

A PROIBIÇÃO DE “FUMÓDROMOS” NO BRASIL PELA LEI 12.546/11: UMA ABORDAGEM PELA ORDEM CONSTITUCIONAL

THE BAN ON “SMOKING SPOTS” IN BRAZIL BY LAW 12.546/11: AN APPROACH THROUGH THE CONSTITUTIONAL ORDER.

Kelly Cristine Baião Sampaio
Fellipe Guerra David Reis

RESUMO

O presente artigo intenta analisar a adequação da normativa que alterou a Lei 9.294/96 proibindo a existência de espaços devidamente preparados, em locais coletivos fechados, destinados ao fumo, os “fumódromos”, com os valores constitucionais pátrios, fundamentos da república: o princípio democrático e a dignidade da pessoa traduzida em liberdade e solidariedade. Motivados por argumentos paternalistas perfeccionistas, os entes estatais, não raras vezes, *anulam* direitos individuais sob o argumento de “promoção” a direitos coletivos, o que, inegavelmente, vai de encontro àqueles fundamentos do Estado de Direito. Assim, partindo-se de uma relação necessária entre o sistema jurídico e o sistema moral, afirma-se a necessidade de uma epistemologia construtivista, tal como proposta por Arnauld, por sua abordagem teleológica e relacional, para se verificar o objeto deste trabalho, isto é, a constitucionalidade do artigo 49 da Lei 12.546/11.

PALAVRAS-CHAVE: construtivismo; sistema moral; dignidade humana; democracia; fumódromos; adequação constitucional

ABSTRACT

The present paper intends to analyze the adequacy of the rules that changed the Law 9.294 of 1996 prohibiting the existence of properly prepared spaces, at closed collective spaces, for smoking, the “smoking spots”, with the constitutional values that are foundation of the republic: the democratic principle and the human dignity translated into liberty and solidarity. State entities, motivated by paternalistic and perfectionists arguments, often, *override* individual rights on the grounds of "promoting" collective rights, which undeniably, goes against those foundations of the democratic state of Law. Thus, starting from a necessary relationship between the legal and the moral systems, states the need for a constructivist epistemology, as suggested by Arnauld, for its teleological and relational approach to verify the object of this study, i.e., the constitutionality of the Article 49 of Law 12.546/11.

KEYWORDS: constructivism, moral system; human dignity; democracy; “smoking spots”; constitutional adequacy.

Sumário: 1. Introdução ao problema; 2. Um (breve) panorama sobre a legislação antifumo na País; 3. O fundamento dos direitos: por uma abordagem construtivista; 4. Democracia e Dignidade como fundamentos da república; 4.1. O real significado de Estado Democrático de Direito; 4.2. Dignidade humana: entre liberdade e solidariedade; 5. A adequação da Lei 9.294/96 aos valores constitucionais antes e depois da alteração feita pela Lei 11.546/11; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução ao problema

O desenvolvimento científico-tecnológico das últimas décadas, para além de moldar¹ e operacionalizar a sociedade contemporânea, é o principal responsável por descortinar a problemática decorrente das ações humanas sobre a própria espécie e sobre seu meio, ou seja, foi tal avanço que possibilitou – ou ampliou – o domínio humano sobre o natural e, paralelamente, apontou os problemas dele decorrentes.

Em face desses problemas, indubitavelmente merecedores de tutela, surge a terceira geração de direitos fundamentais, os direitos coletivos ou difusos. Estes, que muito embora não possam ser formalmente considerados hierarquicamente superiores aos de primeira e segunda gerações, devendo antes ser conjunta e cumulativamente interpretados, tomaram, materialmente, o centro do debate jurídico-político moderno.

Tal “tomada” em nada tem se mostrado inócua. Na busca pela efetivação desses direitos coletivos, não raras vezes, os Estados interferem indevidamente na esfera individual mitigando ou mesmo anulando direitos.

Sobre esta mitigação/anulação que se tratará no presente trabalho. Em especial, no que toca a Lei 12.546 de dezembro de 2011, que retirou a exceção da proibição de uso de produtos derivados do tabaco em locais coletivos fechados, privados ou públicos, presente no artigo 2º da Lei 9.294/96, isto é, a permissão do uso daqueles produtos em áreas especialmente delimitadas e preparadas, os “fumódromos”. Seria, pois, conforme os valores constitucionais pátrios a completa proibição do uso de produtos fumígenos nestes ambientes *anulando-se* direitos individuais?

Para a solução do referido problema, valer-se-á de uma abordagem construtivista² do Direito como sistema na interpretação dos valores constitucionalmente positivados, notadamente no princípio da dignidade humana – e sua tradução em liberdade e solidariedade – e, também, no princípio democrático, de modo a analisar a compatibilidade (ou não) da referida alteração legislativa com tais valores.

Ademais, justifica-se a necessidade do presente estudo na medida em que ingerências estatais – cada vez mais frequentes – na esfera de liberdades individuais só se justificam, em um Estado Democrático de Direito, quando concretizem valores reguladores da sociedade, os

¹ Refere-se aqui ao Estudo das Gerações como proposto por William Strauss e Neil Howe, notadamente à Geração Y ou ME Generation.

² O método construtivista utilizado é o proposto por André-Jean Arnauld (2008), que não se confunde, por exemplo, com o construtivismo de Frederick A. Rayek ou de Ronald Dworkin.

princípios constitucionais. Se assim não for, serão indevidas, mesmo que aceitas por uma moral maioritária.

2. Um (breve) panorama sobre as legislações antifumo no País

Iniciou-se, notadamente com a Lei Federal 9.294 (BRASIL, 1996a) regulamentada pelo Decreto 2.018 do mesmo ano (BRASIL, 1996b), a restrição do uso de produtos fumígenos³ em lugares coletivos públicos ou privados. Embora se tratasse de clara limitação à direitos individuais, a normativa não trazia maiores problemas hermenêuticos nos sentido de sua adequação aos valores a ela superiores (princípios constitucionais) vez que garantia a existência de espaços, nestes locais coletivos, destinados e devidamente preparados ao exercício da liberdade de fumar, os chamados “fumódromos”.

A Organização Mundial da Saúde publicou em 2003 a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (WHO, 2003), o primeiro tratado internacional sobre saúde pública, segundo a qual é reconhecido o fato científico de que a exposição à fumaça do cigarro causa diversas doenças aos chamados fumantes passivos. Ao assinar a referida, também no ano de 2003, o governo brasileiro se comprometeu a criar ambientes completamente livres do cigarro.

Em maio de 2009, o governo do Estado de São Paulo editou a lei 13.541 (SÃO PAULO, 2009) que proibia o fumo nos moldes da já citada legislação federal e, ainda, retirava a possibilidade de existência dos “fumódromos” fundamentando-se, para tanto, na tendência mundial de proteção aos fumantes passivos, isto é, em um direito coletivo da sociedade⁴ de não ser exposta às substâncias nocivas provenientes do fumo. Impossibilitou-se completamente, portanto, a liberdade de fumar naqueles locais.

O Estado do Rio de Janeiro, seguindo o modelo paulista, editou também, em agosto de 2009, a Lei 5.517 (RIO DE JANEIRO, 2009) nos mesmos moldes da Lei 13.541/09. Ao lado destas, surgiram também leis Municipais disciplinadoras do tema, como a Lei 11.813 (JUIZ DE FORA, 2009) do município de Juiz de Fora, Minas Gerais.

Em 2011, com a emenda à Medida Provisória 540/2011 – posteriormente convertida na Lei 12.546 (BRASIL, 2011) –, retirou-se, em âmbito federal, ao alterar o artigo 2º da Lei 9.294/09, a permissão dos “fumódromos” nos locais públicos ou privados de uso coletivo.

³ Originalmente a Lei utilizava o termo *fumífero*, certamente no sentido do termo hoje utilizado, fumígeno, ou seja, que produz fumo.

⁴ Cf.: SÃO PAULO. Lei Antifumo. Disponível em: <<http://www.leiantifumo.sp.gov.br/portal.php/lei>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

Anulando-se, como já se havia feito em limites estaduais e municipais, o direito de fumar nestes ambientes.

Isto posto, necessário é que, primeiramente, se busque o fundamento, o porquê, na edição de normas jurídicas – exteriorizadas em regras ou princípios

3. O fundamento dos Direitos: por uma abordagem construtivista

Norberto Bobbio afirma que as exigências – sociais –, que fundamentam a necessidade da tutela jurídica sobre determinado tópico, nascem em função de novos carecimentos e que estes, por sua vez, nascem quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los (2004, p. 6).

Embora tal afirmação dissesse respeito ao nascimentos das gerações de direitos fundamentais, não seria errôneo afirmar que não somente estes, mas também os demais diplomas normativos tem (ou deveriam ter) por fundamento a tentativa de tutelar exigências sociais provindas de novos carecimentos.

As exigências, contudo, não surgem ao acaso ou metafisicamente. Ao revés, são fruto de circunstâncias históricas, políticas, sociais, econômicas, etc., ou seja, circunstâncias que são influenciadas (e influenciadoras) por (de) uma moral comunitária.

Sobre o papel da Moral no desenvolvimento do Direito, H. L. A. Hart afirma:

[...] não se pode negar em sã consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas com insistência por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceita. (2009, p. 239).

De tais afirmações, entretanto, não se deriva que a ordem jurídica deverá necessariamente mostrar conformidade com uma ordem moral ou basear-se na obrigatoriedade moralmente difundida de obedecer à lei (HART, 2009), como também não se pode afirmar que de uma obrigação moral decorra, necessariamente, um dever jurídico e vice-versa (BOBBIO, 2004).

As exigências sociais, fundamento da necessidade da tutela jurídica, são *influenciadas* por critérios determinantes de uma moralidade. Caso contrário, estar-se-ia afirmando a impossibilidade de mudança do sistema jurídico à parte de uma mudança no sistema moral, o que é falacioso. Aquele, não raras vezes, motivado por exigências concretas,

ao sofrer alterações, exerce influência na moral social alterando-a, mesmo que de forma temporalmente diferida.

Em suma, conclui-se que: 1) o aparecimento de novos carecimentos justificam o aparecimento de novas *exigências* no contexto social e que estas, por sua vez, fundamentam a necessidade de novos *direitos*, como afirmou Bobbio (2004); 2) Tais *exigências* refletem mudanças em circunstâncias que condicionam e são condicionadas por uma mudança na *moralidade* de determinado grupo, ou seja, reflete uma possível mudança na moral desta sociedade⁵.

O exposto reflete a concepção positivista inclusivista, especialmente em Hart, e constitui um dos pilares para a análise a que se propõe o presente trabalho. A referida, contudo, não se mostra como única apta a resolver os problemas e a operacionalizar o Direito em face de uma sociedade pluralizada como a atual, onde os conflitos de interesse concretos, objeto do direito, são cada vez mais recorrentes e cada vez mais complexos. Isto porque tal concepção privilegia a perspectiva com relação ao *objeto* do sistema jurídico, ou seja, a “realidade da realidade”, onde o problema é dado *a priori* e a ciência organiza o mundo organizando-se a si mesma (ARNAULD, 2008).

A epistemologia construtivista, por sua vez, reflete não uma preocupação com o objeto, mas com o *projeto* do sistema, fundante em uma visão *teleológica*. Isto reflete importantes consequências: a necessidade de se recorrer a uma análise em termos de *sistemas* (sistema jurídico e social); a abertura desses sistemas uns aos outros; a recursividade desses sistemas uns aos outros; e a natureza transformacional dessa recursividade (ARNAULD, 2008).

Portanto, nesta epistemologia construtivista o direito adquire de fato um caráter sistêmico⁶, direcionado a realização de um projeto imaginado pelos sujeitos de direito. Neste sentido, Arnauld aduz:

O conhecimento não é mais de um objeto e de sua objetividade; ele torna-se, numa perspectiva de interação entre o objeto e o sujeito, conhecimento de um projeto, o que chamamos de princípio da projetividade. (2008, p. 44).

Ressalta-se que este construtivismo não busca decidir com base em teses Jusnaturalistas ou o Juspositivistas, notadamente porque tais abordagens revelam uma

⁵ Há que se salientar que de modo algum fala-se de uma uniformização moral ou que tais carecimentos sejam compartilhados por todos os indivíduos na sociedade, mas que ao surgirem em determinado grupo, ainda que minoritário, retrata uma mudança moral dos indivíduos desta universalidade.

⁶ Sobre o pensamento sistemático cf.: CANARIS, 2002.

epistemologia fundadora idêntica: a epistemologia positivista⁷. Antes, entende o Direito Natural como os valores histórico-culturais de uma sociedade – a sua Moral –, como um tipo de sistema dentre um conjunto de tipos que se relacionarão entre si. Trata-se, portanto, de um pluralismo jurídico, particularmente relevante no atual cenário transnacional de posituação dos direitos fundamentais, ou seja, a constitucionalização desses direitos.

Assim, conjuga-se aquelas máximas positivistas expostas com uma perspectiva construtivista do sistema jurídico, no sentido de que a moral, externalizada nos valores sociais, é um sistema que está em constante comunicação com o sistema jurídico, transformando-o e sendo por ele transformada, não se podendo tratar de um sistema a parte do outro.

Em suma, propõe-se como marco interpretativo essa perspectiva construtivista do direito – aplicada concretamente com a efetivação dos valores constitucionalmente tutelados – reconhecendo-se o fundamento da edição de normas jurídicas nas exigências sociais e também na relação entre o Direito e a Moral como sistemas influenciadores um do outro.

A partir deste marco, passa-se à análise da conformidade dos diplomas que disciplinam o direito de fumar, como reflexo do direito à liberdade, frente aos princípios constitucionalmente postos, mormente, à dignidade e a democracia.

4. Democracia e Dignidade como fundamentos da República

4.1. O real significado de Estado Democrático de Direito

O *caput* do artigo 1º da Constituição Federal assim afirma: “A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988).

Em termos de organização política, o Estado Democrático é entendido como aquele em que o poder emana do povo, diretamente ou por meio de seus representantes escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto para o exercício de mandatos periódicos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 139).

Por outro lado e tendo-se em vista a relação entre Poder e indivíduo, seria considerado democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007). Isto significa que do ponto de vista material, o conteúdo

⁷ Esta é funda-se em um postulado determinista: o real é suscetível de conhecimento, pois o universo funciona segundo as leis que convêm semente descobrir para alcançar a ciência perfeita. (ARNAULD, 2008, p. 42).

democrático reflete em uma postura positiva, um agir estatal de modo a garantir a promoção dos direitos humanos considerados em suas três gerações – direitos individuais, sociais e difusos – tal como resta claro na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁸.

Neste sentido afirma Denise Vitale Ramos Mendes:

Com efeito, o bem maior tutelado pelo conjunto de direitos humanos – a dignidade da pessoa humana – só pode ser assegurado em sua plenitude em regimes democráticos que observam os princípios da liberdade, da igualdade jurídica, política e social, da solidariedade e do respeito à diversidade étnica, religiosa, sexual e cultural (2001, p. 89).

De fato, sendo a dignidade da pessoa⁹ o fundamento dos direitos fundamentais e tendo-se assegurado no bojo da Declaração de 1948 os princípios básicos da democracia como direitos inerentes ao ser humano, o regime democrático já não se constitui como “*uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado*” (COMPARATO, 1999).

Assim, democrático é o Estado que promove a dignidade da pessoa humana manifesta em direitos individuais, sociais e coletivos com a maior efetividade possível, não apenas através de atitudes negativas – não agir –, mas também de forma positiva – de agir efetivamente.

Contudo, necessário é que se pondere quando, efetivamente, o agir estatal visando à promoção de direitos difusos atenta contra os direitos de primeira geração, ou seja, contra as liberdades civis individuais. Esta ponderação é necessária pela simples constatação histórica em que, na busca por um suposto bem/interesse comum, garantias individuais foram subjugadas e atrocidades cometidas como, por exemplo, no caso do regime nazifascista na Europa da primeira metade do século passado e, no Brasil, da ditadura militar de março de 1964.

⁸ Assim afirma o Art. XXI. 1. *Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.* 2. *Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.* 3. *A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.* Art. XXIX 2. *No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.*

⁹ Miguel Reale afirma que a pessoa é valor-fonte dos demais valores do ordenamento jurídico, aos quais serve de fundamento como categoria ontológica pré-constituente ou supranacional (REALE, 1963 *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

Tal limite, que havia sido duramente aprendido após a 2ª Grande Guerra, com as inovações tecnológicas, que apontam novas ameaças diariamente, e a necessidade de tutela sobre novos direitos coletivos, está se perdendo nos Estados contemporâneos que, ao legislarem, restringem – ou mesmo anulam – direitos arbitrariamente, como se o merecimento de tutela sobre interesses difusos fosse suficiente para a desconsideração de garantias individuais¹⁰,

Qual seria então este limite de intervenção? Ou seja, quando se está efetivamente tutelando interesses difusos tutelados constitucionalmente (ou supra-nacionalmente) e quando se está afrontando liberdades individuais também desta forma tuteladas

4.2. Dignidade Humana: entre liberdade e solidariedade

Como fundamento da República Brasileira, conforme afirma o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a dignidade humana alcança todos os setores da ordem jurídica, o que se mostra como o principal obstáculo enfrentado para se delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos deste princípio (MORAES, 2010).

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2010), o substrato material da dignidade desdobrar-se-ia em quatro postulados: 1) o sujeito moral (ético) reconhece a existência de outros sujeitos iguais à ele; 2) merecedores do mesmo respeito e integridade psicofísica de que é titular; 3) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; 4) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Dignidade seria, pois, igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade¹¹.

A liberdade, muitas vezes confundida com o conceito de autonomia privada, aparenta um liberalismo absoluto, dispare das necessidades da sociedade contemporânea. Contudo, isso não é uma verdade.

A luta entre Liberdade e Autoridade remonta aos tempos antigos da Grécia e Roma, contudo, nesta fase, esse debate se travou entre os súditos, ou alguma classe deles, e o governo. “*Liberdade significava a proteção contra a tirania dos governantes*” (MILL, 1991, p. 45). O poder destes governantes era encarado como necessário, mas altamente perigoso, uma arma que usariam contra seus súditos não menos do que contra inimigos externos.

¹⁰ Neste sentido é que surgem as chamadas teorias positivas da liberdade, isto é, teorias que pregavam uma forma de exercício “bom”, “correto” das liberdades individuais. Isto remete a uma forma de paternalismo perfeccionista onde o Estado, ciente do que é melhor para os seus, dita, de maneira objetiva, as regras de comportamento. Essas teorias positivas de liberdade relacionam-se notadamente com os modelos totalitários e não democráticos.

¹¹ Atentar-se-á aqui, para estes dois últimos apenas pela sua relevância ao tema proposto.

Desta feita, a finalidade dos patriotas consistia em pôr limites ao exercício desse poder de modo a “evitar que os membros mais fracos da comunidade fossem pilhados por inumeráveis abutres”(MILL, 1991, p. 45). Tal limitação era o que entendiam por *liberdade* e foi tentada de duas maneiras: 1) o reconhecimento de certas imunidades, conhecidas por liberdades ou direitos políticos cuja infração era considerada quebra de dever justificando uma resistência específica ou uma rebelião geral; e 2) posterior ao primeiro, consistia no estabelecimento de freios constitucionais, pelos quais o consentimento da comunidade, ou de algum corpo que se supunha representar os interesses da mesma, se tornava uma condição necessária para alguns dos mais importantes atos de poder do dominante.

Com o início da aspiração por governantes eleitos temporariamente – a *democracia* – pensou-se que se havia dado uma importância excessiva no interesse de limitar o poder dos governantes, pois como prosseguisse a luta para fazer o poder dirigente emanar da escolha dos governados, e os governantes eleitos compartilhariam da mesma ‘vontade’ dos que o elegeram, não haveria motivo do povo se proteger contra a própria vontade. Mas, nas palavras de Mill (1991), “em matéria de teorias políticas e filosóficas, como em matéria de pessoas, o sucesso revela defeitos e fraquezas que o insucesso poderia ter ocultado à observação” (p. 47).

Com a mudança da forma de governo em boa parte do globo para as repúblicas democráticas, as observações e críticas foram surgindo. Constatou-se que o ‘poder do povo sobre si próprio’ não exprimia o verdadeiro estado das coisas, pois o ‘povo que governava’ não era o mesmo do ‘povo governado’. “Ademais, a vontade do povo significava, propriamente, a vontade da mais numerosa e ativa parte do grupo” (MILL, 1991, p. 48). O ‘povo’ pode desejar oprimir uma parte de si mesmo e as precauções para tanto são tão necessárias contra qualquer outra forma de abuso de poder.

Percebeu-se que quando a própria sociedade é o tirano contra os indivíduos separados que a compõe, seus abusos não se restringem a atos praticados por seus agentes públicos.

Assim:

se ela [a sociedade] expede mandatos relativos a coisas nas quais não deve intrometer-se, pratica uma forma de tirania social mais terrível que muitas formas de opressão política, desde que, embora não apoiada ordinariamente nas mesmas penalidades extremas que estas últimas, deixa, entretanto, menos meios de fuga que elas [...]. A tirania da opinião e do sentimento dominantes [...] (MILL, 1991, p.48-49).

A ideia de liberdade, que surge como critério balizador entre Poder e indivíduos, se mostra ainda hoje como requisito intrínseco da própria ideia de democracia, sem a qual o Estado Democrático de Direito não pode se concretizar.

Neste contexto ela se consubstancia no livre exercício da vida privada, o poder de realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais – mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier (MORAES, 2010).

Contudo, a liberdade não basta por si só. A ela, necessário é que se sopesse o dever da solidariedade social vez que o ser humano não pode ser pensado somente de forma individualizada. Como ser social que é, suas interações para com o grupo serão determinantes tanto para o desenvolvimento próprio quanto para o do grupo.

Neste sentido, a solidariedade deriva de um critério fático: da necessidade indispensável de coexistência entre os indivíduos já que não há como conceber, inclusive historicamente, o *homo clausus*, ou seja, o ser humano isolado, solitário, como se uma ilha fosse. Além, também pode refletir-se como um valor derivado da consciência racional de interesses em comum entre os membros do grupo social, valor este que implica “*na obrigação moral de cada membro de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”*” (MORAES, 2010, p. 240-243). Neste sentido é também uma forma de reciprocidade.

Ante todo o exposto sobre o princípio da dignidade humana como baliza à intervenção estatal conjuntamente, e uma abordagem construtivista do direito no sentido de concretização dos valores de uma sociedade que, no caso do Brasil, estão positivados constitucionalmente, parte-se enfim para a discussão da legitimidade da intervenção estatal no caso da proibição dos “fumódromos”.

5. A adequação da Lei 9.294/96 aos valores constitucionais antes e depois da alteração feita pela Lei 11.546/11.

A Lei 9.294/96 dizia em seu artigo 2º:

Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a este fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente (BRASIL, 1996a).

Do ponto de vista da fundamentação de tal normativa, segundo proposto anteriormente, nota-se que o Estado, frente a uma exigência social real de tutela dos interesses difusos frente às liberdades individuais, ou seja, motivando-se pela periculosidade já cientificamente comprovada do fumo passivo – segundo a Convenção Quadro para Controle do Tabaco – editou acertadamente o artigo 2º da Lei 9.294/96.

Ademais, se se partir para a análise de tal normativa em função da epistemologia construtivista, onde o sistema jurídico sofre influências do sistema moral, e dado o fato de que, moralmente, hoje fumar é considerado “errado”¹². Tem-se clara a influência moral na edição do referido diploma.

No que toca, por sua vez, a legitimidade dessa limitação frente às balizas necessárias à concretização do Estado Democrático de Direito, isto é, a dignidade humana traduzida nos princípios da liberdade e solidariedade, tal interferência poderia também ser considerada legítima: Ao se limitar a liberdade individual de um indivíduo fumar em local coletivo fechado, o Estado estava efetivamente garantindo o direito difuso dos demais frequentadores daquele local a um ambiente saudável, livre da exposição à fumaça nociva proveniente dos produtos fumígenos. Ao mesmo tempo, garantia-se aos fumantes o direito de fumar naqueles ambientes, desde que em áreas isoladas especificamente planejadas para este fim.

A liberdade neste caso era limitada pela própria ideia de solidariedade, ou seja, o fumante tem uma área específica para exercer o seu direito, não o podendo fazer fora desta de modo a não prejudicar os demais. Seria, pois, uma forma de respeito às demais liberdades de não fumar, uma forma de reciprocidade.

Tal restrição, efetivamente conduziu a uma ampliação de liberdades, isto é, seguindo-se a mesma lógica da restrição de um indivíduo poder atentar contra a vida de outrem, ampliam-se as liberdades na medida em que a norma “garante” que ninguém atentará contra a vida daquele indivíduo, garantia-se que tanto os fumantes quanto os não fumantes seriam respeitados ao compartilharem de um mesmo local.

Pelos fundamentos expostos, portanto, o artigo 2º da Lei 9.294/96 era tanto moralmente quanto juridicamente válido não podendo se falar de inadequação sistêmica desse

¹² Em uma pesquisa encomendada pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, realizada pelo Ibope, constatou-se que o índice de aprovação pelos não fumantes da nova lei estadual que previa ambientes completamente livres do cigarro era de 97%. Essa mesma pesquisa mostrou que 33% dos não-fumantes sentem-se muito incomodados com a inalação da fumaça e 27% está satisfeita com a melhoria da qualidade do ar nos locais públicos.

dispositivo. A limitação da liberdade com base na solidariedade, no sentido de não poder ser o indivíduo, na modernidade, atômicamente considerado, era válida e necessária¹³.

O desenvolvimento científico-tecnológico, potencializado a partir da segunda metade do século passado, vem apontando, cotidianamente, os malefícios provenientes tanto do fumo ativo quanto do passivo. E, ao fazê-lo, cria novos carecimentos e, conseqüentemente, novas exigências sociais que necessitam de tutela jurídica. Além, influenciam uma moralidade social ao determinarem o tipo de comportamento “bom”, que conduz a uma “melhor” qualidade de vida, e o tipo “mau”, que, no caso, leva a uma morte prematura e sôfrega.

É inegável, portanto, que a moralidade mundial, como se pode constatar na citada Convenção da ONU (2003), aponta cada vez mais no sentido da estigmatização dos fumantes, valorando negativamente esse comportamento. Surge, assim, uma exigência social: a necessidade de tutela por parte do Estado da liberdade de fumar. Tutela esta já efetivada no Brasil com a Lei 9.294/96 conforme dito.

Entretanto, esta não se mostrava mais suficiente para os padrões de moralidade da sociedade. Explica-se: a tutela jurídica propiciada pela lei pátria estava insuficiente frente aos padrões de moralidade que evoluíram no sentido de que a limitação não era bastante, mas sim o era a completa proibição da liberdade de fumar, de modo a resguardar os interesses coletivos dos não-fumantes como também de desmotivar o vício nos fumantes (já que os locais para o exercício de sua liberdade estavam mais escassos).

Assim, quando da alteração legislativa de 2011 pela Lei 11.546/11, retirou-se a parte final do artigo 2º da Lei 9.294/94 excluindo-se a expressão: “*salvo em área destinada exclusivamente a este fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente*” (BRASIL, 2011). O legislador retirou da normativa a possibilidade do local conter “fumódromos” e, conseqüentemente, anulou qualquer direito do indivíduo fumar dentro de locais coletivos fechados. Não havia mais restrição, mas anulação de direitos.

O fundamento para a alteração do instituto, portanto, se mostra bem justificado nos moldes propostos por Bobbio (2004), no sentido de que ela refletia, efetivamente, uma nova exigência social que, por sua vez, era reflexo de uma mudança moral decorrente dos fatos trazidos pelo desenvolvimento.

¹³ Há ainda que se ressaltar que tal limitação não era tida como abusiva por aqueles que tinham seu direito restringido – os fumantes – que consideravam, majoritariamente, justa a limitação dado a consciência de que, efetivamente, a fumaça proveniente dos produtos fumígenos causa incômodo.

Contudo, o problema está se esta anulação encontra respaldo nos valores constitucionais, ou se, ao contrário, esbarra nos limites da intervenção estatal – a dignidade da pessoa humana.

A liberdade, como uma das decorrências da dignidade, é, como visto, um instituto criado originalmente para a proteção do indivíduo frente ao Poder do governante. E na democracia, como já apontado, esse instituto é tão importante – se não mais – do que em governos totalitários, já que a maioria poderia impor padrões de comportamento aos demais membros da sociedade. O que se mostra inaceitável em um Estado efetivamente Democrático de Direito, onde não só a vontade desta é tutelada, mas sim, e principalmente, os interesses da minoria.

Um real Estado Democrático de Direito direciona-se no sentido de um agir positivo de modo a garantir a maior quantidade de direitos a maior parcela da população, mas sempre respeitando-se a dignidade daqueles que sofrerão a limitação de seus direitos em prol da maioria.

O Estado não se pode valer de argumentos utilitaristas ao restringir direitos, isto é, o Estado não pode fundamentar-se na proteção dos interesses do maior número de indivíduos à custa dos direitos de um menor grupo de sujeitos. Esta postura poderia justificar, *a posteriori*, por exemplo, o argumento de que seria legítima a morte de um pequeno número de pessoas se estas conduzissem à cura de uma doença fatal e incurável.

Não poderá também, o Estado, valer-se de argumentos paternalistas perfeccionistas. O que quer dizer que não pode valer-se de uma concepção objetiva de comportamento e obrigar os seus a perseguirem estes comportamentos mediante a edição de leis.

Ambas as concepções anteriormente expostas vão de encontro a princípio da dignidade e, especificamente, à liberdade, na medida em que, conforme afirmou Maria Celina Bodin de Moraes, este é a livre eleição e perseguição dos planos da vida eleitos pelo próprio sujeito.

Ademais, não há que se falar que a anulação do direito de fumar em locais coletivos fechados decorrente da retirada da legalidade dos “fumódromos” importa em uma limitação da liberdade pela ideia de solidariedade, também decorrente da dignidade, como acontecia antes da reforma trazida pela Lei 11.546/11. Isto porque a solidariedade já estava garantida com a tutela anterior, os não fumantes já possuíam o direito de não serem incomodados e terem sua saúde prejudicada pela FAT – fumaça ambiental tabagística. A anulação não importou em um “aumento” ou uma “melhora” dos direitos da coletividade, ao revés, a anulação trouxe apenas a anulação da liberdade de fumar.

Cumpra-se ressaltar que não se está negando a cientificidade dos prejuízos causados, tanto ativa quanto passivamente, pelo fumo ao ser humano, nem se nega que, por tal prejuízo, o fumo merece tutela jurídica em sede de direitos coletivos. Mas afirma-se que a tutela na sua atual circunscrição, embora moralmente aceitável, é contrária aos ditames constitucionais.

Ademais, tais constatações não decorrem estritamente de um argumento político, mas antes – e principalmente – jurídico. A opção política pelo respeito à dignidade da pessoa humana foi feita pelo legislador constitucional de 1988 quando efetivou tal princípio como fundamento da República. Além, ao condicionar a democracia à dignidade como o fez em sede constitucional, limitou o direito de a maioria subjugar os direitos das minorias.

A epistemologia construtivista, portanto, embora reconheça a interação entre Direito e Moral, condiciona a positivação dos valores morais à sua adequação ao sistema de valores já positivados e petrificados. Se não se pode alterar/excluir os referidos valores constitucionais por força do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal, que os protegeu como cláusulas pétreas, mesmo que moralmente aceita, tal anulação de direitos individuais não é passível de ser implementada no Brasil.

Portanto, a alteração legislativa trazida pela Lei 11.546/11 que retirou a possibilidade da existência de “fumódromos” no país não é conforme os princípios constitucionais, mormente, o princípio democrático e seu limite e complemento, o princípio da dignidade da pessoa, é inconstitucional.

6. À guisa de conclusão

Por todo o dito, conclui-se que, de fato, as novas descobertas científicas que dizem respeito aos malefícios causados pelo fumo ativo e passivo são reais e pertinentes na medida em que geram carecimentos na sociedade.

Estes carecimentos, influenciados e influenciadores de uma moralidade, geram a necessidade de manifestação do sistema jurídico que, portanto, também se comunica com o sistema moral, de acordo com a proposição aqui aceita de uma epistemologia construtivista.

Contudo, a influência que o sistema moral exerce sobre o sistema jurídico objetivando alterá-lo é limitada, também de acordo com esse construtivismo, por valores constitucionais inalteráveis, fruto da opção política do legislador constitucional original, especificamente, o princípio do Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos daquele.

Assim, levando-se em conta, pelo postulado do Estado Democrático de Direito, que o Estado deve agir positivamente, promovendo direitos coletivos e difusos, como o direito à não ser exposto à FAT – fumaça ambiental tabagística –, sabidamente nociva à saúde. Por outro lado, ainda segundo o referido postulado, o Estado deve abster-se de agir – postura negativa – quando sua interferência na esfera de liberdades individuais, mesmo que pra promoção de uma moralidade mais ou menos coletiva, quando tal interferência for desproporcional aos benefícios sociais dela decorrentes, ou seja, quando não se respeitar a dignidade humana traduzida em liberdade e solidariedade.

Desta feita, o princípio do Estado Democrático de Direito se concretiza e se limita pela concretização da ideia de dignidade. De modo que se o agir estatal, limitando ou anulando direitos individuais, não encontrar respaldo no conceito de solidariedade, este agir é contrário à de democracia e, conseqüentemente, contrária à Constituição, que a estabeleceu como valor constituinte do ordenamento pátrio. O direito que anula a liberdade simplesmente não reconhece a democracia.

Em resposta ao problema proposto, qual seja, a juridicidade da anulação (completa) da liberdade de fumar em locais coletivos fechados ocorrida pela exclusão, em âmbito federal, da possibilidade de “fumódromos” pela Lei 11.546/11, conclui-se pela inconstitucionalidade de tal diploma já que este não encontra conformação nos princípios constitucionais.

7. Referências Bibliográficas

ARNAULD, André-Jean. Pode o Direito negar a natureza? *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37-52.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 30 mar. 2012.

_____. Lei 9.294, de 15 de julho de 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm> Acesso em: 30 mar. 2012.

_____. Decreto 2.018, de 1º de outubro de 1996b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2018.htm> Acesso em: 30 mar. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HART, Hebert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JUIZ DE FORA. Lei. 11.813 de 29 de julho de 2009. Disponível em: <http://jfantifumo.pjf.mg.gov.br/jfantifumo_le11813.pdf> Acesso em: 30 mar. 2012.

MENDES, Denise Vitale Ramos. Modernidade e Democracia Participativa em Habermas e Hannah Arendt. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 72-93, jan./jun. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Alberto da Rocha Barros. 2º Ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIO DE JANEIRO. Lei Ordinária 5.517, de 17 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/0b08610fddc8f4138325761f005bf0df?OpenDocument>> Acesso em: 30 mar. 2012.

SÃO PAULO. Lei Antifumo. Disponível em: <<http://www.leiantifumo.sp.gov.br/portal.php/lei>> Acesso em: 30 mar. 2012.

SÃO PAULO. Lei 13.541, de 07 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei%20n.13.541,%20de%2007.05.2009.htm>> Acesso em: 30 mar. 2012.

WHO, Framework Convention on Tobacco Control. Disponível em: <<http://www.who.int/fctc/en/index.html>> Acesso em: 30 mar. 2012.