução científico-tecnológico), que “cada qual é o justo guardião da sua própria saúde, tanto física, como mental e espiritual. As pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros”⁵³.

Outro filósofo responsável pela disseminação ‘dos ideais do liberalismo’ foi Voltaire, um defensor da liberdade como elemento fundamental para a ‘felicidade humana’ e considerava imprescindível a liberdade de expressão. Pregava a “igualdade de todos os homens perante a lei, com especial preocupa-

⁴⁹ Cfr. MILL, 2006, p. 40.

⁵⁰ Cfr. Mill, 2006, p. 40.

⁵¹ Idem, p. 43.

⁵² Ibidem, p. 44.

⁵³ Ibidem, p. 44.

ção com a justiça”⁵⁴.

Rousseau, em seu *O Contrato Social*, no âmbito da filosofia política ocidental, embora reconhecendo que “o sentido filosófico do termo liberdade” não constitui o objetivo principal de sua obra, desde há muito ensinava que “renunciar à própria liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, inclusive a seus deveres”⁵⁵.

A médica Elisabeth Kübler-Ross, M. D.⁵⁶, ao expor seus pontos de vista, (segundo ela própria) ‘pouco convencionais’, cita o fato de, após ter sofrido vários derrames, seus médicos lhe fazerem diversas advertências, incluindo “implorar para que deixasse de fumar, tomar café e comer chocolate”, respondeu que ainda se permitia esses ‘pequenos prazeres’, nos seguintes termos: “Por que não? É a minha vida. É como sempre tenho vivido. Se sou independente, aferrada à minhas opiniões e modos de ser, se estou um pouco fora dos padrões, e daí? É assim que sou”⁵⁷.

E nem se fale da diminuta importância da filosofia (na reflexão sobre a liberdade) porque, nas palavras de Jaspers, essa “está longe de ser impotente no que diz respeito ao indivíduo”. Ou seja, “ela constitui, muito ao contrário, a grande força que leva o homem a encontrar o caminho para a liberdade. Só ela possibilita a independência interior”⁵⁸. Além disso, quando procura responder ao que o homem realmente é aduz que: “as possibilidades do homem enquanto homem permanecem ocultas em sua liberdade. Não cessarão de manifestar-se pelas conseqüências dessa liberdade. Enquanto existirem os homens serão seres empenhados na conquista de si mesmos”⁵⁹.

Também não se deve olvidar que o conceito de liberdade

⁵⁴ Cfr. CASTILHO, 2012, p. 92-93.

⁵⁵ Cfr. ROSSEAU, 2006, p. 17 e 29.

⁵⁶ Cfr. KÜBLER-ROSS, 1998, p. 16.

⁵⁷ Cfr. KÜBLER-ROSS, 1998, p. 16.

⁵⁸ Cfr. JASPERS, 2011, p.161.

⁵⁹ Idem, p. 60-61.

se liga ao de poder e autoridade, bem como ao de autonomia privada, mesclando vários ramos do direito, incluindo o civil.

Desse modo, na era das codificações “(...) a liberdade era ‘absoluta’; as restrições a ela tinham unicamente o condão de proteger as demais liberdades (dos particulares) (...)”, mas no quadro contemporâneo “(...) as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos (...)”, com ênfase nas normas protetoras da dignidade da pessoa humana e em sintonia com o interesse social⁶⁰.

Amaral Neto estabelece os pressupostos conceituais, o papel da vontade na nomogênese jurídica, discorrendo sobre vontade, liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada, nos campos da psicologia, filosofia, ética e (principalmente) do direito. Destaca que: “a possibilidade, faculdade, que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade chama-se liberdade que, no Direito, tem grande importância pelos limites que se põem à sua atuação (sendo um conceito plurívoco, de extrema complexidade, a liberdade pode apreciar-se sob diversos ângulos, como liberdade natural, como liberdade social ou política, como liberdade pessoal e como liberdade jurídica, que é a que nos interessa)”. Em seguida, define a última como sendo a “possibilidade da pessoa atuar com transcendência jurídica”. No Direito Privado é comumente chamada de autonomia⁶¹.

Mais adiante, estabelece que as consequências imediatas da autonomia privada são “em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica”⁶². Assim, esse fato repercute também na atuação livre dos empresários agirem, em seus estabelecimentos, como bem lhes aprouver.

Um ponto importante, que deve restar claro ao leitor, é

⁶⁰ Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin, 2009, p. 104-107.

⁶¹ Cfr. AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *In: A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem jurídica*, 2010, p. 122-123.

⁶² *Idem*, p. 134-135.

que os posicionamentos ressaltados são pertinentes ao atual estágio da técnica científica e jurídica.

Não se desconhece o fato (e merece um breve registro) da crescente expansão de disciplinas, como a psicologia evolucionista⁶³, a nova genética comportamental⁶⁴, a sociobiologia, bem como as novas ferramentas disponíveis (e em desenvolvimento) no campo da (s) neurociência(s)⁶⁵, como “a tomografia

⁶³ Cfr. ZIMMERMANN, Egberto, 2011, p. 151-152. Ao tratar da psicologia evolucionista, afirma que: “(...) ela é o resultado da conjugação de várias esferas do conhecimento, em especial a moderna biologia evolucionista, as ciência cognitivas, a paleoantropologia e o estudo comparado do comportamento animal. Importante frisar que o darwinismo moderno se diferencia daquele professado em fins do século XIX, pois admite inteiramente o mecanismo da seleção natural em toda a sua impessoalidade e ausência de qualquer finalidade, o que levou estudiosos a aprofundar as pesquisas e a desenvolver conceitos apropriados. Além disso, deve ficar claro que a psicologia evolucionista entende que a mente é também um produto da evolução, e é composta por diversos módulos de processamento especializado. (...) Percebe-se, portanto, que a psicologia evolucionista apresenta um grande potencial explicativo dos fenômenos psíquicos e até mesmo sociais e culturais (...)”. Portanto, em sendo assim, quiçá, no futuro poderá explicar (ou tentar explicar) as causas do tabagismo por métodos mais sofisticados. Nesse sentido, contribuirá para a diminuição do preconceito e do entendimento do livre-arbítrio.

⁶⁴ Idem, p. 116-117. “(...) Alguns conceitos trazidos pela nova genética são amplamente utilizados nas novas pesquisas, como é o caso de hereditariedade (variância fenótipa dentro de uma população que pode ser atribuída à influência de genes, e não do ambiente), ou o polimorfismo (diferentes ‘formas’ e ‘tamanhos’ de um determinado gene e a epigenética. (...) Um exemplo desses estudos trata do polimorfismo do gene MAOA, em que os indivíduos com versão mais curta do gene e que tiveram histórico de maus tratos na infância teriam uma predisposição maior para a violência (...)”. Ora, se assim é, porque um indivíduo não poderia também ter maior predisposição para o tabagismo? E se assim for, não estaria sendo violado em sua dignidade como ser humano?

⁶⁵ Cfr. FERNANDES Atahualpa; FERNANDES, Marly, 2008, p. 32. Veja-se como descrevem a neurociência: “(...) é a área de conhecimento que permite uma aproximação ao conhecimento de como se hão construído e que circuitos neuronais estão involucrados e participam na elaboração das

de emissão positrônica, a ressonância magnética funcional, a eletroencefalografia e a magnetoencefalografia”⁶⁶. Em futuro não distante podem provocar uma revolução nos conceitos de livre-arbítrio⁶⁷ e responsabilidade pessoal, a depender da forma como venham a se desenvolver e a interagir com a ciência jurídica. Dissertando sobre a era das incertezas, de instabilidades e dos novos paradigmas da chamada pós-modernidade, Maria Celina Bodin de Moraes descreve:

(...) a impossibilidade de dominar os efeitos da tecnologia, em suas mais amplas dimensões espaço-temporais. A ciência baseia-se no princípio do possível/impossível, sendo ela incapaz de limitar-se a si mesma. As novas questões, postas pelas manipulações genéticas, pela reprodução assistida, pela energia nuclear, pelas agressões ao meio ambiente, pelo desenvolvimento da cibernética, configuram ‘situações problema’ cujos limites não poderão ser decididos internamente, estabelecidos pelos próprios biólogos, físicos ou médicos, mas deverão ser resultantes de escolhas ético-político-jurídicas da sociedade (...) ⁶⁸.

decisões que toma o ser humano, a memória, a emoção e o sentimento, e até mesmo os juízos e os pensamentos envolvidos nas condutas éticas (...)”.

⁶⁶ Cfr. FERNANDES Atahualpa; FERNANDES, Marly, 2008, p. 31.

⁶⁷ Idem, p. 73. Confira-se: “(...) Ante as novas perspectivas que se abrem com a neurociência do século XXI, muita gente começou a se preocupar com as velhas questões do livre-arbítrio e da responsabilidade pessoal. A lógica é a seguinte: o cérebro determina a mente e é uma entidade física, sujeita a todas as regras do mundo físico. O mundo físico está determinado, de modo que o cérebro também o está. Se o cérebro está determinado, e é o órgão necessário e suficiente para desenvolver a mente, colocam-se as seguintes questões: estão determinados também os pensamentos que surgem da mente? O livre-arbítrio que acreditamos ter é somente uma ilusão? E, se é uma ilusão, devemos revisar os conceitos relativos à responsabilidade pessoal nas ações?”

⁶⁸ Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin de, 2009, p. 60-61.

Porém, para o momento, prosseguir-se-á na linha dos entendimentos já consolidados pelas ciências jurídica, interligadas e afins.

3.3. DA SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Típico direito prestacional de segunda ‘geração’, a saúde encontra-se positivada nos arts. 6^o⁶⁹, 196⁷⁰ e seguintes da CR/88, como direito de todos e dever do Estado. Cabe destacar, no que diz respeito ao tema, que o art. 200, VIII, institui o SUS (Sistema Único de Saúde) e estabelece, além de outras atribuições, nos termos da lei “(...) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (...)”.

É tratada pela doutrina nacional⁷¹ como direito fundamental social, o que revela a preocupação do País com a problemática relativa à saúde física e mental dos brasileiros. Às vezes é mencionado que decorre de consequência imediata da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, garantido mediante políticas sociais.

Nas palavras de Marmelstein, os direitos sociais são “(...) à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm *status* de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao prin-

⁶⁹ Cfr. o texto: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (...)”.

⁷⁰ Cfr. o texto: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁷¹ Cfr. alguns autores que consideram a saúde como direito fundamental: MORAES, Alexandre, 2011, p.1891-1892; MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1549; NOVELINO, Marcelo, 2012, p. 1052-1053; LENZA, Pedro, 2010, p.838-839.

cípio da dignidade da pessoa humana) (...)”⁷².

E prossegue na discussão que gira em torno da possibilidade da efetivação desses direitos sociais (incluindo a saúde) pelo Judiciário, por gerarem direitos subjetivos para seus titulares, considerando que no Brasil tanto os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, por serem considerados direitos fundamentais, estão protegidos pelos meios processuais disponíveis, ao contrário do que ocorre:

Em alguns países, como Espanha e Portugal, existe, por escolha do próprio constituinte, uma distinção bem nítida entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, sendo que apenas aos primeiros foi conferido um tratamento processual privilegiado. Daí por que para muitos juristas portugueses e espanhóis os direitos sociais, previstos nas constituições dos respectivos países, não são considerados como direitos fundamentais⁷³.

Costuma-se declinar no Brasil que “(...) o direito à saúde se origina e é decorrência lógica do direito à vida (...)”, e que “(...) possui duas vertentes, uma negativa e uma positiva, ou seja, uma vertente (negativa) consistente no direito de exigir do Estado e de terceiros que se abstenham da prática de ato que prejudique a saúde, e outra (positiva) consistente no direito às medidas e prestações pelo Estado (...)”. Logo, “(...) a saúde é um direito universal, pois é direito de toda e qualquer pessoa, independentemente de qualquer contribuição (...)”⁷⁴.

Nessa linha, a Constituição impõe uma atuação dinâmica do Estado por meio de políticas públicas a financiar, efetivar, organizar e prestar assistência igualitária aos que dela venha necessitar.

Ademais, pelo princípio da universalidade no atendi-

⁷² Cfr. MARMELSTEIN, 2011, p. 203.

⁷³ Idem, p. 203-205.

⁷⁴ Cfr. VARGAS, Denise, 2010, p. 683-684.

to e da solidariedade, esse comando normativo, não só exigiu a participação de todos, como também provoca enormes desafios para o Governo.

Tanto é assim que a legislação infraconstitucional disciplinadora da saúde é vasta, cabendo destacar as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, referentes ao SUS.

No campo jurisprudencial, os Tribunais são praticamente unânimes em considerar a saúde como direito fundamental⁷⁵.

Além do mais, nos últimos anos, o país vem intensificando suas políticas de saúde, por meio de programas sociais diversos, em que pese frequentemente se noticiar a situação caótica em que se encontra.

A filiação do Brasil à Convenção-Quadro sobre o Consumo do Tabaco faz parte dessa política pública de saúde objetivando a melhoria da qualidade de vida dos brasileiros.

Contudo, há que se ter cuidado com os limites desta atuação estatal, porque, embora se trate de um direito fundamental, em casos concretos, o Legislativo, a Administração e o Judiciário podem resvalar em outros direitos fundamentais dos cida-

⁷⁵ Confira-se: “Ementa: Ação Civil Pública. Saúde. Direito fundamental. Fornecimento de medicamento. Necessidade comprovada. Prioridade da Administração Pública. Apreciação pelo Poder Judiciário. Possibilidade. - O direito à saúde engloba toda uma trama de direitos fundamentais cuja proteção é priorizada pela Carta Magna de 1988, não sendo razoável preterir o administrado de seu pleno gozo sob qualquer argumento. (...)”. (TJMG. Agravo de Instrumento Cv. Processo n. 1.0216.11.001259-0/001. Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes. Data de Julgamento: 23/08/2012. Data da publicação da súmula: 05/09/2012). Grifo nosso. “INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA. TRATAMENTO CONTRA DROGADIÇÃO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. BLOQUEIO DE VALORES. A condenação do Poder Público para que forneça tratamento médico ou medicamento encontra respaldo na Constituição da República, em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada ao direito fundamental à saúde. (...)”. (TJRS. Processo n. 70049147010 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 28/05/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/05/2012). Grifo nosso.

dãos, a exemplo da liberdade, igualdade e, porque não, até mesmo da própria vida digna, admitindo-se que não há direitos absolutos.

Na ponderação concreta, podem surgir casos enigmáticos, a exemplo da liberdade da transfusão de sangue para os adeptos da Religião *Testemunhas de Jeová*, aborto em casos de riscos de morte, e a própria discussão acerca da morte digna em caso de pacientes portadores de doenças terminais irreversíveis.

Logo, não podemos partir do pressuposto de que tanto nas legislações adotadas pelo ordenamento quanto na resolução de casos concretos pelo Judiciário, em todas as situações, preponderará sempre a vida, a liberdade, a igualdade ou mesmo a saúde, pois tudo depende do contexto em que surgem as tensões e conflitos de direitos e/ou princípios fundamentais.

Há que se levar em consideração que os direitos fundamentais não são estanques e podem, diante do contexto histórico, técnico e científico sofrer mutações, de modo que o que hoje se considera prejudicial à saúde amanhã poderá não mais sê-lo (ou não sê-lo com a mesma forma e intensidade). Tanto é assim que, com frequência, somos surpreendidos pela alteração de hábitos relativos à saúde, alimentos e bebidas decorrentes de novas descobertas da ciência. Então, temos de atuar de maneira mais prudente e racional, para não vilipendiar direitos fundamentais, em determinado contexto histórico, e posteriormente descobriremos que fomos injustos.

Isso pode gerar consequências (práticas e jurídicas) irreparáveis, tanto para o cidadão quanto para a democracia, devido às práticas discriminatórias e corrosivas ao sistema democrático, principalmente quando envolvidas minorias.

Essa situação não é incomum. Basta verificar o discurso hodierno sobre a compensação de cotas em universidades, direitos das mulheres e outros temas em que o Estado e a sociedade foram injustos no passado e se busca, na atualidade, compensações questionáveis.

Ou seja, devemos estar atentos para desenvolver um equilíbrio entre as “ditaduras da maioria e da minoria”, conciliando interesses, harmonizando a sociedade.

4. LIBERDADE DE FUMAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Parece correto ponderar que existe liberdade ou direito ‘comum’ (ordinário) de fumar no País, uma vez que o consumo do tabaco não é proibido de acordo com a CR/88, com a legislação infraconstitucional e, até mesmo, pela jurisprudência já destacada. Sempre foi permitido, e até mesmo incentivado, pelo governo em outras épocas. É regulado pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Não sendo tipificado como crime, nem vedado o uso pelo ordenamento jurídico, é uma droga lícita.

Portanto, inegável a existência desse direito ordinário, até por questões consuetudinárias peculiares do Brasil, advindas dos tempos de sua colonização, mostrando-se aqui a sua importante dimensão histórico-cultural (tópico 2), inclusive no campo político-econômico e mercantilista da colônia. Serviu de base ao longo dos séculos XVII e XVIII para o incremento da renda dos agricultores e de ricos negociantes na Bahia que posteriormente investiram seus capitais na indústria brasileira. Esse comércio primordial de fumo no período colonial, segundo Nardi, ‘indiretamente’ forneceu todos os ingredientes para formação da cultura negra no Brasil, quais sejam: população, religião, cozinha, música etc. Além disso, no Brasil colônia o fumo foi um “gênero de grande valor econômico”⁷⁶.

Ao se fazer um breve adendo no direito comparado, também se extrai a existência do ‘direito ordinário de fumar’. Mario Frota, apesar de seus questionamentos, acaba por assinalá-

⁷⁶ Cfr. NARDI, 1987, p. 72-73.

lo quando afirma que: “(...) a Resolução de 18.07.1989, de modo imperativo, busca ‘garantir que, fora dos espaços reservados aos não-fumadores, em caso de conflito, o direito à saúde do não-fumador prevaleça sobre o direito do fumador a fumar (...)’”⁷⁷. Destaque nossos.

Ora, concorda-se sobre a existência do direito do fumador a fumar (como direito ordinário) no interior dos espaços reservados e que prevaleça (como regra geral) nesses ambientes. Todavia, fora dos espaços reservados, o direito à saúde pode ou não prevalecer sobre o direito do fumador a fumar, mediante a análise de cada caso concreto.

A questão que se coloca é se esse direito é ou não um ‘direito fundamental’, sob a ótica do Direito Constitucional Brasileiro, sem se despregar de uma breve análise do tema sob o ponto de vista do Direito Português.

Nessa linha, para que não reste dúvida semântica, importante ressaltar (mesmo que de passagem) a diferença terminológica entre ‘direitos fundamentais’, ‘direitos humanos’ e ‘direitos dos homens’.

Embora existam diversos critérios para a distinção, será utilizado no decurso desta exposição a diferenciação calcada na ‘positivação dos direitos’. Ou seja, os ‘direitos dos homens’ são aqueles não positivados ou ‘ainda não positivados’ no ordenamento jurídico, como um todo, ligando-se ao jusnaturalismo (direitos naturais) e à pré-história dos direitos. Os denominados ‘direitos humanos’ são aqueles consagrados no ordenamento jurídico internacional (declarações e tratados). Por sua vez, os ‘direitos fundamentais’ seriam os positivados e reconhecidos por um determinado ordenamento jurídico interno. Nascem, desenvolvem-se e perduram enquanto a Constituição de um país encontra-se em vigor.

Sob esse enfoque (mais didático), utilizaremos, preferencialmente, a expressão ‘direitos fundamentais’ no desenrolar do

⁷⁷ Cfr. FROTA, Mário, p. 98.

presente trabalho, a não ser quando expressamente ressalvado no texto de citações.

Elaborado o recorte terminológico (e resguardadas as diferenças), conveniente socorrer-se, desde logo, da doutrina para buscar as ideias centrais, conceito (s), principais características e classificações dos ‘direitos fundamentais’.

4.1. CONCEITO(S) DE DIREITO (S) FUNDAMENTAL (IS) E ALGUMAS NOÇÕES RELEVANTES

A começar por um breve sobrevôo na doutrina portuguesa, Alexandrino sustenta que “um direito fundamental pode pois definir-se como uma situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos consagrada na Constituição”⁷⁸.

Quanto às ideias relevantes acerca dos direitos fundamentais a reter, invoca três: os direitos fundamentais visam a proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas; protegem as pessoas com relação ao Estado e, normalmente, essa proteção traduz-se no impedimento de ingerências dos poderes públicos. Para além dessa dimensão negativa, existem outros direitos fundamentais cujo pressuposto é uma ‘ação positiva’ do Estado como seria o caso do direito de habitação previsto no artigo 65º da Constituição de Portugal⁷⁹.

Por direitos fundamentais, entende Jorge Miranda que seriam “os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição Formal, seja na Constituição Material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”⁸⁰.

Canotilho⁸¹ assevera que os direitos fundamentais são:

⁷⁸ Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 23.

⁷⁹ Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 23.

⁸⁰ Cfr. MIRANDA, 2012, p. 9.

⁸¹ Cfr. CANOTILHO, 2003, p. 393.

“os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. Estabelece, também, um relevante paralelo entre esses direitos e o princípio democrático⁸².

Marlmestein conceitua os direitos fundamentais como “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”⁸³.

Jorge Reis Novais, indo além, estabelece o sentido e alcance dos direitos fundamentais em Estado de Direito Democrático como “trunfos contra a maioria”, natureza “prenhe de conseqüências jurídicas de ordem prática”, especialmente quando envolvem posições minoritárias. Daí se extrai que:

São precisamente as posições minoritárias, as posições de um indivíduo isolado ou acompanhado de outros que como ele se sentem discriminados, que estão sujeitos à pressão, muitas das vezes avassaladora e tendencialmente abusiva, por parte da maioria, que têm necessidade de se socorrer da protecção e das garantias do Estado de Direito. Essa

⁸² Cfr. a visão do autor sobre os direitos fundamentais como “um elemento básico para a realização do princípio democrático”. A propósito, sobre essa função democrática discorre que “(...) o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de todos os cidadãos (arts. 48º e 109º) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por. ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural (art. 2º). Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático (...)” (CANOTILHO, 2003, p. 290).

⁸³ Cfr. MARLMESTEIN, 2012, p. 20.

ajuda é tão mais necessária quanto mais a posição que sustentam é impopular ou gera sentimentos de rejeição mais fortes. Pois é aí que se revela a natureza e a força do Estado de Direito e das suas instituições: o Estado de Direito, os direitos fundamentais, vêm em auxílio da posição mais débil, mais impopular ou mais ameaçada, não para fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao indivíduo ou à minoria isolada o mesmo direito que têm todos a escolher livre e autonomamente os seus planos de vida, a expor e divulgar as suas posições junto dos concidadãos, a ter as mesmas possibilidades e oportunidades que quaisquer outros para apresentar e defender as suas concepções, opiniões ou projectos, isto é, a competir com armas iguais no livre mercado das ideias. Sem Estado de Direito, a minoria seria inevitavelmente discriminada e as concepções minoritárias suprimidas ou perseguidas, mas, no final, e como a História exuberantemente demonstra, isso ocorreria não apenas, e só isso seria decisivo, em violação do princípio da dignidade da pessoa humana que funda as nossas comunidades políticas, mas também em prejuízo do progresso moral, científico, político ou artístico da sociedade no seu conjunto”⁸⁴.

Justamente no prisma dessa lição é que se pode visualizar como a liberdade de fumar, apesar de impopular e em franco declínio estatístico na sociedade brasileira, deve ser compreendida em um Estado de Direito.

Entre nós, o posicionamento da doutrina é semelhante, não raro ligado a aspectos da limitação do poder, proteção da dignidade humana, institucionalização democrática e constitucionalização.

⁸⁴ Cfr. NOVAIS, 2006, p. 35-36.

4.2. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As características básicas dos direitos fundamentais, para Alexandrino, consistem no fato de que são necessariamente: situações jurídicas fundamentais (direitos que desenham respostas a necessidades fundamentais e constantes do ser humano, relativas às esferas da existência, da autonomia e do poder); universais (direitos de todas as pessoas); permanentes (apenas se extinguindo pela morte do titular ou decisão de valor do constituinte); pessoais (estritamente ligados à pessoa, à sua vida e personalidade, sendo dela inseparáveis); não patrimoniais e indisponíveis (inalienáveis vinculando o Estado e o próprio titular). Leciona que essas características são comuns quer aos direitos fundamentais de liberdade, quer aos sociais⁸⁵.

A questão das características desses direitos é espinhosa, mesmo porque “o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”⁸⁶. Nesse sentido, poder-se-ia afirmar, como visto, que o fumo sempre esteve presente, e de forma relevante, na cultura e história do país.

Mendes *et alli*, indicam algumas características mais frequentes, quais sejam: 1- Direitos universais e absolutos (o que deve ser visto com reservas porque nem a simples condição de ser humano é condição suficiente para a titularidade de toda e qualquer pessoa, a exemplo do que ocorre com o interesse apenas de certos indivíduos, como a classe dos trabalhadores, nem é mais pacífico que os direitos fundamentais são absolutos. Ao contrário, podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores da ordem constitucional, inclusive outros direitos fun-

⁸⁵ Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 24.

⁸⁶ Cfr. MENDES *et al*, 2010, p. 315.

damentais); 2- Historicidade (revelando a índole evolutiva – e não necessariamente uniforme - dos direitos fundamentais impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos, afirmando-se gradualmente); 3- Inalienabilidade/indisponibilidade (não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercido para si mesmo, física ou juridicamente – proibindo-se atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra-e-venda, doação -, quer material – destruição material do bem. Contudo, uma vez que se funda na dignidade, nem todos os direitos fundamentais possuem tal característica, mas apenas os que visam a resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis, como o resguardo da vida biológica e a liberdade de tomar decisões sem coerção externa); 4- Constitucionalização (fato de estarem consagrados em preceitos de ordem jurídica, positivados em uma ordem jurídica particular, inscritos em diplomas normativos de cada Estado); 5- Vinculação dos Poderes Públicos (direitos fundamentais positivados que se tornam parâmetros de organização e limitação dos poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem) e 6- Aplicabilidade imediata (assim como na Alemanha (art. 1º, n. 3)⁸⁷, Espanha (art. 53)⁸⁸ e Portugal (art. 18)⁸⁹, o Brasil (art. 5, §

⁸⁷ Cfr. a Constituição da República Federal Alemanha: “Artigo 1º (1) 1 A dignidade do homem é intocável. 2 Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal. (2) Por isso o povo alemão declara-se partidário de direitos humanos invulneráveis e inalienáveis enquanto base de qualquer comunidade humana, pacífica e de justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais seguintes conglomeram o poder legislativo, o executivo e o judicial enquanto direito directamente válido”.

⁸⁸ Cfr. a Constituição da Espanha: “Artículo 53 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquiera

1º)⁹⁰ filiou-se à tendência de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, tornando-os normas de carácter preceptivo, com função de matriz para outras normas - e também de reguladoras de relações jurídicas, devendo ser aplicadas diretamente pelos juízes para resolver os casos sob a sua apreciação, pela via interpretativa – quando possível, mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles)⁹¹.

Dentro das classificações propostas por Alexandrino, no direito Português, a que se enquadra melhor ao tema é a que atende ao critério da fonte, na qual se afirma que os direitos fundamentais podem ter “assento na Constituição (direitos fundamentais em sentido formal) ou fora da Constituição (direitos fundamentais em sentido apenas material)”⁹².

ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

⁸⁹ Cfr. a Constituição da República Portuguesa: “Artigo 18.º Força jurídica
1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

⁹⁰ Cfr. o texto: “Art. 5º (,,,) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (...)”.

⁹¹ MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 315-330.

⁹² ALEXANDRINO, 2011, p. 29.

4.3. A LIBERDADE DE FUMAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

A despeito da inexistência de uma cláusula fechada no catálogo constitucional prevendo ‘é garantido o direito de fumar’, inegável que a CR/88, desde o seu preâmbulo, fez inserir a liberdade em sentido amplo como um dos valores supremos do Estado e um dos pilares ‘de uma sociedade fraterna’, para, em seguida, consagrá-la no rol dos direitos fundamentais de liberdade (art. 5º, *caput* da CR/88⁹³). Portanto, na lógica de sua inviolabilidade, pressupõe o seu reconhecimento como valor moral a ser protegido⁹⁴.

Segundo Tércio Sampaio, como valor, a liberdade “integra a personalidade enquanto seu contorno essencial” em seus sentidos positivos (de criatividade, de expansão do próprio ser da pessoa) e negativo (de não ser impedido, no que se refere à autodeterminação do homem, à possibilidade de ser diverso e de não se submeter à vontade dos outros)⁹⁵.

Ou seja, a liberdade geral envolve a autonomia e autodeterminação da pessoa enquanto cidadão que vive em uma sociedade democrática e pluralista, não podendo ser eliminados esses atributos, mas apenas restringidos em situações excepcionais por outro direito fundamental de maior peso.

Quiçá, futuramente, a autodeterminação dos comportamentos humanos possa vir a ser analisada e repensada (dentro de uma ótica complexa e interdisciplinar) na interface com outras ciências (como a psiquiatria, a psicologia evolutiva e a(s) neurociência(s)) e o direito, levando-se em conta pontuais de-

⁹³ Cfr. o texto: “(...) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”

⁹⁴ Cfr. FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 195.

⁹⁵ Idem, p. 195.

seqüilíbrios ou patologias⁹⁶.

Entretanto, juridicamente (e no momento), os direitos fundamentais são vagos e imprecisos, formulados de maneira genérica, de modo que tudo que não for proibido expressa ou implicitamente por outra norma fundamental ou por lei ordinária (com a devida fundamentação) inclui-se no âmbito da liberdade em sentido amplo.

O indivíduo (inexistindo restrição constitucionalmente fundamentada) pode escolher beber ou não beber, eleger o alimento que lhe aprouver; o empresário pode optar entre vender e não vender determinados produtos, para certas pessoas, em determinados lugares. E o cidadão (porque não) pode optar, dentro de sua margem de escolha, entre fumar e não fumar, mesmo que isso vá de encontro à sua saúde e vontade(s) alheia(s).

O Estado deve evitar interferir nessas questões, sob pena de se tornar totalitário e violador das liberdades individuais (leia-se: direitos fundamentais). Deve preponderar, nesses casos, a vontade privada em detrimento da opressão pública, principalmente porque envolve minorias que potencialmente não afetam outros direitos fundamentais alheios dos não fumantes (principalmente nos espaços reservados).

De se ressaltar que o caráter fluido dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, e os problemas daí emergentes (identificar, com segurança, o que é matéria essen-

⁹⁶ Cfr. o posicionamento de um neurocientista ao tratar da mudança do comportamento humano: “A lição é clara: uma leve mudança no equilíbrio da química do cérebro pode causar grandes mudanças no comportamento. O comportamento do paciente não pode ser isolado da biologia. Se preferimos acreditar que as pessoas têm livre-arbítrio com relação a seu comportamento (por exemplo, “eu não jogo porque tenho força de vontade”), casos como o de Alex e a pedofilia, os cleptomaníacos frontotemporais e os pacientes de Parkinson apostadores podem nos estimular a examinar nossas opiniões com mais atenção. Talvez nem todos sejam igualmente “livres” para fazer escolhas socialmente corretas” (EAGLEMAN, 2012, p. 169).

cialmente constitucional), decorre da noção geral da doutrina sobre os conceitos de Constituição em sentido formal e em sentido material.

Em relação ao primeiro, a Constituição formal normalmente é entendida como o conjunto de normas inseridas no corpo da Constituição “independentemente de seu conteúdo referir-se ou não aos elementos básicos ou institucionais da organização política do Estado”⁹⁷.

No sentido material restrito, para Vargas (mencionando Silva) a Constituição “designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Neste caso, constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional. (SILVA, 2006, p. 41)”⁹⁸.

Pois bem. Essa visão sobre a existência de regras material e formalmente constitucionais, assim como Constituições Formais e Materiais é compartilhada por grande parte da doutrina brasileira⁹⁹.

Em verdade, essa corrente busca o que seria a essência da Constituição, a matéria própria de toda ordem constitucional, ou seu conteúdo essencial, embora reconheça a inexistência de critérios seguros e objetivos para esta identificação, e com validade absoluta, bem como confessa, em certa medida, que inexistem matérias constitucionais intocáveis, “cristalizadas por garantias de eternidade”, mas apenas conteúdos normativos de maior significação jurídico-política, que necessitam ser amadurecidos, diante do seu especial relevo, antes de quaisquer mudanças.

⁹⁷ Cfr. VARGAS, 2010, p. 59.

⁹⁸ Idem, p. 59.

⁹⁹ Cfr. Alexandre de Moraes (2011, p. 18), Inocêncio Mártires Coelho em obra coletiva com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 62 e p. 90/93), Pedro Lenza (2010, p. 65/67) e Marcelo Novelino (2012, p. 94/95).

Além do mais, ainda que não se considerasse o direito fundamental de fumar apenas sob estes prismas, a norma constitucional estipula que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios dela decorrentes (art. 5º, parágrafo 2º, da CR/88).

É sobre esse dispositivo que passaremos a nos deter (de forma mais acurada), especialmente sob o ponto de vista doutrinário.

Sarlet sustenta que à Constituição brasileira e, extensivamente, aos direitos fundamentais, podem ser atribuídas três características: “seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”. Numa palavra: a Constituição brasileira é denominada analítica ao lado das Constituições de Portugal e da Índia, todas com elevado número de dispositivos legais¹⁰⁰.

Considera, *prima facie*, positiva, a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, levando-se em conta o aumento do elenco dos direitos protegidos de diversas dimensões, em sintonia com a Declaração Universal de 1948 e com os principais pactos internacionais sobre direitos humanos¹⁰¹.

Aduz que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (consagrado no art. 5º, § 2º, da CR/88) aponta para “a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos,

¹⁰⁰ Cfr. SARLET, 2009, p. 64. Prossegue dispendo que este cunho analítico faz com que o título II, da CR/88, contenha ao todo “sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional”, refletindo a importância desses direitos e revelando uma certa desconfiança no legislador infranstitucional, após um período precedente de 21 anos anteriores de regime ditatorial militar (p. 65-66).

¹⁰¹ Idem, p. 67.

implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição”.

Portanto, não há como identificar uma teoria (ideologia) de um sistema distinto e autônomo (independente) de direitos fundamentais, em relação ao restante do texto constitucional, “seja no que concerne aos princípios fundamentais (dos quais podem ser deduzidos direitos fundamentais não-escritos), seja no que concerne à parte organizacional, bem como em relação às ordens econômica e social, nas quais, aliás, se encontra sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo¹⁰², mas apenas uma autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra devido à sua abertura e flexibilidade.

Por sua vez, ao tratar do conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, Sarlet descreve minuciosamente o significado e alcance do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988¹⁰³.

Com base no entendimento subjacente ao art. 5º, § 2º, da CR/88, pode-se cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: “direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal) e direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional), devendo ser referida a respeitável doutrina que advoga a existência de uma terceira categoria, a dos direitos apenas formalmente fundamentais”¹⁰⁴.

Quanto à dificuldade em identificar, no texto constitucio-

¹⁰² Cfr. SARLET, 2009, p. 71-72.

¹⁰³ Idem, p. 78-79. A norma em questão revela o entendimento que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, “no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando do catálogo.” Assim, o rol do art. 5º, apesar de analítico, não é taxativo à semelhança, por exemplo, da “formulação na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1)”, dentre outras.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 80-81.

nal (ou fora dele), quais seriam os direitos que efetivamente reúnem as condições para poderem ser considerados materialmente fundamentais, Sarlet sustenta que a abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais engloba “os direitos individuais, considerados como tais e para os efeitos deste trabalho os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado”, os direitos sociais, bem como alguns outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional, nomeadamente “os insertos nos títulos ‘Da Ordem Econômica’ e ‘Da Ordem Social’”, todos incluídos na cláusula especial de abertura ou norma geral inclusiva do art. 5º, § 2º, da CR/88, constituindo-se este dispositivo como “a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”¹⁰⁵.

Já no que concerne à identificação do conteúdo do conceito material dos direitos fundamentais e aos critérios referenciais para a localização destes direitos (na Constituição e fora dela), verbera que este é um problema distinto e com reais dificuldades em face da relativa lacuna existente na doutrina quanto às propostas acerca deste tema¹⁰⁶.

Contudo, propõe alguns critérios orientadores¹⁰⁷ para

¹⁰⁵ Cfr. SARLET, 2009, p. 81-83.

¹⁰⁶ Idem, p. 84.

¹⁰⁷ Cfr. SARLET, 2009, p. 91. Os critérios referenciais para um conceito material dos direitos fundamentais seriam os seguintes: 1- equivalência (em seu conteúdo e dignidade) aos direitos fundamentais do catálogo, podendo-se falar então dos ‘direitos fundamentais análogos’ no direito pátrio a exemplo do ordenamento Português; 2- no que tange aos direitos fundamentais não-escritos (implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios) existem peculiaridades. Para o primeiro grupo (implícitos), por englobar posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas do catálogo, não há equiparação a fazer, uma vez que a própria norma já reconhece – ainda que não expressamente – o direito fundamental não escrito (implícito), nela subentendido. Trata-se de extrair do texto o que nele já está contido. Quanto aos direitos fundamentais fora do catálogo (escritos ou decorrentes do regi-

identificação da fundamentalidade material, considerando que a Constituição consagrou “a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do ‘catálogo’, bem como no regime e nos princípios fundamentais de nossa Lei Suprema”, com a ressalva “de que estes devem ser considerados em sentido amplo (direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias e os decorrentes do regime e dos princípios)”¹⁰⁸.

Sarlet aponta, ainda, as dificuldades de conceituação e definição do conteúdo, chegando ao ponto de afirmar que seu âmbito de proteção não parece “ser possível, a não ser mediante a devida análise no caso concreto”¹⁰⁹.

Ora, a opção de fumar, nesses termos, pode ser extraída como princípio implícito na liberdade geral, prevista no art. 5º, *caput*, da CR/88 ou, ainda, dos princípios decorrentes do regime adotados pela Constituição (arts. 1º ao 4º), em especial o princípio da dignidade da pessoa humana (com conteúdo ético, moral, normativo-positivo e *status* constitucional), interpretada como o direito à autodeterminação sobre assuntos que apenas lhe dizem respeito (ser fumante ou não), assim como a garantia

me e dos princípios – não escritos) aplica-se também o princípio diretivo da equiparação aos do rol elencado no Título II da Constituição, aplicando-se os critérios da importância (atentando-se para a efetiva correspondência com o sentido jurídico dominante, cuja avaliação dependerá, sem dúvida, da sensibilidade do intérprete) e do conteúdo (com forte dose de subjetividade, mas atento a um mínimo de clareza no concernente ao paradigma escolhido); 3- interpretação das expressões “regime” e “princípios”, contidas no art. 5º, § 2º, da CR/88 em sintonia com as disposições contidas no Título I, arts. 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais), onde também se encontram delineados os contornos básicos do Estado Social e democrático de Direito que identifica a nossa República, exegese que se impõe até mesmo em homenagem à especial dignidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional.

¹⁰⁸ Cfr. SARLET, 2009, p. 85.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 103-104.

de um espaço privativo (dentro de um local fechado – respeitados os direitos dos não fumantes), no âmbito do qual se encontraria resguardado contra ingerências externas desproporcionais da sociedade e do Estado.

O entrelaçamento entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais não se restringe à “tríade vida, liberdade e igualdade”, mas existem outros direitos fundamentais que podem ser diretamente reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, os objetivos fundamentais da construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I, da CR/88), com liberdade e igualdade reais.

Nessa esteira, o direito fundamental de fumar (individual e coletivo) enquadra-se, também na construção de uma sociedade livre e justa, sem interferências indevidas, por quem quer que seja, respeitados os direitos alheios dos não fumantes ou fumantes passivos.

Contudo, ao cuidar das possibilidades e limitações do conceito material de direitos fundamentais, propõe Sarlet a inexistência de problemas quanto à possibilidade de o próprio poder constituinte elevar determinadas posições jurídicas à categoria de direitos fundamentais¹¹⁰.

No que se refere à atividade jurídica, identifica evidentes limites na distribuição de competências inerentes ao Estado de Direito, principalmente quanto à não permissão do Judiciário substituir o legislador na sua precípua tarefa de criação do direito, embora reconheça a imprecisão entre a linha (tênue) divisória das atividades judicante e legislativa.

Propõe, então, que o Judiciário, para identificar e localizar direitos fundamentais situados fora do catálogo, primeiramente tem de identificar o que já existe, ainda que de forma implícita, “sem prejuízo de uma atividade criadora de cunho suplementar e ampliativo”. Enfim, entende que “a busca de direitos fundamentais situados fora do catálogo deve ater-se

¹¹⁰ Ibidem, p. 137-140.

preferencialmente à Constituição, iniciando-se pelos expressamente positivados (ainda que fora do catálogo), deixando os implícitos e decorrentes para um segundo momento, voltando-se, após, para as regras de direito internacional (especialmente tratados)”¹¹¹.

Quanto aos limites, Sarlet acredita que a decisão judicial que erige determinada posição à condição de direito fundamental “deve ser devidamente fundamentada, justificando a opção tomada e os critérios utilizados”¹¹².

Por sua vez, no que se refere à atuação do intérprete na identificação de direitos fundamentais não-escritos, mais especificamente, dos denominados direitos implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios estipula, com precisão que:

Na primeira hipótese, cuida-se de analisar se determinada posição jurídica, por subentendida em alguma norma expressa do catálogo constitucional, pode ser tida como abrangidas pelo seu âmbito de proteção, considerando-se assim implicitamente nele contida. Neste caso, conforme frisado alhures, há que ter em mente que a hipótese de se incluir certa posição no campo de abrangência de determinada norma de direito fundamental não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas, sim, à definição (ou redefinição) do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando o seu âmbito de proteção. Esta solução, salvo melhor juízo, se harmoniza com a sistemática adotada pela nossa Carta, além de não conflitar necessariamente com as limitações traçadas pelos princípios da separação de poderes e do Estado de Direito. (...) os direitos decorrentes do “regime” e dos “princípios” consagrados pela nossa

¹¹¹ Cfr. SARLET, 2009, p. 138.

¹¹² Idem, p. 139.

Constituição. Aqui, conforme demonstrado alhures, exercendo plenamente sua competência criativa, o intérprete atua na “construção jurisprudencial do direito”, revelando os direitos fundamentais que se encontram em estado latente em nossa Carta e que podem ser deduzidos diretamente do regime (democracia social) nela consagrado e dos princípios fundamentais que informam a ordem constitucional (arts. 1º a 4º).(…) Neste sentido, o art. 5º, § 2º, passaria a exercer função preponderantemente didática nesta seara, chamando a atenção do intérprete para esta *possibilidade de identificação de direitos implícitos e construção jurisprudencial de novos direitos não-escritos, além de autorizá-lo expressamente a tanto*.¹¹³ Destacamos.

De fato, no ordenamento jurídico brasileiro, existem outros direitos fundamentais implícitos e decorrentes.

Com efeito, poder-se-ia concluir que, em um primeiro momento, não se tem dúvidas de que dentre os direitos implícitos se pode perfeitamente extrair da liberdade geral, contida no art. 5º, *caput*, da CR/88, a liberdade de fumar como direito fundamental, mesmo porque esse direito encontra-se harmonizado com a sistemática da Constituição. Ora, não contradiz nenhum outro direito fundamental e está na linha interpretativa aberta, fluida, inclusive do art. 5º, § 2º, da CR/88.

Porém, ainda que venham críticas a essa interpretação, fato é que, poder-se-ia utilizar, também (em um segundo momento), da interpretação judicial consagrada na cláusula de abertura (art. 5º, § 2º, da CR/88), pertinente aos direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, exercendo-se uma competência criativa, porém sistematizada na construção do direito fundamental de fumar (em estado latente na Carta), e deduzido diretamente do princípio da

¹¹³ Ibidem, 2009, p. 139.

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), do objetivo de construção de uma sociedade livre (art. 3º, I, da CR/88), bem como da igualdade de consideração e respeito que deve preponderar no meio social.

Não se deve perder de vista o caráter consuetudinário da liberdade de fumar no País, tanto que sempre foi permitida pelo ordenamento como um todo.

Nesse prisma, os direitos fundamentais, “apesar de consagrados de forma sistemática entre o art. 5º ao art. 17, não se restringem aos elencados no Título II”, pois “há diversos direitos fundamentais espalhados ao longo do texto constitucional, além de outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil”¹¹⁴.

Quanto ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ensina Novelino que este “valor constitucional supremo irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais”¹¹⁵.

A dignidade, como valor, não é conferida pelo ordenamento jurídico a ninguém, mas “tem a função de proteger este valor”, estando ligada à liberdade, de caráter negativo, por “exigir uma abstenção por parte do Estado e dos agentes privados, impedidos de praticar uma conduta violadora da dignidade do ser humano”¹¹⁶. Desta forma:

o reconhecimento de certos direitos fundamentais é uma manifestação necessária da primazia da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico da Constituição. É certo, no entanto, nem todos os direitos fundamentais derivam da dignidade humana com a mesma intensidade: enquanto a vida, a li-

¹¹⁴ Cfr. NOVELINO, 2012, p. 465.

¹¹⁵ Idem, p. 379.

¹¹⁶ Cfr. NOVELINO, 2012, p. 381-382.

berdade e a igualdade decorrem de forma direta (derivação de 1º grau), outros são apenas derivações indiretas (derivação de 2º grau)¹¹⁷. Grifo posto.

Como o sistema e os direitos fundamentais constitucionais estão baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se claramente que, ainda que não se considere a liberdade geral positivada na Constituição como suficiente para dela extrair o direito fundamental, não há como se afastar da conclusão de que o seu fundamento emerge para todos, em uma sociedade democrática (onde também se consideram os direitos fundamentais das minorias), da dignidade da pessoa humana, pois se até mesmo criminosos possuem essa qualidade inata de autodeterminação (restringindo apenas a liberdade de ir e vir), quanto mais um fumante que deve ser tratado com igual consideração e respeito aos não fumantes, sob pena de afrontar por discriminação suas escolhas pessoais (outras formas de discriminação previstas como objetivos da República no art. 3º - e não se pode negar que para um fumante a liberdade de fumar lhe promove prazer), o que se encontra associado ao art. 5º, § 2º, da CR/88, porquanto a discriminação em todas as suas formas decorre do regime previsto na Constituição (art. 3º, IV, da CR/88). Portanto, igualmente poderá ser associada àquela norma de abertura do catálogo formal.

Até porque, nas várias classificações dos princípios, se verifica aquela que estabelece a divisão entre princípios sistêmicos e extrassistêmicos, conforme decorram ou não do sistema jurídico positivo. É nessa esteira que Novellino subdivide a primeira categoria (sistêmicos) em expressos quando contemplados textualmente no ordenamento “obtendo o seu fundamento de validade diretamente nas fontes formais” ou implícitos “quando apesar de não estarem expressos em nenhum texto normativo, podem ser deduzidos indiretamente de outras

¹¹⁷ Idem, p. 384.

normas, por meio de sucessivas abstrações”, descobrindo-os no ordenamento, “em que se encontram em estado de latência”¹¹⁸. Em suas palavras:

Por serem resultantes da interpretação de vários dispositivos, os princípios constitucionais implícitos representam a manifestação do espírito da Constituição, funcionando como seu denominador comum. A constituição brasileira de 1988 reconhece a existência e autoriza a aplicação de direitos e garantias não expressamente previstos, desde que compatíveis com os princípios e com o regime por ela adotados (CF, art. 5º, § 2º). Em seu texto, não é rara a identificação de princípios implícitos que, apesar de não estarem formulados linguisticamente, devem ser considerados como normas jurídicas”¹¹⁹.

Essa passagem reforça que foi adotado um sistema aberto de direitos fundamentais em nosso país¹²⁰.

Mais uma vez, encontra-se na doutrina portuguesa certa similitude na abertura do sistema de direitos fundamentais na Constituição de 1976, tanto que Alexandrino estabelece os diversos tipos de direitos fundamentais presentes no ordenamento daquele país: direitos fundamentais expressos na Constitui-

¹¹⁸ Cfr. NOVELINO, 2012, p. 116/117.

¹¹⁹ Idem, p. 116-117.

¹²⁰ Branco aduz, então, que “Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição” e a sua fundamentalidade decorre “da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário” (p. 348). Aliás, prossegue o autor afirmando que este entendimento não constitui novidade na tradição constitucional brasileira uma vez que já estava proclamada no § 36 do art. 153, da CR/1969, com o propósito de não excluir da enumeração dos direitos fundamentais outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa. Então, o legislador reformista pode criar novos direitos fundamentais, para ampliar o catálogo já existente (p. 301).

ção; direitos, liberdades e garantias; direitos econômicos, sociais e culturais; direitos fundamentais de natureza análoga; direitos fundamentais dispersos e direitos fundamentais extravagantes (ou extraconstitucionais)¹²¹.

Dentre eles, os que possuem alguma correspondência com o sistema pátrio e (guardadas as devidas proporções) revelam a abertura do sistema Português são: os direitos análogos e os extravagantes.

Os primeiros, dizem respeito aos direitos fundamentais não previstos nos artigos 24º a 57º, da CRP, mas por força de um critério jurídico de qualificação, tenham um objeto e mereçam um tratamento análogo aos dos direitos, liberdades e garantias. Ensina o doutrinador lusitano que, em princípio, são direitos consagrados na Constituição (direitos fundamentais de natureza análoga formalmente constitucionais), mas não está, no limite, excluída a possibilidade de serem direitos apenas materialmente constitucionais. Será, então, análogo “aquele direito cujo conteúdo possa ser extraído imediatamente por interpretação das normas constitucionais que o reconhecem”¹²².

Os segundos são aqueles recebidos pela cláusula aberta do art. 16º, nº 1 da CRP¹²³ e “sendo direitos apenas materialmente constitucionais, podem revestir ou não a qualidade de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”¹²⁴.

Ainda no sistema Português, para além da cláusula aberta, Alexandrino aponta outras modalidades: i) admissão de direitos fundamentais dispersos; ii) A compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos fundamentais formalmente constitucionais; iii) A possibilidade de descoberta

¹²¹ Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 32-33.

¹²² Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 52.

¹²³ Os direitos consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional (ALEXANDRINO, 2011, p. 53).

¹²⁴ Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 33.

jurisprudencial de direitos fundamentais junto de outras normas constitucionais (com apoio nas penunbras das normas de direitos fundamentais, no texto, na história e na estrutura da Constituição); iv) e, naturalmente, o próprio aditamento expresso de direitos fundamentais por revisão constitucional.

Por sua vez, Alexandrino faz importante indagação sobre o porquê do desprezo da norma de abertura considerada expressamente na Constituição. E responde que: “nos ordenamentos onde semelhante cláusula foi consagrada (Estados Unidos da América, Brasil, Venezuela, Canadá, Peru, etc.) a mesma tem sido alvo de um absoluto desprezo, desprezo que tem sido ainda mais gritante por parte dos órgãos a quem a norma primariamente se destinava: os tribunais”¹²⁵.

Nesse aspecto, por se tratar de norma de interpretação, essas regras/cláusulas de abertura, no Brasil, não vêm sendo utilizadas pelos tribunais, cumprindo suas funções simultaneamente proscritora (impedindo interpretação que queira negar esses direitos fundamentais) e prescritiva (uma vez que revelando um direito, ela constitui uma presunção a favor de seu valor como direito fundamental), na forma preconizada por Alexandrino¹²⁶.

No Direito Português, Alexandrino estipula que os direitos consagrados na Constituição (dentro ou fora do catálogo) só serão fundamentais se satisfizerem o critério da fundamentalidade material¹²⁷. E traça as linhas orientadoras para tanto¹²⁸.

¹²⁵ Idem, p. 55-56.

¹²⁶ Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 56.

¹²⁷ Idem, p. 57.

¹²⁸ Ibidem, p. 58-59: “i) Só pode ser fundamental aquele direito que descreva uma relação qualificada do homem e do Estado (numa dimensão *básica* da existência, da autonomia ou do poder das pessoas – por regra, individualmente consideradas); ii) Devido à necessária vinculação histórica, a fundamentalidade não pode ser entendida como uma grandeza fixa, mas antes situada e variável (existindo por isso distintos *graus de fundamentalidade*); iii) A noção de fundamentalidade tem necessariamente de descer ao esque-

Enfim, considerando o direito fundamental de fumar de acordo com os critérios de fundamentalidade propostos pelo Direito Português (aplicáveis ao Brasil com as devidas adequações), este descreve uma relação entre o Estado e a pessoa, numa dimensão básica da autonomia, pois é algo que pode ser pedido ao Estado, tanto na dimensão financeira (regulação e pagamento de tributos sobre o tabaco), e o Estado é que detém mecanismos para regulamentar o seu uso (como locais de consumo, quantidade de substâncias tóxicas contidas no produto por meio da ANVISA).

Nessa linha, a fundamentalidade pode ser extraída também da necessária vinculação histórica do direito de fumar (desde a colonização) adequada a uma grandeza situada e variável no tempo. Ademais, não resta dúvida de que o direito de fumar garante um interesse implicado na combinação do princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da liberdade. Essa fundamentalidade consiste na devida regulamentação do tema de modo a proporcionar igual dignidade de todas as pessoas (fumantes e não fumantes), harmonizando-se os interesses conflitantes, bem como a presença, na hipótese, da equivalência ao direito formalmente constitucional (liberdade), radicado na consciência jurídica coletiva como elemento fundamental do ordenamento brasileiro.

ma arquitectónico (à estrutura) da Constituição, razão pela qual, na CRP, só podem ter-se como fundamentais os direitos que garantam um bem, valor ou interesse implicado na combinação do princípio da dignidade da pessoa humana (ou do Estado de Direito) com os princípios da liberdade e da igualdade (ou da solidariedade); iv) Estando portanto referida à decisão de conjunto subjacente à Constituição e podendo essa essência, na Constituição Portuguesa, resumir-se pela ideia de <<igual dignidade>>, *a fundamentalidade tem de ser expressão da igual dignidade de todas as pessoas*; v) No caso dos direitos extraconstitucionais, esse critério pressupõe não só a equivalência de fundo relativamente aos direitos formalmente constitucionais como ainda a radicação comunitária (ou seja, pressupõe que se esteja perante um direito suficientemente radicado na consciência jurídica colectiva como elemento fundamental do ordenamento)”. Destacamos.

Aliás, no direito nacional, Mendes *et al*, ao tratarem da noção dos direitos fundamentais e da fundamentalidade material, ressaltam que o catálogo dos direitos vem se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico, dificultando uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles.

E terminam dizendo que os julgados do STF são sensíveis à identificação de normas de direito fundamental fora do catálogo, a partir da existência de um especial vínculo “que pode ser evidenciado de ordem histórica – do bem jurídico protegido com alguns dos valores essenciais ao resguardo da dignidade da pessoa humana enumerados no art. 5º da Carta (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade)”¹²⁹.

Nessa esteira se insere, uma vez mais, agora em âmbito judicial, a certeza de que a tese da liberdade fundamental de fumar encontra-se em clara sintonia com o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que decorre do entrelaçamento dos valores da dignidade e liberdade, todos previstos na CR/88.

E mais. Deve se levar em conta, em que pesem entendimentos contrários, o papel das fontes do direito constitucional nessa discussão, especialmente os costumes decorrentes da prática reiterada de certos atos caracterizados pela crença de que são necessários ou indispensáveis ao bem-estar individual, à autodeterminação pessoal e à convivência harmônica na coletividade. Mesmo que em desuso, um costume *secundum constitutionem* ou *praeter constitutionem* devem ser aplicados, respectivamente, na inexistência de norma constitucional escrita ou no caso de eventuais lacunas existentes no sistema, hipóteses que se amoldam ao caso do tabagismo brasileiro¹³⁰.

¹²⁹ Cfr. MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 311-315.

¹³⁰ Cfr. NOVELINO, 2012, p. 10: “O costume *secundum constitutionem* é aquele que está em consonância com uma norma da Constituição, contribuindo para sua maior efetividade. Pode ser considerado apenas como *fonte subsidiária*, pois, existindo norma constitucional escrita, esta é que deverá ser aplicada. O Costume *praeter constitutionem* (“além da Constituição”)

4.3.1. ARGUMENTAÇÃO ADICIONAL À TESE DA LIBERDADE DE FUMAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

O capítulo V da CR/88, que trata *Da Comunicação Social*, em seu art. 220, § 4º, estipula que a ‘propaganda comercial’ de tabaco estará sujeita a restrições legais e (sempre que necessário), conterà advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Isso nos demonstra que, se o legislador constituinte regulou na Constituição a propaganda de cigarros, de maneira expressa, concedeu aos cidadãos maiores e capazes a liberdade de fumar enquanto direito fundamental.

Tanto é verdade que, ao interpretar essa parte da CR/88, Moraes aduz que “o que se pretende proteger nesse novo capítulo é o meio pelo qual o *direito individual constitucionalmente garantido será difundido*, por intermédio dos meios de comunicação de massa”¹³¹. (destaque nosso).

Mais um argumento se soma aos anteriores.

Como ressaltado, a história e cultura do fumo no Brasil advém do período colonial.

Ora, o meio ambiente cultural é tutelado pela Constituição no art. 225, e de forma explícita pelos arts. 215 e 216, da CR/88, sendo que, segundo D’Isep: “Aquele (art. 215) ratifica o princípio da universalidade, uma vez que assegura a todos o pleno exercício dos direitos culturais, assim como dispõe sobre a proteção que o Poder Público deve exercer sobre o patri-

pode ser utilizado na interpretação das normas constitucionais ou na integração de eventuais lacunas, devendo ser reconhecido como fonte autônoma do direito constitucional”. Logo, mesmo que em desuso, estando em consonância com a liberdade, autodeterminação e dignidade, inexistindo norma constitucional proibitiva escrita (e diante da lacuna existente), a liberdade de fumar pode ser considerada também como fonte subsidiária ou autônoma no direito brasileiro.

¹³¹ Cfr. MORAES, 2011, p. 1963-1964.

mônio cultural; e este último (art. 216) traz em si o seu conceito”¹³².

Pois bem. Prossegue D’Isep, mencionando a definição de José Afonso da Silva, de patrimônio cultural como aquele “(...) integrado pelo patrimônio *histórico*, artístico (...)”. Argumenta que “(...) o bem cultural revela a história de um povo, sua cultura, hábitos, crenças, enfim, a sua identidade, nesta inseridos tanto os valores materiais como os imateriais (...)” e, por fim, conclui que: “(...) Protegê-lo significa, em primeiro plano, assegurar essa identidade e, ao fazê-lo, por via de consequência, estará garantindo o Estado Democrático de Direito, a própria República, uma vez que seus princípios fundamentais – cidadania e dignidade humana (art. 1º da CF/1988) – se manifestam também no bem cultural (...)”¹³³.

Então, verifica-se que o patrimônio histórico integra o cultural no bojo do qual se manifestam a cidadania e a dignidade. Também por esse ângulo, a proteção à liberdade de fumar (enquanto bem histórico e cultural) se manifesta na garantia de conservação do Estado Democrático, da República, da cidadania e da igual dignidade, premissas que se reportam ao dispositivo do art. 5º, § 2º, da CR/88 (direito implícito decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Por essas razões adicionais, a liberdade de fumar é um legítimo direito fundamental.

¹³² Cfr. D’ISEP, 2009, p. 81. Por oportuno, é bom dizer que o art. 215, da CR/88, possui o seguinte teor: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos *direitos culturais* (...)”. Em seu § 1º dispõe que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, *indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional*. Já o art. 216, da CR/88, define o patrimônio cultural brasileiro levando em conta “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira nos quais se incluem: I- (...) II – os modos de criar, fazer e viver; (...)”.

¹³³ Cfr. D’ISEP, 2009, Clarissa Ferreira Macedo. Direito Ambiental e Econômico e a ISO 14000, 2009. p. 81-83.

E um direito fundamental, em suas dimensões subjetiva e individual [seja porque extraído do direito de liberdade previsto no catálogo do art. 5º, da CR/88, seja porque decorrente do regime democrático e dos princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana (no sentido do direito de exigir dos órgãos públicos e da sociedade a sua observância)]; e objetiva (como direito de proteção do Estado às liberdades de escolha e propiciar meios para sua devida efetivação).

Quanto à discussão se é um direito fundamental forte ou fraco, essa é outra questão que, por si só, não serve de argumento para eliminar, *a priori*, a liberdade, em si, de fumar do tabagista, que apenas poderá ser restringida por uma justificacão jusfundamental mais forte do que ela. Não seria oportuno uma restrição abstrata (por não ser a sede apropriada, mas sim na análise de conflitos advindos de casos concretos), e desde que devidamente ponderados os bens e direitos fundamentais envolvidos, com justificativa adequada para eventual limitação e resolução dos conflitos porventura daí resultantes.

O que não se deve é eliminar, desde logo, *qualquer direito fundamental* (incluindo o de fumar), sob o argumento de ser mais frágil do que outros (como o da saúde, por exemplo), posto que consubstanciado na igualdade de consideração e respeito, e na liberdade de autodeterminação extraídas da cláusula de abertura, prevista constitucionalmente.

Em suma, o que nos cabe (nesse momento) é responder à indagação se a liberdade de fumar é ou não um direito fundamental. Respondida afirmativamente, o degrau seguinte é analisar, por meio da ponderação, a constitucionalidade da Lei restritiva aos espaços reservados. Conflitos com outros bens abstratos para justificar essa legislação não merecem apreciação aprofundada (em que pese não deixarmos de passar por algumas críticas previsíveis ou já formuladas à respeito), pois cada caso é único, não se podendo ter uma pré-compreensão de que esse direito fundamental (ou qualquer outro) sempre su-

cumbirá por ser mais ‘fraco’, em todas as situações, quando em conflito. Afinal, os direitos fundamentais (todos) não são absolutos.

Mas a argumentação não encerra aqui.

A regulamentação, o controle e a fiscalização de produtos e serviços que envolvam riscos à saúde pública são incumbências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. São bens e produtos submetidos ao seu controle e fiscalização: cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco.

As justificativas do Governo Federal para criar as agências reguladoras são decorrentes de exigências sociais e políticas. Em função disso, houve uma diluição do papel da administração pública como prestador exclusivo ou principal de serviços públicos e, simultaneamente, um processo, ainda em curso, de regular atividades produtivas de interesse público, mediante o estímulo à competição e à inovação, atuando (preferencialmente) no gerenciamento de recursos e na função de controle.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. É uma autarquia sob regime especial, ou seja, uma agência reguladora caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira. Sua gestão é responsabilidade de uma Diretoria Colegiada, composta por cinco membros.

Na estrutura da Administração Pública Federal, a ANVISA está vinculada ao Ministério da Saúde, sendo que este relacionamento é regulado por Contrato de Gestão.

A finalidade institucional da Agência é promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados¹³⁴.

Ora, se um órgão vinculado a um Ministério do Executivo, criado por lei, inserido no sistema administrativo da União, não proíbe o uso do tabaco, mas apenas o *controla*, quando poderia, em tese, *restringi-lo totalmente*, é porque o direito fundamental de fumar (implicitamente) decorre, também, da própria ação dos Poderes constituídos, cuja organização está prevista nos arts. 2º, 84, I, e 87/88, todos da CR/88.

Assim, relevante ponderar em face dessa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que a liberdade é princípio constitucional. E mais: princípio insculpido no art. 5º, *caput*, da CR/88, como parte do núcleo de nosso constitucionalismo.

Logo, num Estado de Direito, não é a atuação conforme a lei que se mostra preponderante (o que rebaixaria o Estado brasileiro a mero Estado de Legalidade). Ao contrário, no Estado de Direito, o que se objetiva é a proteção de todos os direitos fundamentais (expressos, implícitos e decorrentes), pelo viés da separação dos poderes.

Nessa ótica, os direitos fundamentais previstos na Constituição são aplicáveis a todos os Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), como normas jurídicas vinculativas. No caso do Judiciário, os magistrados só podem decidir casos concretos com base em uma fundamentação calcada na teoria dos direitos fundamentais das liberdades individuais (liberdade religiosa etc.) e nos direitos sociais (a exemplo dos direitos previdenciários, de moradia).

Na atual divisão das normas constitucionais entre regras e princípios observa-se o seguinte: nas primeiras, por se tratarem de normas claras e precisas (aplicação do ‘tudo ou nada’), em geral os casos são de simples resolução. Contudo, é quanto aos princípios (onde gravitam os direitos fundamentais) que se revelam as maiores dificuldades.

É que no conflito entre regras, ao se produzir a invalidez, uma delas é extirpada do ordenamento jurídico, enquanto no conflito entre princípios (por serem abertos) deve-se adotar critérios de resolução, como aqueles atinentes à hierarquia, temporalidade, especialidade, ética e valores morais. No conflito entre princípios (por permanecerem ambas as normas no ordenamento jurídico, pois nenhuma é excluída), outro critério empregado é o do peso ou importância, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Com efeito, em dadas situações, por exemplo, a ‘vida’ pode prevalecer, em outras não. Basta lembrar as questões da ortotanásia e dos cuidados paliativos (adotada em alguns países), o aborto, a pena de morte em casos de guerra declarada e o abate de aviões.

Dito assim, à partida, poderia se revelar de simples compreensão ambos os tipos de conflitos. Porém, a realidade nos mostra que não é sempre assim, porque em casos difíceis, como liberdades, vida, aborto, a sociedade se apresenta sempre dividida. E essa divisão, não raro, é transposta para o meio jurídico e político para que possa ser solucionada adequadamente.

Em determinadas circunstâncias, existe mesmo um conflito entre uma lei (em abstrato) e um direito fundamental (explícito ou implícito). Nessas, se o legislador comprime ou restringe um direito fundamental já não se pode dizer que aquele permanece como sendo um direito fundamental. Cabe aqui, então, a incidência do controle (concentrado ou difuso) de constitucionalidade das leis.

E é nessa última circunstância que se enquadra outro problema crucial do estudo: a constitucionalidade ou não de uma lei restritiva de direitos em face de princípios constitucionais fundamentais implícitos e/ou decorrentes, que nos revelam com clareza a existência de um autêntico “direito fundamental de fumar”.

Quanto a isso não resta dúvida. Porém, para aprofundar o

debate passa-se à análise de algumas objeções à tese.

4.4. OBJEÇÕES À TESE DA LIBERDADE DE FUMAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL¹³⁵

Algumas críticas e indagações que eventualmente podem surgir (e já surgiram) da constatação de que a liberdade de fumar se traduz em direito fundamental podem ser enumeradas: 1) a vida e saúde afetadas pelos malefícios do cigarro são incongruentes com a liberdade de fumar (pois sempre seriam prevalentes) e não podem ser compartilhadas com a liberdade dos não fumantes; 2) o direito de fumar não é um direito fundamental porque não responde a seguinte indagação: é essencial ao ser humano fumar?; 3) a fundamentação da liberdade de fumar enquanto fundamental é complexa; 4) e se o Estado brasileiro transformar o ato de fumar em crime, como resolver o problema? 5) inserir o direito fundamental de fumar na liberdade geral poderia vulgarizá-la; 6) surgimento de um paradoxo, pondo em xeque o dever de proteção do Estado de reduzir o risco à saúde, pois a permissão do fumo coloca em risco a saúde dos próprios fumantes; 7) geração de um conflito de princípios, pois obriga o empresário/comerciante a admitir local de fumantes, aumentando despesas; 8) como fica o direito fundamental à saúde dos funcionários que trabalham em bares e restaurantes ou em locais fechados (onde o tabaco fosse permitido); 9) talvez o melhor enquadramento fosse não como direito fundamental, mas sim como parte integrante da própria liberdade geral; 10) como resta o dever de proteção do Estado frente aos fumantes e a proteção da própria pessoa, sobre si, e sua saúde, também como direito fundamental?; 11) Crítica formu-

¹³⁵ A maioria das críticas apresentadas surgiu após a apresentação oral desse relatório aos demais mestrandos de Direito Constitucional, ano 2011-2013. Outras, da doutrina.

lada por Lenza¹³⁶, que o tabagismo é a principal causa de morte evitável e, o indiscutível dever do Estado (como um todo) de proteção da saúde e combate ao fumo, incluindo o fumante passivo.

4.5. CONTRA-OBJEÇÕES E CONCLUSÕES PARCIAIS

Inegável que o tema é polêmico. De qualquer sorte, passa-se a discorrer (uma a uma) sobre as objeções.

À primeira indagação, como se sabe, do ponto de vista jurídico, vida, saúde e liberdade não são incongruentes ou incompatíveis entre si, mesmo diante dos malefícios provocados pelo fumo. É que, conforme sustentado, na ponderação de direitos fundamentais (que não são absolutos) qualquer um deles pode prevalecer sobre os demais diante de uma situação concreta (e noutra não).

Para que se recobre, basta mencionar os casos da morte digna (já aceita em alguns países como Holanda e Argentina) e da ortotanásia (regulamentada no Brasil pelo CFM). A transfusão de sangue nos adeptos da Religião ‘Testemunhas de Jeová’, onde a liberdade religiosa de escolha dos pacientes terminais incuráveis ou plenamente curáveis (no último caso) prevalece sobre a vida e a saúde. Nessa linha, em caso de guerra declarada, a vida deixa de prevalecer nos termos do art. 5º, XLVII, a, da CR/88¹³⁷. Noutro viés, a saúde pública prevalece sobre a liberdade quando o proprietário é obrigado a franquear a entrada de agentes de saúde em sua residência para o combate à epidemias como a dengue, sob pena de multa.

Sobre a ortotanásia e cuidados paliativos, é digno de nota (apesar das intensas discussões travadas no país) que o CFM (Conselho Federal de Medicina), em 31/8/2012, considerando a

¹³⁶ Cfr. LENZA, 2010, p. 382.

¹³⁷ Cfr. o texto: “(...) Art. 5º (...) XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (...)”.

inexistência de regulamentação sobre ‘diretivas antecipadas de vontade do paciente – conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados - no contexto da ética médica brasileira’, a ‘alta relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente’, entre outros fatores, editou a Resolução CFM nº 1.995/2012¹³⁸, que regulamenta, acertadamente, que em casos de pacientes terminais (como regra geral) as diretivas do paciente prevalecerão sobre quaisquer outros desejos. Essa postura revela como a medicina evolui na consideração de uma liberdade ampla (e preponderante) em detrimento de aspectos relacionados à vida e saúde muito mais extremos e emergentes (casos terminais) do que a questão do tabagismo (que pode ser remediada geralmente com maior elasti-

¹³⁸ Cfr. o texto: “(...) RESOLVE: Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação (...)”. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 07 set. 2012.

cidade temporal).

No contexto da prevalência da liberdade sobre a saúde, a experiência demonstra que nem sempre essa prevalece sobre aquela, tenha maior valor ético, e seja juridicamente mais relevante, tanto que comumente casos desse jaez são retratados em outros espaços culturais como a literatura e o cinema. Nesse último, como reflexão, dentre outros, o filme *Uma Prova de Amor*¹³⁹ (*My Sister's Keeper*), que revela até que ponto um pessoa pode ir para salvar sua família, considerando o livre-arbítrio de seus integrantes, em uma disputa judicial que envolve a autonomia para disposição do próprio corpo em prol de um de seus membros. No final, a liberdade prepondera.

Pois bem. É perfeitamente conciliável as liberdades de escolha e autodeterminação dos indivíduos fumantes e não fumantes mediante a criação de espaços reservados. Além disso, ninguém é obrigado a conviver nos espaços coletivos (públicos ou privados) com fumantes ou não fumantes. Tudo é questão de escolha. E mesmo que existisse tal obrigação, poder-se-ia ventilar em renúncia tácita destes direitos em prol de sua saúde. Por fim, o bom senso deve preponderar na convivência social, cada qual sabendo eleger o seu lugar, como melhor lhe aprouver, pena de sermos tratados (todos) como ignorantes.

À segunda objeção, de cunho nitidamente subjetiva, observa-se que cada um define a essencialidade de seu ser (o que lhe é melhor, mais conveniente ou essencial) de forma livre.

¹³⁹ Cfr. MY SISTER'S KEEPER, 2009, New Line Productions, INC. Distribuição Exclusiva no Brasil: Playarte Home Video, CNPJ 00.0943.231/0001-39. E-mail: vendas@playart.com.br. Acesse o site: www.playarte.com.br. Veja a sinopse: "(...) Cameron Diaz, Abigail Breslin, Alec Baldwin e um elenco excepcional trazem muita sensibilidade à história de Anna Fitzgerald, uma garota de 11 anos concebida para ser doadora para sua irmã que sofre de leucemia, mas que exige o direito definitivo de controlar seu próprio corpo. Este ato de livre arbítrio pode separar a família Fitzgerald. Ou pode ser o primeiro passo para uma realização triunfante de devoção, dignidade e o significado de uma família".

Talvez para um não fumante o ato de fumar seja um mero vício ‘tolo’. Porém, para ele (fumante) lhe proporciona prazer e felicidade. E quem poderia dizer que essas questões são de somenos importância para a completude deles como seres humanos, desde que não afete terceiros?

No direito comparado, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, já vislumbrava, desde 1776, como verdade *de per si* a existência de certos ‘direitos inalienáveis’ dos homens, dentre os quais: a ‘busca da felicidade’¹⁴⁰.

No Brasil, discute-se por meio do Projeto de Emenda Constitucional 19/2010¹⁴¹, a inclusão do direito à felicidade no art. 6º, da CR/88, para direcionar os direitos sociais à realização da felicidade individual e coletiva. Até o momento, o projeto já foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, aguardando inclusão na ordem do dia, desde 18/11/2010¹⁴².

A Corte Suprema Brasileira, a respeito do direito à busca da felicidade, vem consagrando-o como ‘verdadeiro postulado constitucional implícito’, como ideia-força que deriva do prin-

¹⁴⁰ (...) Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer Forma de Governo se torne destruidora de tais propósitos, o Povo tem Direito a alterá-la ou aboli-la, bem como a instituir um novo Governo, assentando os seus fundamentos nesses princípios e organizando os seus poderes do modo que lhe pareça mais adequado à promoção da sua Segurança e Felicidade. (...) Destacamos. Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776). In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. [Consult. 2012-05-29]. Disponível em: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)>. Acesso em: 29 mai. 2012.

¹⁴¹ Senado Federal. <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622>. Acesso em: 07 jun. 2012.

¹⁴² Idem.

cípio da essencial dignidade da pessoa humana¹⁴³.

Logo, dentro das diversidades naturais de cada ser, faz sentido que seja essencial o direito de fumar associado à liberdade, ao prazer e à felicidade individual, desde que não prejudique terceiros.

Para a terceira indagação, apesar de a fundamentação do direito de fumar ser difícil, não é impossível e incoerente com as normas e princípios de nossa Constituição. Tanto assim o é

¹⁴³ ADI 4.277/DF. STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Dje nº 198 Divulgação 13/10/2011. Publicação 14/10/2011. Ementário nº 2607-03, p. 855-861. Cfr. os seguintes trechos: “(...) Reconheço *que o direito à busca da felicidade* – que se mostra gravemente comprometido, *quando* o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, *omite-se* na formulação de medidas destinadas a assegurar, *a grupos minoritários*, a fruição de direitos fundamentais – *representa* derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, *qualificando-se* como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, *na própria* Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. (...) Nesse contexto, *o postulado constitucional da busca da felicidade*, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, *assume* papel extremo relevo no processo de afirmação, gozo *e* expansão dos direitos fundamentais, *qualificando-se*, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas *ou* de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar *ou*, até mesmo, esterelizar direitos e franquias individuais. (...) *Registre-se*, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223Agr/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), *reconheceu*, no princípio constitucional (*implícito*) da busca da felicidade, um ‘*importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais*’, como *anota* o ilustre advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho (‘O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal’). (...) *Vale mencionar* o fato de que *a busca da felicidade* foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa (Preâmbulo, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) *e* da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo). (...) Destaques presentes no texto original.

que (preponderantemente), no aspecto jurídico, já foram tecidas as argumentações pertinentes alhures. Ademais, o direito é o campo científico em que gravitam grandes discussões e dificuldades, em que pese a inexistência de verdades absolutas. Logo, o argumento da complexidade, por si só, não deve engessar o pensamento jurídico que merece tratamento adequado através da dialética.

Quanto à quarta objeção, desde logo, é importante ressaltar que o Estado não poderia criminalizar, por meio de lei, o uso do tabaco, pois afinal de contas é um direito fundamental protegido pela cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da CR/88. Em sendo assim, toda proposta de lei tendente a abolir direitos fundamentais seria inconstitucional. E se o fizesse por meio de Proposta de Emenda à Constituição, podem indagar alguns? Aí seria o caso de edição de uma norma constitucional inconstitucional.

Por sua vez, não é crível que a elevação da liberdade de fumar à direito fundamental ‘vulgarizaria’ os direitos fundamentais. Primeiro porque o fumo já faz parte da cultura, da política e da economia brasileira, desde a época colonial, embora seu consumo venha sendo reduzido significativamente nos termos delineados. Então, não consiste numa atitude banal. Está cristalizada no consciente e inconsciente coletivo. Lado outro, porque apesar de não declarado positivamente, sempre foi um direito fundamental implícito, extraído da liberdade geral. O que não se teve foi interesse de propor argumentações nos termos ora realizadas. Mas isso não afasta sua existência.

Indo adiante, não se pode conceber nenhum paradoxo plausível e insolúvel quanto ao dever de proteção do Estado de reduzir o risco à saúde, ou colocar em risco a saúde dos próprios fumantes. Para a redução do risco o Estado já dispõe de inúmeros outros mecanismos menos ofensivos à liberdade para fazê-lo (tributação, propaganda informativa dos males, tratamento dos dependentes etc.). E pelo que consta, os utiliza, tan-

to que a redução no consumo é visível nos últimos anos. A legislação brasileira retratada no tópico 2 é extremamente densa e cobre diversas situações. Porque então violar a liberdade de autodeterminação drasticamente? A respeito da saúde dos fumantes a questão é de livre deliberação e de renúncia aos direitos fundamentais.

A propósito da sétima objeção, não existe conflito de princípios, pois o empresário/comerciante não está obrigado hoje, nem esteve no passado, a criar em seu estabelecimento local de fumantes ou não fumantes. Nos termos do art. 170, da CR/88, nosso sistema é permeado pelo livre comércio e iniciativa de modo que o empresário pode escolher entre aceitar em seu estabelecimento apenas não fumantes, apenas fumantes ou fumantes e não fumantes, de acordo com suas convicções pessoais ou empresariais, sopesando custos e benefícios e assumindo as despesas que bem entender.

Acerca dos direitos fundamentais à saúde dos funcionários que trabalham em bares e restaurantes (ou em locais fechados onde frequentam fumantes), a situação é análoga, qual seja, livre opção de escolher o emprego ou de renunciar (tácita ou expressamente) o seu direito de não aspirar fumaça.

Aliás, para esses funcionários, o art. 7º, incisos XXII e XXIII, da CR/88, estipulam, respectivamente, a “(...) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (...)” e o “(...) adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (...). Então, basta a regulamentação para redução dos possíveis riscos, por meios de normas de saúde ou a verificação da legislação trabalhista (que decorre do art. 7º, XXIII, da CR/88), que prevê os adicionais de insalubridade e periculosidade das funções, como inúmeras outras que, nem por isso, deixaram de existir, mesmo sendo detectadas por perícia. Não se deve olvidar que é obrigatório o fornecimento de EPI – equipamento de proteção individual – a certos trabalhadores, o

que poderia ter sido regulamentado.

Ademais, os trabalhadores são protegidos nesse aspecto pela Seção XIII da CLT (Consolidação das leis do trabalho – arts. 189/197 da Lei 6.514/77¹⁴⁴), que cuida das atividades in-

¹⁴⁴ Cfr. os dispositivos: “(...) Art . 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. Art . 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. Parágrafo único - As normas referidas neste artigo incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações que produzem aerodispersóides tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos. Art . 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá: I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância. Parágrafo único - Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo. Art . 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo. Art . 193 - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado. § 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. § 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. Art . 194 - O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho. Art. 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do

salubres ou perigosas, limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição, eliminação e neutralização dos agentes nocivos e os adicionais remuneratórios de acordo com o(s) grau(s) de classificação máximo, médio e mínimo. Idêntica proteção, através da Lei 8.112/90¹⁴⁵, nos arts. 68/72, gozam os servidores públicos civis

Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. § 1º - É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas. § 2º - Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho. § 3º - O disposto nos parágrafos anteriores não prejudica a ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho, nem a realização ex officio da perícia. Art. 196 - Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho, respeitadas as normas do artigo 11. Art. 197 - Os materiais e substâncias empregados, manipulados ou transportados nos locais de trabalho, quando perigosos ou nocivos à saúde, devem conter, no rótulo, sua composição, recomendações de socorro imediato e o símbolo de perigo correspondente, segundo a padronização internacional. Parágrafo único - Os estabelecimentos que mantenham as atividades previstas neste artigo afixarão, nos setores de trabalho atingidas, avisos ou cartazes, com advertência quanto aos materiais e substâncias perigosos ou nocivos à saúde (...).”

¹⁴⁵ Cfr. o texto, p. ex., do *caput* do art. 68: “ (...) Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo (...)” e do art. 72: “(...) Os locais de trabalho e os servidores que operam com Raios X ou substâncias radioativas serão mantidos sob controle permanente, de modo que as doses de radiação ionizante não ultrapassem o nível máximo previsto na legislação própria. Parágrafo único. Os servidores a que se refere este artigo serão submetidos a exames médicos a cada 6 (seis) meses (...)”. O mesmo acompanhamento, como medida de proteção, poderia ser feito com eventuais

da União, das autarquias, incluindo as de regime especial e fundações públicas federais. Diversas normas desse calibre são reproduzidas em nível estadual e municipal. Isso apenas reforça o caráter democrático da República e a maturidade da sociedade em conviver com as diferenças e perigos.

A resposta à nona objeção foi dada ao longo do texto. Por meio da conjugação do art. 5º, *caput* e do seu § 2º, da CR/88 (cláusula de abertura), o enquadramento da liberdade de fumar como direito fundamental implícito foi extraído também da liberdade geral. Assim como a liberdade de beber e de se alimentar, dentre outros, como questão de autoconsciência de cada um.

A propósito das duas últimas indagações, o dever de proteção do Estado frente aos fumantes e a segurança da própria pessoa sobre si e sua saúde, também como direito fundamental, restaram respondidas no curso do trabalho. O Estado pode proteger por diversas maneiras e já o faz (inclusive por meio de seu vasto repertório legislativo), não necessitando intervir de forma radical na liberdade de pessoa maior e capaz para protegê-la, senão todos nós seríamos rebaixados à categoria de crianças, incapazes ou interditados, o que seria ilógico. Para esses, já existe proteção específica em lei, segundo abordado no tópico relativo à evolução jurídica do consumo do tabaco no Brasil.

Quanto à proteção do fumante passivo ventilada por Lenza, não se nega que o “tabagismo seja a principal causa de morte evitável”, com consequências também para os não fumadores. Porém, se tem como premissa que existem outras formas de evitar esses males, muito menos restritivas e mais eficientes, sem violar a liberdade de maneira tão acintosa e, segundo o próprio autor reconhece, “de maneira, não há dúvida, bastante

funcionários que optassem por trabalhar em lugares onde existissem os espaços reservados para fumadores.

enérgica”¹⁴⁶. (Destacamos)

Uma última observação. O Estado não é onipresente e não pode proteger as pessoas em tempo integral. Mesmo que o quisesse, seria em vão, porque a exemplo das drogas ilícitas, das armas e da segurança pública (para citar alguns casos), apesar de tentar, verifica-se que o resultado é quase sempre insatisfatório. Melhor se utilizar do enorme leque de opções legislativas para conciliar interesses, informar seus cidadãos, preservar suas liberdades e os direitos fundamentais, incluindo o ‘direito fundamental de fumar’.

5. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 49 DA LEI 12.546, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2011, SEGUNDO PROCEDIMENTO DE PONDERAÇÃO DO PROF. JORGE REIS NOVAIS

O art. 49 da Lei 12.546, de 15 de dezembro de 2011 alterou o art. 2º (e incluiu um parágrafo 3º) na Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996. Efetuando-se o recorte atinente ao objeto do trabalho, abstraindo-se do estudo as alterações efetivadas em diversos dispositivos inovadores, o que nos interessa especificamente são as mudanças levadas a cabo no art. 2º, *caput*, da Lei 9.294/96 e a inclusão de um § 3º, proibindo os ‘fumódromos’, por meio da supressão de texto do *caput* e da definição do que se considera recinto coletivo no § 3º. Confirma-se como ficaram os dispositivos:

Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarri-lhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público. (Redação dada pela Lei nº 12.546, de 2011)

§ 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de sa-

¹⁴⁶ Cfr. LENZA, 2010, p. 382.

úde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema. (...)

§ 3º Considera-se recinto coletivo o local fechado, de acesso público, destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas. (Incluído pela Lei nº 12.546, de 2011)

À partida, trata-se de uma alteração restritiva e de fácil constatação quando comparada à redação dos textos dos dispositivos originais da Lei 9.246/96, transcritos no tópico 2.

Pois bem. Cabe analisar, juridicamente, se essa restrição, quanto aos direitos fundamentais dos fumantes, é ou não constitucional, deixando em segundo plano os já conhecidos malefícios provocados pelo tabaco, sob pena de termos de aplicar idêntico tratamento a outros meios poluentes e prejudiciais à saúde (própria e de terceiros), como a bebida, a poluição advinda das fábricas e do tráfego urbano.

Desta forma, poderemos obter um panorama geral sobre o pensamento e evolução da sociedade brasileira e do Estado, evitando-se posições paradoxais, desproporcionadas e injustas, porquanto divorciadas da Constituição e do sistema normativo. Esse deve ser analisado de maneira técnica e imparcial, deixando-se de lado as “paixões”. Prevalência de meios jurídicos e filosóficos certos tendem a gerar fins igualmente corretos.

Assim, o que se pretende, é proceder ao estudo da constitucionalidade dos dispositivos referenciados, deixando bem claro, desde o princípio, que o caso é complexo, por envolver princípios, conflitos de interesses entre direitos fundamentais (implícitos e/ou decorrentes) e preservação dos direitos das minorias, no caso os fumantes.

A considerar o exposto no ponto relativo aos direitos fundamentais, acredita-se que o legislador brasileiro não se utilizou de forma adequada do disposto na Convenção-Quadro (foi além, de maneira inadequada, desnecessária e desarrazoada). Nessa medida, acabou por violar os direitos fundamentais

de liberdade das minorias fumantes. E por quê?

Numa palavra, porque não respeitou a liberdade fundamental de fumar, de autodeterminação e autonomia dos cidadãos, ignorando o insculpido no art. 5º, *caput*, e § 2º, da CR/88. Oprimiu excessivamente, de forma desproporcional e desarrazoada o direito das minorias fumantes. Em recintos coletivos fechados de acesso público e/ou privado devem permanecer reservados aos tabagistas a liberdade de frequentar os ‘fumódromos’ já existentes e que não expunham as maiorias à fumaça.

A questão da exposição indevida à fumaça em nenhum momento foi demonstrada cientificamente (nestes espaços reservados), através de trabalho técnico a embasar a legislação brasileira, ou seja, que esses lugares reservados eram prejudiciais à saúde de terceiros não fumantes. Poderiam ser prejudiciais apenas aos próprios fumantes ou a quem neles quisesse adentrar de livre e espontânea vontade (mesmo assim, caso não fossem construídos de maneira adequada). Porém, isso é questão de liberdade de escolha deles, cuja interferência do Estado se mostra indevida e desproporcional.

Por outro lado, o legislador, com sanção presidencial, acaba por violar o princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da CR/88, ao passo que trata como iguais (em locais públicos e privados fechados) pessoas diferentes (fumantes e não fumantes), prejudicando e restringindo de maneira desnecessária, apenas os direitos dos primeiros que, a partir da publicação da lei, tiveram diminuídas consideravelmente suas liberdades de ir e vir, permanecer e ficar nos locais fechados (públicos e privados), sendo obrigados a perambular ‘pelos cantos’, como verdadeiros marginalizados.

Ora, ao aplicar as lições de Mello sobre a isonomia na análise do tema proposto (segundo descrito no tópico 3.1.), vislumbra-se que a desequiparação legal proposta não violou os dois primeiros elementos uma vez que não atingiu um só indi-

vídúo, mas sim pessoas com características distintas (fumante e não fumantes).

Nesse raciocínio, ‘investigando’ (em abstrato) o terceiro elemento, o fator diferencial adotado pela lei (ser fumante ou não fumante) para qualificar os atingidos poder-se-ia (não sem alguma controvérsia), até certo ponto, dizer que guardaria ‘alguma’ pertinência lógica (adequação racional) “com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”¹⁴⁷, qual seja, a proibição de fumar em locais fechados públicos e privados. Apesar disso, o tratamento jurídico vantajoso conferido aos fumantes era muito mais adequado, racional e harmonizado com o sistema, nos moldes da lei anterior, pois dispensava à categoria diferenciada um tratamento bem menos rígido e igualmente sem riscos para terceiros ao prever a existência dos espaços reservados para fumar nos recintos fechados.

Mesmo assim, ainda que se considere preenchido o elemento anterior, percebe-se nitidamente que não resta preenchido o último, pois, *in concreto*, ainda que se possa estabelecer racionalmente um nexó entre a diferença e o consequente tratamento, esse *vínculo não é constitucionalmente pertinente*, uma vez que não prestigia “situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional”. Ao contrário, observa-se que foram “colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva”, ou seja, a liberdade em sentido amplo, a dignidade da pessoa humana, a constituição de uma sociedade livre e a liberdade de mercado. Enfim, sobre a existência do nexó lógico a autorizar a desequiparação “é mister que este retrate concretamente um bem – e não um desvalor – absorvido no sistema normativo constitucional”, o que não ocorre no caso, seja do ponto de vista da categoria dos fumantes quanto dos empresários (que têm restringida a sua

¹⁴⁷ Cfr. LENZA, 2010, p. 38.

margem de atuação no mercado) em desarmonia com a Constituição pois, de acordo com Mello, ao tratar da pretensa desequilíbrio entre grupos empresariais com base em favores fiscais dispõe que: “o art. 173, § 4º, da Lei Maior, hostiliza as situações propiciatórias dos domínios dos mercados e da eliminação da livre concorrência, posto que, ademais, por tal meio, longe de se concorrer para a justiça social (art. 170, caput), tende-se a fugir dela”¹⁴⁸.

Logo, na hipótese, do mesmo modo, e com idênticos fundamentos jurídicos, principalmente na proibição absoluta do fumo em recintos fechados privados, estar-se-ia o Estado a intervir de maneira contrária à regra da livre iniciativa (a liberdade de contratar com quem se deseja – fumantes ou não fumantes, adotadas as cautelas de praxe) e da eliminação da livre concorrência entre aqueles que desejassem contratar com ambas as categorias (mantendo-se espaços reservados) ou apenas com alguma delas (fumantes e não fumantes), dada a maturidade da sociedade hodierna para tanto frente ao vasto conteúdo de informações disponíveis acerca dos malefícios do fumo.

De forma mais consistente, a constitucionalidade da medida legislativa não suporta aos testes de uma fundamentação mais sólida, conduzindo-se os cidadãos fumantes (devido à indeterminação e vagueza do enunciado do artigo 49 da lei), em alguns aspectos, a situações discriminatórias.

É certo que o legislador, por vezes, tem dificuldade quanto à regulação de determinadas matérias que envolvem direitos fundamentais, considerando que estes tipos de normas possuem caráter aberto, o que prejudica a antecipação e resolução dos conflitos por meio de regras claras e precisas. Se fossem precisas, não haveria problemas, tanto que seria cabível (até mesmo) o controle prévio de constitucionalidade pelo Legislativo ou Executivo (veto). Nem ao Judiciário se chegaria a fiscalização desses tipos de normas constitucionais.

¹⁴⁸ Cfr. MELLO, 2004, p. 28. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.

Até para o Judiciário, nesse campo, frequentemente, normas de direitos fundamentais geram *hard cases*. E o que se analisa é um deles. Portanto, uma vez presente um autêntico conflito de princípios, o caso se mostra de intrincada solução (pois a Constituição é vaga), devendo o magistrado se apoiar em critérios jurídicos e não pessoais. Para tanto, importante que siga um método, uma linha de orientação precisa, segundo nos informa a doutrina, especificamente a do Professor Jorge Reis Novais, que foi eleita para utilização, porquanto didática, mas com bastante densidade jurídica.

No entanto, considerando a metodologia em questão aplicada à verificação da constitucionalidade deste ato legislativo e utilizando-se de pontos de apoio à fundamentação judicial, como forma ou fatores que influenciam na margem de atuação do Judiciário, se poderá concluir, sem dúvidas, que o artigo 49 da Lei em pauta não é constitucional.

Primeiro, porque as normas constitucionais de direito fundamentais violadas (liberdade e igualdade dos fumantes) não têm natureza jurídica de regras, mas sim de princípios. Segundo, porque se trata de direitos fundamentais negativos, exigindo-se que o Estado não faça alguma coisa em relação aos direitos fundamentais e, esta condição, dificulta o trabalho do magistrado. Concomitantemente, o Estado não deve ser omissivo quanto à saúde, e nesse campo, deve promovê-la através de condutas ativas.

Por sua vez, como na apreciação da inconstitucionalidade deve-se centrar muito mais nos deveres que o Estado tem do que nos direitos fundamentais individuais, isso nos conduz a avaliar o primeiro dever que o Estado possui, qual seja, o de respeitar as pessoas, sem discriminações.

Depois, proteger o acesso aos direitos fundamentais e tutelá-los contra agressões de outras pessoas, da sociedade e do Estado. Em suma, o dever de respeitar e o de proteger valem para todos os direitos fundamentais (expressos, implícitos ou

decorrentes). Tem, ainda, o Estado a obrigação de assegurar o acesso dos indivíduos aos direitos jusfundamentais para os que não tem condições mínimas.

No que se refere ao dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, não raro se entra em conflito com outros direitos de terceiros pessoas, tendo-se de proceder a limitação de um (ou alguns deles) para atingir aquela finalidade. E, por não haver direitos fundamentais absolutos, em casos de conflitos, devem ser feitas ponderações com outros bens e valores, segundo critérios jurídicos, no âmbito do dever de respeitar. Seguem-se, então, as quatro fases propostas por Jorge Reis Novais para verificação da existência ou inexistência de uma inconstitucionalidade.

5.1. FASES DO PROCEDIMENTO DE PONDERAÇÃO DO PROFESSOR JORGE REIS NOVAIS¹⁴⁹

5.1.1. INTERPRETAÇÃO

Na primeira fase, a da interpretação, determina-se o conteúdo do direito, ou seja, o que está compreendido, na hipótese, dentro da liberdade de autodeterminação e da igualdade, devendo-se, à partida, ter uma visão mais ampla, sob pena de eliminar prematuramente a questão dos direitos fundamentais, *in casu*, dos fumantes.

5.1.2. INTERVENÇÃO RESTRITIVA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesta, há de observar se existe uma intervenção restritiva nos direitos fundamentais, uma compressão dos direitos, a fim de verificar se temos ou não uma restrição para controlar.

¹⁴⁹ Para aprofundar na sistemática, confira-se a obra de Jorge Reis Novais *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, 2011, p. 161-194.

5.1.3. JUSTIFICAÇÃO PARA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aqui se deve analisar a existência de uma justificação (motivação) para a restrição dos direitos fundamentais e se essas razões são ou não admissíveis.

5.1.4. RESPEITO DOS LIMITES AOS LIMITES

Nesta etapa, pondera-se se a medida legislativa concretamente adotada respeita os limites aos limites, quais sejam: os princípios constitucionais estruturantes da igualdade, liberdade, proibição de excesso, proporcionalidade em sentido amplo e razoabilidade.

Quanto ao princípio da proibição de excesso, próprio dos Estados de Direito, independentemente de estar positivado ou não, possui outras denominações dadas pela doutrina, sendo mais conhecido entre nós por princípio da proporcionalidade.

Todavia, aqui utilizaremos a classificação do princípio formulada por Jorge Reis Novais, *in Princípios Estruturantes da República Portuguesa*, que se mostra mais didática e objetiva para a compreensão da fundamentação jurídica nestes casos difíceis.

Nela, se considera o princípio da proibição de excesso como gênero (ao invés de proporcionalidade em sentido amplo, como adotada por outros doutrinadores). Consiste em que o Estado não deve restringir (para além do necessário) direitos fundamentais, ou seja, como ideia geral e abstrata não pode ser excessiva a medida. Nas palavras de Novais: “o princípio da proibição do excesso é actualmente, pode dizer-se, a autêntica chave de resolução da esmagadora maioria dos problemas de direitos fundamentais”¹⁵⁰. E prossegue:

¹⁵⁰ Cfr. NOVAIS, 2006, p. 101. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a

Não há, hoje, controlo judicial das restrições aos direitos fundamentais, não há verdadeiramente dogmática de direitos fundamentais, sem o recurso sistemático, permanente, imprescindível, ao princípio da proibição de excesso, nas suas diferentes dimensões, máximas ou subprincípios. Para além de outros requisitos, qualquer restrição ou intervenção restritiva num direito fundamental só passa o teste de constitucionalidade se se puder sucessivamente demonstrar que é apta para realizar um fim legítimo e de peso superior ao direito fundamental em questão; que é indispensável à realização de tal fim; que não é indeterminada¹⁵¹.

Nesse gênero, situam-se os subprincípios da aptidão (ou adequação), da indispensabilidade (necessidade, exigibilidade, do meio menos restritivo), da proporcionalidade (ou proporcionalidade *stricto sensu*, segundo outros autores), da razoabilidade e da indeterminabilidade.

O primeiro deles (bem objetivo), o da aptidão, estabelece que a medida tem que contribuir de alguma forma para atingir o fim almejado. Se se comprovar que a medida adotada não contribuiu para atingir o fim (em nada), conduz-nos a inconstitucionalidade da lei. Essa contribuição, portanto, pode ser parcial ou total e, se parcial, ainda assim nos leva à conclusão de constitucionalidade da medida, por pouco que se tenha contribuído para alcançar o fim perseguido.

O segundo subprincípio (indispensabilidade) significa que entre duas medidas ‘igualmente’ aptas a proteger o fim perseguido, prevalece a menos restritiva. Ou seja, se houver outra medida apta, prepondera sempre a menos restritiva que atinge igualmente o mesmo fim. Cuida-se de um subprincípio complexo, pois se as medidas não forem ‘exatamente’ aptas,

Maioria.

¹⁵¹ Idem, p. 101.

passa-se no teste da constitucionalidade.

O terceiro subprincípio (proporcionalidade) significa, a despeito das comparações entre fins e meios (realizadas anteriormente), que aqui já se compara o sacrifício imposto e o benefício alcançado, que não pode ser desproporcionado. Enfim, quando o benefício alcançado é muito menor que o sacrifício, estamos diante de uma inconstitucionalidade. É certo que em grande parte dos casos se introduz uma certa dose de subjetivismo na aplicação desse subprincípio. Contudo, ainda assim, ele se mostra um instrumento eficaz para orientação do magistrado na solução de casos difíceis.

No subprincípio seguinte (razoabilidade), não raro com sentido impreciso, se olha para a pessoa ou grupo atingido e verifica se para estes, com a adoção da medida, ficam numa posição insustentável, inadmissível do ponto de vista quantitativo (econômico) ou qualitativo (criando um sofrimento psíquico).

O último subprincípio (indeterminabilidade) prescreve que a lei restritiva tem que ser bem conhecida (não pode ser vaga), para que não leve a outras futuras violações de direitos fundamentais, ou do próprio direito protegido. Possui efeito inibitório, acautelador. Nesse sentido, a violação deste princípio acarreta a inconstitucionalidade, a despeito de aceitar certos limites técnicos de vagueza no texto, às vezes por impossibilidade de ser feito de forma mais clara e objetiva pelo legislador.

5.2. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE A LUZ DESSAS FASES E CONCLUSÃO PARCIAL

Estabelecido o percurso, só nos resta trilhá-lo.

Na primeira fase (interpretação), não há como se olvidar que dentro da liberdade de autodeterminação e da igualdade, inclue-se a liberdade de fumar em recintos fechados públicos e privados (desde que adequadamente reservados e isolados co-

mo já era previsto pela redação original do artigo 2º, da Lei 9.246/96). O tratamento igualitário nestes locais, sob pena de ser discriminatório, deve propiciar um ambiente diferenciado para os fumantes, apartados dos não fumantes, de modo a tratar os desiguais de maneira desigual, dentro do mesmo espaço físico, ressalvado o devido isolamento. A liberdade de frequentar esses ambientes cabe a cada indivíduo (fumante ou não), respeitando-se a decisão livre e consciente do outro.

Então passamos à segunda fase (intervenção). Nessa, observa-se que existe uma intervenção restritiva nos direitos fundamentais, uma compressão dos direitos. Ou seja, no caso em apreço, o art. 49 da Lei 12.546/2011 é restritivo quanto ao fumo em locais fechados, públicos e privados, e sem exceções. Essa limitação é geral e abstrata porque decorre de uma lei restritiva, estando, portanto, neste ponto, comprovada a limitação aos direitos fundamentais da liberdade (decisão livre e consciente de fumar ou não) e igualdade (tratamento diferenciado em face das características dos indivíduos, traduzido na existência de ambientes diversos e adequados) dos fumantes.

Avançando para a terceira fase (justificação), percebe-se que existe uma justificação para a restrição dos direitos fundamentais. Resta saber se essas razões são ou não admissíveis. Bem, na Constituição não existe limitação ao direito fundamental de liberdade dos fumantes, o que resolveria aqui o problema. Logo, ausente fundamentação constitucional para a restrição tem-se de avançar. Contudo, na tramitação da lei, se justificou a restrição no sentido de que o Brasil efetivasse a Convenção-Quadro sobre o uso e controle do tabaco da qual é participante, que deverá “ser executada e cumprida tão inteiramente quanto nela se contém”.

Em suma, a fundamentação se reporta ao teor do instrumento internacional apontado. Portanto, a princípio, a fundamentação não se restringiu apenas aos direitos e opressão da minoria, o que seria insuficiente para nos conduzir a inconsti-

tucionalidade. Poder-se-ia até considerar a existência de fatores suspeitos, ou seja, aqueles que provocam repetidas violações de direitos fundamentais “actuadas com desconsideração e discriminação dos sectores minoritários, marginais, mais débeis ou mais hostilizados pelos interesses e preconceitos das maiorias”¹⁵², como a raça, origem étnica, sexo, orientação sexual, convicções políticas ou ideológicas, as crenças religiosas, a língua ou a origem territorial, e porque não, incluir nesse rol quaisquer outras formas de discriminação, consoante previsto no art. 3º, da CR/88. Dessa maneira, a inconstitucionalidade restaria reconhecida.

Porém, como a fundamentação foi além, restringindo direitos por outros argumentos, aqueles contidos na Convenção-Quadro, que se revelam fortes e contundentes, no que se refere aos malefícios sociais e ambientais provocados pelo tabaco, inclusive para limitar a exposição de terceiros à fumaça, não seria conveniente encerrar-se a argumentação nessa fase.

Como ressaltado, várias vezes no texto da Convenção-Quadro se remete ao respeito dos Estados partes à aplicação do que dispõe suas próprias Constituições e ordenamentos jurídicos. E o nosso, cuida do direito fundamental da liberdade dos fumantes de forma nítida.

Dessa forma, ao sopesar detidamente a Convenção-Quadro e seu objetivo, mais diretamente relacionado à questão do fumo em locais públicos, estampado no art. 3º, verifica-se que visa a “reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco”. Destacamos para demonstrar que a intenção é reduzir e não eliminar. Além disso, no art. 4º, 2, ‘a’, como princípio norteador do instrumento, ressalta-se “a necessidade de tomar medidas para proteger toda pessoa à exposição da fumaça do tabaco”.

Especificamente no art. 8º, 1, da Convenção-Quadro, re-

¹⁵² Cfr. NOVAIS, 2006, Direitos Fundamentais, Trunfos Contra a Maioria, p. 64.

gistra-se que as partes signatárias têm consciência de que a ciência demonstrou de forma inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade.

E prossegue o art. 8º, 2, que cada parte signatária, respeitadas a jurisdição e legislação nacional, medidas legislativas, executivas e administrativas, dentre outras “medidas eficazes de proteção contra à 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”. Deixa-se claro que os locais indicados pela Convenção são os públicos, e não privados, conforme deliberado equivocadamente por nosso parlamento.

Ora, a despeito do peso dessa fundamentação, o art. 2º, *caput*, e § 3º, da Lei 9.294/96 (alterado pela legislação em vigor), já dispunha de proteção eficaz contra a exposição à fumaça e reduzia de maneira contínua e substancial essa exposição em locais públicos (segundo objetivado pela Convenção) e até mesmo em locais fechados privados. Então, as propostas presentes no instrumento internacional já vinham sendo implementadas sob a égide da redação anterior, sendo cumpridas, com a reserva de espaços para os fumantes nos locais fechados públicos e, indo além, até mesmo em locais privados como *shopping centers*, bares e restaurantes e aeroportos.

Logo, o peso da justificativa se mostra afastado, no caso brasileiro, porquanto desnecessária a alteração de um dispositivo que estava funcionando bem, de acordo com os moldes estabelecidos na Convenção, tendo em vista que não comprovado tecnicamente a necessidade de alteração tão restritiva, ineficácia ou prejuízos para os não fumantes (substancialmente protegidos pela vasta legislação mencionada alhures).

Na quarta, última e mais importante fase do procedimento, avalia-se se a medida legislativa concretamente adotada respeitou os limites aos limites, quais sejam: os princípios constitucionais estruturantes da igualdade, liberdade, proibição

de excesso, proporcionalidade em sentido amplo e razoabilidade.

Quanto aos princípios constitucionais estruturantes da igualdade e liberdade, foram tecidas considerações em tópico próprio, motivo pelo qual são desnecessários maiores aprofundamentos.

Assim, desde logo, analisa-se o princípio da proibição de excesso, mais conhecido entre nós por princípio da proporcionalidade.

No gênero (proibição de excesso), situam-se os subprincípios da aptidão (ou adequação), da indispensabilidade (necessidade, exigibilidade, do meio menos restritivo), da proporcionalidade (ou proporcionalidade *stricto sensu* segundo outros autores), da razoabilidade e da indeterminabilidade.

Quanto ao primeiro deles – aptidão - (bem objetivo), na hipótese, percebe-se que os locais reservados existentes para os fumantes eram suficientes para isolá-los integralmente dentro dos espaços fechados (públicos e privados), sem que os não fumantes ficassem expostos à fumaça. Além disso, a prática demonstra que o simples fato de não fumar por algum tempo, enquanto estiver em um determinado local, não provoca, por si só, a redução da vontade de consumo, pois, assim que esteja em lugar aberto, o fumante tentará compensar o ‘tempo perdido’. Logo, à míngua de comprovação do contrário por meios técnicos (sequer invocados no projeto da medida provisória convertida na lei questionada), de que não eram suficientes é de se concluir que a nova lei não contribuiu ‘em nada’ para o fim almejado (exposição dos não fumantes à fumaça e redução do consumo pelos fumantes).

Aliás, pelo contrário, contribuiu para maior exposição dos não fumantes à fumaça, pois, na prática, os locais destinados a eles (fora dos espaços reservados), situam-se nas portarias ou estacionamentos dos *shopping Centers*, aeroportos, bares e restaurantes, o que expõe o fumante duplamente (além da

própria fumaça do cigarro, à fumaça de veículos que transitam livremente nos locais abertos, duplicando os malefícios à saúde desses). Assim, a medida nesse ponto se revela inconstitucional.

É verdade que a questão é controversa e alguns sempre poderão afirmar que a medida contribuirá para a redução do consumo, ainda que minimamente, porém esses argumentos são frágeis e permeados de certa dose de subjetivismo, diante da carência de estudos científicos e pesquisas a respeito (no Brasil) ou mesmo em face dos poucos meses em que a medida entrou em vigor.

Respeitados eventuais entendimentos contrários, o trabalho será de melhor valia se prosseguirmos na análise dos demais subprincípios, ressalvada (pelo menos até o presente estágio) a nossa posição de que a medida em nada contribuiu para o fim almejado.

O segundo subprincípio (indispensabilidade) não foi respeitado. É que mais uma vez, na hipótese, existiam duas medidas ‘igualmente’ aptas para a proteção do fim (deixar de expor o não fumante à fumaça). Uma delas, era a já prevista no art. 2º da Lei alterada, consistente na existência dos espaços reservados nos locais fechados e a outra foi a proibição total desses espaços nos locais públicos e privados. Logicamente, deve prevalecer a menos restritiva (manutenção dos espaços reservados), pois apesar de ambas alcançarem o fim perseguido (isolando fumantes e não fumantes dentro do mesmo espaço), a manutenção dos ‘fumódromos’ é muito menos restritiva à liberdade e igualdade do que a eliminação cabal desses espaços.

Então, adentra-se no terceiro subprincípio (proporcionalidade), quando se afirma existir certa dose de subjetividade.

A propósito do artigo 49 da Lei posta em exame, contudo, não há que se falar em subjetivismo, porque não resta dúvida de que o sacrifício imposto aos não fumantes com a proibição dos espaços reservados foi totalmente desproporcional ao

benefício alcançado, se é que se conseguiu algum. Nota-se que o ‘benefício alcançado’ foi a ausência de exposição dos não fumantes à fumaça o que já acontecia plenamente com a existência dos espaços reservados suprimidos de forma desproporcional com a nova lei. Melhor dizendo, em ambas as hipóteses o benefício para os não fumantes continuou o mesmo enquanto o sacrifício para os fumantes foi elevado porque privados de sua liberdade de permanecer em locais fechados reservados (públicos e privados).

O subprincípio da razoabilidade, aplicado ao caso em exame, revela que a medida legislativa coloca os fumantes em uma situação insustentável nos locais públicos e privados fechados porque terão de se retirar contra sua vontade desses espaços e se dirigirem para outros abertos, quando e se existentes nas proximidades (potencialmente mais lesivos segundo declinado). Dessa maneira, nem aqui a medida consegue superar o teste de constitucionalidade.

O último subprincípio (indeterminabilidade), não foi cumprido porque percebe-se que a Lei questionada estendeu a restrição a locais fechados ‘privados’, o fez sem critérios, a depender de regulamentação (ainda não editada até o fechamento desse relatório) e com alto índice de indeterminação, especialmente na redação do § 3º, do art. 2º, onde definiu “recinto coletivo o local fechado, de acesso público, destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas”.

Poder-se-ia induzir a erro os destinatários da norma, os próprios não fumantes e aplicadores da lei em diversas situações (especialmente os não fumantes que podem ampliar ainda mais essa norma restritiva), como no caso de quartos de hotéis e motéis (são recintos fechados, de acesso público), mas no aspecto semântico não são destinados à “utilização simultânea” por várias pessoas (e mesmo que a utilização fosse simultânea, nesses casos, lógico que haveria concordância entre as várias pessoas, o que se insere na renúncia de direitos). Portanto, aqui

caberia ou não restrições aos fumantes? Decerto que não. Além disso, um parque de diversões, ou zoológico é um local ‘fechado’, ‘cercado’, a céu aberto e, portanto, passível da restrição? A resposta só pode ser negativa.

O índice de indeterminação é tão exacerbado que diversas instituições vêm cobrando da Presidência da República a regulamentação do art. 49 da Lei 12.546/2011, até então, porém, sem sucesso¹⁵³.

Com efeito, esse subprincípio foi violado e nos conduz à inconstitucionalidade do § 3º, do art. 2º, incluído pelo art. 49, da Lei 12.546/2011.

Como dito, passa-se por todas as fases orientadoras do controle judicial da medida porque se trata de um estudo científico e não a análise de um caso concreto. Na prática, o magistrado poderia já interromper a sua fundamentação na primeira fase ou no primeiro subprincípio em que a medida não superasse o teste de constitucionalidade.

5.3. QUESTÕES ADICIONAIS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA LEGISLATIVA

¹⁵³ Cfr. trecho do teor da Carta enviada à Presidência, em 02/07/2012, por diversas instituições (Aliança de Controle do Tabagismo, Sociedade Brasileira de Cardiologia, Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, Sociedade Brasileira de Pediatria e Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia): “(...) Destacamos a urgência de tal medida por notoriamente se tratar de tema tão caro à saúde pública, porém até o momento não recebemos a minuta do texto ou informações sobre o andamento deste processo e sua possível data de conclusão. Por este motivo, vimos respeitosamente solicitar sua atenção para este compromisso assumido perante a sociedade civil e a necessidade de publicação de um decreto regulamentador, cujo texto deve estar de acordo com a CQCT e suas diretrizes, com a máxima brevidade possível, a fim de garantir a adequada implementação e fiscalização da lei 12546/2011 em todo o país (...)”. Disponível em: <http://prevencao.cardiol.br/campanhas/pdf/carta_antifumo.pdf>. Acesso em: 21 out. 2012.

Ao cuidar das formas de solução de conflitos entre princípios constitucionais originados dos fenômenos de tensão ou colisão entre normas constitucionais (regras e princípios), Novelino disserta sobre o conflito entre princípios e regras, em planos distintos, como um princípio constitucional e uma regra legal onde, “a priori, deve prevalecer a regra formulada pelo legislador, a quem a Constituição conferiu a primazia para concretizá-la”, pois a regra infraconstitucional muitas vezes resulta de uma ponderação abstrata feita pelo legislador. Contudo, defende que a regra deve ser afastada “quando for inconstitucional ou sua aplicação provocar uma situação de *manifesta injustiça*, em razão de circunstâncias extraordinárias presentes no caso concreto e que não poderiam ter sido antecipadas quando da generalização probalística realizada pelo legislador”¹⁵⁴. Nessas hipóteses, deve o aplicador afastar a incidência da regra infraconstitucional para aplicar diretamente um princípio constitucional.

No caso vertente, além da inconstitucionalidade já analisada como sendo uma das razões para afastamento da regra, o abandono da norma infraconstitucional merece ser feito também com base no princípio da justiça, considerando que a proibição dos espaços reservados em locais fechados provoca e provocará inúmeras circunstâncias injustas (em diversas situações) que não foram antecipadas pelo legislador, como a própria discriminação em bares, restaurantes e congêneres, onde os tabagistas não poderão exercer o seu direito fundamental de fumar, com as cautelas (e a harmonização) existentes antes da alteração legislativa.

Ademais, a proibição provoca nos casos concretos, extrema injustiça nas relações empresariais e na liberdade de mercado asseguradas constitucionalmente, forçando proprietários de estabelecimentos regularizados a não comerciar com quem quer que deseje, adotadas as precauções necessárias à

¹⁵⁴ Cfr. NOVELINO, 2012, p. 140-414.

proteção dos não fumantes, incluindo a liberdade de com eles não querer negociar.

Outro argumento é o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, como método de auto-restrição judicial. Contudo, em que pese concordar com a deferência que merece ser dada pelo Judiciário ao legislativo, e reconhecer que a interpretação judicial conhece limites, não é viável proceder assim quando leis antigas, leis pré-constitucionais “e normas legais não oriundas do processo parlamentar, como as medidas provisórias, gozem de presunção de constitucionalidade quando restringem direitos fundamentais”¹⁵⁵. Esse entendimento se adequa perfeitamente à lei restritiva de direitos fundamentais, ora em causa, oriunda de medida provisória convertida em lei, sem cumprir as etapas ordinárias do processo legislativo, o que, por si só, lhe reduz sensivelmente o grau de ‘democraticidade’.

Socorrendo-se do direito comparado, pode-se observar quão desproporcionada foi a alteração legislativa.

Mario Frota, ao cuidar do ordenamento jurídico do tabaco na União Européia - UE - e seus reflexos em Portugal, depois de analisar as políticas europeias antitabágicas, tendo como filosofia de base as medidas encetadas que “(...) visavam primordialmente subtrair os não-fumadores aos efeitos nocivos do tabagismo involuntário (...)”¹⁵⁶, com o objetivo primordial para a proteção da saúde pública, estabelece exaustivamente as fontes europeias e seus instrumentos legislativos, com destaque para a Recomendação 2003/54/CE, do Conselho, de 02.12.2002, relativa à prevenção do tabagismo, onde se verifica que desdobra em sete pontos.

Um deles versa sobre “(...) medidas que visem assegurar uma efectiva salvaguarda da saúde de fumadores e de não-fumadores nos locais de trabalho, locais públicos e transportes públicos (...), realçando os locais freqüentados por crianças,

¹⁵⁵ Cfr. MELLO, 2004, p. 228.

¹⁵⁶ Cfr. FROTA, Mário, 2007, p. 25.

jovens e adolescentes”¹⁵⁷.

Nesse aspecto, se revela um maior cuidado no trato da conciliação entre os desiguais na medida de sua desigualdade, sem restrições tão contundentes e amplas nas liberdades.

Outro ponto importante considerado no direito da UE encontra-se na Resolução 89/C 189/01, do Conselho e dos Ministros da Saúde, de 18/07/1989, que proclama a conveniência de proteger o direito à saúde dos não-fumadores contra o tabagismo involuntário.

Contudo, “(...) condescende-se, ‘dada a importância da dependência do tabaco de uma parte da população’, julga-se conveniente prever se fume numa parte desses estabelecimentos e meios de transporte (...)” Então, “(...) abre-se aí uma brecha, de modo a reservar aos fumadores espaços bem delimitados nos estabelecimentos a que se alude o anexo e, bem assim, nos meios de transporte colectivo de forma a respeitar o direito dos fumadores. No que tange aos transportes colectivos, há uma cláusula geral que terá de ser circunstancialmente preenchida, ‘nomeadamente nos grandes percursos’, de molde a não privar os fumadores de sua dependência (...)”¹⁵⁸.

No que tange aos restaurantes, estabelecimentos hoteleiros (e similares), bem como nos locais de trabalho, embora seja lícito estabelecer a proibição de fumar, existem exceções em áreas sinalizadas ou em espaços alternativos disponíveis. Quanto aos meios de transporte, especialmente nas carreiras interurbanas, nas de alta qualidade e nos serviços expresso, turísticos e de aluguer e em viagens com duração superior a uma hora “(...) é permitido fumar aos passageiros que ocupem os lugares das três últimas filas da retaguarda do veículo, podendo essa zona ser ampliada até um terço do total de lugares se no veículo estiver em funcionamento um dispositivo eficaz de escoamento

¹⁵⁷ Idem, p. 28-33.

¹⁵⁸ Cfr. FROTA, Mário, 2007, p. 44-45.

mento do fumo (...)”¹⁵⁹.

Nessa linha europeia, mais democrática e razoável de tratamento do assunto, importante mencionar algumas questões abordadas no *Livro Verde* cujo objetivo foi “(...) lançar um amplo processo de consulta e um debate público aberto sobre a melhor forma de combater o tabagismo passivo na UE, que mobilizem as instituições comunitárias, os Estados-Membros e a sociedade civil (...)”¹⁶⁰, o que, desde logo, sequer se cogitou em fazer por aqui.

Mais precisamente sobre o tema, o documento analisa as vantagens e desvantagens da proibição total do tabaco e a proibição integral com derrogações. Esclarece que essas derrogações “(...) poderiam ser acompanhadas de requisitos mínimos para as salas de fumo estanques, incluindo normas de ventilação (...)”. Trata das salas de fumo estanques com ventilação independente ressaltando que “(...) os dados disponíveis revelam que as tecnologias actualmente utilizadas (baseadas na mistura e diluição) têm uma incidência limitada nos níveis dos poluentes do FTA no sector HORECA e demais recintos fechados (...)”. Revela que “(...) a separação física entre fumadores e não fumadores através da criação de salas de fumo estanques pode aumentar a eficácia dos sistemas de ventilação da secção de não fumadores nas instalações. Todavia, esta abordagem não protege os ocupantes da sala de fumo, nem o pessoal (p. ex., empregados do sector HORECA ou dos serviços de limpeza) que tem de penetrar nessas zonas por força de seu trabalho (...)”¹⁶¹.

Quanto a essas objeções já se tratou (sob o enfoque do ordenamento brasileiro).

¹⁵⁹ Idem, p. 47-79. Cfr. outras medidas semelhantes adotadas em transportes coletivos ferroviários, e barcos, que entendemos viáveis, a contrário do autor que não concorda com as medidas pois, a seu sentir, prevalece a superioridade dos direitos dos fumadores.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 122.

¹⁶¹ Cfr. FROTA, Mario, 2007, p. 134-136.

No entanto, urge ressaltar que mesmo no âmbito europeu, o Livro Verde deixa claro que as salas de fumo separadas são uma opção, desde que cumpridos os seguintes requisitos: “(...) ser completamente estanques e isoladas das zonas de não fumadores; dispor de um sistema de ventilação independente do das zonas de não fumadores; ter pressão negativa para impedir a difusão do fumo do tabaco noutras zonas; não permitir quaisquer outras atividades com exceção do fumo, a fim de minimizar a necessidade de execução de actividades de trabalho nessas zonas (...)”¹⁶².

Essas sugestões mais consistentes (resguardadas as devidas proporções) e precedidas de estudos de impacto ambiental podem ser transpostas para o ordenamento nacional. Se produzirem impactos financeiros elevados ou não para o empresário, novamente entra em cena sua liberdade de escolha. A fiscalização e controle deve ficar a cargo do Poder Público competente, com o que estaria protegendo (e conciliando) os direitos à saúde dos não fumadores e a liberdade dos fumadores.

Para fechar esse panorama internacional é necessário registrar a Lei 37, de 14 de agosto de 2007, que aprova normas em Portugal para a proteção dos cidadãos da exposição involuntária ao fumo do tabaco. Em seu art. 3º, estabelece limitações ao consumo e no art. 4º descreve exaustivamente os locais onde é proibido fumar. Contudo, o art. 5º dispõe de maneira razoável as exceções como: a criação de áreas exclusivas destinadas a pacientes fumadores em hospitais e serviços psiquiátricos, centros de tratamento e reabilitação; unidades de alojamento, em celas ou camaratas nos estabelecimentos prisionais para reclusos fumadores, admitindo-se, inclusive fumar em áreas ao ar livre; nos estabelecimentos de restauração ou de bebidas com área destinada ao público inferior a 100m², o proprietário pode optar por estabelecer a permissão e nas áreas superiores a 100m² podem ser criadas áreas para fumadores,

¹⁶² Idem, p. 137.

até o máximo de 30% do total respectivo, ou espaço fisicamente separado não superior a 40% do total respectivo; nos estabelecimentos hoteleiros e outros empreendimentos turísticos podem ser reservados andares, unidades de alojamento ou quartos para fumadores, até o máximo de 40% do total respectivo, entre outras¹⁶³.

Importante dizer que, na Lei Portuguesa, as permissões devem obedecer aos requisitos contidos no art. 5º, 5, ‘a’, ‘b’ e ‘c’: as áreas devem estar devidamente sinalizadas; devem ser separadas fisicamente das restantes instalações, ou dispor de dispositivos de ventilação, ou qualquer outro, desde que autónomo, que evite que o fumo se espalhe às áreas contíguas; e seja garantida a ventilação directa para o exterior através do sistema de extracção de ar que proteja dos efeitos do fumo os trabalhadores e os clientes não fumadores. E mais oportuno ainda é o art. 5º, 11: “a definição das áreas para fumadores cabe às entidades responsáveis pelos estabelecimentos em causa, devendo ser consultados os respectivos serviços de segurança, higiene e saúde no trabalho e as comissões de segurança, higiene e saúde no trabalho, ou, na sua falta, os representantes dos trabalhadores para a segurança, higiene e saúde no trabalho”¹⁶⁴.

Para os descumprimentos, a Lei Portuguesa estabelece, no art. 25, um regime sancionatório, baseado em coimas de 50 a 250 000 euros (com distribuição da seguinte forma: 60% para o Estado, 30% para a entidade que instruiu o processo e 10% para a Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade) e sanções acessórias, no art. 26, incluindo a interdição de venda de qualquer produto de tabaco¹⁶⁵.

Da normatização analisada, muito mais coerente e democrática, pode-se aproveitar bastante, devido à sua razoabilidade e ao fato de ter sido estabelecida em Portugal por Lei e não

¹⁶³ Cfr. FROTA, Mário, 2007, p. 145-147.

¹⁶⁴ Idem, p. 146-147.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 152-154.

deixada a cargo de Resolução (como no Brasil, que até o fechamento dessa pesquisa sequer foi editada, provocando-se, como visto, extrema indeterminação na sua aplicação). Ademais, a definição das áreas pelos responsáveis pelos estabelecimentos (além de mais democrática) privilegia o livre comércio.

Sob outro ângulo, uma norma importante a considerar como reforço para se constatar a inconstitucionalidade da medida legislativa está prevista na Constituição, em seu art. 170, Título VII, Capítulo I, que trata dos princípios gerais da atividade econômica fundada na livre iniciativa com escopo de assegurar a todos existência digna e calcada, dentre outros, no princípio da livre concorrência¹⁶⁶.

Comentando esse enunciado normativo, Moraes¹⁶⁷ entende que restou consagrada a chamada constituição econômica que, conforme ensinamento de Vital Moreira, seria o conjunto “de preceitos e instituições jurídicas, garantidos os elementos definidores de um determinado sistema econômico” instituindo uma “determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”.

Nesse traçado, teria havido opção pelo “modelo capitalista de produção”, também conhecido como economia de mercado (art. 219), “cujo coração é a livre iniciativa”, porém temperado pelos quatro princípios da ordem econômica previstos no *caput* do próprio art. 170 (valorização do trabalho humano,

¹⁶⁶ Cfr. o texto: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; (...) *Parágrafo único.* É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. (Destacamos).

¹⁶⁷ Cfr. MORAES, 2011, p. 1814.

livre iniciativa, existência digna, conforme os ditames da Justiça Social), o que conduziria a uma ‘economia mista’, ressalvada a intervenção nos termos dos arts. 173, § 4º (abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros) e 174 (intervenção como agente normativo e regulador, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado).

Todavia, resguardadas as proporções histórico-jurídicas, mais uma vez é preciso ter em mente a atualidade do que já dizia Mill sobre o comércio como ato social e a doutrina do comércio livre, ao lecionar que: “restrições sobre o comércio, ou sobre a produção para fins comerciais, são de facto restrições; e toda restrição, enquanto restrição é um mal”¹⁶⁸.

Em que pese a opção do constituinte pela adoção de um sistema econômico misto (com intervenção em algumas áreas, a exemplo do tabaco), fato é que qualquer restrição deve, ao menos, ser permeada por uma sensata dose de proporcionalidade e razoabilidade de ponderação dos fins almejados pelo legislador.

Tanto é assim que Mill, ao cuidar da justificação para limitar o número de estabelecimentos em que se vendesse cervejas, ‘com o objetivo expresso de as tornar de mais difícil acesso’, diz que seria adequado apenas para uma sociedade na qual “as classes trabalhadoras fossem reconhecidamente tratadas como crianças ou selvagens, e colocadas sob uma educação restritiva, para virem no futuro a gozar dos privilégios da liberdade”¹⁶⁹.

Não há de se crer que, no Brasil, estamos a viver na contemporaneidade esse modelo de sociedade. Ao contrário, estamos evoluindo gradativamente no sentido da conquista de li-

¹⁶⁸ Cfr. MILL, 2006, p. 160-161.

¹⁶⁹ Cfr. MILL, 2006, p. 170.

berdades e não de restrições.

Logo, andou mal e retrocedeu o legislador porque conferiu sentido contrário à evolução moral e intelectual da sociedade brasileira e suas escolhas, considerando expressamente, em última análise, que essa mesma sociedade não se encontra preparada para escolher entre fumar e não fumar e quais os locais apropriados para tanto, respeitando-se os interesses alheios. Incidiu em verdadeiro contrasenso jurídico.

Com efeito, o artigo 170, *caput*, da CR/88, que prevê a liberdade da iniciativa privada (também como direito fundamental calcado na existência digna), foi atingido pela norma restritiva dos espaços reservados ora questionada, porque impede o comerciante de agir de forma livre.

6. PERIGOSOS PRECEDENTES DA ANÁLISE SUPERFICIAL DE UM ATO LEGISLATIVO APARENTEMENTE SIMPLES E ANTIPÁTICO A MAIORIA

O objetivo desta empreitada não é a defesa do tabaco, em si, mas a liberdade de autodeterminação das pessoas livres e iguais, incluindo as ‘pequenas atitudes’ e atos antipatizados pela sociedade e pelos juristas.

Na defesa das ‘pequenas coisas’ se preserva um Estado da autodestruição. Todos devem se prevenir para não serem seduzidos por promessas ou propagandas vãs. Ao contrário, é melhor que decidam, no âmbito do lícito, com plena liberdade de escolha, de maneira consciente e não por meio da influência de terceiros (ou da maioria). Com isso, evitam ser meras ‘marionetes’.

Como ressaltado, em passado não tão remoto o fumo foi incentivado no País. Por qual razão? Por que agora uma restrição tão exacerbada na esfera mais íntima de escolha das pessoas? Não há outras maneiras de conscientizar a população, sem opressão, no caso do fumo? Não existem razões financeiras

subjacentes a esta medida e outras escolhas do Estado, além apenas dos declarados malefícios do fumo? Essas são algumas indagações que deixamos a cargo do leitor. Outras serão propostas *en passant*, apenas para reflexão.

O fato é que, assim como se deu com a ruína do Império Romano (que se iniciou pela corrupção da mente das pessoas), a falência de qualquer Estado Democrático de Direito pode ter início por meio de “podas aqui e acolá”, sorradeiras, nas liberdades, na igualdade e nos direitos fundamentais dos cidadãos. Precisamos estar atentos aos movimentos estatais subreptícios e paulatinos, em prol apenas de seus próprios interesses (econômicos e utilitaristas, baseados na relação custo-benefício para os cofres públicos), ‘maquiados’ ou ‘transvestidos’ de fins nobres, como a saúde da população ou a proteção dos não fumantes.

Alguns juristas, como Barros, já se manifestaram acerca do caráter inconstitucional e antidemocrático da medida de restrição dos espaços reservados¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cfr. Revista Consultor Jurídico, 11 de junho de 2012, matéria nominada Proibição de fumódromos é uma medida antidemocrática. (...) Ao contrário do que ocorre na ditadura, que se caracteriza pela existência de mais proibições que liberdades, na democracia, há mais liberdades do que não liberdades, com o reconhecimento de direitos tanto para maiorias como para minorias. Nas sociedades modernas, o democrático consenso social não se consegue apenas através da unanimidade na aprovação de normas, nem muito menos pela simples submissão das minorias à maioria. Resolve-se a questão assegurando-se sempre o exercício de direitos também às minorias. Para a proteção dos não fumantes, não precisava o Estado impor sobre os fumantes toda a sua força de opressão, a ponto de ferir-lhes a liberdade, integrante da dignidade humana, impondo-lhes exagerada discriminação. Todavia, ao invés de apenas restringir o direito dos fumantes, resolveu a Lei 12.546/2011 (art.49, que deu nova redação aos artigos 2º e 3º, da Lei 9.294/96), por via oblíqua, decretar a absoluta proibição de fumar. Aliás, a proibição de fumódromos em espaços internos dos estabelecimentos de uso coletivo e a consequente expulsão dos fumantes para as ruas equivalem a uma verdadeira execração. É como se o Estado, personificado, dissesse: Aquele que quiser continuar praticando essa gravíssima conduta antissocial,

que vá fazê-lo na rua, segregado, no lugar onde se encontram os culpados pelas mortes de crianças e idosos por doenças pulmonares. Fica assim comprometido, como se vê, o direito fundamental à liberdade (CF, art.5º) que, se não pode ser mitigado por Emenda Constitucional (CF, art.60, §4º, IV), muito menos por lei ordinária e, pior ainda, por conversão de medida provisória, com visível vício de iniciativa (Med.Prov.540/2011). Ora, liberdade é escolha. Escolha da identidade, do ambiente, da profissão, da crença, da filosofia de vida, do comportamento. Se o cidadão não puder escolher sua posição em relação a uma droga lícita, não terá liberdade. Consiste a liberdade, pois, em poder o indivíduo fazer o que não prejudica outrem. Isso vale para liberdade de fumar e para a liberdade de não fumar, de tal maneira que não pode o fumante prejudicar o não fumante e este não pode prejudicar aquele. A melhor solução seria reconhecer, ainda que com restrições, algum direito aos fumantes, pena de afronta ao princípio da isonomia no tratamento aos cidadãos (CF, art.5º), à dignidade humana e à cidadania (CF, art.1º, II e III). Em outros termos, no regime democrático, a liberdade da maioria não pode ser legitimada quando prejudicar de modo absoluto a liberdade da minoria. Não se trata aqui de dar proteção a quem vende ou usa droga ilícita. Cuida-se de impedir que o cidadão que compra e usa droga lícita se sujeite a tão severa censura pública, como se não pudesse encontrar mais espaço para convívio social ou tivesse que ser condenado definitivamente à segregação. Além disso, se a defesa do consumidor é importante fundamento da ordem econômica (CF, art.170, V), forçoso reconhecer que o fumante é também consumidor a merecer igual proteção legal. É tão cumpridor de obrigações e pagador de tributos quanto o não fumante. Algum direito há de lhe ser reconhecido, tal como admitia a lei anterior, que lhe destinou espaço interno nos estabelecimentos de uso coletivo, adequadamente adaptado, sem afronta ao Decreto Federal 5.658, de 2 de janeiro de 2006, que promulgou a Convenção sobre Controle do Uso do Tabaco. Delinquentes de toda ordem podem continuar no espaço interno de qualquer estabelecimento, lançando ostensiva ou discretamente suas maléficas influências ao ambiente. Já os fumantes merecem segregação absoluta, como se a discriminação não fosse vedada pela ordem constitucional vigente (CF, art.3º, IV). Ademais, antes de qualquer alteração legislativa, necessário seria analisar e debater também o grau de influência do uso do fumo ativa ou passivamente no aparecimento de doenças, quando considerados outros fatores, como as mudanças de clima, a poluição do ar decorrente de resíduos lançados pela atividade industrial e pelos veículos no trânsito. A queima da palha de cana de açúcar no interior de vários estados, por exemplo, continua causando gravíssimas e até mortais doenças respiratórias em crianças e adultos, além de destruir

Se a fumaça do cigarro é um malefício tanto ao próprio fumante quanto ao fumante passivo, não menos preocupante se mostra que a fumaça exalada pela frota total de veículos brasileiros de 70.965.139¹⁷¹, igualmente acarreta males diversos para o indivíduo e para o meio ambiente. Não obstante, porque quase nada de tão restritivo ou pouco se faz a esse respeito,

aquíferos, fauna e flora da região, mas os infratores da legislação ambiental nessa área não têm contado com perseguição de igual tamanho por parte do Estado. A propósito, o Estado nenhuma medida tem adotado contra a construção de subestações e expansão de linhas de alta tensão de eletricidade sem a observância de padrões internacionais de segurança à saúde das populações do entorno. Há comprovação de que filhos de empregados de empresas fornecedoras de energia elétrica, ainda crianças, moradores nas subestações de transformação de força, em grande número, foram acometidos por leucemia, em circunstâncias que confirmam nexo de causalidade com a radiação eletromagnética a que foram ali submetidos. Há restaurantes e bares próximos a tais áreas, que podem receber a nociva radiação eletromagnética, que atinge quem não bebe e quem não fuma. Mas não podem receber os cidadãos fumantes. Nas praças centrais de São Paulo, incluindo o Largo São Francisco, em frente à Secretaria da Segurança pública, meninos e meninas entre 10 e 12 anos, já iniciados no vício, fazem uso da droga ilícita pesada a céu aberto e sob o nariz das autoridades policiais. Drogas que levam os jovens à violência, porque lhes tiram a consciência, corrompendo parte física do cérebro, com sequelas permanentes e que, por consequência, não destroem apenas a saúde e a vida dos usuários, mas também a dos familiares. Isso aponta para o fato de que a lei antifumo não passa de instrumento de falsa campanha, enganosa propaganda de que o governo estaria fazendo tudo pela saúde pública, inclusive destacando a polícia para fiscalizar. Mera tapeação, porque nada funciona no Estado. Nem educação, nem segurança e muito menos a saúde pública. Sendo possível a manutenção de espaços internos separados e isolados, com ventilação adequada, nos estabelecimentos de uso coletivo, esse deveria ser o caminho ideal a ser adotado pela legislação inspirada na democracia. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2012-jun-11/airton-florentino-barros-proibicao-fumodromos-antidemocratica>>>. Acesso em: 12 de jun. 2012.

¹⁷¹ Fonte: Ministério das Cidades, DENATRAN - Departamento Nacional de Trânsito, RENAVAM-Registro Nacional de Veículos Automotores. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/frota.htm>>. Acesso em: 10 abr.2012.

quando existem alternativas disponíveis para o tráfego nas cidades?

Caminha-se, pouco a pouco, se não tivermos vistas largas, para sufocar o cidadão, submetendo-os aos caprichos de um Estado totalitário, quicá, com retrocessos militares, com ‘toques de recolher’, e tratamentos assemelhados a ‘crianças’ ou ‘selvagens’.

Dentre em pouco, identificados os malefícios da alimentação contemporânea (hamburgers, refrigerantes, frituras etc.) e bebidas alcoólicas seremos forçados a cumprir uma ‘dieta nutricional do Estado’ e os empresários serão vilipendiados de negociar seus produtos livremente.

Quanto ao álcool, segundo pesquisa realizada¹⁷², fazendo

172

Disponível

em:

<<http://www.ufrj.br/institutos/it/de/acidentes/etanol5.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2012. No País, 90% das internações em hospitais psiquiátricos por dependência de drogas, acontecem devido ao álcool. Motoristas alcoolizados são responsáveis por 65% dos acidentes fatais em São Paulo. Ademais, o alcoolismo é a terceira doença que mais mata no mundo. Causa 350 doenças (físicas e psiquiátricas) e torna dependentes da droga um de cada dez usuários de álcool. Prossegue o site afirmando que o álcool é a droga que mais detona o corpo (tanto quanto a cocaína e o craque); a que mais faz vítimas; e é a mais consumida entre os jovens no Brasil. O índice de câncer entre os bebedores é alarmante, quer por ação tóxica do próprio álcool sobre as mucosas, quer por conta dos aditivos químicos de ação cancerígena que entram no processo de fabricação das bebidas. E finaliza a matéria relacionando as consequências físicas do uso em excesso: 1- acidentes (no lar, no serviço e nas estradas); 2- alterações no sangue (hemorragias, hepatite e outras); 3- ossos e articulações (ácido úrico elevado, degeneração dos ossos e outros); 4- lesão cerebral (síndrome de Wernicke-Korsakoff, degeneração cerebelar, ambliopia); 5- câncer (na boca, esôfago, estômago, fígado e outros); 6- pulmão (pneumonia, tuberculose e outros problemas); 7- epilepsia; 8- síndrome fetal (vide parágrafo anterior); 9- coração (arritmias, cardiopatia, hipertensão e doença coronariana); 10- lipemia; 11- hipoglicemia; 12- fígado (cirrose hepática e outras doenças); 13- miopatia; 14- pancreatite; 15- neuropatia (ou neurite) periférica; 16- sexo (disfunção testicular e impotência); e 17- esôfago e estômago (efeitos corrosivos diretos do álcool sobre estes órgãos como: gastrite, úlcera péptica, esofagite e síndrome de

referência à *Revista Plantão Médico*, extrai-se que é a droga preferida dos brasileiros (68,7% do total), seguida pelo tabaco, maconha, cola, estimulantes, ansiolíticos, cocaína, xaropes e estimulantes, nesta ordem.

Como é sabido, o álcool está diretamente relacionado com grande parte dos acidentes de trânsito no Brasil¹⁷³. No site do DETRAN do Pará¹⁷⁴, também se extrai que **ÁLCOOL NÃO COMBINA COM TRÂNSITO E COM VIDA**.

Já que a questão é fumaça e seus malefícios, porque não considerar os seus efeitos em outro viés. Em 27 de setembro de 2011, no site ecologia médica¹⁷⁵, foi publicada matéria *Fumaça*

Mallory-Weiss). Estas informações foram coletadas no site que remete como fonte a *Revista Plantão Médico - Drogas, Alcoolismo e Tabagismo*, Editora Biologia e Saúde, Rio de Janeiro, 1998, pág. 67.

¹⁷³

Disponível

em:

<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=536>>. Acesso em: 10 abr. 2012. Veja-se o que se extrai do trecho do artigo publicado pelo professor João José Leal, do CPCJ/UNIVALI, Promotor de Justiça Aposentado e Ex-Procurador Geral de Justiça de SC, Associado ao IBCCrim e à AIDP, inserido em 27/02/2005: “Anualmente, ocorrem mais de 350 mil acidentes nas ruas e estradas brasileiras com um saldo sinistro: 33 mil mortos e mais de 400 mil feridos (dados divulgados pelo CONTRAN). Em grande parte desses acidentes - mais 70% - constatou-se que, ao menos um dos motoristas, encontra-se alcoolizado. Portanto é preciso prevenir e reprimir a embriaguez ao volante”.

¹⁷⁴

Disponível

em:

<<http://www.detran.pa.gov.br/index.php?pagina=menu/educacao/dicas/alcoolxtransito.php>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

¹⁷⁵Disponível em: <<http://www.ecologiamedica.net/2011/09/fumaca-dos-carros-como-fator-de-risco.html>>. Acesso em: 10 abr. 2012. Aliás, menciona a reportagem um estudo publicado na revista *Circulation* correlacionou a poluição do ar ao aumento da incidência de doenças cardiovasculares. Já um estudo interessante e recente, feito pelo *British Heart Association*, da Inglaterra, evidenciou que quanto maior a exposição à fumada de veículos maior o risco do indivíduo ter um infarto agudo do miocárdio. Outro estudo publicado agora em 2011, diz a matéria, mostrou que a exposição crônica à fumaça de veículos leva a uma diminuição na capacidade de aprendizagem e memória em ratos que foram expostos ao ar poluído por 15 horas por sema-

dos carros como fator de risco para diversas patologias.

Em 2010, o laboratório de poluição atmosférica experimental da USP (Universidade de São Paulo), realizou uma pesquisa em 18 capitais e concluíram que todas essas cidades vêm sofrendo uma influência cada vez maior de poluentes na saúde de sua população, por causa do aumento da frota de carros. Nada obstante, vez ou outra são traçadas políticas econômicas de incentivo ao consumo de veículos como a panacéias para todos os males.

Nessa esteira, a discussão do tema e de outros similares, cujas medidas adotadas (até então) não foram tão restritivas à liberdade, é sempre mais salutar para a saúde do que a refutação imediata de costumes lícitos, com base em ‘discursos prontos’. Que se debata, mas nunca se oprima o cidadão, por quais fins que sejam – ainda que mais elevados e altruístas, sob pena de os meios utilizados para resolução dos problemas ocasionarem o regresso democrático, contrasensos e violações de liberdades, incluindo a de autodeterminação.

Um desses paradoxos está no projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2002), porque a Comissão de Juristas estipula a descriminalização das drogas (maconha, cocaína, crack etc.), permitindo o consumo e uso em residências, o que está na contramão do tratamento que vem sendo dado ao tabagismo que, em última instância, não altera as percepções do usuário. Lógico que isso será alvo de discussão antes de sua votação pelo Plenário¹⁷⁶. Porém, não deixa de ser um paradoxo.

na durante 10 semanas. De acordo com os pesquisadores, foram encontrados “sinais de inflamação associados ao envelhecimento precoce e à doença de Alzheimer”. Não fosse isso, o aumento da prevalência do Diabetes Mellitus também pode estar relacionado a partículas finas decorrentes da poluição atmosférica, foi o que mostrou um recente estudo publicado na Diabetes Care. Outro estudo evidenciou alterações na pressão arterial, níveis de lipídios e marcadores inflamatórios de indivíduos expostos a um ar poluído.

¹⁷⁶ Cfr. BRANDÃO, Gorette. Agência Senado. Atualizado em 27/06/2012 -

Ora, a bem da harmonia dos fumantes e não fumantes sequer se pensou no estudo mais aprofundado da permissão do uso do cigarro eletrônico, que segundo noticiado, não provoca malefícios ao fumante passivo e não ocasionaria violações à direitos fundamentais¹⁷⁷. A ANVISA proibiu o seu uso sob o argumento da inexistência de evidências que o produto ajudaria o fumante a parar de fumar, baseando-se apenas em pesquisas

19h00. *Drogas e aborto estão entre os pontos controversos do anteprojeto do Código Penal.* Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/drogas-e-aborto-estao-entre-os-pontos-controversos-do-anteprojeto-do-codigo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2012. Desde já, confira-se trecho da matéria divulgada no sítio: Quanto às drogas, o entendimento foi por considerar o problema mais como questão de saúde. Assim, o texto exime de crime o porte para consumo pessoal em quantidade equivalente até a média de cinco dias de uso, uma quantidade que deve ser definida pela autoridade sanitária, no caso a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). É também admitido o plantio de plantas entorpecentes em quantidade também para uso pessoal. Em relação ao tráfico de drogas e seu financiamento, no entanto, a proposta é rigorosa: as penas podem chegar a mais de 21 anos.

¹⁷⁷ Cfr. a matéria *O que é cigarro eletrônico e por que ele é proibido? (...)* Um cigarro eletrônico não é nada além de um dispositivo eletrônico que tenta imitar, em forma e função, um cigarro comum. Para isso, o aparelho é dividido em três partes principais: cartucho (filtro), parte eletrônica e bateria. Além disso, muitos modelos ainda oferecem uma luz na ponta, simulando a brasa. Há fabricantes que afirmam que ele é criado para diminuir o vício de algumas pessoas, pois a dose de nicotina pode ser diminuída com o decorrer do tempo. Existem vários estudos que mostram que uma porcentagem dos fumantes fuma por hábito, não por vício. E é com base nesses estudos que os produtores de e-cigarette se baseiam para vender os produtos. (...) Nos Estados Unidos, apenas alguns estados proíbem a comercialização dos aparelhos, enquanto outros legalizam a venda e alguns vetam apenas que menores possam consumi-los. Outros países dividem opiniões acerca deles. Na China, a prática é legalizada, mas os preços cobrados pelos cigarros comuns são muito mais baixo do que o gasto com e-cigarros. (...) Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/saude/11335-o-que-e-cigarro-eletronico-e-por-que-ele-e-proibido-.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

realizadas nos Estados Unidos¹⁷⁸, o que demonstra falta de empenho no aprofundamento do tema.

7. CONCLUSÃO

A cultura do tabaco no Brasil, desde o período colonial, tinha e tem caráter histórico-cultural, financeiro e político-social bastante acentuado, apesar do índice de fumantes ter caído nos últimos anos.

A legislação brasileira é vasta e restritiva, conforme visto no tópico 2.2., preservando suficientemente os não fumantes.

Por sua vez, o fumo não é um produto proibido e nem o fumante um criminoso. Logo, consoante fundamentado, para além do direito ordinário existe um autêntico direito fundamental de fumar, nos termos da CR/88.

¹⁷⁸ Cfr. a matéria Anvisa veta uso de cigarro eletrônico no Brasil de AN-GELA PINHO da Folha de S.Paulo, em Brasília. (...) Estão proibidos no Brasil o consumo e o comércio de cigarros eletrônicos-aparelhos que simulam o fumo e são vendidos como promessa para ajudar o fumante a se livrar do vício. Segundo a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que determinou o veto ao produto ontem, não há nenhuma evidência de que eles ajudem a parar de fumar. A agência também se apoiou em constatações da FDA, o seu par norte-americano, de que o produto contém substâncias cancerígenas e nicotina - ao contrário do que alegam os seus fabricantes chineses -, embora ainda não se saiba exatamente quanto desses compostos são absorvidos. "O indivíduo acha que está parando de fumar, mas ele não está porque existem as tais substâncias", afirma Jussara Fiterman, presidente da SBPT (Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia). De acordo com ela, a presença de materiais como o dietileno glicol é o que diferencia o produto de outros mecanismos comumente usados para ajudar a parar de fumar, como o adesivo e o chiclete de nicotina. "A nicotina é a parte do cigarro que dá o prazer, mas, em termos de danos, é até menos nociva. Se o paciente for tratado com essas terapias, é evidente que o médico vai saber a dose adequada e o momento de reduzir a dose", diz Fiterman. Disponível em: <<<http://www1.folha.uol.com.br/fohla/equilibrio/noticias/ult263u615055.shtml>>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

Em virtude disso, é correto asseverar que o legislador e o executivo andaram mal ao alterar o art. 2º e § 3º, da Lei 9.284/96 (pelo art. 49 da Lei 12.546/11), uma vez que inconstitucional no que tange à supressão dos espaços reservados em locais coletivos públicos e privados para fumantes pelos motivos declinados no tópico 5.

O assunto necessita ser melhor debatido pela sociedade e juristas, de maneira mais democrática, como feito na União Européia e em Portugal. Inclusive, podem ser utilizadas como parâmetros iniciais (para discussão) as normas da legislação portuguesa.

Respondendo à indagação inicial: os fins não justificam os meios (ilícitos ou inconstitucionais), pois devemos antes debater as questões, mas nunca oprimir o cidadão, para quaisquer fins que sejam – ainda que os mais elevados e altruístas – sob pena de os meios utilizados para resolução dos problemas ocasionarem o regresso democrático e violações de liberdades constitucionais de todas as ordens, especialmente nesse caso, a da livre autodeterminação.

Isso posto, devemos estar atentos (e refletir) para que medidas restritivas análogas não se alastrem pelo País, em outras áreas pertinentes às liberdades, para evitar, dentre outros, os perigos descritos no tópico 6.



8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José Melo. Direitos fundamentais: Introdução Geral. 2. ed. – Portugal: Príncipe Editora, Lda, 2011.

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 1 – Teoria Geral. *In: A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem jurídica*. 2ª Tiragem. Organizadores: JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/comp.htm>>. Acesso em: 15 de mar. 2012.
- AR Assembléia da República.pt. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 19 out. 2012.
- BARROS, Airton Florentino de. Proibição de fumódromos é uma medida antidemocrática. *In Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2012-jun-11/airton-florentino-barros-proibicao-fumodromos-antidemocratica>>>. Acesso em: 12 de jun. 2012.
- BOBBIO, Norberto. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. *A Era dos Direitos*. Nova ed. 10ª reimpressão – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRANDÃO, Gorette. Agência Senado. Drogas e aborto estão entre os pontos controversos do anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/drogas-e-aborto-estao-entre-os-pontos-controversos-do-anteprojeto-do-codigo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2012.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 6ª Reimp. – Portugal: Almedina, 2003.
- CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do Direito*. 1 ed. – São Paulo:

Saraiva, 2012.

Carta enviada à Presidência da República, em 02/07/2012, Ref. Regulamentação do artigo 49 da Lei 12.546/2011. Disponível em: <http://prevencao.cardiol.br/campanhas/pdf/carta_antifumo.pdf>. Acesso em: 21 out. 2012.

CFM (Conselho Federal de Medicina). Resolução CFM nº 1.995/2012. Disponível: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 07 set. 2012.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. III – Direito de Empresa e o Exercício da Livre Iniciativa. *In: A Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Cigarros. 2ª Tiragem. Organizadores: JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.*

Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776). *In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. [Consult. 2012-05-29]. Disponível em: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)>. Acesso em: 29 mai. 2012.*

DELFINO, Lúcio. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. III – Direito de Empresa e o Exercício da Livre Iniciativa. *In: A Responsabilidade Civil das Indústrias Fumíferas sob a Ótica do Código de Defesa do Consumidor. 2ª Tiragem. Organizadores: JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.*

D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. Direito Ambiental Econômico e a ISSO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISSO 14001. 2 ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO PARÁ. Álcool não combina com trânsito e com vida. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=536>>. Acesso em: 10 abr.2012.
- Direitos Básicos da Constituição Alemã - Artº 1 a 19. Disponível em: <http://www.unileipzig.de/~leite/wiki/Direitos_B%C3%A1sicos_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_Alem%C3%A3_-_Art%C2%BA_1_a_19>. Acesso em: 19 out. 2012.
- EAGLEMAN, David. Incógnito: as vidas secretas do cérebro. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- Ecologia médica. Fumaça dos carros como fator de risco para diversas patologias. Disponível em: <<http://www.ecologiamedica.net/2011/09/fumaca-dos-carros-como-fator-de-risco.html>>. Acesso em 10 abr.2012.
- FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDES, Marly. Neuroética, Direito e Neurociência: Conduta Humana, Liberdade e Racionalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. 1 ed. – Barueri, São Paulo: Manoele, 2007.
- FITZGERALD, James. O prazer de Fumar Cigarros. Tradução: Freitas e Silva. 1 ed. Lisboa: Guerra e Paz, Editores S.A., 2008.
- FOLHA.COM. Em 20 anos o número de fumantes caiu 45% no Brasil. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/791110-em-20-anos-numero-de-fumantes-caiu-45-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 07 abr. 2012.
- FROTA, Mário. Do Ordenamento jurídico do Tabaco e dos seus Produtos na União Européia: reflexos em Portugal. Edição Brasileira. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

- Gobierno de España. Ministerio de La Presidencia. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Constitución Española. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>>. Acesso em: 19 out. 2012.
- HABERMAS, Jürgen. O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno).
- JASPERS, Karl. Introdução ao Pensamento Filosófico. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.
- JOHSON, Mark; CURMUOGEON; GOLDMAN, Scott L. (produtores). Uma Prova de Amor. MY SISTER'S KEEPER, 2009, New Line Productions, INC. Distribuição Exclusiva no Brasil: Playarte Home Video, CNPJ 00.0943.231/0001-39. E-mail: vendas@playart.com.br. Acesse o site: www.playarte.com.br.
- KÜBLER-ROSS, Elisabeth. A Roda da Vida: memórias do viver e do morrer. (tradução Maria Luiza Newlands Silveira). Rio de Janeiro: Sextante, 1998.
- LEAL, João José. Alcoolismo e Acidentes de Trânsito. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=536>>. Acesso em: 10 abr.2012.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 14 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed.- São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. 12. Tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.
- MELLO, Cláudio Ari. Democracia Constitucional e Direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Edi-

- tora, 2004.
- MELO, José Rodrigues de. Efeitos benéficos do uso do rapé in A Cultura do Fumo no Brasil. Tradução e apresentação de Silva Bélkior. Rio de Janeiro: Patrocínio Souza Cruz, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.
- MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Tradução: Pedro Madeira. Coimbra: Edições 70, LDA, 2006.
- Ministério das Cidades. DENATRAN - Departamento Nacional de Trânsito, RENAVAM-Registro Nacional de Veículos Automotores. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/frota.htm>>. Acesso em: 10 abr.2012.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Tomo IV. 5. ed. Lisboa, Coimbra Editora S.A., 2012.
- MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional. 8. ed. atual. – São Paulo, Atlas, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MORIN, Edgar. Introdução ao Pensamento Complexo. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- MY SISTER'S KEEPER, 2009, New Line Productions, INC. Distribuição Exclusiva no Brasil: Playarte Home Video, CNPJ 00.0943.231/0001-39. E-mail: vendas@playart.com.br. Acesse o site: www.playarte.com.br.
- NARDI, Jean Baptiste. O Fumo no Brasil Colônia. Coleção Tudo é história n. 121. São Paulo, editora brasiliense, 1987.

- NARDI, Jean Baptiste. A História do Fumo Brasileiro. Disponível em: <http://gregoriopipes.blogspot.com.br/2009/11/historia-do-fumo-brasileiro_24.html>. Acesso em: 10 abr. 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. 1 ed. (reimpressão). Ed. Coimbra S/A: Lisboa, 2011.
- _____. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria. Coimbra Editora, 2006.
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- O que é cigarro eletrônico e por que ele é proibido?. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/saude/11335-o-que-e-cigarro-eletronico-e-por-que-ele-e-proibido-.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2012.
- Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios sobre o tabagismo no Brasil, realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, INCA – Instituto Nacional do Câncer, Ministério da Saúde, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Rio de Janeiro, 2009, ISBN 978-85-240-4101-3 (meio impresso).
- PINHO, Angela. Anvisa veta uso de cigarro eletrônico no Brasil. Disponível: <<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u615055.shtml>>>. Acesso em: 07 jun. 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social ou Princípios do direito político. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional, 2006. – (Série Filosofar).
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.
- SENADO FEDERAL. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622>. Acesso em: 07 jun. 2012.

SOUZA CRUZ. Plantação da Souza Cruz em Meados do Século XX.

Disponível em:

<http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9KPU?opendocument&SKN=1http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9KPU?opendocument&SKN=1>. Acesso em: 10 abr. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.277/DF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Dje nº 198 Divulgação 13/10/2011. Publicação 14/10/2011. Ementário nº 2607-03, p. 855-861.

VARGAS, Denise. Manual de Direito Constitucional. 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZIMMERMANN, Egberto. Criminologia e Natureza Humana: possíveis contribuições da psicologia evolucionista para o estudo da criminalidade. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.