

O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A QUESTÃO DO TABAGISMO

Luis Pessanha

*Assistente em Tempo Parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau,
Assessor, Assembleia Legislativa de Macau**

I. O Tema

O tema da saúde como direito fundamental e da delimitação do campo da liberdade para se fumar em Macau é uma problemática de grande actualidade e de inegável modernidade. As dificuldades desta temática são evidentes, passando pela própria determinação daquilo que consiste a saúde, pela clarificação do âmbito do direito à saúde, mas também por concretizar como este poderá ser entendido enquanto direito fundamental à saúde, o que em muitos ordenamentos é expressamente reconhecido a nível constitucional. As naturais linhas de conflito entre o direito à saúde com a liberdade para se fumar têm-se agravado nos últimos anos em decorrência da gradual determinação pela ciência médica, com um elevado grau de certeza, de que o consumo de tabaco é nocivo para a saúde dos próprios fumadores, mas também nefasto para os terceiros que estejam em contacto com o fumo. Em Macau, a questão passa essencialmente também pela necessidade de modernizar o regime de prevenção do consumo de tabaco, atendendo às convenções internacionais que se encontram actualmente em vigor e às quais Macau deve dar cumprimento.

* As ideias expressas no presente texto são exclusivamente do seu autor e apenas ao mesmo devem ser atribuídas, em particular não representam ou podem não representar necessariamente a opinião da Assembleia Legislativa ou da sua Assessoria sobre as matérias discutidas. *Salus populi est suprema lex.* Endereço Electrónico: luisp@umac.mo.

II. A Saúde

A ideia de saúde que partilhamos pressupõe, muitas vezes, sobretudo a ausência de uma situação de doença que pela sua gravidade ou sintomática possa influir prejudicialmente e de forma relevante na nossa rotina diária de trabalho, lazer e vida familiar. O que consiste numa perspectiva redutora que reconduz a saúde à ausência de uma situação de enfermidade que se reflecta de forma palpável e substancial no bem-estar de cada um. Aliás, uma pessoa poderá, com grande naturalidade, não se entender sequer como sendo um doente, ainda que padeça de uma doença crónica cujos sintomas possam ser mitigados através de medicação, como poderá ser o caso da asma ou de doenças reumáticas, dado que o seu estado de enfermidade se torna menos perceptível (para terceiros, mas sobretudo para o próprio indivíduo) por ser facilmente gerível e não impeditivo da habitual rotina de vida social.

Esta perspectiva das coisas, ainda que possa ser porventura compreensível, não é seguramente a mais correcta, dado que a ideia de saúde deve ser entendida em sentido mais amplo, como abrangendo não apenas a ausência de mal-estar, doença ou enfermidade, mas também como englobando um verdadeiro estado de boa saúde que inclua um bem-estar físico, psíquico e social do indivíduo². Assim, o conceito de saúde que faremos uso segue a formulação já clássica da Organização Mundial de Saúde que entende que “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”³. Para se ser saudável não basta, portanto, apenas que não se padeça de um qualquer estado de debilidade física ou mental decorrente de uma infecção, virose, neurose, doença crónica ou indisposição passageira, mas de procurar assegurar verdadeiramente um bom estado de saúde física e mental, mantendo-se um nível razoável de conforto e uma boa qualidade de vida, através do acesso continuado a cuidados de saúde.

III. O Direito à Saúde

O direito à saúde, como é entendido nos nossos tempos, decorre de uma perspectiva moderna do âmbito das funções de intervenção pública típicas do Estado Social, que enquadra a actividade estatal enquanto prestador de cuidados sociais primários aos cidadãos. Esta perspectiva encara a saúde pública como uma

2 Este conceito de saúde é criticado por ser demasiado abrangente e a delimitação do seu âmbito ser pouco clara, ainda que tal seja uma decorrência da “natureza difusa da própria ideia de enfermidade”, Sérvulo Correia, “Introdução ao Direito da Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, 1991, 40-53 (41).

3 Preâmbulo da Organização Mundial de Saúde, de 22 de Julho de 1946.

*riqueza colectiva*⁴, cuja promoção é um objectivo ou missão a ser prosseguido pelo Estado. Esta visão das coisas assenta no pressuposto de que o Estado se deve encarregar de promover activamente a prestação de cuidados de saúde universais a serem disponibilizados gratuitamente ou a baixo custo à população, quebrando com a antecedente tradição liberal que determinava que cada um estivesse entregue à sua própria sorte e fortuna pessoal, contando apenas com os seus próprios meios e os apoios que a generosidade dos outros ou a caridade lhe atribuissem para cuidar de si. Tal era uma decorrência de uma defesa arraigada da autonomia pessoal de cada indivíduo, base filosófica do liberalismo, o que implicava um repúdio a qualquer tipo de intervenção estatal que ingerisse no domínio reservado para a livre disposição do indivíduo, nomeadamente no que diz respeito ao seu próprio corpo e mente⁵.

Para o Estado Social a intervenção pública na área da saúde não se deve bastar com a adopção de medidas administrativas que se reconduzam a simples intervenções sanitárias que visem assegurar a higiene pública ou a segurança alimentar⁶, tarefas que seriam, de resto, praticamente imprescindível para evitar a propagação de doenças contagiosas que possam ser perigosas para a comunidade (as epidemias, pestes ou pragas medievais cujo combate através de campanhas de prevenção e de vacinação é indispensável)⁷. O Estado Social passa agora a ter verdadeiramente também que tomar medidas públicas que visem procurar manter um bom estado de saúde e de conforto dos cidadãos, evitando que o acesso a tratamentos médicos e acompanhamento terapêutico, pelo menos quando se tratem de cuidados de saúde primários e essenciais para assegurar a sobrevivência condigna da população, não dependa somente dos recursos financeiros que cada um tenha à sua disposição, da capacidade económica de cada cidadão para custear cuidados médicos, mas seja, na medida do financeiramente possível e fiscalmente suportável, apoiado pelo Estado.

A gradual consolidação da nova função pública prestadora do Estado Social

4 Vide Sérvulo Correia, “Introdução ao Direito da Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, 1991, 40-53 (43); Carla Amado Gomes, *Defesa da Saúde Pública Vs. Liberdade Individual*, Intervenção na 6.ª Edição das Jornadas *Novos Horizontes para a Saúde Pública*, Guimarães, 10 a 12 de Março de 1999, 3.

5 Carla Amado Gomes, *Defesa da Saúde Pública Vs. Liberdade Individual*, Intervenção na 6.ª Edição das Jornadas *Novos Horizontes para a Saúde Pública*, Guimarães, 10 a 12 de Março de 1999, 2-4.

6 Mediante a aplicação de legislação sanitária que visa assegurar uma vigilância epidemiológica através de medidas de polícia administrativa sanitárias preventivas e repressivas, Vide Sérvulo Correia, “Introdução ao Direito da Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, 1991, 40-53 (43 e 48-49).

7 A intervenção administrativa ocorria apenas excepcionalmente quando epidemias graves colocassem em risco a saúde da colectividade, Carla Amado Gomes, *Defesa da Saúde Pública Vs. Liberdade Individual*, Intervenção na 6.ª Edição das Jornadas *Novos Horizontes para a Saúde Pública*, Guimarães, 10 a 12 de Março de 1999, 3.

no campo da saúde levou a que o âmbito da actuação estatal ultrapassasse uma intervenção administrativa meramente sanitária, que visava assegurar a saúde pública, mediante a imposição de níveis suficientes de higiene pública, controlo de medicamentos e segurança alimentar, via o licenciamento e inspecção de certas actividades económicas⁸, para o reconhecimento de um verdadeiro direito à prestação de cuidados de saúde, configurado como uma posição jurídica activa que permite à população procurar obter cuidados de saúde junto de uma estrutura pública prestadora. O cidadão passou a ter o direito subjectivo a ver os seus cuidados de saúde assegurados pelo Estado⁹. Ainda que o âmbito dos cuidados públicos de saúde e a qualidade dos serviços médicos e hospitalares prestados não possam deixar de ter em consideração o grau de desenvolvimento de cada comunidade¹⁰.

a) Evolução Recente em Macau

No ordenamento jurídico português a defesa da saúde surgiu como tarefa estadual em 1951, aquando da segunda revisão da Constituição de 1933, com o aditamento do n.º 4 ao artigo 60.º, relativo à defesa da saúde pública. Ainda que a perspectiva fosse ainda apenas a da defesa da saúde enquanto interesse comunitário em se assegurar níveis mínimos de protecção sanitária e de higiene pública. Só mais tarde, com a Constituição de 1976, é que o direito à saúde surge

8 Em particular, merece destaque o Regime Jurídico das Infracções contra a Saúde Pública e contra a Economia aprovado pela Lei n.º 6/96/M, de 15 de Julho, alterado pela Lei n.º 26/96/M, de 30 de Dezembro, pela Lei n.º 2/2002, de 11 de Fevereiro, pela Lei n.º 7/2005, de 22 de Setembro, e pela Lei n.º 3/2008, de 19 de Maio. Mais recentemente é de referir também o Regulamento Administrativo n.º 17/2008, de 7 de Julho, que veio dar concretização à segurança dos produtos prevista na Lei n.º 12/88/M, de 13 de Junho.

9 Enquanto reconhecimento e garantia pelo Estado do direito à saúde. Enquanto tal reconhecido pela Comunidade Internacional, desde logo na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, onde se afirma que “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto (...) à assistência médica (...)” (artigo 25.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

10 O grau de desenvolvimento socioeconómico é determinante para se apurar aquilo que é o nível de cuidados públicos de saúde que os membros de uma comunidade podem razoável exigir ao Estado, tendo em conta os recursos públicos existentes, o grau de dificuldade técnica da intervenção médica e a necessidade médica da intervenção (ou a sua urgência, em termos de gestão dos recursos disponíveis). Queira-se ou não, em termos de simples utilização racional dos recursos públicos existentes, aquilo que se pode porventura exigir de um serviço de saúde de um país rico e industrializado é substancialmente diferente do que se pode esperar dos cuidados de saúde públicos de um país em vias de desenvolvimento. O grau de concretização do direito à protecção da saúde está “sob a reserva do possível”, tendo em conta os “recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis”, Vide Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, 1309.

verdadeiramente como um direito social¹¹, reconhecendo-se aos cidadãos um direito subjectivo à saúde perante a intervenção estadual¹² e incumbindo como tarefa pública a criação e manutenção de estruturas prestadoras de cuidados de saúde à população¹³. Estes serviços de saúde universais, tendencialmente gratuitos, visam garantir a todos, independentemente da sua condição económica, o acesso a cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, tendo em atenção os custos dos cuidados médicos e medicamentosos¹⁴.

O Estatuto Orgânico de Macau¹⁵ pouco acrescentava a este quadro de referência¹⁶, limitando-se a mencionar que a matéria da saúde seria de uma competência concorrential da Assembleia Legislativa e do Governador¹⁷. Em termos da densificação do direito à saúde enquanto direito social tal era pouco útil e deixava em aberto a concretização dos cuidados de saúde que a população de Macau teria direito a usufruir. O que não será surpreendente dado que grande parte dos cuidados de saúde eram (e, em menor medida, continuam a ser) prestados por entidades privadas segundo uma lógica assistencial. Os cuidados de saúde públicos só nas últimas décadas se começaram a generalizar ao grosso da população, ainda se mantendo um peso relativo muito significativo dos cuidados médicos prestados por unidades hospitalares

11 A tradicional preocupação com a saúde pública aparece subordinada às preocupações estaduais com o direito à saúde, fazendo apenas referência pontuais à necessidade da “educação sanitária do povo” e “de práticas de vida saudável” (artigo 64.º, n.º 2, alínea b) da Constituição da República Portuguesa).

12 Artigo 64.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

13 Artigo 64.º, n.ºs 2, 3 e 4 da Constituição da República Portuguesa.

14 Artigo 64.º, n.ºs 2, alínea a) e 3, alíneas a) e c) da Constituição da República Portuguesa.

15 Estatuto Orgânico de Macau, aprovado pela Lei n.º 1/76, de 17 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 53/79, de 14 de Setembro, Lei n.º 13-A/90, de 15 Maio, e Lei n.º 23-A/96, de 7 de Agosto.

16 O artigo 2.º do Estatuto Orgânico de Macau previa expressamente que no Território de Macau se aplicavam os princípios e os direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição de 1976 (a redacção original não fazia referência aos direitos, liberdades e garantias, tendo esta referência sido aditada ao artigo 2.º do Estatuto Orgânico de Macau pela Lei n.º 13-A/90, de 15 de Maio). Sobre os direitos fundamentais em Macau, ainda antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 13-A/90, de 15 de Maio, Vide Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, 1988, 189-190. Para mais desenvolvidos Vide Pinheiro Torres, “Interesse Público e Interesses dos Administrados”, in *BFDUM*, 11, 2001, 193-206 (199-200); Paulo Cardinal, “Os Direitos Fundamentais em Macau no Quadro da Transição: Algumas Considerações”, in *Questiones Constitucionales*, 14, 2006, 36-37; Paulo Cardinal, “The Judicial Guarantees of Fundamental Rights in the Macau Legal System”, in *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspective of Evolutions* (Jorge Costa Oliveira/Paulo Cardinal, Editores), Springer, 2009, 221-269 (226-227).

17 Artigo 31.º, n.º 3, alínea m) do Estatuto Orgânico de Macau.

privadas¹⁸, que são em parte subvencionadas pelos cofres públicos.

Tal é uma evidência sociológica¹⁹, mas é também expressamente reconhecido pelo próprio legislador, por exemplo, no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/86/M, de 1 de Fevereiro, que aprovou a Lei Orgânica dos Serviços de Saúde, actualmente ainda em vigor²⁰, onde se esclareceu que “De um sistema de reduzida dimensão limitado à prestação de cuidados a militares, funcionários e respectivas famílias evoluiu-se para um conjunto complexo de meios públicos, onde avulta um hospital de dimensão média, qualidade e diferenciação crescentes e começam a surgir unidades periféricas – os centros de saúde – *visando prestar cuidados básicos ou essenciais a toda a população.* (...) O relacionamento dos serviços oficiais com o sector privado tem sofrido também importantes modificações. De uma prática de inspecção de prestadores individuais, pouco selectiva e de quase ausência de contactos com o importante estabelecimento hospitalar da comunidade chinesa, tem-se vindo a evoluir para um progressivo bom relacionamento em termos que permitem já o planeamento de novos serviços com base em *princípios de complementaridade e de economias de escala*” (itálicos nossos).

A prestação de cuidados de saúde públicos universais nasce tardiamente em Macau com a expansão dos recursos públicos disponíveis, resultantes da instalação do Hospital Central de Conde São Januário e da criação de uma rede de Centros de Saúde que visa cobrir o espaço territorial de Macau, sem dúvida decorrente da *revolução de perspectiva*²¹ que se fez sentir em Portugal após 1975 em sede de direitos sociais, e tem na sua base uma ideia de complementaridade e aproveitamento das capacidades existentes no sector privado. O serviço público de saúde aparecia em Macau como um complemento aos serviços privados de saúde, prestando originalmente cuidados de saúde ao sector do funcionalismo público, tendo-se apenas gradualmente assumido como verdadeiro prestador primário de cuidados de saúde a toda a população.

No entanto, mesmo quando os serviços de saúde públicos surgem em Macau

18 Neste campo a intervenção pública terá sobretudo um cariz regulatório, procurando assegurar que o exercício da actividade prestadora de cuidados de saúde por entidades privadas obedece a padrões suficientes de qualidade (Vide Decreto-Lei n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 20/98/M, de 18 de Maio, e pelo Decreto-Lei n.º 22/99/M, de 31 de Maio). Ainda que se deva reconhecer que o quadro regulatório existente é incompleto e necessita de ser desenvolvido e complementado.

19 Vide Boaventura de Sousa Santos/Conceição Gomes, *Macau – O Pequeníssimo Dragão*, Edições Afrontamento, 1998, 416-417

20 Decreto-Lei n.º 7/86/M, de 1 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 74/89/M, de 6 de Novembro, e parcialmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 33/89/M, de 15 de Maio, pelo Decreto-Lei n.º 58/90/M, de 19 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 78/90/M, de 26 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 79/90/M, de 26 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

21 Carla Amado Gomes, *Defesa da Saúde Pública Vs. Liberdade Individual*, Intervenção na 6.ª Edição das Jornadas *Novos Horizontes para a Saúde Pública*, Guimarães, 10 a 12 de Março de 1999, 4.

como prestadores de cuidados hospitalares universais houve que acautelar que os meios e recursos disponíveis continuariam, pelo menos no futuro imediato, a serem insuficientes para prestarem assistência médica à totalidade da população²². A universalidade e a gratuidade no acesso aos cuidados de saúde foram assim, desde logo, relativizados e considerados em termos de especial cautela, deixando-se em aberto que na realidade iria vir a ser necessário restringir o acesso gratuito aos serviços oficiais de saúde perante o excesso de procura que se verificava à data²³. Ainda nos nossos dias, e apesar dos meios de saúde públicos terem sido entretanto reforçados, se continua a limitar o princípio da gratuidade aos serviços de saúde primários prestados nos Centros de Saúde e o acesso aos cuidados hospitalares aos grupos mais vulneráveis da população de Macau (nomeadamente, idosos, crianças em idade escolar, grávidas e famílias carenciadas) e aos funcionários públicos²⁴ (e também aos reclusos) (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 68/86/M, de 9 de Outubro²⁵). A generalidade da população pode fazer uso dos cuidados de saúde públicos, mas terá que suportar os custos associados com os cuidados prestados, ainda que estes sejam moderados²⁶.

22 “Esta melhoria da oferta induziu nova procura, a ponto de o hospital oficial, *representando pouco mais que um quarto da totalidade de camas do Território*, acolher mais de oitenta por cento das parturientes. O atendimento em urgência e consulta externa cresceu de forma visível, ampliando a auto-suficiência de meios do Território para a cobertura na doença” (Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/86/M, de 1 de Fevereiro (itálico nosso)).

23 “O aumento de procura observado nos serviços oficiais de saúde, para uma oferta para tal não dimensionada, aconselha também à revisão criteriosa das regras de acesso aos cuidados. Toma-se necessário definir as categorias de acesso universal - total gratuidade - as quais decorrem de critérios estruturais, de grupos em risco, de defesa de saúde pública, de rotura do equilíbrio económico individual ou de ocupação profissional na função pública; ao mesmo tempo que se impõe a revisão das rotinas de acesso, facturação e cobrança aos grupos populacionais que se consideram capazes de suportar a totalidade ou parte dos encargos com a respectiva saúde” (Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/86/M, de 1 de Fevereiro).

24 Os funcionários públicos e as suas famílias usufruem de assistência médica e medicamentosa tendencialmente gratuita, descontando para esse efeito uma contribuição mensal ao respectivo vencimento.

25 Este diploma legal alargou o acesso gratuito dos designados “grupos de risco” para incluir também os idosos com mais de 65 anos visando que a “universalização, generalização e gratuidade dos cuidados prestados, cumpra a estratégia definida pela Organização Mundial de Saúde, ‘Saúde para todos no ano 2000’” (Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 68/86/M, de 9 de Outubro).

26 Formalmente os utentes suportam a totalidade (quando beneficiem de seguros privados de saúde) ou grande parte dos mesmos (70% no caso dos residentes que não beneficiem de seguros de saúde) dos encargos suportados com os cuidados de saúde públicos (artigos 14.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março), ainda que estes valores sejam calculados com base em tabelas de custos a serem publicadas anualmente (artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março; última actualização ocorreu através do Despacho n.º 98/GM/98, de 19 de Outubro,

Ainda que a gratuidade não esteja plenamente assegurada, pelo menos o acesso geral e universal²⁷ aos cuidados de saúde pela população de Macau foi finalmente concretizado pelo legislador ordinário, que reconheceu aos particulares um direito a obterem assistência médica e terapêutica junto das estruturas públicas prestadoras de cuidados de saúde. Ainda que o texto legal revele sobretudo uma preocupação em determinar em que termos o acesso aos cuidados de saúde será gratuito, ou em que medida os respectivos custos devam antes ser suportado pelos utentes, decorre do mesmo um direito dos cidadãos de Macau aos cuidados de saúde públicos.

Posteriormente, quando se quis dar plena expressão em Macau ao previsto na Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aprovada pelo Conselho da Europa, em 4 de Abril de 1997, o que ocorreu através do Decreto-Lei n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro²⁸, previu-se um “acesso equitativo aos cuidados de saúde”, estabelecendo-se em termos genéricos que “Tendo em conta os recursos disponíveis, devem ser proporcionadas as medidas adequadas a assegurar o acesso equitativo a cuidados de saúde de qualidade apropriada” (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro)²⁹. É necessário, portanto, que sejam adoptadas as medidas regulamentares adequadas para assegurar o acesso equitativo a cuidados de saúde de qualidade suficiente, tendo em conta os recursos públicos disponíveis para o efeito. Ficou, assim, novamente reconhecida pelo legislador ordinário, ainda que tal tenha ocorrido em termos porventura excessivamente indeterminados³⁰, uma missão pública

e complementada pelo Despacho do Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura n.º 45/2000, de 31 de Julho) que fazem uso de montantes relativamente moderados. Sobre o dever de pagamento de encargos dos utentes dos serviços de saúde, Vide Sérvulo Correia, “As Relações Jurídicas Administrativas de Prestação de Cuidados de Saúde”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo de Pita e Cunha*, Vol. III, Almedina, 2010, 529-565 (550-551).

²⁷ Artigo 2.º, alíneas b) e c) do Decreto-Lei n.º 7/86/M, de 1 de Fevereiro; artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março.

²⁸ Este diploma veio a adoptar em Macau um regime jurídico autónomo para proteger o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantir o respeito pela sua integridade e outros direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos face às novas aplicações da biologia e da medicina (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro).

²⁹ Sérvulo Correia entende que o previsto no artigo 3.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina é apenas “uma regra objectiva de comportamento político-administrativo e não directamente de uma norma de protecção capaz de investir sujeitos de direito em pretensões subjectivas e justiciáveis”, Sérvulo Correia, “As Relações Jurídicas Administrativas de Prestação de Cuidados de Saúde”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo de Pita e Cunha*, Vol. III, Almedina, 2010, 529-565 (548-549).

³⁰ Esta crítica terá que ser relativizada, dado que o sentido vago e indeterminado deste acesso aos cuidados de saúde corresponde ao próprio texto do artigo 3.º da Convenção para a Protecção dos

de serem prestados cuidados de saúde de suficiente qualidade à população de Macau.

b) Situação na RAEM

Após a transição da soberania de Macau de Portugal para a China, ocorrida a 20 de Dezembro de 1999, este regime jurídico manteve-se essencialmente inalterado³¹, continuando-se a aplicar a regulamentação legal já anteriormente vigente relativamente ao acesso universal a cuidados de saúde públicos pela população de Macau, ainda que o enquadramento constitucional seja agora outro e naturalmente profundamente diferente, passando a ser constituído pela Constituição da República Popular da China e pela Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau³².

Em termos gerais, a Constituição da República Popular da China consagra enquanto missão ou objectivo constitucional que o Estado deva desenvolver serviços médicos e de saúde, visando promover a medicina moderna e a medicina tradicional chinesa, apoiando a instalação de redes públicas de cuidados de saúde, através de centros médicos e de saúde, com a finalidade de proteger a saúde do povo (artigo 21.º, *primeiro parágrafo*, da Constituição da República Popular da China). Acresce que no Capítulo II relativo aos “Direitos e deveres fundamentais dos cidadãos” é reconhecido em termos expressos aos cidadãos o direito ao “auxílio material” do Estado na doença e na deficiência, devendo o Estado desenvolver os serviços de saúde necessários para que os cidadãos possam gozar desse direito (artigo 45.º, *primeiro parágrafo*, da Constituição da República Popular da China). O grau de concretização material³³

Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Tal grau de abertura poderá ser compreensível na medida em que a aplicação e concretização legal desta Convenção terá que depender dos recursos públicos que estejam concretamente disponíveis em cada Estado ou Território.

- 31 Tal é uma decorrência do princípio da continuidade do ordenamento jurídico de Macau, que exige também a manutenção do sistema social de Macau (artigo 2.º, n.º 4 da Declaração Conjunta). Vide Leong Fan, *Guia da Lei Básica de Macau*, Associação das Ciências Económicas de Macau, 1995, 8-10 e 12-13; Xiao Weiyun, *Conferência sobre a Lei Básica de Macau*, Associação Promotora da Lei Básica de Macau, 1999, 58-61; Ieong Wan Chong, Ieong São Leng, et al, “*One Country, Two Systems*” and the Macao SAR, Centre for Macau Studies, Universidade de Macau, 2004, 247-249 e 268-269; Ieong Wan Chong, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Associação de Divulgação da Lei Básica de Macau, 2005, 18, 39-40, 43-45, 57-60 e 256-257; António Katchi, *As Fontes do Direito em Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, 206-211; Paulo Cardinal, “Os Direitos Fundamentais em Macau no Quadro da Transição: Algumas Considerações”, in *Questiones Constitucionales*, 14, 2006, 35; Jorge Godinho, *Macau Business Law and Legal System*, LexisNexis, 2007, 4-7; Paulo Cardinal, “Fragmentos em Torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade Humana”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau*, Coimbra Editora, 2009, 73-114.
- 32 Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (RAEM).
- 33 Na medida em que o direito a uma prestação positiva de cuidados de saúde pelo Estado dependa sempre

deste direito fundamental³⁴ de acesso a cuidados de saúde públicos pelos cidadãos irá depender de opções políticas a serem tomadas pelo legislador ordinário, em função dos recursos públicos disponíveis para o efeito, que poderão até ser bastante variáveis nos vários municípios, províncias e regiões da China, atendendo ao seu também por vezes muito variado grau de desenvolvimento socioeconómico.

No que se reporta especificamente a Macau, o enquadramento constitucional regional³⁵ é fornecido pela Lei Básica da RAEM³⁶ para a qual a Constituição da República Popular da China remete, ao abrigo do princípio “Um País, Dois

da “interposição do legislador” através de uma intervenção legislativa que concretize e viabilize em termos práticos a possibilidade do exercício desse direito, Vide Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, 1308-1309.

- 34 Os direitos sociais e culturais previstos na Constituição da República Popular da China não são normalmente considerados como susceptíveis de dotarem os cidadãos de pretensões subjectivas que possam ser justiciáveis perante os tribunais do Interior da China, ainda que tal venha a ser defendido por alguma doutrina, Vide Lin Feng, *Constitutional Law in China*, Sweet & Maxwell, 2000, 276-277.
- 35 Vide Jeong Wan Chong, Jeong São Leng, et al, “*One Country, Two Systems*” and the Macao SAR, Centre for Macau Studies, Universidade de Macau, 2004, 255-257; António Katchi, *As Fontes do Direito em Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, 277-281; Jeong Wan Chong, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Associação de Divulgação da Lei Básica de Macau, 2005, 15-17; Jorge Godinho, *Macau Business Law and Legal System*, LexisNexis, 2007, 4-6; Paulo Cardenal, “Fragmentos em Torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade Humana”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau*, Coimbra Editora, 2009, 73-114 (93-99); Paulo Cardinal, “The Judicial Guarantees of Fundamental Rights in the Macau Legal System”, in *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspective of Evolutions* (Jorge Costa Oliveira/Paulo Cardinal, Editores), Springer, 2009, 221-269 (239-244). A jurisprudência dos tribunais da RAEM, convidada a apreciar a validade das normas ordinárias perante a Lei Básica da RAEM, no julgamento dos casos que lhes são submetidos (vd. artigo 143.º da Lei Básica da RAEM), veio primeiro a entender, algo timidamente, a Lei Básica da RAEM como sendo uma simples lei de valor reforçado (vd. Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 1 de Fevereiro de 2001 (Processo n.º 1153-A)), mas rapidamente passou a reconhecer que se trata verdadeiramente de uma lei regional materialmente constitucional (Vide, entre outros, Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 16 de Junho de 2005 (Processo n.º 61/2005); Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 24 de Novembro de 2005 (Processo n.º 106/2004); Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 27 de Abril de 2006 (Processo n.º 223/2005); Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 26 de Agosto de 2001 (Processo n.º 7/2001); Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 25 de Outubro de 2006 (Processo n.º 9/2006); Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 18 de Julho de 2007 (Processo n.º 28/2006); Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 12 de Maio de 2010 (Processo n.º 5/2010)).
- 36 Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, adoptada em 31 de Março de 1993, pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e promulgada pelo Decreto n.º 3 do Presidente da República Popular da China.

Sistemas”³⁷, formulado por DENG XIAO PING, que se encontra afluado no artigo 31.º da Constituição da República Popular da China. A Lei Básica da RAEM fornece a estrutura da organização política e legislativa de Macau, assegurando a independência dos tribunais³⁸, garantindo um “alto grau de autonomia” regional e fornecendo também um catálogo relativamente extenso de direitos civis e políticos³⁹ dos quais os residentes locais beneficiam. Este ordenamento jurídico regional é tendencialmente completo⁴⁰, em grande medida estanque⁴¹, sendo que tal visa permitir a plena continuidade da “maneira de viver” das gentes de Macau⁴², a manutenção do sistema económico capitalista e permitir a sobrevivência da matriz portuguesa do direito de Macau. Neste contexto, é compreensível que a opção de fundo, que salvaguarda o “segundo sistema” no contexto da reintegração de Macau e Hong Kong na China (e de uma

-
- 37 Tal decorre do próprio Preâmbulo da Lei Básica da RAEM, onde se faz referência explícita a este princípio constitucional e também à Declaração Conjunta Sino-Portuguesa sobre a Questão de Macau, enquanto tratado internacional, fonte histórica e documento de primordial importância na plena compreensão e correcta interpretação da Lei Básica da RAEM, Vide Xiao Weiyun, *Conferência sobre a Lei Básica de Macau*, Associação Promotora da Lei Básica de Macau, 1999, 17-20; Eduardo Nascimento Cabrita, “Limites de Natureza Internacional e Constitucional à Autonomia da RAEM”, in *Revista Jurídica de Macau*, número especial, 1999, 158-160.
- 38 Conforme resulta do artigo 2.º da Lei Básica da RAEM onde se esclarece que a RAEM exerce um “alto grau de autonomia” e goza de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância (veja-se também os artigos 83.º e 89.º da Lei Básica da RAEM).
- 39 Da Declaração Conjunta resulta o princípio da manutenção dos direitos fundamentais anteriormente existentes (Declaração Conjunta Sino-Portuguesa sobre a Questão de Macau, Anexo I, ponto V). Em geral, a consagração de direitos fundamentais pela Lei Básica da RAEM é bastante abrangente, Vide Bacelar Gouveia, “A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma Compreensão de Direito Constitucional”, in *BFDUM*, 13, 2002, 173-198 (187); Paulo Cardinal, “Os Direitos Fundamentais em Macau no Quadro da Transição: Algumas Considerações”, in *Questiones Constitucionales*, 14, 2006, 51.
- 40 As leis nacionais da China não se aplicam na RAEM, salvo as leis que se encontram taxativamente previstas no Anexo III da Lei Básica da RAEM (actualmente apenas onze diplomas legais que se prendem com questões de soberania nacional) (artigo 18.º, *segundo parágrafo*, da Lei Básica da RAEM).
- 41 O ordenamento jurídico regional funciona com plena autonomia, excepto nas matérias que extravasem o âmbito da autonomia regional da RAEM, como acontece, por exemplo, no caso de questões relativas à defesa ou às relações externas, que pertencem ao campo de competências do Governo Popular Central. Será aqui que os tribunais são obrigados a obter uma interpretação vinculativa junto do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional (em particular, artigos 13.º, 14.º e 143.º da Lei Básica da RAEM).
- 42 Na RAEM “não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes” (artigo 5.º da Lei Básica da RAEM)

futura reunificação de Taiwan), tenha sido de manter a aplicação dos diplomas legais que se encontravam anteriormente em vigor em Macau⁴³, desde que os mesmos não fossem contrários ao novo regime constitucional regional (vd. artigos 8.º, 18.º e 145.º da Lei Básica da RAEM). Devendo ser entendido que a continuidade do ordenamento jurídico de Macau pretende salvaguardar não apenas a letra da lei, mas sobretudo essencialmente “o espírito do sistema jurídico, a sua lógica interna, a sua dogmática conceptual e tudo o resto que fornece vida e sentido ao ordenamento jurídico previamente existente”⁴⁴.

Neste sentido, acompanhamos quem na doutrina tenha afirmado que o sistema jurídico da RAEM é “composto por regras próprias, enformado por princípios que lhe são conaturais e historicamente sedimentados”, dotado de “um sistema específico de fontes” e que carece de “uma interpretação com cânones e métodos locais”⁴⁵. Por isso, essencialmente um “sistema auto-referenciado e auto-fechado”⁴⁶. Entendendo-se também que não haverá cabimento a que as normas da Constituição da República Popular da China possam integrar os direitos fundamentais de Macau, existindo na RAEM um “sistema de direitos fundamentais” “auto-suficiente”⁴⁷ que

43 Esta opção de fundo pela continuidade do ordenamento jurídico de Macau é uma decorrência da Declaração Conjunta que previa que “as leis vigentes manter-se-ão basicamente inalteradas” (artigo 2.º, n.º 4) e reiterada na Lei Básica da RAEM que deve ser entendida em termos do sistema jurídico de Macau não se ter que manter imutável em termos absolutos, mas de ser susceptível de sofrer alterações e aperfeiçoamentos em função da evolução das necessidades de regulação social, desde que tal ocorra dentro do respeito pelos princípios básicos do sistema jurídico de Macau, Vide Lok Wai Kin, “Impacto da Lei Básica da RAEM na concepção do Direito de Macau”, in *BFDUM*, 13, 2002, 57-66 (61); Jorge Godinho, *Macau Business Law and Legal System*, LexisNexis, 2007, 4-6; Paulo Cardinal, “Fragmentos em Torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade Humana”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau*, Coimbra Editora, 2009, 73-114 (83-85).

44 Leonel Alves, “A Região Administrativa Especial de Macau e os trabalhos da Comissão Preparatória”, in *BFDUM*, 12, 2001, 205-218, 207.

45 Paulo Cardinal, “Fragmentos em Torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade Humana”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau*, Coimbra Editora, 2009, 73-114 (83-85).

46 Armando Isaac, “Autonomy and the Basic Law: Grundnorm, System and Autopoiesis”, comunicação apresentada à *International Conference One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution*, inédito, Macau, 2007.

47 Bacelar Gouveia refere que “os direitos fundamentais são positivados com total autonomia [na Lei Básica da RAEM] relativamente aos direitos fundamentais reconhecidos no texto da Constituição da República Popular da China”, assumindo “autonomamente a respectiva posituação”, Vide Bacelar Gouveia, “A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma Compreensão de Direito Constitucional”, in *BFDUM*, 13, 2002, 173-198 (186).

se alargará “apenas na medida em que ele próprio o permite”⁴⁸. Esta perspectiva está essencialmente ancorada no texto do artigo 31.º da Constituição da República Popular da China que determina que “o sistema de garantia dos direitos e liberdades” dos residentes em Macau se baseariam na Lei Básica da RAEM. Ainda que esta conclusão possa não ser inteiramente satisfatória, especialmente em campos onde o ordenamento jurídico de Macau seja omissivo ou insuficientemente garantístico⁴⁹.

Será, portanto, no catálogo de direitos fundamentais que a Lei Básica da RAEM reconhece aos seus residentes que teremos de procurar enquadrar o direito à saúde. Neste sentido, a autonomia do sistema jurídico local obriga à consideração do lugar do direito à saúde no contexto do próprio texto da Lei Básica de Macau, em especial junto dos direitos fundamentais que são reconhecidos aos residentes em Macau. A lei fundamental de Macau faz referência expressa a que a política de promoção dos serviços de saúde e o desenvolvimento da medicina e farmacologia chinesa e ocidental se integram no âmbito da autonomia regional de Macau (artigo 123.º, *primeira parte*, da Lei Básica da RAEM). Referindo ainda que é admissível a prestação de serviços de saúde privados por associações sociais e particulares (artigo 123.º, *segunda parte*, da Lei Básica da RAEM). É também consagrado por esta lei fundamental como missão ou objectivo ao Governo o aperfeiçoamento gradual e “de acordo com as necessidades e possibilidades” da “política de subsídios anteriormente aplicada em Macau às organizações populares” nomeadamente no domínio da medicina e saúde (artigo 132.º da Lei Básica da RAEM)⁵⁰. Não se encontra uma referência expressa a que o direito à saúde deva ser entendido não apenas como uma missão pública do Governo da RAEM, mas também como um direito fundamental dos residentes. Ainda que este direito à saúde seja *incorporado*⁵¹ ou *integrado*⁵² na ordem constitucional de Macau por via da remissão que o artigo 40.º da Lei Básica

48 Paulo Cardinal, “Os Direitos Fundamentais em Macau no Quadro da Transição: Algumas Considerações”, in *Questiones Constitucionales*, 14, 2006, 52-53.

49 Tal pode mesmo implicar, pelo menos potencialmente, que ocorra uma perda ou compressão dos direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos da República Popular da China pela Constituição da República Popular da China por estes residirem em Macau e estarem sujeitos ao nosso ordenamento jurídico regional.

50 Acresce ainda que o “relacionamento entre as associações populares” de medicina e saúde e as “associações ou organizações congêneres das outras regiões do país” é baseado nos princípios de “não-subordinação e não-ingerência recíprocas e respeito mútuo” (artigo 133.º da Lei Básica da RAEM).

51 Paulo Cardinal, “Fragmentos em Torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade Humana”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau*, Coimbra Editora, 2009, 73-114 (98-99).

52 António Katchi, *As Fontes do Direito em Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, 214 ss.

da RAEM⁵³ faz para o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e para o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Sendo que o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais reconhece explicitamente “o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”⁵⁴. Este preceito integra o nosso ordenamento constitucional regional, reconhecendo o direito à saúde dos residentes em Macau como um direito fundamental que deverá ser concretizado pelo legislador ordinário.

Encontramos, portanto, também no ordenamento constitucional da RAEM *uma dupla dimensão* do direito à protecção da saúde⁵⁵, enquanto um *direito subjectivo* à saúde e como *objectivo constitucional* que exige que a RAEM preste determinadas tarefas no campo da manutenção e gradual desenvolvimento dos cuidados de saúde existentes em Macau. O direito à saúde surge, assim, como um direito subjectivo dos cidadãos de Macau, sujeito ao regime de tutela dos direitos fundamentais, e enquanto direito social, cuja concretização requer uma estrutura prestadora de cuidados de saúde à população, que poderá contar com a participação de entidades privadas⁵⁶.

c) Protecção da saúde alheia

O direito à protecção da saúde é entendido como abrangendo uma vertente de *natureza positiva* que consiste no direito à prestação de cuidados de saúde públicos, o que implica um direito a exigir à RAEM que se previna e forneça tratamento para as doenças, mas também englobando uma vertente de *natureza negativa* que implica um direito a exigir tanto do Estado, como de terceiros (nomeadamente de entes públicos, mas também de entidades privadas), que se abstenham de qualquer acto que prejudique a saúde⁵⁷. Tal implica que exista um dever dos cidadãos de respeitarem e promoverem

53 Bacelar Gouveia, “The Fundamental Rights in Macao”, in *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspective of Evolutions* (Jorge Costa Oliveira/Paulo Cardinal, Editores), Springer, 2009, 695-714 (704-705).

54 Artigo 12.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, cuja vigência em Macau decorre da Lei n.º 45/78, de 31 de Dezembro, em conjunto com a Resolução da Assembleia da República n.º 41/92, de 31 de Dezembro, e cuja continuação de vigência na RAEM é esclarecida pelo Aviso do Chefe do Executivo n.º 15/2001, de 14 de Fevereiro.

55 Vide J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, 825.

56 Como acontece tradicionalmente em Macau e decorre do artigo 132.º da Lei Básica da RAEM. Em termos próximos, Vide Carla Amado Gomes, *Defesa da Saúde Pública Vs. Liberdade Individual*, Intervenção na 6.ª Edição das Jornadas *Novos Horizontes para a Saúde Pública*, Guimarães, 10 a 12 de Março de 1999, 5; J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, 828-829.

57 J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, 825.

a saúde dos outros, o que justifica a existência de certos deveres de conduta impostos por lei que podem consistir em obrigações legais de fazer (por exemplo, em caso de vacinação obrigatória para combater uma doença contagiosa) ou de não fazer (como acontece em caso de proibições legais de fumar em determinados locais públicos)⁵⁸.

A defesa da saúde de terceiros justifica, portanto, que o Estado possa vir a intervir impondo comportamentos ou abstenções aos cidadãos, nomeadamente através da adopção de normas proibitivas ou preceptivas com vista à defesa da saúde pública⁵⁹ e exige que sejam tomadas medidas para a protecção da integridade física de terceiros⁶⁰. Nessa medida, esta problemática coloca-se também no campo da tutela dos direitos da personalidade, matéria nobre que no nosso ordenamento jurídico é fundamentalmente regulada pelo Código Civil, onde se assegura uma protecção jurídica contra ofensas ilícitas da “personalidade física ou moral” (artigo 67.º, n.º 2 do Código Civil), onde se reconhece um direito à integridade física e psíquica (artigo 71.º do Código Civil) e ainda onde se assegura o direito à vida (artigo 70.º do Código Civil). No campo do tabagismo a questão passa por estas coordenadas, dado que se passou a entender que não está apenas em jogo a defesa da saúde pública, mas também a protecção da integridade física das pessoas (dos fumadores, mas sobretudo de terceiros)⁶¹. Tal resulta da ciência médica ter vindo a determinar com crescente certeza que o tabaco é uma causa de doenças, incapacidade e morte, tanto para os fumadores, como para terceiros que inalam o fumo (ditos fumadores passivos)⁶². Certos grupos de terceiros regularmente expostos ao fumo, nomeadamente os trabalhadores que laborem em espaços fechados onde se fume habitualmente, merecem especial protecção e atenção

58 J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, 826.

59 Vide Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, 1320-1321.

60 Vide Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, 1310-1311.

61 Este entendimento é menos pacífico do que se poderia pensar, dado que tradicionalmente o tabagismo era entendido apenas como uma questão de saúde pública, mas a tendência internacional tem sido no sentido de reconhecer que o consumo de tabaco coloca também em causa a integridade física das pessoas expostas ao fumo. Sobre esta questão foi entendido pelo Tribunal Constitucional Português que se trata de “uma zona de sobreposição do direito à saúde com o direito à integridade física”, dado que a exposição ao fumo do tabaco “é susceptível de afectar a vertente negativa do direito à protecção da saúde na parte em que ela se sobrepõe ao direito à integridade física” (Acórdão n.º 423/2008, de 04 de Agosto de 2008 – Processo n.º 592/08), ainda que tal tenha sido oposto por vários votos de vencido que questionam se para além da saúde pública a questão passa necessariamente pelo bem jurídico individual da integridade física.

62 Fala-se por vezes no direito a não fumar, enquanto possível desdobramento do direito à integridade física e mesmo do direito à vida, Vide José Geraldo da Fonseca, *Direito de Não Fumar*, s/d, 14 ss.

do ponto de vista das opções de regulação legal. Ainda que não nos parece que se possa entender um eventual dever jurídico de cuidar da própria saúde como se impondo aos próprios fumadores em termos de condicionar o consumo de tabaco propriamente dito (pelo menos em termos absolutos), dado que a liberdade para se fumar se reconduz aos limites admissíveis para uma auto-limitação voluntária do direito à saúde e da integridade física do próprio fumador. Importa, ainda, ponderar os limites e restrições que essa liberdade para se fumar deve razoavelmente sofrer em termos da adequada ponderação dos interesses em presença, mas tendo também em atenção o grau de intervenção e ingerência que uma Região de Direito, como a RAEM, poderá consentir no que respeita à vida privada e aos hábitos de vida não saudáveis dos seus cidadãos.

IV. A questão do tabagismo

O tabaco surge no horizonte da nossa memória colectiva com a descoberta do Novo Mundo e através da importação da “planta da civilização” das Américas, onde era utilizada em rituais misteriosos e cerimoniais ocultos, dada a própria estranheza inerente a se inalar o fumo (falava-se em “beber o fumo”) resultante da queima controlada de uma planta obscura e de propriedades misteriosas. A sua introdução no espaço europeu, em meados do século dezasseis, suscitou imediatamente fortes resistências, assentes numa instintiva desconfiança do desconhecido e do bárbaro, sustentada em bases religiosas cristãs que associavam o fumo ao pecado e ao mal⁶³.

Esta primeira reacção não evitou a absorção e assimilação dos usos e consumos do tabaco pelo espaço civilizacional euro-asiático, em resultado dos ditames da moda da época, que rapidamente converteu o tabaco num acessório de luxo, e do fortuito convencimento que a inspiração do fumo seria muitíssimo benéfica para a saúde humana. Esta noção curiosa resultava da assimilação do tabaco na ciência médica da época que acreditava que o fumo secaria os fluidos corporais excessivos e prolongaria a vida⁶⁴. Até aos nossos dias esta associação do fumo ao secar dos pulmões, e enquanto

63 Vide Sérgio Vasques, *Os Impostos do Pecado*, Almedina, 1999, 123-124. Mas não apenas na mundividência cristã, também nas grandes civilizações euro-asiáticas o consumo de tabaco foi periodicamente alvo de proibições, como aconteceu, por exemplo, na China pelo Imperador Chongzhen, o último imperador da Dinastia Ming que governou entre 1627 e 1644, mas também pelos Manchus da Dinastia Qing, onde o consumo de tabaco era alvo de severas proibições, Vide Sander L. Gilman/Zhou Xun (editores), *Smoking – A Global History of Smoking*, Reaktion Books, 2004, 84 ss.

64 A ciência médica daqueles tempos era largamente seguidora da “Teoria dos Humores” e acreditava que o tabaco curaria as enfermidades “húmidas”, bem como as mais variadas doenças, prolongando a vida e acalmando as paixões, Vide Sérgio Vasques, *Os Impostos do Pecado*, Almedina, 1999, 125-126. A ciência moderna reconhece efectivamente à nicotina um efeito calmante e antidepressivo, mas o seu uso medicinal é actualmente considerado contra-indicado, dado que o seu consumo causa dependência.

tal como um curativo para os males da tose, ressurgiu inesperadamente.

O tabaco ocupou um papel relevante na economia das Américas, enquanto fonte de importantes receitas fiscais foi tolerado, taxado, monopolizado e concessionado pelos Estados, tendo o seu consumo sido até mesmo ocasionalmente promovido, juntamente com o chocolate e o café, nas rações de combate distribuídas em tempo de guerra. A industrialização e massificação da produção permitiram o crescimento e consolidação das grandes empresas multinacionais que se dedicam à produção, distribuição e comércio do tabaco no mercado mundial, actividade comercial assaz lucrativa, que dotou as grandes tabaqueiras de recursos financeiros fabulosos.

A viragem de fundo deu-se apenas nos anos sessenta do século passado, quando a ciência médica começou lentamente a concluir que o fumo do tabaco poderia afinal ser nocivo para a saúde dos fumadores, contribuindo para certas doenças cancerígenas e respiratórias. Seguiram-se algumas décadas de estudos médicos e relativa incerteza quanto aonexo causal entre fumar e variados cancros e afins que tipicamente afligiam os fumadores em percentagens estatisticamente invulgarmente elevadas. Este período de avaliação científica terminou em meados dos anos oitenta do século vinte quando a dúvida razoável⁶⁵ se desvaneceu e surgiu uma certeza médica consolidada e crescentemente assertiva de que o fumo do tabaco é nocivo para a saúde humana.

Ficou também adquirido que o consumo de tabaco causa um estado fisiológico de dependência⁶⁶ resultante dos efeitos da inalação da nicotina contida nestes produtos, o que implica que os fumadores vejam a sua liberdade de escolha condicionada. Tal levou a um reforço da legitimidade reconhecida à ciência médica para se pronunciar em termos autoritários sobre a necessidade de se restringir o consumo de tabaco, que é naturalmente uma questão de saúde pública, mas é também um hábito social desde há muito enraizado e um vício tolerado e tributado em praticamente todo o mundo.

No momento presente em que vivemos, a Organização Mundial de Saúde refere-se ao consumo do tabaco como a “epidemia global do tabaco”, que é entendida como a “principal causa de morte evitável” dos nossos tempos, afirmando que por ano mais de 5 milhões de pessoas morrem no mundo inteiro em resultado do consumo de

65 A indústria tabaqueira é frequentemente acusada de promover a dúvida científica sobre os malefícios do tabaco para a saúde, bem como em alguns casos de procurar aumentar a carga aditiva do tabaco. Vide Organização Mundial de Saúde, *Relatório Global sobre a Epidemia do Tabaco*, 2009, 32-33 (original consultado na versão inglesa em http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563918_eng_full.pdf, a tradução é da nossa autoria e quaisquer erros ou imprecisões são nossos).

66 Por exemplo, em termos explícitos é considerado que “os cigarros e outros produtos que contêm tabaco são concebidos de uma maneira muito sofisticada por forma a criar e manter dependência, que muitos dos compostos que contêm e o fumo que produzem são farmacologicamente activos, tóxicos, mutagénicos e cancerígenos e que a dependência do tabaco é objecto de classificação própria, como perturbação, nas principais classificações mundiais de doenças” (Preâmbulo da Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco).

tabaco⁶⁷ e estimando que 600 mil de não fumadores falecem em decorrência de serem expostos ao fumo do tabaco (fumadores passivos)⁶⁸. Para além da tragédia destes grandes números, dos custos económicos associados à prestação de cuidados médicos a estes doentes⁶⁹ e à perda da produtividade resultante do tabaco⁷⁰, surge também a ideia de que as medidas que são normalmente adoptadas, que passam sobretudo pela separação física de espaços de trabalho, restauração ou comércio em áreas de fumadores e não fumadores, seriam substancialmente menos eficazes do que antes se estimava⁷¹. A conclusão tirada com crescente insistência é que para a ciência médica contemporânea apenas a eliminação por completo do consumo do tabaco em espaços fechados é que será susceptível de combater os malefícios do tabaco para a saúde⁷².

a) Regime de prevenção e limitação do tabagismo

O regime vigente em Macau em matéria de tabaco é relativamente antigo⁷³, ainda que claramente tributário deste pano de fundo que reconhece a perigosidade do tabaco para a saúde pública e procura combater o consumo do tabaco, querendo salvaguardar uma adequada ponderação de interesses entre a liberdade para se fumar e a protecção dos terceiros expostos ao fumo. Mas é, ainda assim, uma regulamentação menos exigente do que as actualmente adoptadas noutras jurisdições e certamente ainda distante das novas ideias mais restritivas que apontam para uma tendencial proibição

67 Organização Mundial de Saúde, *Relatório Global sobre a Epidemia do Tabaco*, 2009, 7-8.

68 Organização Mundial de Saúde, *Relatório Global sobre a Epidemia do Tabaco*, 2009, 20. A questão passa também pelos estudos indicarem que o fumador passivo é sujeito a mais partículas cancerígenas que os próprios fumadores, o que favorece uma integral abolição do fumo nos locais de trabalho, Vide Organização Mundial de Saúde, *Relatório Global sobre a Epidemia do Tabaco*, 2009, 32.

69 Existem estudos de fontes não oficiais que sugerem que o tabaco poderá reduzir os custos públicos com os cuidados de saúde e assistenciais, sobretudo entre a população mais idosa, desde que se tenha em consideração a redução na expectativa de vida resultante do consumo de tabaco.

70 Organização Mundial de Saúde, *Relatório Global sobre a Epidemia do Tabaco*, 2009, 24.

71 Organização Mundial de Saúde, *Relatório Global sobre a Epidemia do Tabaco*, 2009, 27. Estudos sugerem que a separação física de espaços para fumadores e áreas de não fumadores apenas reduz em 50% a exposição ao tabaco, sendo por isso considerada uma medida insuficiente para acautelar a saúde pública.

72 Organização Mundial de Saúde, *Relatório Global sobre a Epidemia do Tabaco*, 2009, 32.

73 O Regime de Prevenção e Limitação do Tabagismo em vigor foi aprovado pela Lei n.º 21/96/M, de 19 de Agosto (Lei n.º 21/96/M), alterada pela Lei n.º 27/96/M, de 30 de Dezembro, e pela Lei n.º 10/97/M, de 11 de Agosto (que alargou o âmbito de prevenção, nomeadamente no campo da limitação da venda a menores, restrições publicitárias e regras de informação obrigatória sobre os riscos para a saúde do tabaco na rotulagem). O primeiro regime de prevenção do tabagismo de Macau foi aprovado pela Lei n.º 3/83/M, de 11 de Junho, entretanto revogada, mas que em grande parte está na base do actual regime jurídico vigente.

integral do consumo de tabaco em espaços fechados que sejam de acesso público.

Em termos muito sumários, o Regime de Prevenção e Limitação do Tabagismo estabelece uma proibição de venda de tabaco a menores de idade⁷⁴ (artigo 2.º da Lei n.º 21/96/M), restringe a publicidade e a informação comercial ao tabaco⁷⁵ (artigo 3.º da Lei n.º 21/96/M), introduz a obrigação da embalagem do tabaco incluir informação sobre o teor de nicotina e alcatrão⁷⁶ e sobre os efeitos nocivos do tabaco⁷⁷ (artigo 5.º da Lei n.º 21/96/M) e apresenta uma listagem dos recintos fechados de acesso ao público onde é proibido fumar⁷⁸ (artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 21/96/M) ou onde pode ser proibido fumar⁷⁹ (artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 21/96/M).

74 Tal depende da colaboração diligente do comércio de retalho que recuse a venda a menores e identifique os compradores em caso de dúvida sobre a sua idade suficiente (o que é praticamente impossível na venda automática de tabaco; esta modalidade de venda não é utilizada em Macau) e sanciona a violação deste dever com uma pena contravencional de multa de 90 dias (artigo 6.º, n.º 1 da Lei n.º 21/96/M).

75 O regime vigente proíbe a publicidade ao tabaco (excepto para efeitos de patrocínio de eventos), mas permite a informação comercial ao tabaco, ainda que restrinja a sua dimensão e localização.

76 Estes dados são relevantes por ser proibida a venda de tabaco com um teor de nicotina superior a 1,5 miligramas e de alcatrão superior a 20 miligramas (artigo 5.º, n.º 4 da Lei n.º 21/96/M). Em caso de dúvida sobre a veracidade dos dados técnicos dos produtos do tabaco colocados à venda ao público devem realizar-se análises laboratoriais pelos Serviços de Saúde (artigo 5.º, n.º 6 da Lei n.º 21/96/M).

77 Esta informação obrigatória sobre os riscos para a saúde do tabaco, que visa desincentivar o seu consumo, deve ser incluída no rótulo da embalagem “de forma clara, em local perfeitamente visível e em caracteres de fácil leitura” (artigo 5.º, n.º 1 da Lei n.º 21/96/M), nas duas línguas oficiais, ocupando pelo menos 20% da embalagem (também aplicável ao suporte publicitário ou informação publicitária ao tabaco - artigo 5.º, n.º 2 da Lei n.º 21/96/M). Dado que normalmente o tabaco consumido em Macau é importado de Hong Kong, o regime jurídico defere às medidas de controlo do tabagismo lá aplicadas (onde existem deveres de informação similares, ainda que não se faça uso da língua portuguesa, mas antes da chinesa e inglesa) que são consideradas suficientes em termos de informação ao consumidor sobre os riscos de saúde associados ao consumo do tabaco (artigo 5.º, n.º 3 da Lei n.º 21/96/M).

78 A listagem dos locais onde é proibido fumar é relativamente modesta incluído, nomeadamente, os estabelecimentos de saúde públicos e privados, bem como as farmácias e os consultórios médicos, as escolas e estabelecimentos de ensino básico, secundário e superior, os transportes públicos, os cinemas, os teatros e outros locais de espectáculo em espaço fechado, os museus, as bibliotecas e as salas de exposições. Sempre que possível devem ser disponibilizadas “áreas fechadas destinadas a fumadores” nos espaços onde por disposição legal é proibido fumar (artigo 4.º, n.º 3 da Lei n.º 21/96/M).

79 O regime jurídico permite que se opte (o que julgamos que muito raramente acontece) por proibir o fumo, nomeadamente, em restaurantes, bares e outros estabelecimentos similares, bem como nas salas de jogo, nos centros comerciais e nos locais de trabalho (artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 21/96/M).

A timidez da opção legislativa em análise talvez possa ser melhor ilustrada pelo facto de ter optado por enumerar e limitar os estabelecimentos fechados abertos ao público que podem optar por proibir o fumo, sendo que nos restaurantes, bares e similares tal decorre de uma determinação da gerência, mas apenas “nas respectivas áreas que (...) estejam reservados a não fumadores” (artigo 4.º, n.º 2, alínea a) da Lei n.º 21/96/M). Aparentemente, o pressuposto é que não deva ser possível optar por proibir o fumo na totalidade do estabelecimento, conforme poderá ser eventualmente razoável em pequenos espaços de restauração, onde não é possível reservar áreas para fumadores e não fumadores. Igualmente tímida é opção de permitir a proibição do consumo de tabaco nos locais de trabalho fechados, mediante determinação da entidade patronal, mas apenas “na medida em que se mostre viável a proibição de uso do tabaco para defesa dos não fumadores, designadamente pela existência de espaços alternativos disponíveis” para se fumar (artigo 4.º, n.º 2, alínea c) da Lei n.º 21/96/M). Mais contemporânea seria porventura a opção oposta, proibir em regra o consumo de tabaco no local do trabalho, protegendo os fumadores passivos da exposição ao fumo, e admitir que se fume em áreas reservadas, fisicamente separadas, dotadas de bons sistemas de ventilação e limpeza de ar, sempre que tal seja viável.

b) Convenção Quadro para o controlo do tabaco

Os novos impulsos em sede de regulação legal no campo do tabaco partem dos consensos e recomendações da Organização Mundial de Saúde. Neste campo, a aplicação da recente Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco⁸⁰ em Macau merece ser destacada como um marco importante.

Esta Convenção Quadro, aprovada em 2003, bebe das ideias novas e mais assertivas no que diz respeito à prevenção do consumo de tabaco, conforme resulta, desde logo, dos longos considerandos que referem, entre outras menções dignas de nota, que “a propagação da epidemia do tabagismo é um problema mundial com sérias consequências para a saúde pública”, sendo que há que ter presente as “devastadoras consequências sanitárias, sociais, económicas e ambientais, a nível mundial, do consumo do tabaco e da exposição ao fumo do tabaco” e considerar o “aumento, a nível mundial, do consumo e da produção de cigarros e de outros produtos do tabaco, em particular nos países em vias de desenvolvimento⁸¹, bem como com o encargo

80 Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco (Convenção Quadro), aprovada em Genebra, em 21 de Maio de 2003, ratificada pela República Popular da China, em 11 de Outubro de 2005, e publicada em Macau pelo Aviso do Chefe do Executivo n.º 15/2006, de 29 de Março. A República Popular da China assumiu o compromisso de proibir a introdução de máquinas automáticas de venda de produtos do tabaco sob a sua jurisdição, nos termos do artigo 16.º, n.º 1 da Convenção Quadro.

81 A análise estatística revela que efectivamente nos países desenvolvidos o consumo de tabaco tem decrescido nas últimas décadas, mas nos países em desenvolvimento tem crescido de forma

que isso representa para as famílias, os pobres e os sistemas de saúde nacionais”.

No que se reporta à dúvida que poderia ainda restar sobre se o tabaco é nocivo para a saúde é afirmado categoricamente que “os dados científicos demonstram, de forma irrefutável, que o consumo do tabaco e a exposição ao fumo do tabaco constituem causas de morte, de morbilidade e de incapacidade⁸² e que existe um diferimento temporal entre a exposição ao fumo do tabaco e a utilização de outros produtos do tabaco e o aparecimento de doenças relacionadas com o tabaco” e “que existem dados científicos que demonstram claramente que a exposição pré-natal ao fumo do tabaco tem repercussões adversas na saúde e no desenvolvimento das crianças”.

A enorme desconfiança que a indústria tabaqueira merece é patente na medida em que se entende que “os cigarros e outros produtos que contêm tabaco são concebidos de uma maneira muito sofisticada por forma a criar e manter dependência”, sendo necessário manter a vigilância “face a quaisquer esforços da indústria do tabaco para enfraquecer ou subverter os esforços de controlo do tabaco, bem como a necessidade de se manterem informadas sobre as actividades daquela indústria que tenham repercussões negativas nos esforços desenvolvidos com vista ao controlo do tabaco”.

Em termos do novo padrão de regulação do controlo do tabaco a ser transposto por legislação doméstica, como facilmente se adivinha, as opções para o controlo do tabaco são muito robustas, passando pela introdução de medidas fiscais para reduzir o consumo do tabaco⁸³, pela adopção de medidas eficazes para assegurar a protecção contra a exposição ao fumo em locais públicos fechados⁸⁴, pela adaptação de regulamentação sobre a composição dos produtos do tabaco⁸⁵ e sobre as informações

expressiva. Sugere-se que a divulgação dos riscos para a saúde do consumo de tabaco nos países desenvolvidos tenha levado a esta redução de consumo e que o aumento da capacidade financeira nos países em desenvolvimento tenha levado a que o tabaco se generalize nos hábitos de vida destas populações.

- 82 A própria Convenção Quadro estabelece, em termos vinculativos para as Partes, que se “reconhece estar cientificamente provado, de forma inequívoca, que a exposição ao fumo do tabaco causa doenças, incapacidade e morte” (artigo 8.º, n.º 1 da Convenção Quadro).
- 83 Artigo 6.º da Convenção Quadro.
- 84 Evitando a exposição ao fumo nos “locais de trabalho fechados, meios de transportes públicos, locais públicos fechados e, se for caso disso, em outros locais públicos” (artigo 8.º da Convenção Quadro). Entenda-se que a Convenção Quadro não exige, mas sugere, que também locais públicos abertos possam ser sujeitos a restrições sobre o consumo do tabaco, desde que tal se justifique atendendo às circunstâncias.
- 85 Artigo 9.º da Convenção Quadro (do ponto de vista técnico poderá ser muito difícil de determinar e controlar a composição exacta do tabaco, dada a sua origem orgânica numa planta de cultivo a céu aberto).

a serem prestadas sobre estes produtos⁸⁶, pela imposição de obrigações de embalagem e etiquetagem dos produtos do tabaco de grande exigência⁸⁷ e proibir totalmente ou restringir tanto quanto possível a publicidade, promoção e patrocínio do tabaco⁸⁸. A Convenção Quadro pretende estabelecer apenas um mínimo regulatório, encorajando a que se apliquem medidas adicionais “que vão para além das previstas” e esclarece que nada obsta a que se imponham “restrições mais severas”, com vista a assegurar “uma melhor protecção da saúde humana” (artigo 2.º, n.º 1 da Convenção Quadro).

c) Proposta de Lei em apreciação legislativa

O novo regime de controlo ao consumo de tabaco que se encontra presentemente a ser analisado na Assembleia Legislativa, com base na Proposta de Lei apresentada pelo Governo e aprovada na generalidade no dia 5 de Janeiro de 2010, procura dar concretização legislativa em Macau ao previsto na Convenção Quadro⁸⁹. Ainda que não seja oportuno discutir neste fórum as opções de política legislativa que estão em apreciação no nosso parlamento regional, iremos procurar fazer uma curta referência a algumas questões técnicas que nos parecem merecer ser tidas em consideração.

A Nota Justificativa da Proposta de Lei refere que “as três principais causas de morte” em Macau “estão directamente relacionadas com o consumo do tabaco, nomeadamente tumores malignos (com frequência cancro pulmonar e carcinoma broncogénico), doenças cardiovasculares e outras doenças do tracto respiratório” e que se tem verificado um “incremento do número de fumadores crianças e jovens”, sendo que a “idade do primeiro cigarro” tem vindo a ser progressivamente cada vez mais reduzida⁹⁰. Fonte de preocupação para o Executivo é também “o impacto negativo do fumo passivo para o público não fumador, sobretudo os menores”⁹¹.

Em termos sumários, e sem prejuízo de se ter em atenção que a Proposta de Lei se encontra ainda a ser apreciada em sede legislativa, podendo por isso ainda sofrer

86 Artigo 9.º da Convenção Quadro (do ponto de vista técnica pode ser muito difícil de determinar e controlar a composição exacta dos produtos do tabaco, dada a sua origem orgânica e natural).

87 Em particular, em termos de embalagem passa a não ser permitido o uso de expressões que transmitem a “falsa impressão de que um determinado produto do tabaco é menos nocivo do que outros, como, por exemplo, expressões como «com baixo teor de alcatrão», «ligeiro», «ultra ligeiro» ou «suave»” (Artigo 11.º, n.º 1, alínea a) da Convenção Quadro) e que as advertências ao risco do consumo do tabaco que devem ser afixadas nas embalagens devem “cobrir 50% ou mais das faces principais da embalagem e nunca menos de 30%” (Artigo 11.º, n.º 1, alínea b), parágrafo iv) da Convenção Quadro).

88 Artigo 13.º da Convenção Quadro.

89 Nota Justificativa da Proposta de Lei do novo Regime de Prevenção e Controlo do Tabagismo, 1.

90 Nota Justificativa da Proposta de Lei do novo Regime de Prevenção e Controlo do Tabagismo, 1.

91 Nota Justificativa da Proposta de Lei do novo Regime de Prevenção e Controlo do Tabagismo, 1.

alterações significativas, poderá ainda assim ser oportuno referir algumas das opções legislativas que estão a ser consideradas e que maior interesse têm suscitado. Sendo certo que em termos gerais parece evidente que estamos perante uma opção política no sentido do agravamento das medidas repressivas do consumo e restritivas do comércio do tabaco, aumentado a protecção contra a exposição ao fumo por terceiros.

Digno de nota parece-nos ser, desde logo, que o âmbito das limitações ao consumo de tabaco se refira aos “locais destinados a utilização colectiva”⁹² e não apenas aos locais fechados de acesso ao público, conforme seria a opção mínima exigida pela Convenção Quadro, e seria a opção tradicional que não procuraria regular o consumo de tabaco em locais abertos e nas áreas ao ar livre. A listagem dos locais onde é proibido fumar é muito abrangente, ainda que comporte excepções⁹³, e inclui os estabelecimentos de saúde, os lares de idosos, os estabelecimentos de ensino primário, secundário e superior, os locais de trabalho⁹⁴, os serviços públicos, os estabelecimentos hoteleiros, os restaurantes e bares, os estabelecimentos comerciais, os centros comerciais, as instalações bancárias, os museus e recintos de espectáculos, as instalações desportivas, os transportes públicos, os parques de estacionamento cobertos, os locais destinados a menores de idade e ainda qualquer outro recinto fechado destinado a utilização colectiva⁹⁵. Assim, para além dos estabelecimentos fechados de “uso colectivo” que são expressamente enumerados, qualquer espaço fechado aberto ao público fica abrangido pela proibição geral de consumo de tabaco.

Acresce ainda uma proibição de consumo de tabaco nos “parques, jardins e zonas arborizadas” públicas, nas instalações desportivas e nas praias⁹⁶, locais de acesso ao público que estando localizadas ao ar livre não seriam normalmente abrangidas por uma proibição de fumo⁹⁷. Neste particular, deve admitir-se que o âmbito de aplicação

92 Artigo 3.º da Proposta de Lei do novo Regime de Prevenção e Controlo do Tabagismo (Proposta de Lei).

93 Sendo admitido fumar, nomeadamente, nas áreas ao ar livre dos locais de trabalho, dos estabelecimentos de ensino superior e nos espaços comuns dos hotéis (Artigo 5.º, n.º 1, alíneas 1), 2) e 3) da Proposta de Lei), ainda que não em áreas fechadas com ventilação e extracção de fumo adequados (esta variante é apenas mencionada para efeitos dos portos e aeroportos – artigo 5.º, n.º 3 da Proposta de Lei).

94 Mas não os domicílios privados, ainda que possam ser o local de trabalho de empregados domésticos. E a questão pode também passar pela necessidade de protecção da exposição ao fumo de crianças e menores. Mas tal seria seguramente uma intrusão excessiva na intimidade da vida privada e reserva da morada de família. Já as fracções autónomas dos condomínios destinadas à habitação, ainda que não sejam espaços públicos, parecem estar abrangidas por via da excepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea 5) da Proposta de Lei.

95 Artigo 4.º, n.º 1 da Proposta de Lei.

96 Artigo 4.º, n.º 1, alíneas 19), 20) e 21) da Proposta de Lei.

97 Admitindo-se que se possa fumar nestes espaços públicos ao ar livre em áreas expressamente delimitadas para o efeito (Artigo 5.º, n.º 1, alínea 4) da Proposta de Lei).

da Proposta de Lei é efectivamente muito amplo e excede aquilo que seria porventura razoavelmente expectável da simples transposição da Convenção Quadro.

É também clarificado que se admite que se fume nos quartos dos estabelecimentos hoteleiros⁹⁸ e “nos casinos, estabelecimentos de sauna e massagens e salas de dança”⁹⁹, certamente visando evitar penalizar excessivamente a indústria do turismo local. Nestes recintos fechados onde excepcionalmente é permitido fumar, devem ser reservadas áreas para não fumadores¹⁰⁰, fisicamente separadas das restantes instalações onde se permite o consumo de tabaco¹⁰¹, a serem concluídas no prazo de um ano após a entrada em vigor da presente Proposta de Lei¹⁰².

Esta é uma opção legislativa habitual nas jurisdições de jogo, onde mesmo quando existem regulamentações exigentes em matéria de prevenção do consumo de tabaco, como no Estado de Nevada dos Estados Unidos da América ou em Singapura, se tolera o fumo nos casinos, normalmente fazendo uso da divisão física de áreas onde não é permitido fumar e outras áreas onde se permite o consumo de tabaco¹⁰³, que devem estar dotadas de sistemas adequados de ventilação e extracção de ar. Atendendo à importância do sector do jogo para a economia de Macau e o seu peso relativo para as finanças públicas¹⁰⁴, tendo em conta a concorrência de Singapura que se começa a fazer sentir no mercado dos grandes apostadores, e a aparente indisponibilidade da esmagadora maioria dos apostadores para prescindirem de fumar nos espaços de jogo, estas considerações são apenas naturais e expectáveis.

É ainda fixado um teor máximo de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono

98 Artigo 5.º, n.º 1, alínea 3) da Proposta de Lei.

99 Artigo 5.º, n.º 1, alínea 6) da Proposta de Lei.

100 Nos casinos de menor dimensão e nas salas de jogo privadas para os grandes apostadores esta divisão entre zonas para fumadores e áreas para não fumadores poderá não ser muito facilmente concretizável.

101 Artigo 5.º, n.º 6 da Proposta de Lei. O que sacrifica a protecção da exposição ao fumo dos trabalhadores dos casinos, pelo menos quando trabalhem nos espaços onde seja permitido fumar.

102 Artigo 34.º, n.º 2 da Proposta de Lei.

103 Tal resulta que se tenha que ultrapassar dificuldades relacionadas com a integração dos espaços de jogo com outras actividades recreativas e comerciais, nomeadamente lojas, restauração e similares, e que se deva definir com clareza até onde o regime de excepção que permite que se fume em espaços fechados de acesso público se deve aplicar e a partir de que momento é que o regime geral restritivo do consumo de tabaco passa a vigorar. Ainda que tal possa nem sempre ser muito evidente, em termos da integração física que se verifica entre os casinos e os espaços comerciais e de hotelaria de natureza complementar.

104 Vide Luís Pessanha, “O Jogo de Fortuna e Azar e a Promoção do Investimento em Macau”, in *Revista Administração*, 77, Vol. XX, 847-888 (861-864).

para os cigarros que sejam comercializados em Macau¹⁰⁵, a serem verificadas antes da sua introdução no mercado local¹⁰⁶, devendo ser prestada uma informação completa e integral aos Serviços de Saúde sobre “a lista de todos os ingredientes e respectivas quantidades utilizadas no fabrico” dos produtos do tabaco¹⁰⁷. Em termos de rotulagem é exigido que se introduza uma advertência sanitária, bem como as indicações do teor de alcatrão e nicotina, de acordo com um modelo a ser aprovado, que deve cobrir pelo menos 50% da área externa da superfície das unidades de embalagem de tabaco¹⁰⁸, não podendo ser comercializadas embalagens de cigarros com menos de 20 unidades¹⁰⁹. Esta solução, que segue essencialmente os termos mais exigentes da Convenção Quadro, coloca desde logo duas questões: (1) até que ponto é que a ocupação de metade do espaço da embalagem com avisos obrigatórios não leva a uma descaracterização das marcas de tabaco, matéria que terá que ser considerada em sede de salvaguarda dos respectivos direitos de marca e propriedade industrial, e (2) em que termos é que é possível fazer aplicar estas regras atendendo à pequenez do mercado de Macau, na medida em que não se aceite, como ocorre actualmente, que o cumprimento do regime de outros ordenamentos jurídicos que façam o controlo do tabagismo em termos substancialmente idênticos ao nosso (como é o caso de Hong Kong, mercado habitual de importação para Macau) seja suficiente¹¹⁰.

Em conformidade com o previsto na Convenção Quadro, a Proposta de

105 O teor máximo não pode ser superior a 17 miligramas por cigarro para o alcatrão, de 1 miligramas por cigarro de nicotina e 10 miligramas por cigarro de monóxido de carbono (artigo 8.º da Proposta de Lei).

106 Artigo 9.º da Proposta de Lei. A entrada em vigor destas medidas é deferida num ano para permitir a regular liquidação dos *stocks* existentes em armazém (artigo 34.º, n.º 2 da Proposta de Lei).

107 Artigo 10.º da Proposta de Lei. Conforme já foi avançado tal poderá ser tecnicamente complicado, dado que a planta do tabaco poderá conter impurezas naturais ao seu cultivo em céu aberto. Acresce que no que respeita à produção não massificada de charutos e outros produtos produzidos em pequenas quantidades a realização de análises que forneçam indicações seguras sobre o seu teor poderá não ser viável.

108 Artigo 11.º da Proposta de Lei.

109 Artigo 12.º da Proposta de Lei. É também proibida a comercialização de tabaco de mascar ou destinado a ser inalado, o que irá impedir que estes produtos continuem a ser comercializados em Macau, ainda que o seu consumo seja certamente muito residual (artigo 15.º da Proposta de Lei).

110 Na realidade, poderá não ser sempre viável, nem haverá grande vantagem, desde que os avisos sanitários sejam idênticos ou correspondam essencialmente ao exigido pela legislação de Macau, em que se imponha aos produtores ou importadores de tabaco que tenham que preparar embalagens próprias exclusivamente para o mercado de Macau e é expectável que as marcas com menores percentagem do mercado local e um volume de negócio mais reduzido possam vir a ter que abandonar o comércio de tabaco em Macau, o que irá determinar indesejáveis distorções da concorrência e reforçar as posições dominantes já existentes.

Lei determina ainda que seja vedado a que as embalagens de produtos do tabaco façam uso de expressões ou sinais que sugiram que uma determinada marca é menos prejudicial que as restantes¹¹¹. O que do ponto de vista da defesa da saúde pública faz natural sentido, dado que poderá até estar em causa publicidade enganosa, mas poderá colocar em causa a própria continuidade de marcas já existentes no mercado¹¹².

É mantida a tradicional proibição de venda de produtos do tabaco a menores¹¹³, alargada agora também à venda de produtos do tabaco por menores¹¹⁴, e em muitos dos locais onde o consumo de tabaco é proibido¹¹⁵, procurando também afastar formas de venda remotas onde a idade do comprador não possa ser facilmente verificada¹¹⁶. É afastada também a venda por meios que facilitem o acesso de menores ao tabaco¹¹⁷, nomeadamente através da venda por máquinas automáticas¹¹⁸, e é vedada o uso de promoções ou descontos para a venda de produtos do tabaco¹¹⁹.

Em matéria de publicidade a Proposta de Lei reforça uma tendência já muito presente de se restringir a publicidade e a promoção aos produtos do tabaco¹²⁰, sendo que agora se passa apenas a admitir que se faça uso de um preçário nos locais de

111 Artigo 13.º da Proposta de Lei. São proibidas as campanhas promovidas ou patrocinadas pelas empresas produtoras de produtos do tabaco que visem a prevenção do tabagismo (artigo 20.º da Proposta de Lei) para evitar que uma determinada marca possa surgir como querendo promover a saúde dos seus fumadores.

112 O uso da expressão “ligeiro” ou “ultra ligeiro” é em alguns casos parte da própria marca. A proibição do uso destas expressões, ainda que compreensível, equivale à abolição de uma marca legalmente registada.

113 Artigo 14.º, n.º 1, alínea 1) da Proposta de Lei. A violação deste dever é agora punida também a título de mera negligência (artigo 23.º, n.º 2 da Proposta de Lei), o que é compreensível dado que esta obrigação legal assenta num dever de cuidado do comerciante aquando da venda de produtos do tabaco ao público.

114 Artigo 14.º, n.º 4 da Proposta de Lei.

115 Artigo 14.º, n.º 1, alínea 2) da Proposta de Lei.

116 Artigo 14.º, n.º 1, alíneas 4) e 5) da Proposta de Lei.

117 Artigo 14.º, n.º 1, alínea 3) da Proposta de Lei.

118 Artigo 16.º da Proposta de Lei.

119 Artigo 14.º, n.º 5 da Proposta de Lei. Para além de estar vedada a distribuição gratuita ou a venda promocional de produtos do tabaco, é também proibida a distribuição de brindes promocionais, prémios, vales, cupões ou a realização de concursos por parte das empresas relacionadas com o fabrico, distribuição ou venda de produtos do tabaco (Artigo 17.º, n.ºs 8, 9 e 11 da Proposta de Lei).

120 Artigo 17.º, n.º 1 da Proposta de Lei.

venda¹²¹, em termos meramente informativos¹²² e contendo um aviso sanitário¹²³, e que se faça publicidade nas publicações internas das empresas do sector do tabaco ou perante os profissionais do comércio do tabaco (e não perante o público em geral)¹²⁴. Passa igualmente a ser proibido o patrocínio de eventos ou actividades que permitam uma promoção directa ou indirecta de produtos do tabaco ou ao seu consumo¹²⁵.

Em termos de publicidade indirecta, através do uso da marca de produtos do tabaco para a venda de outros produtos, permitindo vantagens em sede de publicidade e divulgação promocional, são introduzidas restrições¹²⁶, ainda que não se exclua a possibilidade de se promoverem marcas similares ou idênticas às usadas para a venda do tabaco, desde que a sua venda não esteja relacionada com a venda de produtos do tabaco e o método de uso das marcas seja claramente distintivo das marcas de produtos do tabaco¹²⁷. Ficando vedado que se usem marcas similares às dos produtos do tabaco para o fabrico e a comercialização de jogos, brinquedos ou guloseimas, para evitar que os menores associem o consumo destes produtos ao tabaco¹²⁸.

Em sede de fiscalização, há que reconhecer que este poderá vir a revelar-se um dos pontos de maior dificuldade, atendendo ao âmbito muito amplo e ao grau pesado das limitações ao consumo de tabaco que se encontram prevista na Proposta de Lei. Noutros ordenamentos jurídicos por vezes os regimes mais exigentes e restritivos em matéria de consumo de tabaco resultaram numa certa resistência social difusa à sua aplicação rigorosa e em alguns casos mesmo na sua desaplicação generalizada. Do nosso ponto de vista poderá eventualmente revelar-se difícil para os fumadores interiorizarem que seja proibido fumar, por exemplo, nas praias, parques, jardins e zonas arborizadas públicas, dado que enquanto espaços ao ar livre parecem ser áreas onde o consumo de tabaco poderia ser admitido. A fiscalização terá que passar por um controlo destes espaços, o que pela sua dimensão se pode revelar impraticável.

121 Artigo 17.º, n.º 2 da Proposta de Lei.

122 Artigo 17.º, n.ºs 3 e 4 da Proposta de Lei.

123 Artigo 17.º, n.º 4, alínea 3) da Proposta de Lei.

124 Artigo 17.º, n.º 7 da Proposta de Lei.

125 Artigo 19.º da Proposta de Lei.

126 Artigo 18.º, n.º 1 da Proposta de Lei.

127 Artigo 18.º, n.º 2 da Proposta de Lei. Tal visa salvaguardar a existência de marcas já estabelecidas, nomeadamente de roupa e acessórios, que usam marcas idênticas às marcas de produtos do tabaco. De resto, a criação destas marcas foi patrocinada pela indústria do tabaco e o momento do seu estabelecimento é muitas vezes associado com as crescentes restrições que a publicidade ao tabaco propriamente dito tem vindo a sofrer. Um certo grau de associação entre a publicidade a objectos de consumo que tenham uma marca idêntica que uma marca de tabaco é naturalmente inevitável e porventura nem sequer indesejado.

128 Artigo 18.º, n.º 3 da Proposta de Lei.

Poderá ser ainda referido que a Proposta de Lei opta por estabelecer muitas administrativas para sancionar o consumo de tabaco nos locais onde é proibido fumar, sendo que para esse efeito o pessoal responsável pela fiscalização é autorizado a entrar nos locais onde legalmente é proibido fumar (o que inclui também os espaços comerciais e os locais de trabalho, ainda que estes sejam não sejam locais de acesso público) e ordenar aos fumadores que se abstenham de fumar ou saiam do local onde é proibido fumar (medida mais gravosa, apenas a ser adoptada excepcionalmente e julgamos que não no caso dos fumadores se encontrarem nos seus locais de trabalho), sob pena de se incorrer num crime de desobediência simples. O potencial para o surgimento de uma pequena conflitualidade social em torno da aplicação deste regime jurídico muito restritivo em matéria de controlo e prevenção do tabagismo é evidente.

V. Notas finais

Em balanço, no campo do tabagismo estamos em vias de passar de um regime de prevenção brando e tolerante para um regime bastante mais agressivo e restritivo, conforme é certamente espectável, dado que o consenso na comunidade médica sobre a necessidade de se combater o consumo do tabaco é cada vez mais abrangente. A relativa antiguidade e desactualização do regime jurídico actualmente vigente em Macau neste campo poderá, ainda assim, causar um pequeno *choque cultural* no que diz respeito às novas soluções regulatórias robustas que agora se querem adoptar.

O que é sugerido é passar-se de um regime fraco onde essencialmente é permitido fumar nos espaços comerciais, estabelecimentos de restauração e locais de trabalho, sendo possível destinarem-se áreas para os não fumadores, para uma solução que veda o consumo de tabaco nesses espaços, sem se estabelecer a possibilidade de serem criados locais onde se possa fumar, excepto quando os mesmos forem ao ar livre. Em termos práticos parece claro que muito poucos estabelecimentos comerciais e locais de trabalho irão ter a possibilidade de fazer uso desta opção legal. Estamos, assim, em vias de seguir a linha mais restritiva em termos de consumo de tabaco que afasta, em geral, que seja permitido fumar em espaços fechados, com excepção do sector do jogo e do turismo, onde a opção intermédia do uso da separação física entre áreas de fumadores e espaços de não fumadores, ainda que menos eficaz, é utilizada.

É verdade que as opções normativas de Macau, no que diz respeito à regulamentação legal a ser adoptada para efeitos da prevenção e controlo do consumo de tabaco, estão claramente condicionadas pelo padrão internacional consolidado nesta matéria. Muito em particular, atendendo ao previsto na Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco, que se pretende transpor para a legislação de Macau, o essencial das escolhas colectivas que podem ser tomadas em sede de regulamentação legal estão já irremediavelmente antecipadas.

Ainda assim, esta matéria deve ser considerada com *sensibilidade e bom senso*, evitando intrusões excessivas e abusivas na esfera da intimidade da vida privada e na livre escolha dos estilos de vida dos indivíduos. Os fumadores não se devem sentir como uma minoria perseguida e discriminada, quais leprosos dos tempos modernos, que estão condenados a fumar sorrateiramente em vãos de escada e à porta dos prédios, durante os intervalos do trabalho. O consumo de tabaco é uma *magna* questão social que não deve ser reduzida apenas à sua dimensão de flagelo para a saúde pública, a ser combatido agressivamente pelas entidades sanitárias e policiais, visando a sua completa erradicação, desconsiderando-se inteiramente que é também uma prática social aceite desde há tempos imemoriais e é frequentemente encarada como uma escolha livre e consciente dos próprios fumadores. É certo que o argumento da liberdade de escolha do fumador surge enfraquecido pela dependência da nicotina que o consumo do tabaco provoca. E parece-nos também ser correcto reconhecer que está também em jogo a tutela da integridade física dos terceiros que sejam expostos ao fumo em consequência de partilharem espaços de trabalho ou lazer com fumadores. Mas, ainda assim, é importante que se evitem soluções maximalistas nesta matéria, onde o que se vai regular são basicamente os hábitos de vida das pessoas na sua vida privada, tendo em devida e justa conta que opções legislativas que se revelem demasiado radicais suscitam facilmente fenómenos de rejeição social.

Há que ter sempre presente que, ainda que tal possa fazer natural sentido para a ciência médica, tendo em vista a plena tutela da saúde pública, nem todos os comportamentos nocivos para a saúde pública carecem de ser interditos ou restringidos por lei, nem sequer merecem necessariamente uma censura moral ou social, como acontece quando estejam em causa hábitos de vida pouco saudáveis e excessivamente sedentários. Muitas vezes, as pessoas comem e bebem demasiado, não dormem horas suficientes, vêem demasiada televisão, não lavam os dentes com suficiente empenho, frequentam más companhias, não fazem suficiente desporto, não vão regularmente ao médico e algumas até acham por bem fumar tabaco. É mau para a saúde pública e para a sua própria saúde. Mas é bom para uma sociedade livre e plural que cada um tenha estas escolhas na sua própria mão, desde que as mesmas não incomodem ou prejudiquem o vizinho do lado.

Haja *sensibilidade e bom senso*!

