

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDO GRELLA VIEIRA

ASSOCIAÇÃO DE CONTROLE DO TABAGISMO, PROMOÇÃO DA SAÚDE E DOS DIREITOS HUMANOS - ACT, associação sem fins lucrativos inscrita no C.N.P.J/MF sob o n.º 08.658.766/0001-70, sediada na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Pamplona, 724, cj. 17 (docs. 1 e 2), com fulcro nos arts 103, I e II, e 116, VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26/11/1993, vem, respeitosamente, apresentar Representação por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal contra o Prefeito Gilberto Kassab e a Municipalidade de São Paulo, pelas razões a seguir expostas:

1. Da Legitimidade da ACT

A ACT é uma organização não-governamental voltada à promoção de ações para a diminuição do impacto sanitário, social, ambiental e econômico gerado pela produção, consumo e exposição à fumaça do tabaco. Trata-se de aliança composta por mais de 300 organizações da sociedade civil comprometidas com o controle da epidemia tabagística (www.actbr.org.br).

Surgida em 2003 como *Rede Tabaco Zero*, a ACT formalizou-se como associação em fevereiro de 2007 e atuou, desde seu surgimento, para a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT) (<http://www.inca.gov.br/tabagismo/publicacoes/cquadro.pdf>), primeiro tratado internacional de saúde pública, celebrado sob os auspícios da Organização Mundial de Saúde, o que ocorreu em 3 de novembro de 2005.

Desde essa vitória na proteção do direito à saúde e à vida dos brasileiros, a ACT vem atuando de forma a contribuir para a implementação das determinações do tratado no que tange ao controle do tabagismo.

Dentre essas determinações vale destacar o artigo 8º da CQCT, que **trata da adoção de medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco** em todos os locais de trabalho,

meios de transporte público, lugares públicos fechados e, ativamente, promover e aplicar essas medidas nos níveis jurisdicionais.

2. Do direito a ambientes livres do tabaco

Em julho de 2007, a segunda conferência dos Estados-Partes da Convenção-Quadro (COP2) aprovou, por unanimidade, diretrizes de melhores práticas para orientar os países a efetivar o artigo 8º. E **recomendou o banimento do ato de fumar em ambientes fechados como a única forma de proteger a população mundial das conseqüências do tabagismo passivo**. Diferentes países, como Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda, Uruguai e Argentina já proibiram totalmente o fumo em ambientes públicos fechados, incluindo bares, centros comerciais, restaurantes, repartições públicas, etc.

O tabagismo representa um problema de saúde pública em todo mundo. Os dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) mostram que 5,4 milhões de indivíduos morrem anualmente por doenças causadas pelo fumo, sendo 200 mil no Brasil. O tabagismo passivo é causa de doenças em não fumantes. Estudos mostram um risco de câncer de pulmão entre não-fumantes expostos à poluição tabagística ambiental (PTA) 30% maior do que entre os não expostos, e riscos de doenças cardiovasculares entre não fumantes expostos à poluição tabagística ambiental 24% maior do que entre os não expostos.

Pesquisas sobre tabagismo passivo se acumulam desde a década de 80 e confirmam os sérios e mortais efeitos à saúde da exposição involuntária à fumaça do tabaco, que se relacionam ao aumento, entre os não fumantes, do risco de morte por cardiopatias e cânceres, além de se constituírem em importante fator de risco para as crianças (agravamento da asma, doenças respiratórias e pulmonares, e síndrome da morte súbita infantil). Em 2006, a Agência de Proteção Ambiental-USA adotou uma emenda regulatória identificando a poluição tabagística ambiental (PTA) como um contaminante tóxico do ar, ou seja, um poluente do ar que pode causar ou contribuir para o aumento de mortes ou de doenças graves ou que pode apresentar um potencial dano para a saúde humana.

As políticas de áreas livres de fumo são os meios mais econômicos e efetivos de evitar as conseqüências da exposição à fumaça do tabaco. A simples separação de fumantes e não fumantes dentro de um mesmo espaço não elimina a exposição, nem os sistemas de ventilação oferecem solução satisfatória à poluição tabagística ambiental. Além disso, o tabagismo passivo é considerado um risco ocupacional para trabalhadores em geral quando em suas jornadas de trabalho, se expõem involuntariamente à poluição tabagística ambiental.

A Organização Internacional do Trabalho calcula que cerca de 20 mil trabalhadores morram a cada ano em decorrência desta poluição em seus locais de trabalho. Estudos científicos comprovam que garçons não fumantes que trabalham em bares e restaurantes em que é permitido fumar apresentam em média, uma chance duas vezes maior de desenvolver câncer no pulmão. Ao final da jornada de trabalho, estes profissionais poderão ter níveis de exposição compatíveis com fumantes de até 10 cigarros.

Das cerca de 4.700 substâncias encontradas na corrente principal (fumaça que o fumante inala), cerca de 400 foram identificadas na corrente secundária (a que polui o ambiente), em quantidades comparáveis com a corrente principal. Porém, algumas delas como a amônia, benzeno, monóxido de carbono (CO), nicotina, nitrosaminas e outros cancerígenos podem ser encontrados na fumaça que polui o ambiente em quantidades mais elevadas do que na fumaça tragada pelo fumante. Atualmente a PTA é o maior fator poluente conhecido de ambientes fechados, e o tabagismo passivo é a terceira principal causa de morte evitável, subseqüente ao tabagismo ativo e ao consumo de álcool.

Por todas essas evidências e pelo que dispõe a Convenção Quadro para o Controle do Tabagismo, tratado internacional ratificado pelo Brasil, verifica-se que o direito ao ambiente saudável consubstanciado em ambiente livre da fumaça do cigarro é decorrência da garantia constitucional ao direito à saúde.

3. Da inconstitucionalidade do Decreto Municipal no. 49.524, de 27/5/2008

Diante das evidências sobre o impacto sobre a saúde e o meio ambiente provocado pela exposição à PTA e das obrigações do Brasil tanto constitucionais em seu dever de proteção à saúde de todos e ao meio ambiente, quanto como signatário da CQCT, conclui-se que o Decreto nº 49.524 de 27 de maio de 2008 assinado pelo Exmo. Sr. Prefeito Gilberto Kassab, pelo Secretário Municipal de Coordenação das Subprefeituras Exmo. Sr. Angelo Andrea Matarazzo e pelo Secretário do Governo Municipal Exmo. Sr. Clovis de Barros Carvalho é inconstitucional.

Em seu artigo 5º, o Decreto dispensa do cumprimento da lei federal 9.294/96 “casas noturnas de diversão e lazer, tais como casas de dança, boates e congêneres, que também efetuem manipulação, consumo e venda de alimentos.” Com isso, viola os objetivos da lei que visa proteger a saúde dos não fumantes e a saúde ocupacional dos trabalhadores desses estabelecimentos.

Já o artigo 4º contraria a lei federal 9.294/96 pois determina a reserva de no mínimo 50% da área de consumação do público para os não fumantes quando o art. 2º da legislação federal dispõe: “É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente”.

Ora, não há que se falar em até 50% da área do estabelecimento para fumantes quando a norma federal é clara ao permitir a existência de área destinada exclusivamente ao fim de fumar, devidamente isolada e com arejamento conveniente. Essa área não poderá representar até 50% do estabelecimento nem poderá ter serviços prestados ali. Deverá, ainda, ser isolada e adequadamente arejada.

Mais: o parágrafo único do art. 4º do Decreto Municipal fala em suposto “*dispositivo de contenção de poluição tabagística ambiental*” em local reservado para o uso de charutos, cigarrilhas e cachimbos. Ocorre que, de acordo com a Sociedade Americana de Engenheiros de Aquecimento, Refrigeração e Condicionamento de Ar – ASHRAE, American Society of Heating,

Refrigerating and Air-conditioning Engineers, órgão de referência dessa área da engenharia – a PTA representa um problema para a qualidade do ar de ambientes interiores e a fumaça ambiental do tabaco é um dos poluentes mais difíceis de ser controlado na fonte. Nenhuma tecnologia de engenharia de ventilação demonstra controlar os riscos impostos pela exposição à PTA, apenas reduzi-los e controlar questões de conforto relacionadas.

A lei federal, portanto, proibiu o fumo em recintos coletivos, públicos ou privados, salvo em área destinada exclusivamente ao fim de fumar o que, inclusive, impede a criação de fumódromos onde garçons continuariam trabalhando e sendo expostos aos efeitos danosos da PTA. O que podem fazer os estabelecimentos comerciais é criar espaços adequadamente isolados e arejados para que fumantes possam fumar e, após, retornar ao espaço livre de fumo.

A Constituição Federal de 1988 determina políticas públicas a serem realizadas pelo Estado. Entre essas políticas, a nossa constituição dirigente estabelece a necessidade de proteção à saúde e ao meio ambiente.

A própria lei federal 9294/96 encontra-se defasada e sua alteração, para que seja totalmente proibido o fumo em ambientes fechados e coletivos, sem exceções, é desejável, porém, não é o único caminho possível. Há, no mínimo, outros dois:

1. o Município criar uma lei própria sobre o tema;
2. serem criados decretos regulando a matéria, com base na capacidade normativa de conjuntura.

Na primeira situação, há que se deixar claro que tanto a saúde quanto o meio ambiente são temas que se enquadram na competência legislativa concorrente imprópria (art. 23, II e VI, 24 e 198, I, todos da CF).

A capacidade normativa de conjuntura, que pode se sustentar, entre outros casos, na especialidade e na resolução de colisão de princípios, será o fundamento para o decreto, pois, na balança de valores, aplicando-se a regra da proporcionalidade, deve servir para auxiliar na preservação do princípio mais relevante no caso concreto.

Em nenhuma situação, a liberdade de fumar pode ser mais importante que a vida, a integridade física e o meio ambiente sadio.

O objetivo da lei é preservar a saúde e o meio ambiente. A competência comum e concorrente imprópria dos entes federativos permite legislação estadual ou municipal mais rigorosa, de forma a garantir tais direitos.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal que, em julgamento do Recurso Extraordinário no. 179.285-RJ, relatado pelo Min. Marco Aurélio, considerou que a existência de legislação federal sobre meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, V) não inibe a atuação do Estado ou do Município na disciplina da matéria, possibilitando-lhes disciplinar critérios próprios para a contratação de professores, desde que respeitado o piso estabelecido na lei federal.

No caso de ambientes livres de fumo, portanto, respeitado o mínimo previsto no art. 2º, da Lei Federal 9294/06, podem Estados e Municípios ampliarem o espectro da restrição aos produtos fumíferos de forma a preservar a saúde e o meio ambiente, nunca reduzi-la.

Assim, o que poderia fazer o Município de São Paulo é restringir ainda mais as determinações da lei federal para excluir, por exemplo, as áreas internas exclusivamente destinadas ao fim de fumar.

A contrario sensu, não poderia nunca, como fez do Prefeito Gilberto Kassab, eximir determinados estabelecimentos do cumprimento da lei federal pois seria inconstitucional, já que fere o direito fundamental à saúde e ao meio ambiente saudável, além de ferir o princípio da igualdade tratando diferentemente, e sem justificativas, situações idênticas.

Evidente, portanto, que o município pode ir além da lei federal 9294/96, hoje defasada frente ao que se sabe sobre a PTA e o que determina a Organização Mundial de Saúde e a CQCT. Não poderia, como não pode, ir à contramão da defesa da saúde e do meio ambiente, restringindo tais direitos e contrariando a própria lei federal ao autorizar que determinados recintos deixem de cumpri-la.

Ademais, a proibição de fumar em ambientes fechados, além de proteger a saúde de todos, é um anseio da população paulistana e brasileira demonstrado em duas pesquisas realizadas pelo Instituto Datafolha no município de São Paulo e no Brasil como um todo em Novembro de 2007 e Março de 2008 respectivamente. Em São Paulo 88% da população e 85% dos fumantes reprovam o fumo em ambientes fechados. No Brasil 88% da população e 80% dos fumantes reprovam o fumo em ambientes fechados e 83% tem conhecimento de que o tabagismo passivo traz malefícios à saúde (doc. anexo).

Exemplos de cumprimento da legislação federal são encontráveis em outras cidades brasileiras. João Pessoa respeita ambientes fechados livres de fumo desde maio de 2006, período em que as autoridades responsáveis passaram a fiscalizar a lei federal 9.294/96 com grande aceitação e respaldo da população. Recife iniciou o trabalho de fiscalização em fevereiro de 2008 e o município do Rio de Janeiro publicou Decreto em Maio de 2008 regulamentando a lei de ambientes livres de fumo para proibir o fumo em todos os ambientes de trabalho fechados, o que inclui estabelecimentos ligados à indústria do entretenimento tais como bares, restaurantes, casas noturnas e hotéis.

O Decreto recém publicado em São Paulo encontra-se na contramão da história e não cumpre com o dever do poder público de proteger a saúde de todos os cidadãos sem distinção.

4. Do não cumprimento da Lei Federal 9294/96

Além de ferir a Constituição com Decreto inconstitucional, a municipalidade de São Paulo não vem cumprindo a lei federal 9294/96 posto que não fiscaliza o seu cumprimento pelos estabelecimentos comerciais da Capital.

A exemplo do que fazem as prefeituras de João Pessoa e de Recife, deveria a municipalidade de São Paulo, através da Vigilância Sanitária Municipal, fiscalizar referidos estabelecimentos verificando se mantêm “*área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente*” (Lei 9294/96, art. 2º, *in fine*).

Frise-se que é responsabilidade – e dever – da Municipalidade local zelar pela aplicação da lei de forma a garantir o direito à saúde e ao meio ambiente saudável.

5. Do pedido

Diante do exposto, resta evidente a inconstitucionalidade do Decreto Municipal no. 49.524, de 27/5/2008. Aliás há notícia de que no dia 11/6/2008 Projeto de Lei no. 112/07 permitindo fumar em bares, restaurantes e similares acaba de ser aprovado na Câmara Municipal de São Paulo. Uma vez sancionada pelo Prefeito, a lei estará maculada pelo mesmo vício de inconstitucionalidade do Decreto.

Vale frisar que referido projeto de lei conta com o apoio do Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de São Paulo – SinHoRes-SP. Resta evidente que o SinHoRes-SP ignora a responsabilidade patronal que os setores por ele representados têm junto às normas protetivas dos trabalhadores, dentre as quais o artigo 157 da Consolidação de Leis Trabalhistas que atribui à empresa a responsabilidade de cumprir e fazer as normas de segurança e medicina do trabalho, além de instruir os empregados, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais, assim como a Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho, a NR 09, estabelecida pela Portaria nº3.214/78, do Ministério do Trabalho^{1,2}.

Requer-se, portanto, seja recebida a presente Representação para que, uma vez apurada a inconstitucionalidade da norma municipal, bem como o não cumprimento, pela Municipalidade de São Paulo através da VISA local, das disposições da norma federal, seja:

1. Promovida ação direta de inconstitucionalidade contra o Decreto Municipal no. 49.524, de 27/5/2008 e, eventualmente, contra a lei municipal resultante da sanção do Prefeito do Projeto de Lei 112/07;
2. Promovidas as medidas cabíveis para que a Prefeitura Municipal, através de sua Vigilância Sanitária, fiscalize e faça cumprir a Lei Federal 9294/96, verificando a existência, em

¹ Portaria 3.214/78 e Normas Reguladoras do Ministério do Trabalho <http://www.carloshengenharia.com.br/nr09.htm>

² Portaria 3.214/78 e Normas Reguladoras do Ministério do Trabalho http://www.mte.gov.br/legislacao/portarias/1978/p_19781008_3214.pdf

estabelecimentos comerciais, de área exclusivamente destinada ao fim de fumar, devidamente ventilada e arejada e, em sua ausência, adote as sanções cabíveis.

Junta-se à presente documentos sobre a atuação da indústria do tabaco, cópia da CQCT, notícias das pesquisas DataFolha, informações sobre fumo passivo e ambientes livres de fumo e minuta da manifestação do Instituto Nacional do Câncer – INCA apresentada em representação por inconstitucionalidade contra o Decreto Municipal do Rio de Janeiro nº 29.284/2008, que proíbe o fumo em recintos coletivos fechados naquele município, apresentado pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – FNHRBS, Processo nº 2008.007.00100, cuja liminar foi brilhantemente negada no último dia 9 de junho pela Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e minuta do manifesto do Comitê para Promoção de Ambientes Livres do Tabaco (CEPALT) contra o Decreto Municipal.

Nestes Termos,
P. Deferimento,
São Paulo, 16 de junho de 2008

ACT – ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO
Paula Johns Monica Andreis