

A constitucionalidade da proteção à saúde

LUÍS RENATO VEDOVATO

O DEBATE sobre a constitucionalidade do recém-aprovado PL 577/08 enfrenta fundamentalmente dois desafios que podem ser resumidos nos seguintes tópicos: a possibilidade de haver normas que limitam a assim chamada "liberdade" de fumar e a possibilidade de essa limitação ser implantada por norma estadual. Com relação ao primeiro, é necessário salientar que nenhum direito é absoluto. Desse modo, toda liberdade pode ser alvo de limitação. Daí se diz que a liberdade de um vai até o início da liberdade do próximo. A "liberdade" de fumar -entre aspas, por ser incompatível com um produto que causa dependência- se contrapõe ao direito à saúde, ao direito à integridade física e à vida daqueles que não fumam, mas que, por vários motivos, estão no mesmo recinto em que se encontram os fumantes.

É caso de colisão do direito do fumante e do não fumante. Assim, pergunta-se: é possível limitar a liberdade do primeiro? A lei aprovada pela Assembleia Legislativa de São Paulo encampa essa possibilidade, restringindo o uso do fumo.

Como o caso envolve limitação de direitos, há que identificar se a limitação do fumo em locais fechados coletivos, públicos ou privados, é ou não constitucional. Para tanto, devem ser feitas as seguintes perguntas: a limitação alcança o objetivo desejado? É o único caminho? É proporcional?

O objetivo da lei aprovada é diminuir a incidência de doenças pelo tabaco em fumantes e não fumantes. Então, é possível responder às questões acima afirmando que o objetivo é alcançado. No entanto, os contrários à lei podem dizer que a distribuição de máscaras contra gases poluentes a todos os não fumantes seria um outro caminho (as soluções de ventilação ou de isolamento não são eficazes, principalmente quando se analisa o trabalho dos garçons). Essa alternativa, porém, não seria proporcional, pois demandaria um dispêndio muito maior apenas para garantir que parte da população pudesse fumar. Tal fato leva à conclusão de que a limitação legal é a saída proporcional para o dilema, sendo possível a restrição do fumo. Parte-se para o segundo desafio. O Brasil, como se sabe, é uma Federação. Por conta disso, há divisão das competências entre os seus entes. Competências materiais, que se referem ao que cada um deve fazer, e legislativas, que definem sobre o que cada um deve legislar. O artigo 24 da Constituição Federal define a chamada competência legislativa concorrente própria, que determina que a União faz as normas gerais, e os Estados, as suplementares. No entanto, as áreas livres de tabaco, por envolverem questões de saúde e meio ambiente, identificadas nas competências materiais comuns (artigos 23, 196 e 225, CF) e nas legislativas concorrentes (artigo 24, CF), fazem parte da chamada competência legislativa concorrente imprópria (Araújo e Nunes Júnior). Essa competência decorre do princípio da legalidade administrativa: o Estado só pode fazer o que for definido em lei.

O Estado tem a competência, e não pode deixar de exercê-la, sob pena de omissão. Assim agiu o Legislativo paulista. Explicando melhor, o Estado membro da Federação tem, por determinação constitucional, a competência para proteger a saúde e o meio ambiente - e não pode deixar de fazê-lo. Vários doutrinadores defendem que tal competência se caracteriza

pela inexistência de limites a cada um dos entes da Federação, isto é, cada um deles pode legislar de maneira integral sobre as mesmas matérias.

Dessa maneira, resolvida a colisão de princípios, deve ser aplicada a norma que protege o resultado da ponderação, devendo ser enfatizados o meio ambiente e a saúde. Em outras palavras, se a Constituição determina que o Estado deve agir, resta-lhe apenas criar lei para tanto. Tal lei, como é o caso da lei paulista, eventualmente, poderá ser mais abrangente para proteger a saúde e o meio ambiente. Daí, totalmente constitucional a lei aprovada no último dia 7 de abril.

LUÍS RENATO VEDOVATO, advogado, mestre e doutorando em direito internacional pela USP, é consultor da Aliança de Controle do Tabagismo