

**AMBIENTES LIVRES DE TABACO NO BRASIL
COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
NO CONTEXTO DA PROMOÇÃO À SAÚDE**

ANA MARIA GIROTTI SPERANDIO
LUÍS RENATO VEDOVATO
HENRIQUE RAIMUNDO DO CARMO SPERANDIO

Ana Maria Girotti Sperandio*
Luís Renato Vedovato**
Henrique Raimundo do Carmo Sperandio***

Resumo: Os custos de saúde relacionados às patologias do tabaco evidenciam necessidade de limitação à utilização dele. Trata-se de política pública para respeitar o artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Saúde é direito de todos e dever do Estado, que permite limitar liberdade individual para restringir condutas prejudiciais à saúde. Os recursos para a saúde são escassos, assim as políticas públicas que atuem na perspectiva da promoção da saúde e prevenção de doenças reduzem custos, efetivando o direito à saúde. Além disso, a não existência de política pública preventiva deve diminuir o espaço argumentativo que contrapõe orçamento e direito à saúde. Este trabalho visa expor a importância da promoção da saúde como forma de proteção de direitos sociais e verificar como a criação dos ambientes livres de tabaco pode influenciar e auxiliar na promoção da saúde e dos direitos fundamentais, investigando a aplicação do direito sobre o tema.

Palavras-chave: direitos humanos; políticas públicas saudáveis; promoção da saúde.

1 Introdução

Segundo Slama et al. (2007, p. 38), as políticas de controle do tabaco têm sido impactadas por duas forças concorrentes: a saúde pública, que tem adotado

* Pós-doutora em Saúde Coletiva com enfoque em Promoção da Saúde pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e pós-doutoranda do Laboratório de Investigações Urbanas (Labinur) da Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo (FEC) da Unicamp. Professora colaboradora da FEC da Unicamp e pesquisadora.

** Mestre e doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Internacional Público das Faculdades de Campinas (Facamp), professor de Direito Ambiental e de Organizações Regionais da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) e advogado.

*** Graduado em Tecnologia da Computação pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA).

estratégias mais efetivas para a redução de doenças, e a resistência da indústria de tabaco para manutenção de vendas. Para os autores, é importante atuar mais efetivamente no ambiente, de forma a contribuir para a adoção de uma escolha mais saudável para a vida do indivíduo.

Essa forma de considerar o ambiente, o indivíduo e as suas interações remete aos princípios da promoção da saúde. Entende-se promoção da saúde como um movimento na direção da produção de saúde, não no sentido de não ter doenças, mas, sim, como algo que dependa da articulação e integração de políticas públicas que envolvam diferentes setores e para cuja elaboração haja a participação das pessoas.

Para a World Health Organization (1986, p. 10), promoção da saúde é

[...] o processo de capacitação de indivíduos e coletividades para identificar os fatores e as condições determinantes da saúde e exercer controle sobre eles, de modo a garantir a melhoria das condições de vida e saúde da população.

São considerados princípios de promoção da saúde: o entendimento de que saúde é algo que se inter-relaciona com diversos fatores para produzi-la e não apenas tratar a doença, a ampliação da autonomia das pessoas que vivem em um determinado território, a participação social; a intersetorialidade, a construção ou o resgate de políticas públicas saudáveis e a sustentabilidade (WESTPHAL; MENDES, 2000, p. 38; SPERANDIO; SERRANO, 2006, p. 15). Quando se conduz um planejamento em gestão que considere esses princípios, no médio e longo prazos, encontrar-se-ão pessoas mais saudáveis do que doentes.

Segundo Labonte (2007, p. 28), a promoção da saúde não se restringe a conhecer os motivos das iniquidades que são injustas e mutáveis, mas deve englobar políticas públicas para reduzi-las. O autor acredita que para o planejamento e a gestão deve-se considerar a decisão de onde intervir e sugere que os promotores de saúde aprendam sobre o desenvolvimento econômico e do território.

A promoção da saúde, de acordo com Sperandio (2009, p. 33), desempenha um papel fundamental para o desenvolvimento e a aplicação das políticas públicas saudáveis integradas e transversais na busca do tecer a saúde. Possibilita a interação das diferentes áreas do saber criando um espaço de reflexão, ação e potencialização das convergências.

Reforçando essa ideia, o Ministério da Saúde considera a promoção da saúde

[...] um mecanismo de fortalecimento e implantação de uma política transversal, integrada e intersetorial, que faça dialogar as diversas áreas do setor sanitário e outros setores do governo, o setor privado e não governamental, compondo redes de compromisso e co-responsabilidade quanto à qualidade de vida da população em que todos sejam partícipes na proteção e no cuidado com a vida (BRASIL, 2007, p. 57).

O trabalho em rede tem grande importância para o desenvolvimento da promoção da saúde e para a articulação de diferentes setores. Entende-se a definição de rede como um emaranhado de pessoas que se inter-relacionam a partir de

ANA MARIA GIROTTI SPERANDIO
LUÍS RENATO VEDOVATO
HENRIQUE RAIMUNDO DO CARMO SPERANDIO

desejos coletivos, porém respeitando a individualidade. Rede é um espaço virtual ou presencial em que se produz algo que a maioria almeja. É um espaço de trocas que pode possibilitar a atuação da sociedade civil na construção de políticas públicas saudáveis. Um exemplo de rede social com esse sentido é a Rede de Municípios Potencialmente Saudáveis que existe há seis anos e trabalha para a integração das políticas públicas existentes localmente, congrega aproximadamente 58 municípios que mantêm suas especificidades e sucesso e tratam suas dificuldades coletivamente. Um município potencialmente saudável é aquele onde as relações interinstitucionais, intrainstitucionais e setoriais se entrelaçam e firmam-se para atingir uma meta coletiva na perspectiva da promoção da saúde, em que as especificidades do indivíduo não se perdem, mas são utilizadas como instrumental importante para o desenvolvimento saudável em diferentes aspectos: ambiental, econômico, político, cultural, social. A promoção da saúde é um campo que abarca questões puras, como ter acesso a uma vida melhor, refletida, discutida e aplicada por pesquisadores e pensadores do mundo inteiro. Pauta também as agendas políticas com a intenção do bem comum a partir dos recursos existentes.

Uma abordagem relevante para a discussão deste artigo é a de Samuel Moysés (2010, p. 27) quando afirma que inicialmente devemos compreender a saúde como recurso positivo para a vida:

[...] o “viver saudável” implica controle progressivo sobre duas ordens de fatores: a) aqueles que estão no campo de influência do próprio indivíduo em seu ambiente cotidiano, permitindo que ele faça escolhas saudáveis, dependendo obviamente da sua autonomia e acesso facilitado à informação promotora da saúde – por exemplo, práticas de educação popular em saúde; b) a melhoria dos fatores fora do controle individual, ou seja, a implementação de políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais da saúde.

Dessa forma, enfatiza-se a importância de criar e implantar políticas que promovam e protejam a vida. A implantação de ambientes livres de tabaco é uma forma evidente de promoção da saúde nessa perspectiva apontada por Moysés (2010, p. 28)

Para a promoção da saúde, de acordo com Slama et al. (2007, p. 36), devem existir políticas públicas saudáveis, ambientes comprometidos, ações comunitárias fortalecidas, desenvolvimento de características pessoais e reorientação dos serviços de saúde como elementos-chave do movimento de promoção à saúde para proteger a população, por exemplo, contra os danos do uso do tabaco.

Os ambientes livres de tabaco caracterizam o caminho necessário para melhor proteção dos direitos fundamentais de terceira geração, mormente os ligados à saúde.

Segundo a World Health Organization (2008, p. 78):

A epidemia do tabaco é uma ferramenta de morte: 100 milhões já morreram no século 20 e atualmente registram-se 5,4 milhões de mortes por ano. A menos que medidas urgentes sejam tomadas, por volta de 2030, haverá mais de 8 milhões de mortes anuais.

De acordo com o Instituto Nacional do Câncer (Inca), o tabagismo é responsável por 200 mil mortes por ano no Brasil, em média 23 mortes por hora. Trata-se de doença que afeta 16% dos brasileiros. O fumo está associado a 25% das doenças vasculares, incluindo derrame cerebral, e a 25% das mortes causadas por angina e infarto do miocárdio. Causa também 90% dos casos de câncer de pulmão e responde por 30% das mortes decorrentes de câncer de laringe, faringe, boca, esôfago, pâncreas, rim, bexiga e colo do útero. Diante desse quadro, tornam-se cada vez mais importantes a avaliação do impacto econômico do tabagismo na rede pública de saúde e o desenvolvimento de políticas públicas para a implantação dos ambientes livres de tabaco.

Existem trabalhos científicos que demonstram a importância da ação na perspectiva da promoção da saúde e da prevenção da doença. Como exemplo, pode-se citar o trabalho de Márcia Ferreira Teixeira Pinto (2007, p. 35) que discorre a respeito das agruras da utilização do tabaco pela população, explicitando os custos para a saúde pública causados pelo tabaco. Tal pesquisa apresenta dados que identificam os custos econômicos para o país das doenças que nascem com base no tabagismo. Esse estudo teve como objetivo estimar os custos da assistência médica prestada aos indivíduos acometidos por doenças tabaco-relacionadas, sob a perspectiva do órgão financiador do Sistema Único de Saúde (SUS) e sob a perspectiva hospitalar.

A Constituição Federal, no artigo 196, determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Logo, num país com recursos escassos, identificar custos de setores específicos pode ser determinante para implantação de políticas públicas preventivas.

O outro elo relevante do raciocínio é a justiciabilidade dos direitos humanos, construída pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que permite o acesso à saúde por meio das cortes brasileiras, porém é necessário que se investigue qual é o perfil de quem chega ao Judiciário para pleitear seus direitos. De acordo com Virgílio Afonso da Silva e Fernanda V. Terrazas (2008, p. 10), a prevenção feita por meio de políticas públicas é a forma de permitir que aqueles que não alcançam o Judiciário possam se beneficiar do acesso à saúde pública. Dessa forma, concluem que, se a questão for totalmente justiciabilizada, os recursos serão cada vez mais escassos, o que aumentará a exclusão realizada pelos tribunais, tendo em vista que a amostra colhida expõe que poucos chegam às cortes e estes são, em sua maioria, das classes economicamente mais abastadas.

A exposição dos dados levantados por Pinto (2007, p. 36) é relevante para entender a ligação entre o direito à saúde e a necessidade de realização de políticas públicas preventivas.

Este trabalho tem por objetivo discutir a adequação da implantação de ambientes livres de tabaco em comparação com o tratamento das doenças geradas pela utilização do fumígeno, de forma a proporcionar um espaço para diálogo entre direito e saúde. Serão analisadas as normas jurídicas referentes ao controle do tabaco e suas implicações na distribuição dos recursos escassos disponíveis para a saúde.

2 Construção do diálogo

Segundo Pinto (2007, p. 38), foi feito o cálculo do custo unitário da assistência oferecida a 331 pacientes fumantes ou ex-fumantes agrupados conforme o estadiamento e a presença ou ausência de comorbidades associadas ao diagnóstico principal. Dado relevante trazido é o que expõe os custos totais atribuíveis ao tabagismo por grupo de enfermidade para indivíduos acima de 35 anos, no ano de 2005. Tais dados revelam os altos custos para a saúde dos brasileiros causados pelo tabaco. Custos que chegaram a quase R\$ 340 milhões, em 2005, representando mais de 27,5% dos custos de tratamento de doenças realizado pelo SUS. Esse valor contabiliza, como dito, apenas o que foi gasto em internações e em procedimentos de quimioterapia no tratamento das anomalias citadas, como o câncer e doenças relacionadas aos aparelhos respiratório e circulatório em todos os hospitais da rede pública. Desse montante, os gastos referentes ao câncer correspondem a 33,85% e chegam a R\$ 114,6 milhões. Há que se ressaltar que os dados podem estar subestimados, pois há limitação do número de patologias e o tabaco pode ser causa de muitas outras doenças, além do fato de que muitos dos custos ficam a cargo dos municípios, já que existem tetos estabelecidos pelo SUS.

Comparando o Brasil com países ricos, temos os seguintes custos: € 426 milhões (Portugal), US\$ 413 milhões (Coreia), US\$ 688 milhões (Hong Kong – incluindo fumo passivo) e US\$ 33 bilhões/ano (aproximadamente – Estados Unidos – incluindo gastos privados). Se for levado em conta que há uma defasagem nos números brasileiros por existir uma análise subestimada dos dados, além de se identificar uma diferença clara de PIB do Brasil para os Estados Unidos, é fato que, juntamente com Portugal, Coreia e Brasil terão maiores dificuldades orçamentárias. Especialmente, se for adicionado o dado de que os custos de saúde nos Estados Unidos não são apenas públicos.

Dessa forma, mostra-se a necessidade de que sejam realizadas análises quantitativas não apenas sobre as patologias aqui elencadas, mas também sobre as várias doenças tratadas no Brasil, para identificar a política pública necessária, com o propósito de alcançar, com recursos escassos, a proteção à saúde do maior número de pessoas possível no Brasil. Em contrapartida, é necessário analisar se a inexistência de política pública de prevenção impediria o Estado de se utilizar da teoria da reserva do possível em sua defesa nas ações individuais, objetivando tratamento ou remédios. Em outras palavras, o que se pretende no presente trabalho é demonstrar que a contraposição entre direito à saúde e orçamento não poderia ser levantada se não fossem identificadas políticas públicas preventivas de saúde.

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, dentre vários outros tipos de produtos. O que diferencia a utilização do tabaco da dos demais produtos, e isso deve ficar claro, é que o seu uso causa danos diretos à saúde daqueles que não são fumantes, portanto não são consumidores diretos do produto.

Dessa forma, o que se quer deixar evidenciado, neste ponto do trabalho, é que não se quer buscar a saúde total, muito menos se pretende defender que existem padrões de saúde que devem ser seguidos por todos. O que se busca demonstrar é a possibilidade de proteger o direito à saúde daquele que não quer fumar pela criação de políticas públicas de restrição ao uso do tabaco, o que indiretamente atinge também a saúde do fumante. Tal objetivo não pode ser confundido com uma tentativa de impor um padrão de conduta saudável às pessoas. A efetivação de políticas públicas que envolvem inclusive a restrição da utilização do tabaco em determinados locais poderá trazer ampliação do direito à saúde, com maior efetivação da proteção à saúde.

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 volta-se para as políticas públicas e os recursos escassos na efetivação do direito social à saúde.

Como a questão do tabaco ultrapassou as fronteiras e tornou-se uma preocupação mundial, em 2003, foi celebrado um tratado internacional sobre o controle do tabaco, batizado de Convenção-Quadro sobre o Controle do Uso do Tabaco (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003), que reforça a importância da política preventiva.

3 A 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 3 de novembro de 2005. O Decreto Presidencial que deu publicidade interna à ratificação é o de número 5.658, de 2 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006). Logo, a preocupação com o tabaco já chegou ao direito por intermédio do Direito Internacional (COURTIS, 2004, p. 27). As questões levantadas no tratado dão esteio jurídico à limitação e à necessidade de construção de políticas públicas preventivas.

A preocupação mundial com o uso do tabaco, que é identificado como uma grave questão de política pública de saúde, 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 (COURTIS, 2005, p. 73).

Também se ocupa a convenção da drenagem de recursos 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* (direitos de patente) para os detentores dos direitos de uso das marcas (FELDMAN, 2006, p. 92). Nesse passo, a convenção deixa evidente que leva em conta a preocupação da comunidade internacional com as, por ela denominada, devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco em todo o mundo.

ANA MARIA GIROTTI SPERANDIO
LUÍS RENATO VEDOVATO
HENRIQUE RAIMUNDO DO CARMO SPERANDIO

A celebração da convenção (MAGALHÃES, 2000, p. 98), no contexto global, é motivada pelo aumento do consumo e da produção mundial de cigarros e outros produtos de tabaco, identificados pela 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 (MELLO, 2000, p. 335).

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 (HUNTER, 2008, p. 112). Assim como acontece no tocante à verificação do respeito ao não retrocesso em direitos sociais (MAGALHÃES, 2005, p. 75), há vários outros fatores que podem trazer confusões à identificação da doença desenvolvida como consequência do uso ou, principalmente, da exposição à fumaça do cigarro (ACCIOLY, 2008, p. 137). De fato, de acordo com Christian Courtis (2005, p. 39), 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 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.

Os Estados que celebraram a Convenção de Controle do Tabaco (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003) demonstraram-se conscientes do trabalho sobre controle do tabaco conduzido por vários Estados, destacando a liderança da Organização Mundial de Saúde (SOARES, 2002, p. 225), 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 Terceiro Setor no controle do tabagismo.

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 classificaram a convenção como um tratado de proteção aos direitos humanos referindo-se, no preâmbulo da convenção, ao artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES

UNIDAS, 1966), à Constituição da Organização Mundial de Saúde, à Convenção sobre os Direitos da Criança (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989), dentre outros.

A convenção, portanto, reconhece 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 distribuídos de forma melhor.

Como a convenção em tela tem viés protetivo aos direitos humanos, haveria que se discutir se a não aplicação de tal tratado no Brasil viola a Constituição Federal, tendo em vista os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º (BRASIL, 1988), mas esse é um tema para outro trabalho. O foco, no presente caso, é que o artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988) empresta força constitucional à norma que identifica se um produto é danoso à saúde. Em outras palavras, se a Constituição protege a saúde, e, se uma norma, mesmo que infraconstitucional (o que se admite apenas para manter o foco do presente trabalho), de tratado identifica que determinado produto causa danos à saúde, levando em conta que ele foi ratificado pelo Brasil, é necessário, em face dos dados trazidos sobre doenças tabaco-relacionadas, que políticas públicas de prevenção sejam realizadas. Ou seja, o não cumprimento do tratado internacional é uma violação ao direito à saúde e, por consequência, à Constituição.

Não há impedimento de que tais políticas resultem na limitação de direitos fundamentais, como a liberdade. Logo, seria possível que o uso do tabaco em determinados lugares, mormente naqueles em que houvesse violação à saúde de não fumantes, pudesse ser limitado.

O que tornaria qualquer norma que limitasse os efeitos do tratado, independentemente da hierarquia ou de qual ente federativo viesse, inconstitucional, devendo ser, portanto, afastada.

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* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003, p. 14).

O artigo 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 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003).

4 Direito interno *versus* Direito Internacional

Internamente, a Lei Federal n. 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 saúde (ALEXY, 2001, p. 37). De fato, a Lei n. 9.294/96 assim dispõe em seu artigo 2º:

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

Dessa maneira, o dispositivo, por conter expressões pouco precisas, traz dificuldades para garantir os chamados ambientes livres de tabaco. Todavia, a convenção tem, no mínimo, hierarquia de lei federal e – por ser mais restritiva, pois alerta para a necessidade de criação de ambientes livres de tabaco como forma de garantir a proteção à saúde, que tem também determinação posta na própria Constituição Federal (artigo 196) – impediria a aplicação do artigo 2º anteriormente mencionado (BRASIL, 1996).

Logo, alguns desafios se colocam, destacando-se a hierarquia da convenção, a possibilidade de limitar do fumo em ambientes fechados e, por fim, a discussão sobre a possibilidade de um ente da Federação criar norma que seja adequada à convenção (DALLARI, 2003, p. 69). Como anteriormente explanado, o tema central do trabalho é a construção de políticas públicas como caminho necessário para alegação da necessidade de respeito ao orçamento. Todavia, algumas palavras rápidas sobre a hierarquia dos tratados devem ser trazidas.

Como um tratado, a convenção segue o regime jurídico dessa fonte do direito. Assim, 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 ratificação.

Por mais que a discussão entre monistas e dualistas (HUNTER, 2008, p. 64), que se refere a um ou a vários ordenamentos jurídicos, nos últimos anos tenha caído no desuso (MAGALHÃES, 2000, p. 86), entende-se que ela é relevante para se compreender exatamente o procedimento para sua revogação. Pode-se, em última análise, dizer que, nos países monistas, a desvinculação do país de um tratado internacional é pressuposto para que a norma dele proveniente seja revogada.

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

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, decidiu matéria sobre a hierarquia de tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, é importante dizer que, mesmo que se entenda a Convenção 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 n. 9.294/96 (BRASIL, 1996), ao reconhecer que a exposição à fumaça do cigarro é danosa à saúde. Logo, tendo em vista que a proteção à saúde é imperativo constitucional, a lei federal que, em tese, permite a existência dos fumódromos torna-se inconstitucional, pois é contrária aos dispositivos da convenção, que condena a exposição à poluição tabágica ambiental.

Porém, há elementos para classificar a convenção como um tratado internacional de direitos humanos, o que se depreende de seu preâmbulo. Assim, a aplicação dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal deve ser levada em conta, além, por óbvio, da hierarquia que daí decorre.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1-SP, o ministro 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 (BRASIL, 2008).

5 A liberdade de fumar e os ambientes livres da fumaça de tabaco: uma aproximação entre o direito e a promoção da saúde

Pelo que foi anteriormente exposto, é possível vislumbrar que o ordenamento jurídico garante a proteção à vida dos indivíduos e ao ambiente, criando espaço para a articulação e a validação de leis na perspectiva da promoção à saúde. Mesmo se adotado o posicionamento mais conservador, de que o tratado tem hierarquia de lei federal, mesmo assim, esta deve ser afastada, pois a convenção identifica os danos causados pelo tabaco e, como a Lei n. 9.294/96 permite o fumódromo, ela deveria ser entendida como incompatível com a Constituição, pois a Lei Maior protege a saúde em seu artigo 196.

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 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 Dworkin (2007, p. 49) e dos escritos do alemão Robert Alexy (2001, p. 38). 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 limitar a liberdade do primeiro?

ANA MARIA GIROTTI SPERANDIO
LUÍS RENATO VEDOVATO
HENRIQUE RAIMUNDO DO CARMO SPERANDIO

A Constituição Federal brasileira, de 5 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 por meio da ponderação constantemente.

Na literatura científica, há muitos trabalhos que colocam em polos opostos o direito à saúde e o orçamento, abrindo espaço para a argumentação sobre a teoria da reserva do possível (referente à escassez de recursos para atender às demandas concorrentes) que impediria o acesso a medicamentos e tratamento de saúde. Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 35), ao discutir o tema relativo às limitações à saúde, bem identifica que

[...] a questão que se põe é a do confronto entre interesses e direitos fundamentais: de um lado, os direitos individuais consagrados na Constituição e especialmente protegidos e, de outro, o interesse público e o direito da população como um todo, ou de segmentos populacionais especialmente ameaçados, de receber proteção e ajuda dos poderes públicos responsáveis.

No entanto, o argumento da preservação do orçamento, limitado pela teoria da reserva do possível, encontraria um óbice intransponível nos casos em que não há políticas públicas de prevenção às doenças, que estão no cerne da discussão, ou nos casos em que inexistem estudos para levantamento de dados estatísticos sobre os impactos das doenças no orçamento. Ambas as situações apontam para a realização de políticas públicas para a proteção aos direitos fundamentais decorrentes do direito à saúde.

Dessa forma, a inexistência de estudos ou de políticas públicas deveria ser entendida como impeditivo de alegação, por parte do Estado, da teoria da reserva do possível, pois estaria desrespeitando o princípio constitucional da eficiência da administração pública (artigo 37 da Constituição). Entretanto, o mandamento constitucional que garante saúde para todos, insculpido no artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988), não permite que a existência de políticas públicas seja impeditiva do acesso do demandante ao medicamento ou ao remédio. Pode-se dizer, no entanto, que haveria, nesse sentido, impedimento de argumentação naquelas situações em que a política pública não exista.

Alguns desdobramentos daí devem ser realizados. Há que se identificar se a política chegou ao demandante, se quem pleiteia o remédio a seguiu e se seria determinante para impedir a doença. Nesse caso, o tratamento disponível a todos, com base no princípio da igualdade, poderia ser oferecido como forma de cumprimento do dispositivo constitucional.

Além disso, deve-se lembrar que a Constituição brasileira impõe que “todo cidadão brasileiro deve ter acesso garantido a ações de prevenção, promoção [...]”, conforme artigo 196. A promoção da saúde tem-se delineado como um campo muito além do cumprimento de apenas ações preventivas e curativas. É um campo que

se inter-relaciona com outras áreas para provocar, manter e tecer a saúde a partir da elaboração, implantação e implementação de políticas públicas que mantêm e valorizam a vida. A prevenção do tabaco não se limita apenas a tratar um caso ou doentes na sua especificidade, mas promover a vida de quem não é tabaco-dependente. Além disso, inclui os indivíduos que são dependentes de tabaco a partir da criação dos ambientes livres da fumaça. É necessário ampliar as pesquisas que comprovem o quanto se pode economizar no setor da saúde, fazendo a interface entre os gastos com as doenças provocadas pela fumaça do tabaco e o cumprimento de uma lei.

6 Conclusão

Conclui-se, portanto, que o Estado deve demonstrar que busca a efetivação de direitos sociais, trabalhando com recursos escassos na realização de políticas públicas, o que garante um maior acesso para a população, mas não isenta totalmente o Estado de proporcionar a saúde para todos, apesar das restrições orçamentárias.

Tal política pública poderá trazer limitações a direitos individuais, pois não se pode imaginar que a garantia de um direito social não traga consequências para os direitos individuais. No mínimo, trará uma visão social para os direitos individuais.

A importância da política pública para a utilização dos recursos escassos brasileiros torna-se mais evidente, ao ser vista de forma detida, quando se identifica que muitas das lutas de democratização passaram pela ampliação de serviços públicos. Tais movimentos não tinham como foco a efetivação dos direitos humanos por meio da atuação judicial, era o tempo da irresponsabilidade do Estado.

Reconhece-se que os direitos fundamentais, individuais ou sociais, estão em constante colisão na Constituição e nos tratados internacionais, tendo em vista a construção do bloco de constitucionalidade. Logo, tanto as limitações a direitos fundamentais podem decorrer da efetivação do direito à saúde quanto a exigência de políticas públicas pode pautar a alegação de violação ao orçamento. Dessa maneira, não se pode imaginar direito absoluto e, também, não se pode permitir a alegação de proteção ao orçamento nos casos em que não se realizaram pesquisas ou não se implementaram políticas públicas preventivas. Nesse último ponto, o direito à saúde tem participação essencial. Quanto maior a realização de políticas públicas saudáveis, maior a efetividade dos direitos sociais. A promoção da saúde trata de criar ambientes saudáveis que permitam que as pessoas alcancem outros patamares de qualidade de vida; ela trata também do desenvolvimento e da implantação de políticas públicas saudáveis para promover e proteger a saúde. Portanto, questionamentos em relação à implantação dos ambientes livres de tabaco não deveriam existir, pois a ausência deles pode comprometer a saúde do indivíduo, o que pode indicar o descumprimento de preceitos constitucionais.

ANA MARIA GIROTTI SPERANDIO
LUÍS RENATO VEDOVATO
HENRIQUE RAIMUNDO DO CARMO SPERANDIO

TOBACCO-FREE ENVIRONMENTS IN BRAZIL AS AN EXPRESSION OF SOCIAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF HEALTH PROMOTION

Abstract: Health costs related to tobacco-related diseases evidence the need for its restriction. Public policy such limitation represents a way to assure the commitment with the proposition of the article 196 of Brazilian Constitution. Tobacco is subject of several domestic and international studies on the impact of its use in health. The execution of healthy public policies enables cost reduction and can make concrete the right to health. Moreover, the lack of preventive public policy should reduce the argumentative space that opposes the budget and the right for health. This article aims to expose the importance of health promotion as a way of protecting social rights and verify how the creation of the tobacco-free environments can influence and collaborate for the health promotion and for the coordination between fundamental rights, investigating the application of international treaties, the federal constitution and other internal rules on the subject.

Keywords: human rights; healthy public policies; health promotion.

Referências

- ACCIOLY, H. P. P. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- AFONSO DA SILVA, V.; TERRAZAS, F. V. Claiming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. SSRN eLibrary, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1133620>>. Acesso em: 14 abr. 2010.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- _____. Lei Federal n. 9.294, de 15 de julho de 1996.
- _____. Decreto Presidencial n. 5.658, de 2 de janeiro de 2006.
- _____. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Promoção da Saúde*. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. v. 7. (Pactos pela saúde).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-1- SP. Relator ministro Cezar Peluso. Julgado em 12 de março de 2008.
- COURTIS, C. Discapacidad e inclusión social (discriminación contra incapacitados en México). *Nexos: sociedad, ciencia, literatura*, 1º Oct. 2004. Disponível em: <<http://find.galegroup.com/gtx/infomark.do?&contentSet=IAC-Documents&type=retrieve&tabID=T001&prodId=AONE&docId=A123574882&source=gale&srcprod=AONE&userGroupName=capes2&version=1.0>>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- _____. La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía. *Nexos: sociedad, ciencia, literatura*, 1º mayo 2005. Disponível em: <<http://find.galegroup.com/gtx/infomark.do?&contentSet=IAC-Documents&type=retrieve&tabID=T001&prodId=AONE&docId=A132535080&source=gale&srcprod=AONE&userGroupName=capes2&version=1.0>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

- DALLARI, D. D. A. Normas gerais sobre saúde no Estado federal brasileiro: cabimento e limitações. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, n. 1, p. 132, 2003.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FELDMAN, E. A. The culture of legal change: a case study of tobacco control in twenty-first century Japan. SSRN eLibrary, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=898466>. Acesso em: 20 maio 2010.
- HUNTER, N. D. An American view: federalism and health law. SSRN eLibrary, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1267644>. Acesso em: 20 maio 2010.
- LABONTE, R. Globalization and health promotion: the evidence challenge. In: MCQUEEN, D. V.; JONES, C. M. *Global perspectives on health promotion effectiveness*. New York: Springer Science + Business Meida, LLC, 2007. p. 181-200.
- MAGALHÃES, J. C. D. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.
- MELLO, C. D. D. A. *Direito constitucional internacional – uma introdução*: Constituição de 1988 revista em 1994. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MOYSÉS, S. J. Promoção da saúde: utopia ou realidade? *Gazeta do Povo*, Curitiba, 24 fev. 2010.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Aprovado em 16 de dezembro de 1966.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos da Criança. Aprovada em 20 de novembro de 1989.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção-Quadro para Controle de Tabaco. Aprovada em 21 de maio de 2003.
- PINTO, M. F. T. *Custos de doenças tabaco-relacionadas: uma análise sob a perspectiva da economia e da epidemiologia*. 2007. Tese (Doutorado em Saúde Pública)–Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2007.
- SLAMA, K. et al. Effectiveness of health promotion against tobacco use. In: MCQUEEN, D. V.; JONES, C. M. *Global perspectives on health promotion effectiveness*. New York: Springer Science + Business Meida, LLC, 2007. p. 151-163.
- SOARES, G. F. S. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SPERANDIO, A. M. G. (Org.). *O processo de avaliação das experiências locais do projeto de ações intersetoriais em promoção da saúde – AIPS: buscando as igualdades a partir das diferenças*. Rio de Janeiro: Aips, 2009. v. 2, 80 p.
- SPERANDIO, A. M. G.; SERRANO, M. M. *Rede de municípios potencialmente saudáveis*. O plano diretor: uma ferramenta para o desenvolvimento das políticas públicas de um município potencialmente saudável. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. v. 1.
- WESTPHAL, M. F.; MENDES, R. Cidade saudável: uma experiência de Interdisciplinaridade e intersetorialidade. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 6, p. 47-61, nov./dez. 2000.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Ottawa charter for health promotion*. Health and Welfare Canada. Geneva: Canada Public Health Association, WHO, 1986.
- _____. *Report on the global tobacco epidemic 2008: The Mpower Package*. Geneva: WHO, 2008.