

Luís Renato Vedovato

Professor Associado da UNICAMP, é Livre Docente pela UNICAMP, Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP; Conselheiro da Aliança de Controle do Tabagismo Direitos Humanos; Membro do Academic Advisory Group of the Global Center for Legal Innovation on Food Environments (“Global Center”) do O’Neill Institute for National and Global Health Law (Georgetown University); Foi Editor Associado do Journal of Poverty and Social Justice até 2023; Professor de Direito Internacional Público da PUC de Campinas; Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Educação da Faculdade de Educação da UNICAMP; Membro do Laboratório de Políticas Públicas e Planejamento Educacional - LaPPlanE; Pesquisador Associado do Observatório das Migrações em São Paulo; Pesquisador do Projeto de Pesquisa sobre Pobreza Multidimensional da Cardiff University e da UNICAMP; Pesquisador FAPESP do projeto “O conceito de dignidade humana relacionado às necessidades socialmente percebidas - vulnerabilidades e direito das minorias” (Proc. Fapesp 2022/15017-5).

EMAIL: lrvedova@unicamp.br

A CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Omissões, hierarquia e competências

THE FRAMEWORK CONVENTION ON TOBACCO CONTROL AND THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM
Omissions, hierarchy, and competencies

Luís Renato Vedovato*

Mestre e doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo
 Professor de Direito Internacional da UNIP, FACAMP E PUC de Campinas

“Tobacco epidemic death toll:
 100 million dead in the 20th century
 Currently 5.4 million deaths every year
 Unless urgent action is taken:

By 2030, there will be more than 8 million deaths every year
 By 2030, more than 80% of tobacco deaths will be in
 developing countries
 One billion estimated deaths during the 21st century
 Reversing this entirely
 preventable epidemic must now
 rank as a top priority for public
 health and for political leaders in
 every country of the world.”

Margaret Chan
*Diretora Geral da Organização Mundial da Saúde*¹

Resumo. A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco foi ratificada pelo Brasil em 2006. Tal ratificação tornou a Lei 9.294/96 incompatível com o preceito constitucional de proteção à saúde, insculpido no art. 196 da CF/88, pois reconheceu que o tabaco causa mal à saúde. Logo, não é possível que exista arejamento conveniente, como a lei federal prevê, dessa forma, para se proteger a saúde, como estabelecido na CF, é necessário que se proíba o fumo em ambientes fechados. A possibilidade de restrição ao fumo existe, pois não existe direito absoluto, sendo possível a ponderação entre direitos para que se consiga a melhor solução.

Palavras chave: Convenção – tabaco – saúde – hierarquia dos tratados.

Abstract. The Framework Convention on Tobacco Use Control was ratified by Brazil in 2006. Such ratification made Law 9.294/96 incompatible with the constitutional

¹ Cf. WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2008: The MPOWER package, p. 3.

provision of health protection, inscribed in art. 196 of CF/88, as it recognized that tobacco is harmful to health. Therefore, it is not possible for there to be adequate ventilation, as the federal law provides, thus, to protect health, as established in the CF, it is necessary to prohibit smoking in closed environments. The possibility of restricting smoking exists, as there is no absolute right, and it is possible to balance between rights in order to achieve the best solution.

Keywords: Convention – tobacco – health – treaty hierarchy.

1. Aspectos Introdutórios. De início, é relevante destacar que há vários dados que informam sobre os males causados pelo tabaco, como também, não com a mesma clareza e certeza do tabaco, existem inúmeras informações sobre os males causados pelo colesterol, pela bebida, pelo leite, entre vários outros tipos de produtos. O que diferencia o tabaco dos demais produtos, e isso deve ficar claro, é que o seu uso causa danos diretos à saúde daqueles que não são fumantes. Dessa forma, o que se quer deixar evidenciado, já na introdução, é que não se prega aqui a saúde total, nem se pretende defender que existem padrões de saúde que devem ser seguidos por todos. Definitivamente, não é isso que se almeja. O que se busca demonstrar no presente trabalho é a possibilidade de se proteger o direito à saúde daquele que não quer fumar pela criação de restrições ao uso do tabaco, o que indiretamente atinge também a saúde do fumante e, por isso, pode ser confundido com uma tentativa de impor um padrão de conduta saudável às pessoas. Não, e é necessário que se repita, não é isso que se quer. A possibilidade de limitação a direitos fundamentais é o foco, e a limitação do uso do tabaco é dessa forma estudada. A análise da questão envolve a legislação interna, mas, principalmente, as normas internacionais. De fato, a questão do tabaco ultrapassou as fronteiras e tornou-se uma preocupação mundial. Por conta disso, em 2003, foi celebrado um tratado internacional sobre o controle do tabaco, batizada de Convenção-Quadro sobre o Controle do Uso do Tabaco. O Brasil é um dos signatários (expressou sua concordância com o texto em 16 de novembro de 2003), tendo efetivado a ratificação em 03 de novembro de 2005. O Decreto Presidencial que deu publicidade interna à ratificação é o de número 5.658 de 02 de janeiro de 2006. Apesar, no entanto, da ratificação, não houve a recomendável alteração expressa da legislação interna federal sobre o tema, a lei 9294/96, que ainda prevê, em seu art. 2º, os

chamados fumódromos. O trabalho aqui a ser desenvolvido tem como objetivos identificar as omissões do legislador federal, no que toca à adequação da lei 9294/96, discorrer sobre a hierarquia da Convenção-Quadro sobre o Uso do Tabaco e, por conta da omissão federal, a competência dos demais entes federativos. É natural, também, que se discuta a limitação a direito fundamental, como acima já exposto.

2. As preocupações explicitadas na Convenção-Quadro. A preocupação mundial com o uso do tabaco, que é identificado como uma grave questão de política pública de saúde², é demonstrada pelo texto da Convenção, ao explicitar que a propagação da epidemia do tabagismo é um problema mundial com sérias consequências para a saúde pública, que exige a mais ampla cooperação internacional possível e a participação de todos os países em uma resposta internacional eficaz, apropriada e integral.

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde³, no século XX, foram 100 milhões de mortes causadas pela epidemia do tabaco e, segundo a mesma fonte, tal número poderá chegar a um bilhão de pessoas no século XXI.

Também se ocupa a Convenção da drenagem de recursos⁴ que se identifica pelo consumo do tabaco, tanto no âmbito familiar, pois, os recursos utilizados para o tabaco poderiam servir para incremento da saúde e da educação, quanto no âmbito nacional, pois, há remessa de lucros e pagamento de *royalties* para os detentores dos direitos de uso das marcas⁵. Nesse passo, a Convenção deixa evidente que leva em conta a preocupação da comunidade internacional com as, por ela chamadas, devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo.

A celebração da convenção, no contexto global, é motivada pelo aumento do consumo e da produção mundial de cigarros e outros produtos de tabaco, identificados pela

² Como se pode perceber pela análise da doutrina, o direito à saúde e as leis sobre o orçamento travam longas batalhas, dessa maneira, a prevenção, por meio de políticas públicas para promoção da saúde, tende a ser a melhor maneira de coordenar tais direitos fundamentais, para uma visão interessante sobre o tema, confira-se AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. “Há direitos acima dos orçamentos?” in SARLET, Ingo e TIMM, Luciano (orgs). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p.87-110.

³ WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2008: The MPOWER package.

⁴ Nesse ponto, a alusão se refere ao recurso financeiro que é destinado para a manutenção do vício.

⁵ Vale aqui ressaltar que a produção chinesa de tabaco é estatal, não sendo esse um problema para a China. Geneva, World Health Organization, 2008. Importante também analisar o uso da força no âmbito internacional por parte de pessoas jurídicas de direito privado, como as multinacionais. Sobre o uso da força, cf. HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra Justa à Guerra Econômica – uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Editora Saraiva; 1996.

Organização Mundial da Saúde, particularmente, nos países em desenvolvimento, assim como o ônus que se impõe às famílias, aos pobres e aos sistemas nacionais de saúde, o que denota a atenção das partes contratantes com a fuga de recursos familiares para um produto que causa diminuição da saúde.

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

Nesse ponto, ou seja, na distância entre a exposição ou uso e a revelação da doença, talvez esteja o maior desafio do controle do uso do tabaco. Assim como acontece no tocante à verificação do respeito ao não retrocesso em direitos sociais⁶, há vários outros fatores que podem trazer confusões à identificação da doença desenvolvida como consequência do uso ou, principalmente, à exposição à fumaça do cigarro⁷. De fato, de acordo com Christian Courtis⁸, a proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais é tema que faz parte tanto do direito internacional dos direitos humanos quanto do direito constitucional interno de cada país. Se a busca pela saúde deve ser constante e progressiva, a restrição ao uso do tabaco é o caminho natural para se coibir o retrocesso e disponibilizar mais recursos para a saúde. O planejamento de política pública saudável é a forma de conseguir superar a escassez de recursos ou de, pelo menos, diminuir tal problema.⁹

Os Estados que celebraram a Convenção de Controle do Tabaco demonstraram-se conscientes do trabalho sobre controle do tabaco conduzido por vários Estados,

⁶ COURTIS, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” in COURTIS, Christian. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: CELS, 2006, pp. 03-52.

⁷ Entendo que a insistência na posição de que não se pode proibir o fumo em ambientes fechados por completo guarda relação com a não revelação imediata da doença causada pela exposição ao fumo, se fosse imediata, certamente, os argumentos de que a convivência deve ser garantida não teriam condições de serem defendidos de maneira mais óbvia. Dessa forma, então, não há dúvida sobre o dano causado, no entanto, a consequência tardia pode iludir sobre as causas das enfermidades.

⁸ COURTIS, Christian. “La prohibicion de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” in COURTIS, Christian. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: CELS, 2006, pp. 03-52.

⁹ AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. “Há direitos acima dos orçamentos”? in SARLET, Ingo e TIMM, Luciano (orgs). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p.87-110

destacando a liderança da Organização Mundial de Saúde, bem como os esforços de outros organismos e entidades do sistema das Nações Unidas e de outras organizações intergovernamentais internacionais e regionais no estabelecimento de medidas de controle do tabaco. Além de destacar o trabalho do 3º setor no controle do tabagismo. Por outro lado, a força da indústria não é descartada, as partes reconhecem a necessidade de manter a vigilância ante qualquer tentativa da indústria do tabaco de minar ou desvirtuar as atividades de controle do tabaco, bem como a necessidade de manterem-se informadas sobre as atuações da indústria do tabaco que afetem negativamente às atividades de controle do tabaco.

As partes também identificaram a Convenção como sendo um tratado de proteção aos direitos humanos, fazendo as seguintes referências em seu preâmbulo:

“Recordando o Artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, pelo qual se declara que toda pessoa tem direito de gozar o mais elevado nível de saúde física e mental;

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

Determinadas a promover medidas de controle do tabaco fundamentadas em considerações científicas, técnicas e econômicas atuais e pertinentes;

Recordando que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979, dispõe que os Estados Participantes daquela convenção devem tomar as medidas cabíveis para eliminar a discriminação contra as mulheres na área da atenção médica,

Recordando ademais que a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989,

dispõe que os Estados Participantes daquela convenção reconhecem o direito da criança de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde,”

Identifica-se, portanto, que o controle do tabagismo é tido como um meio de efetivação de direitos humanos, não só diretamente, pois o direito à saúde é incrementado, mas também indiretamente, como forma de política pública de saúde e, portanto, permitindo que os recursos escassos para efetivação de direitos sociais sejam melhor distribuídos.

Como a convenção em tela tem viés protetivo aos direitos humanos, há que se discutir se a não aplicação de tal tratado no Brasil viola a Constituição Federal, tendo-se em vista os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CF.¹⁰

3. A Convenção-Quadro e o Direito interno brasileiro. Vale, inicialmente, destacar que o controle do tabaco está conceituado na Convenção da seguinte forma:

“‘controle do tabaco’ é um conjunto de estratégias direcionadas à redução da oferta, da demanda e dos danos causados pelo tabaco, com o objetivo de melhorar a saúde da população, eliminando ou reduzindo o consumo e a exposição à fumaça de produtos de tabaco;” destacado

O art. 8º, 2, da Convenção assim dispõe:

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

¹⁰ Para análise de julgados do STF relativos ao direito internacional, cf. MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional – uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2000; cf. também MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2000.

Internamente, a Lei Federal 9.294/96 veio para controlar o uso do tabaco, porém, como contém termos abertos, dos quais é exemplo a expressão “arejamento conveniente”, ela não conseguiu afastar o dano à saúde¹¹. De fato a lei 9.294/96 assim dispõe em seu art. 2º:

Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígero, 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. (Destacado).

Dessa maneira, o dispositivo, por conter expressões pouco precisas, traz dificuldades para se garantirem os chamados Ambientes Livres de Tabaco (ALT's). Todavia, a Convenção-Quadro tem, no mínimo, hierarquia de lei federal e, sendo mais restritivas, pois alerta para a necessidade de criação de ALT's como forma de garantir a proteção à saúde, que tem também determinação posta na própria Constituição Federal (art. 196), ela impediria a aplicação do art. 2º acima destacado.

Logo, alguns desafios se colocam, destacando-se a hierarquia da Convenção Quadro, a possibilidade de limitar o fumo em ambientes fechados e, por fim, a discussão sobre a possibilidade de um ente da federação (Estado de São Paulo, por exemplo) criar normação que seja adequada à Convenção¹².

4. A hierarquia da Convenção Quadro. Como um tratado, a Convenção segue o regime jurídico dessa fonte do direito. Logo, o ponto fulcral é definir qual a sua hierarquia no ordenamento jurídico interno, depois de incorporada. Vale ressaltar que tal indagação só tem razão de existir em países que adotam o monismo, pois, para países dualistas, a incorporação demanda uma intervenção parlamentar após a ratificação¹³.

¹¹ Art. 2º da lei 9.294/96

¹² Para uma análise sobre as aproximações e afastamentos entre economia e direito no direito internacional, cf. MAGALHÃES, José Carlos. *Direito Econômico Internacional – Tendências e Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005

¹³ Cf. BUERGENTHAL, Thomas. Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law. *Recueil Des Cours*. 1992; 235:305-410, pg. 316. Cf. Também a análise das fontes do direito internacional público em ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO e Silva, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Casella, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva; 2002. Cf. também SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas; 2004.

Por mais que a discussão entre monista e dualistas¹⁴, nos últimos anos tenha caído no desuso¹⁵, entende-se que ela é de suma importância¹⁶ para se compreender exatamente o procedimento para sua revogação, podendo-se, em última análise, até mesmo, dizer-se que, nos países monistas, a desvinculação do país de um tratado internacional é pressuposto para que a norma dele proveniente seja revogada.

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

Ressalte-se, quanto a essa última hipótese, o caso Espanhol, que determina a alteração constitucional antes que haja a vinculação a um tratado contrário a uma disposição da mesma¹⁷.

Invariavelmente, entra em discussão a possibilidade de violação da soberania do Estado quando se levanta a hipótese de prevalência do tratado sobre a constituição¹⁸. Mas, deve-se ter presente que o direito internacional tem como principal característica o consentimento, ou seja, nenhum país se vincula, em tese, a um tratado se assim não desejar¹⁹. Além disso, especificamente no que diz respeito aos direitos fundamentais, a sua internacionalização pode evitar exageros totalitários²⁰ ou pressões econômicas

¹⁴ Não é objeto do presente trabalho a análise do ordenamento jurídico brasileiro e sua adequação à teoria monista ou dualista. Parte-se do pressuposto de que é monista. Nesse sentido VEDOVATO, Luís Renato. *Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Ed. Impactus, 2008.

¹⁵ cf. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT; 2000, pg. 65: “Jiménez de Aréchaga, por sua vez sustenta que a discussão entre monistas e dualistas não afeta outro ponto, mais essencial para aferir-se a eficácia e validade dos tratados nos ordenamentos internos. Importa mais é analisar a hierarquia que os tratados ocupam nas legislações internas, crucial para definir-se qual das normas prevalece em caso de conflito”.

¹⁶ Cf. CHAUMONT, Charles. *Cours Général de Droit International Public. Recueil Des Cours*. 1970; 129:333-450, pg. 333. Cf. BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press; 1990, p. 210. Sobre o tema, VEDOVATO, Luís Renato. *Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Ed. Impactus, 2008.

¹⁷ MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público - Parte General*. 2^a ed. Madrid: Editorial Trotta; 1995, pg. 503. Cf. também PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 4^a ed. Madrid: Tecnos; 1993.

¹⁸ cf. DELBEZ, Louis. *Les Principes Généraux du Droit International Public*. Paris: LGDJ; 1964, pg. 85.

¹⁹ cf. MALANZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7^a ed. London: Routledge; 1998 , pg. 3.

²⁰ cf. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras; 1988, pg. 118: “O valor atribuído à pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, é parte integrante da tradição, que se viu rompida com a irrupção do fenômeno totalitário.” Cf. também COMPARATO, Fábio Konder. *O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos*. In: *Publicação Especial em Comemoração aos 10 anos de Fundação da Associação Juízes para a Democracia. Direitos Humanos - Visões Contemporâneas*.

internas. Realmente, a internacionalização da proteção dos direitos fundamentais traz benefícios incomensuráveis aos indivíduos, criando mais uma fonte de proteção contra atos ou, como no presente caso, omissões do Estado.

Posicionamentos importantes para o tema devem ser analisados, principalmente o proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que é o que soa mais forte e vai no sentido de que o Tratado Internacional assume a hierarquia de lei ordinária sendo válida a regra de que lei posterior revoga lei anterior (RE 80.004), tornando possível, assim, que um tratado seja revogado por uma lei ordinária, desde que posterior. Além do posicionamento recente sobre tratados sobre direitos humanos, que teriam hierarquia supralegal.

Uma das funções do presente trabalho é analisar tal posição, pois, como ensina Karl Engisch, há a necessidade de se entender as mudanças mundiais e, antes de apenas aplicar o direito do mesmo modo que é aplicado no âmbito interno, deve-se abrir caminho, pois “constitui um privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as outras ciências da cultura, o facto de ela não abrir caminho ao lado ou atrás do Direito, mas, antes, poder afeiçoar o Direito mesmo e a vida que nele e sob a sua égide decorre”²¹.

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

Porém, há elementos para se classificar a Convenção-Quadro como um tratado internacional de direitos humanos, o que se depreende do seu preâmbulo. Logo, a

São Paulo: Associação Juízes para a Democracia; 2001, pg. 16: “O que importa dizer, antes de mais nada, do sistema de direitos humanos, é que ele representa o principal elemento de integração do direito interno ao direito internacional, representado assim o núcleo pré-constitutivo da mencionada ‘sociedade universal do gênero humano’”.

²¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7^a Ed. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, pg. 13.

aplicação dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal deve ser levada em conta, além, por óbvio, da hierarquia que daí decorre.

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

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

Celso Lafer²², apesar de se referir apenas aos tratados anteriores à CF/88, defende que: **“Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados.”**

Vai além o Min. Celso Mello, reconhecendo, em voto proferido no HC 87.585-8 – TO, hierarquia materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil se vinculou,

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

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

Se, no entanto, o entendimento esposado for o trazido pelo Min. Gilmar Mendes, ela possui hierarquia supralegal, revogando, portanto, a Lei 9.294/96. E, por fim, se o

²² A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais, p. 15/18, 2005, Manole

posicionamento mais conservador for o adotado, o de que o tratado tem hierarquia de lei federal, mesmo assim, a Lei Federal deve ser afastada, pois, a Convenção identifica os males causados pelo tabaco e, como a Lei 9294/96 permite o fumódromo, ela deveria ser entendida como incompatível com a Constituição, pois a Lei Maior protege a saúde em seu art. 196.

5. A possibilidade de se limitar o fumo em ambientes fechados. Com relação ao presente ponto, é necessário salientar que nenhum direito é absoluto, por isso, toda liberdade, em tese, pode ser alvo de limitações. É a forma de se dar concretude à velha frase: “o direito de um termina onde começa o do outro”.

No direito, essa frase foi objeto de muitos estudos, sendo os mais recentes aqueles que levam à análise da obra do americano Ronald Dworkin²³ e dos escritos do alemão Robert Alexy²⁴. Os casos difíceis do primeiro e a regra da proporcionalidade, para solução de colisão de princípios, do segundo, são constantemente lembrados pelos juristas.

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

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

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

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

Muito não se precisa caminhar, conforme ensina Virgílio Afonso da Silva²⁵.há que serem realizadas as seguintes perguntas:

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

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 1999

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,1993

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50

- (b) é o único caminho para tanto?
- (c) a solução é proporcional no sentido estrito?

O que se deseja é proteger a saúde dos não fumantes, ou melhor, com a proibição de se fumar em locais coletivos, públicos ou privados, o que se deseja é se diminuir a incidência de doenças tabaco relacionadas em não fumantes.

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

Porém, à segunda questão, alguém poderia dizer que não é o único caminho, pois, pensaria em distribuição de máscaras contra gases poluentes a todos os não fumantes. Essa alternativa não seria proporcional em sentido estrito, pois demandaria um dispêndio muito maior apenas para garantir que parte da população possa fumar.

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

6. Referências Bibliográficas.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO e Silva, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Públíco*. 15^a ed. Casella, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva; 2002.

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

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

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press; 1990.

BUERGENTHAL, Thomas. Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law. *Recueil Des Cours*. 1992; 235:305-410.

CHAUMONT, Charles. *Cours Général de Droit International Public*. *Recueil Des Cours*. 1970; 129:333-450,

COURTIS, Christian. “La prohibicion de regresividad em matéria de derechos sociales: apuntes introductorios” in COURTIS, Christian. *Ni un paso atrás*.

- La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.* Buenos Aires: CELS, 2006, pp. 03-52.
- CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito Internacional Público.* Coimbra: Almedina; 2000.
- DELBEZ, Louis. *Les Principes Généraux du Droit International Public.* Paris: LGDJ; 1964,
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público.* 2ª. Edição. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* São Paulo: Martins Fontes, 1999
- DUPUY, René-Jean. *Le Droit International.* Paris: PUF; 1963.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* 7ª Ed. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996
- HELLER, Hermann. *La Soberanía - Contribución a la teoría del derecho estatal y de derecho internacional.* Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica; 1995.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Da Guerra Justa à Guerra Econômica – uma revisão sobre o uso da força em direito internacional.* São Paulo: Editora Saraiva; 1996.
- LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais.* Manole. 2005.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras; 1988
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional – uma análise crítica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2000.
- MAGALHÃES, José Carlos. *Direito Econômico Internacional – Tendências e Perspectivas.* Curitiba: Juruá, 2005.
- MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law.* 7th. ed. London: Routledge; 1998.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público - 2 vols.* 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2002.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2000.
- MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público - Parte General.* 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta; 1995.

PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 4^a ed. Madrid: Tecnos; 1993.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público - Curso Elementar*. 9^a ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

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

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. 2^a ed. São Paulo: Editora Atlas; 2004.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT; 2000

VEDOVATO, Luís Renato. *Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Ed. Impactus, 2008.

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

7. Julgados analisados.

HC 87.585-8

RE 80.004

RE 466.343-1- SP