

O DIREITO À SAÚDE — PROIBIÇÃO DE FUMAR EM ESPAÇOS DE UTILIZAÇÃO COLECTIVA — TUTELA DE VALORES SUPERIORES

Rui Amaral

Assistente em tempo parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau,
Técnico Superior Assessor, Direcção dos Serviços de Saúde de Macau

1. A problemática

Começaria esta comunicação, que de forma alguma pretende esgotar o *thema decidendi*, referindo-me a comentários proferidos sobre a Lei de Prevenção e Controlo do Tabagismo, em Portugal no *Blog Forum da casa* no âmbito do qual um dos *internautas* referia:

«Porque razão é que os meus impostos não-de de servir para pagar cancro e transplantes de pulmões causados por fumadores, se se querem matar, matem-se, se se querem curar, que se curem com os lucros das tabaqueiras ou com os vossos ordenados, porque não me venham com tretas que já pagam muito imposto no tabaco, sorte nossa que muitos ainda não se queixam ou vão morrer antes de dar prejuízo, porque quer gostem ou não, fazem ideia quanto custa tratar em média um cancro do pulmão e seu transplante, custa cerca de 20 000 contos (100 000 euros), este dinheiro é 4 vezes mais que um fumador que fuma 1 maço por dia durante 50 anos paga em impostos de tabaco».

Sobre este comentário proferia um outro:

«Ora ai está um bom exemplo de civismo, sim tem razão os chatos dos não fumadores já se acham no direito de me incomodar quando estou a fumar ao ar livre,

dizem que os incomoda, azar!!!! Olhe já agora, vamos fazer o mesmo “raciocínio” para situações equivalentes, então é assim, eu não percebo porque é que hei-de estar a pagar impostos que são utilizados no SNS [Serviço Nacional de Saúde] para por exemplo tratar da sua saúde ou dos seus familiares, sabe porquê, porque eu não uso, nunca usei e não sei se alguma vez utilizei o SNS, já agora quando for preciso tratar de um seropositivo infectado por práticas menos cuidadosas deixa-mo-lo morrer, e o que dizer das pessoas que ficam com cancro na pele, toda a gente sabe quais são os efeitos dos belos banhos de sol no Algarve (...), ora bem pela mesma lógica é deixá-los morrer quando chegam aos hospitais. (...) Tenho que certeza que me deve conseguir arranjar uma solução para ex-fumadores que ficam com cancro no pulmão, como é que fazemos deixamo-los morrer ou se eles pedirem com jeitinho e porque deixaram de pecar, tratamo-los? (...) Em relação às doenças tratadas nos hospitais é fácil verificar que a grande maioria dos doentes de alguma forma se colocam em situações de risco potencial, ora pelo seu magnífico e eloquente raciocínio nesses casos não devem ser tratados, até já estou a imaginar os interrogatórios “à là PIDE” [Policia Política existente antes do Revolução Portuguesa de 25 de Abril de 1974] nos hospitais para saber quem se portou bem e quem não se portou? Grandes teorias a suas!»

Sobre ambos os comentários aconselha o *bloguista*:

«Tenham calma e não se exaltem. Discussões como esta são pouco produtivas, nunca em tempo algum se chegará a uma conclusão ou a um consenso. Sabe-se que os pró encontrarão argumentos que substanciem o que dizem, como os contra farão o mesmo. E, quanto a aqueles que expressam opiniões, chegaremos ao fim exactamente como no início – eles não a mudarão. Mas, pelo caminho, convém que se discuta com a cabeça fria e com calma, muita calma – não quero aqui nenhuma batalha camp.,:»

2. Quadro conceptual das políticas públicas saudáveis

Numa abordagem histórica e conceptual sobre as políticas públicas saudáveis, enquadramento natural do tema em discussão, faremos referência a alguns elementos necessários à sua compreensão e indispensáveis à sua implementação.

A utilização comum do termo «políticas públicas saudáveis» é um fenómeno relativamente recente¹. O conceito surgiu no século XX, associado a uma tomada de consciência de que as condições sociais e políticas têm um

1 Políticas Públicas Saudáveis, Plano Nacional de Saúde 2011-2016, Instituto de Higiene e Medicina Tropical da Universidade Nova de Lisboa (Versão Preliminar).

impacto, positivo ou negativo, na saúde das populações (WHO, 1948; cit por Metcalfe & Higgins, 2008²). Ou seja, houve um claro reconhecimento de que a saúde e o bem-estar eram influenciados por determinantes que estavam para além do exclusivo domínio do sector da saúde³.

A discussão sobre o conceito teve início na Conferência de Alma-Ata, em 1978, ao salientar-se a necessidade de uma acção conjunta entre os diversos sectores da sociedade para a consecução do mais elevado nível de saúde para todos - «saúde para todos no ano 2000»⁴. É, neste contexto, que surge pela primeira vez o termo «acção intersectorial para a saúde», definido como uma acção coordenada que pretende melhorar a saúde e a equidade em saúde das populações⁵.

Tendo por base este processo de definição do conceito de políticas públicas saudáveis os anos 80 do século passado foram caracterizados pelo aprofundamento da sua compreensão e implementação⁶. O termo políticas públicas saudáveis é, novamente, tema de debate na Conferência de Ottawa, em 1986, ao reconhecer-se a construção destas políticas como uma das traves fundamentais para o desenvolvimento de comunidades socialmente justas e equitativas⁷. Das conclusões desta conferência realçou-se o facto de que a saúde é criada no contexto da vida quotidiana e parte deste princípio para identificar algumas características essenciais para a criação de comunidades saudáveis⁸.

Dois anos mais tarde, o conceito foi tema central na Conferência de Adelaide que as considerou serem caracterizadas por «...uma preocupação explícita para a saúde e equidade em todas as áreas políticas...»⁹. Destacou-se, igualmente,

2 Metcalfe, O., & Higgins, C. (2008). Healthy public policy – is health impact assessment the cornerstone? *Public Health*, 123, 296-301.

3 Gagnon, F., Turgeon, J., & Dallaire, C. (2007). Healthy public policy. A conceptual cognitive framework. *Health Policy*, 81, 42–55.

4 World Health Organization. (1978). Declaração de Alma-Ata. Conferência Internacional sobre Cuidados de Saúde. URSS.

5 Sihto, M., Ollila, E., & Koivusalo, M., (2006). Principles and challenges of Health in All Policies. In T. Stahl, M. Wismar, E. Ollila, E. Lahtinen, & K. Leppo (Eds). *Health in All Policies: Prospects and potentials*. Helsinki: Ministry of Social Affairs and Health.

6 Ayers, B. (1988). Adelaide 1988 – not so much a conference as a stepping-stone. *Health Promotion International*, 2(3), 289-291.

7 World Health Organization. (1986). *Carta de Ottawa. Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde*.

8 Kickbusch, I. (2008). Health in All Policies: Setting the scene. *Public Health Bulletin South Australia*, 5(1), 3-5.

9 World Health Organization. (1988). *Declaração de Adelaide. Segunda Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde*.

a importância e necessidade da tomada de consciência dos decisores políticos, em diferentes sectores, do potencial impacto das suas decisões na saúde e equidade das populações.

Importa salientar que o conceito surge intimamente relacionado com o aumento da consciência ambiental e ecológica (Labonte, 1993, cit. por Sihto, Ollila & Koivusalo, 2006). O paradigma ecológico parte do pressuposto que o ambiente exerce efeitos significativos nos seres humanos, sendo necessário analisar o impacto das influências ambientais, contextualizando as questões e os problemas que os indivíduos enfrentam, a níveis mais abrangentes de análise. A perspectiva ecológica da saúde realça que o contexto no qual as pessoas vivem e se relacionam é fortemente influenciado por políticas públicas que direccionam e condicionam o conjunto de possibilidades de escolha dos seres-humanos e, por essa razão, são óptimas estratégias para a criação de condições que fomentam a saúde¹⁰.

Os efeitos das medidas e acções implementadas podem, por um lado, agir directamente como factores constrangedores ou promotores da saúde ou por outro lado, reflectir-se no ambiente físico e social que, por sua vez, influencia o indivíduo na escolha ou não de opções saudáveis¹¹. Nesse sentido, os decisores políticos devem tornar as opções saudáveis nas mais fáceis e dificultar as opções menos saudáveis¹².

O principal propósito de uma política pública saudável é então «...*criar um ambiente favorável que permite às pessoas viverem vidas saudáveis. Tal política torna opções saudáveis possíveis e fáceis para os cidadãos. Criam ambientes sociais e físicos comprometidos com a saúde.*»¹³. Pode-se assim afirmar que o objectivo central da política pública saudável é contribuir para que toda a actividade do governo coopere para o desenvolvimento do mais alto nível de saúde da população¹⁴.

Numa abordagem mais analítica do tema as políticas públicas saudáveis

10 Mílio, N. (1988). Making healthy public policy; developing the science by learning the art: an ecological framework for policy studies. *Health Promotion International*, 2(3), 263-274.

11 Tones, K., E Green, J. (2004). *Health Promotion. Planning and Strategies*. London: SAGE Publications.

12 Mílio, N. (1988). *Ibidem*.

13 World Health Organization. (1988). *Declaração de Adelaide. Segunda Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde*. Adelaide.

14 Droper, R. (1988). Healthy public policy: a new political challenge. *Health Promotion International*, 2(3), 217-218.

revelam-se através de quatro características fundamentais (Droper¹⁵): um forte compromisso com a equidade social, pois pretendem a redução das diferenças no estado da saúde entre grupos populacionais; o reconhecimento da importância do ambiente económico, social e físico como determinantes da saúde; a facilitação da participação pública no processo político; e, por último, a cooperação dos diversos sectores governamentais para a sua implementação.

No âmbito da acção política local importa salientar o movimento das cidades saudáveis. Movimento que surgiu, em 1986, em Toronto, no Canadá.

O princípio base deste movimento considera que a cidade é um organismo vivo, que respira e cresce, que se encontra em constante mutação e que a saúde das pessoas que nela vivem é condicionada pelas condições que apresenta. Tendo em linha de conta esta dinâmica, o projecto Cidades Saudáveis estimula uma mudança individual, social, institucional e política na definição de acções, parcerias e políticas sobre a saúde.

A integração de uma cidade nesta rede, para além de abranger um processo de candidatura, envolve, igualmente, a designação de um conjunto de critérios de elegibilidade definidos pela Organização Mundial de Saúde e de entre as quais destacamos, a protecção da saúde como parte integrante das políticas públicas, e o reconhecimento aos cidadãos do direito de opção por acções que contribuam de forma favorável para a sua saúde.

Esta rede funciona por fases de cinco anos e encontra-se, presentemente, na fase V, iniciada em 2009, e com término em 2013. A fase V enfatiza três áreas prioritárias de acção: ambiente de protecção e suporte, estilos de vida saudáveis e planeamento urbano saudável.

A Região Administrativa Especial de Macau integra, actualmente, a rede mundial de cidades saudáveis. O processo de integração teve início em Março de 2004, com a criação da Comissão da Cidade Saudável (Despacho do Chefe do Executivo n.º 71/2004) com o objectivo de promover a saúde, o ambiente e a qualidade de vida da população, mediante a interacção coordenada entre diferentes áreas e sectores, designadamente, no âmbito do planeamento e da gestão urbana. Esta Comissão tem por competências, a elaboração de um plano de desenvolvimento global do projecto «Cidade Saudável», a coordenação da sua aplicação sustentada e a avaliação sistemática dos seus resultados.

Finalmente, importa destacar o relatório da OMS para 2008, no âmbito do qual esta enuncia três elementos indispensáveis para a implementação de melhores políticas públicas, são eles: melhor formação e evidência; um cenário institucional em mudança; e acções de saúde equitativas e eficientes.

15 *Ibidem.*

3. À procura de evidências

No domínio do tabaco têm-se vindo a coligir extensa informação que demonstra a forte evidência científica que o tabagismo e a inalação involuntária de fumo é responsável por quase 50 diferentes tipos de doenças, de entre as quais se destacam, o grupo das doenças cardiovasculares, cancro e doenças respiratórias. Numa revisão sistemática a 139 estudos sobre a prevalência do tabagismo¹⁶ em adultos veio a verificar-se que mais de 1,1 mil milhões de pessoas em todo o mundo fumam, dos quais 82% residem em países em desenvolvimento.

Segundo a OMS¹⁷, a exposição ao fumo mata cerca de 600 mil pessoas, anualmente, cerca de um terço da população mundial adulta é exposta, regularmente, ao fumo involuntário, sendo evidente, de acordo com estudos científicos, que não existe um nível seguro para a exposição do fumo. Acrescenta, ainda, que exposição ao fumo é responsável por cerca de 5 milhões de mortes anuais, número este que deverá ascender a mais de 8 milhões em 2030. Prevê, igualmente, que mais de 80% dessas mortes ocorrerão em países em vias de desenvolvimento.

Diversos outros estudos¹⁸, sempre de base *científica*, têm vindo a evidenciar que o fumo tem um impacto excepcional na taxa de mortalidade. Em *Taiwan*, entre 1982-1986, com o incremento no número de fumadores houve um aumento exponencial no número de mortes por cancro de pulmão (730%). Num outro estudo¹⁹, este sobre o Interior da China, conclui-se que 36% dos casos de cancro e 21% de todas as mortes em Xangai podem ser atribuídas ao tabagismo.

Todos estes estudos colocam em evidência o tabagismo como causa da ocorrência de graves doenças.

Além do impacto para a saúde pública, em geral, o consumo de tabaco é, igualmente, causa de graves perdas económicas, designadamente, através do aumento dos custos com a saúde e da perda de produtividade devido à doença. Tem-se demonstrado que as perdas em vidas humanas e económicas são claramente superiores aos chamados «benefícios» fiscais, resultantes da venda de tabaco e à satisfação do consumo do tabaco para o próprio indivíduo.

16 Oliveira AF, Valente JG e Leite IC. «Aspectos da mortalidade atribuível ao tabaco: revisão sistemática».

17 WHO, Report on the Global Tobacco Epidemic, 2009.

18 Liaw KM, Chen CJ. «Mortality attributable to cigarette smoking in Taiwan: a 12-year follow-up study». *Tob Control*.1998;7(2):141-48.

19JM Yuan et al.«Morbidity and Mortality in Relation to Cigarette Smoking in Shanghai, China: A Prospective Male».

Segundo a OMS, apesar das evidências e de existirem fortes indicações de que melhores políticas públicas contribuem com ganhos em saúde, a informação sistematizada sobre políticas efectivas, os seus resultados e custo-efectividade, é surpreendentemente diminuto. De acordo com aquele organismo internacional existe uma extensa informação sobre a relação entre determinados comportamentos e respectivos resultados de saúde, porém, pouco conhecimento existe sobre a forma como se deve proceder a mudanças comportamentais de base populacional de forma sistemática e sustentável (OMS, 2008).

Factores como, os prazos para a obtenção de resultados, complexidade da causalidade multi-factorial da doença e dos efeitos das intervenções, falta de dados, os problemas metodológicos, abrangendo a aplicação de critérios para a avaliação de métodos clínicos, e a diversidade de perspectivas entre os envolvidos, são apontados como obstáculos à produção de evidências (OMS, 2008).

Foi, precisamente, para colmatar este deficit de informação que a OMS elaborou, em 2009, um relatório sobre a situação do tabagismo no mundo²⁰. Neste relatório, e com base em análise comparativa das políticas adoptadas por diversos países e regiões e dos seus efectivos resultados, definem-se um conjunto de medidas que podem ser adoptadas pelos Governos e que são comprovadamente eficazes na protecção de pessoas dos riscos de exposição ao fumo do tabaco.

De entre as medidas de maior eficácia, ganha maior destaque, a limitação de fumo em espaços de utilização colectiva²¹.

Especificamente, sobre este domínio, importa referir que as partes contratantes reunidas em Assembleia Geral da OMS no âmbito da Convenção-Quadro de Controle do Tabaco (CQCT), concluíram que os ambientes livres de fumo são os únicos meios que de forma efectiva protegem a saúde das pessoas contra os efeitos nocivos do fumo involuntário, uma vez que não existe um nível aceitável de exposição ao fumo.

Nos termos do referido relatório da OMS²², fumar em qualquer lugar de um edifício aumenta de forma significativa as concentrações de fumo, mesmo em partes do edifício onde as pessoas não fumam. A separação física entre fumadores e não fumadores, permitindo-se o fumo apenas em locais previamente designados, reduz apenas em metade a exposição ao fumo involuntário, pelo que constitui apenas uma protecção parcial.

A *American Society of Heating, Refrigerating and Air-Conditioning Engineers*, em 2005, afirma de forma inequívoca que leis anti-fumo mais abrangentes são o único meio eficaz para eliminar os riscos associados à exposição

20 *Ibidem*, WHO, 2009.

21 *Ibidem*, WHO, 2009, pág. 28.

22 *Ibidem*, WHO, 2009.

involuntária de fumo, e que as técnicas de ventilação não devem ser referenciadas como sendo capazes de permitir um controle eficaz dos riscos relativos ao fumo do tabaco.

4. Enquadramento do compromisso político

O compromisso político que o Governo ora visa prosseguir resulta da adopção para a Região Administrativa Especial de Macau de um instrumento de direito internacional, a Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco.

Esta Convenção constitui, igualmente, uma imposição jurídica, consequência do direito à saúde, consagração maior do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, e que na Região encontra acolhimento legal no artigo 40.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau.

O direito dos indivíduos impõe aos Estados a obrigação, de adoptarem as medidas necessárias para *a redução do número de nados-mortos e da mortalidade infantil e o são desenvolvimento das crianças, o melhoramento em todos os aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente, a prevenção e o tratamento das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras, e lutar contra as mesmas, e a criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de doença.*

Foi neste quadro que o Governo da República Popular da China estendeu a aplicação da Convenção Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controlo do Tabaco, à Região Administrativa Especial de Macau (Aviso do Chefe do Executivo n.º 15/2006, publicado no *Boletim Oficial* n.º 13/2006, de 29/03).

A Convenção-Quadro para Controlo do Tabaco é o primeiro tratado internacional de saúde pública, negociado por 192 países durante quatro anos (1999 – 2003), sob os auspícios da Organização Mundial de Saúde (OMS). A iniciativa global que resultou na elaboração desta Convenção foi motivada pelo amplo reconhecimento dos graves danos sanitários, sociais e económicos decorrentes do tabagismo. Deste modo, os 192 países membros da OMS negociaram para que a Convenção contivesse várias iniciativas intersectoriais e abrangentes para reverter a situação.

A Convenção encontra-se dividida em 11 capítulos, estabelecendo obrigações de natureza internacional baseadas num regime multilateral de colaboração. Do Capítulo II ao Capítulo VII, a Convenção envolve uma variedade de temas intersectoriais como: propaganda e patrocínio; educação e consciencialização da população; mensagens de advertências sanitárias nas embalagens dos produtos; proibição de fumar em ambientes fechados; controle

do mercado ilegal de cigarros; tratamento da dependência da nicotina; regulação dos produtos de tabaco quanto aos seus conteúdos, emissões e actividades de promoção; além de cooperação nas áreas científica, educacional e sanitária. O capítulo I e os capítulos de IX a XI versam sobre soluções de conflitos, desenvolvimento da Convenção e disposições finais.

A Convenção foi adoptada por Consenso na 56.ª Assembleia Mundial de Saúde, em Maio de 2003, e entrou em vigor quando 40 países a ratificaram, em Fevereiro de 2005. Foi o tratado da Organização das Nações Unidas que mais rapidamente ganhou adesões e entrou em vigor. Já contava com 89 ratificações em 21 de Outubro de 2005.

É importante salientar que a adesão à Convenção não admite reservas (artigo 30.º), o que garante a coerência e a coesão do regime multilateral proposto. Além disso, limita unicamente aos Estados Partes a possibilidade de aderirem aos protocolos específicos a serem negociados no futuro. Isto implica que apenas os países que a tiverem ratificado poderão participar e influenciar na negociação desses instrumentos complementares, que abrangerão áreas de grande relevância transfronteiriça, tais como, publicidade e patrocínio e o comércio ilícito de produtos de tabaco. Do mesmo modo, só os Estados Partes da Convenção poderão deliberar na Conferência das Partes (COP) e exercer a sua influência na consolidação desse novo regime multilateral.

Um dos objectivos da referida Convenção e dos seus protocolos adicionais consiste *em proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e económicas do consumo e da exposição ao fumo do tabaco através do estabelecimento de um regime quadro de medidas de controlo do tabaco para ser aplicado pelas Partes aos níveis nacional, regional e internacional a fim de reduzir, de forma contínua e substancial, a predominância do tabagismo e a exposição ao fumo do tabaco.*

Nos termos do artigo 4.º da Convenção Quadro, sob a epígrafe *princípios gerais*, «...as partes, para alcançar o objectivo da presente Convenção e dos seus protocolos e na aplicação das respectivas disposições, observarão os princípios seguintes:

1. Todas as pessoas devem ser informadas sobre as consequências para a saúde do consumo e da exposição ao fumo do tabaco, a sua natureza aditiva e o risco mortal que envolve e devem ser contempladas, ao nível governamental adequado, medidas legislativas, executivas, administrativas ou outras medidas eficazes para proteger todas as pessoas contra a exposição ao fumo do tabaco.

2. É necessário um compromisso político forte para desenvolver e apoiar, a nível nacional, regional e internacional, medidas plurisectoriais globais e respostas coordenadas, tendo em consideração:

a) *A necessidade de adoptar medidas para proteger todas as pessoas contra a exposição ao fumo do tabaco;*

b) *A necessidade de adoptar medidas para prevenir a iniciação ao consumo, promover e apoiar a cessação do consumo e para reduzir o consumo de produtos do tabaco sob qualquer forma;*

c) *A necessidade de adoptar medidas para promover a participação de pessoas e comunidades indígenas na elaboração, aplicação e avaliação de programas de controlo do tabaco, que sejam social e culturalmente adaptados às suas necessidades e perspectivas; e*

d) *A necessidade de, ao serem elaboradas as estratégias de controlo do tabaco, adoptar medidas que tenham em conta os riscos associados especificamente a cada sexo.»*

No artigo 8.º da mesma Convenção Quadro, sob a epígrafe *protecção contra a exposição ao fumo do tabaco*, dispõe-se:

«1. As Partes reconhecem estar cientificamente provado, de forma inequívoca, que a exposição ao fumo do tabaco causa doenças, incapacidade e morte.

2. Cada Parte deve adoptar e aplicar, nos domínios pertinentes da jurisdição nacional e em conformidade com o direito nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes destinadas à protecção contra a exposição ao fumo do tabaco em locais de trabalho fechados, meios de transportes públicos, locais públicos fechados e, se for caso disso, em outros locais públicos, e deve promover activamente a adopção e a aplicação de tais medidas a outros níveis de jurisdição».

De tudo exposto, resulta evidente a íntima relação entre o controle do tabaco e o direito à Saúde, conexão essa destacada na própria Convenção quadro (anexo 2, histórico do processo de negociação da convenção quadro da OMS para o controlo do tabaco) ao considerar que o Controlo do Tabaco constitui uma etapa decisiva para o futuro da saúde pública mundial e com repercussões significativas nos objectivos da OMS em matéria de saúde.

De acordo com a OMS, a conclusão do processo de negociação e a adopção, por unanimidade, da Convenção Quadro para o Controlo do Tabaco, em plena conformidade com as resoluções da Assembleia Geral de Saúde, constitui um marco na promoção da saúde pública e confere uma nova dimensão jurídica à cooperação internacional em matéria de saúde.

5. Conflito de direitos: a liberdade individual

Tendo nós alicerçado o quadro das opções políticas e das imposições jurídicas decorrentes, importa focar a nossa atenção no domínio dos direitos que, no âmbito desta temática, potencialmente se confrontam.

Ora, sobre a proposta de Lei em discussão na Assembleia Legislativa, têm-se ouvido vozes discordantes sobre algumas das disposições, particularmente, as relativas à proibição de fumar em espaços de utilização colectiva, e que se encontram, basicamente, previstas no artigo 4.º da referida proposta de lei, constituindo esta, de acordo com algumas opiniões, uma imposição que conduz à violação dos *direitos e liberdades individuais*²³ dos fumadores revelando, o referido diploma, *traços de hipocrisia, de discriminação de uma maioria e uma ofensa ao princípio do respeito mútuo*²⁴.

Para uma análise coerente do mérito dos argumentos invocados, impõe-se-nos referenciar a justificação subjacente às proibições impostas em diversas perspectivas, de entre as quais iremos destacar e, como não poderia deixar de ser, a perspectiva jurídica.

Numa análise puramente filosófica, poderemos encontrar a justificação para estas proibições na dialéctica de John Stuart Mill²⁵ que no século XIX, desenvolveu o seu conhecido argumento *do crime sem vítima*.

Segundo Mill só existe uma justificação para a criminalização de uma conduta quando, primeiro, haja um agente agressor e, segundo, uma vítima ofendida no seu direito. Neste contexto, entende, que não se poderia criminalizar a prostituição, o jogo ou mesmo a homossexualidade, porque nestes casos, o agente seria a vítima do seu próprio acto - *não se pode punir alguém por prejudicar a si mesmo* -, não havendo, assim, justificação para a proibição imposta pelo Estado nas escolhas de vida de cada um.

Concluía, dizendo *que a mera condenação moral de um acto não é justificação suficiente para se criminalizar uma conduta*. Com base nesta premissa definia uma esfera bastante alargada de acções onde a lei não deveria limitar a liberdade.

Ora, se nós aplicarmos este conceito ao tabagismo, a intervenção do Estado no âmbito da respectiva proibição só seria justificada em função do potencial dano do tabaco, havendo de demonstrar-se que o seu consumo produziria prejuízos *à ordem pública, a terceiros ou reacções violentas desestabilizadoras da* sã

23 Jornal Tribuna de Macau, de 12 de Janeiro de 2010 – Fumadores apelam ao respeito pela liberdade individual.

24 *Ibidem*.

25 Garner, Ferdinand & Lawson: *Introduction to Politics*.

convivência social.

No regresso à perspectiva jurídica prosseguimos no enquadramento dos direitos em tensão, *prime facie*, no âmbito da Lei Fundamental da Região Administrativa Especial de Macau, tema de maior interesse em debate.

Neste domínio creio poder qualificar o direito protector do vício «fumar» como um direito efectivo, à sua (de cada um) liberdade de escolha de opções de vida (direito à liberdade) que no ordenamento da Região tem, pensamos nós, melhor consagração no direito à inviolabilidade da liberdade pessoal prevista na primeira parte do artigo 28.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau.

Por outro lado, o direito do não fumador encontra aconchego no direito à saúde já acima por nós referenciado consagrado no artigo 40.º da Lei Básica por força da aplicação nesta Região do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

Assim sendo, *brevitatis causa*, define-se como direitos em tensão:

- O Direito à Saúde; e
- O Direito à inviolabilidade da liberdade pessoal

Certa a verificação de que estes direitos, para o efeito entendidos como fundamentais, são postos em verdadeiro confronto ou colisão na proposta de lei de prevenção e controlo do tabagismo, pois, que o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular²⁶.

Ora, de acordo com a doutrina do Professor Gomes Canotilho, não existem direitos fundamentais absolutos, surge uma situação na qual se apresentam em posições antagónicas, impõe-se, perante o confronto de direitos, a compatibilização entre os mesmos, mediante o emprego do *princípio da proporcionalidade*, o qual permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos (colisão com redução bilateral) ou de um deles apenas (colisão com redução unilateral), se inviável a primeira providência.

Outrossim, em casos de colisão, a realização de um dos direitos fundamentais em confronto é reciprocamente excludente do exercício do outro. Nesta hipótese, o *princípio da proporcionalidade* indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste (colisão excludente).

26 Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

Parece-nos evidente a existência de um conflito de direitos do tipo excludente, que importa no domínio doutrinal acima referenciado a invocação do princípio da proporcionalidade, para que o direito que na situação concreta sofre lesão mais grave possa prevalecer.

Este mesmo conflito, bem como a respectiva ponderação e solução, pode verificar-se, igualmente, em sede do Código Civil.

Ao integrarmos o direito dos não fumadores, no direito à integridade física e psíquica, a ela imanente, e o direito dos fumadores no direito à liberdade, previstas, respectivamente, nos artigos 71.º e 72.º do referido Código, poderemos verificar, mais uma vez, e no quadro da proposta de lei, os direitos em tensão.

Para a solução deste conflito traz-se à colação a doutrina do *Professor José de Oliveira Ascensão*²⁷. Faz o insigne Professor apelo à necessidade da hierarquia no exercício dos direitos atenta a concreta relação controvertida – *pode acontecer que direitos, em si legítimos, se choquem no exercício*.

Como solução para o concreto conflito normativo aponta esta doutrina para o disposto em norma análoga à do artigo 327.º do nosso Código Civil, pelo qual se estabelece o princípio da prevalência de uns direitos sobre outros.

Neste contexto, entende-se que a norma em apreço cuida da hierarquia concreta, *pois o que lhe interessa é uma colisão concreta de direitos*. É, pois, essa a razão porque a norma faz referência a direitos iguais ou da mesma espécie, para significar que o problema não é resolúvel em abstracto. Em concreto, o direito que se dirige a uma finalidade superior, prevalece sobre o outro.

Das doutrinas expostas enuncia-se o seguinte princípio geral, o exercício do direito encontra o seu limite quando houver uma grave desproporção entre o benefício recebido e o prejuízo imposto a outrem.

6. A proposta de lei de prevenção e controlo do tabagismo

Face aos parâmetros doutrinários atrás expostos impõe-se como tarefa subsequente a ponderação concreta dos espaços de proibição de fumar constantes na proposta de lei submetida à aprovação da Assembleia Legislativa no âmbito dos direitos em conflito.

A análise inicia-se pelo artigo 3.º da proposta que vem estabelecer o princípio geral de limitação de consumo de tabaco em recintos destinados a utilização colectiva para além dos recintos fechados, definido este, como todo o espaço dotado de uma cobertura e limitado por paredes, muros ou outros obstáculos de natureza permanente ou temporária, com aberturas, cuja área

27 Ascensão, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume IV, Título V – Relações e situações jurídicas.

global seja inferior a 50% da área global das faces exteriores do recinto, com a finalidade expressamente assumida de protecção dos cidadãos da exposição involuntária ao fumo.

Este princípio geral é depois densificado em inúmeras proibições de fumar previstas no n.º 1 do artigo 4.º, nomeadamente, nos estabelecimentos onde sejam prestados cuidados de saúde, nos locais destinados a menores de 18 anos, nos estabelecimentos que comercializem produtos inflamáveis e locais de abastecimento de combustíveis, nas unidades fabris ou industriais que produzam, utilizem ou façam, por qualquer modo, aproveitamento de materiais ou produtos inflamáveis, nos estabelecimentos de ensino superior e centros de formação profissional, nos locais onde estejam instalados órgãos legislativo e judicial, bem como serviços e organismos da Administração Pública, nos locais de trabalho em geral, nas cantinas e nos refeitórios de entidades públicas e privadas destinados exclusivamente ao respectivo pessoal, enfim em extenso número de espaços de utilização colectiva que não iremos agora identificar mas que numa análise mediata poder-se-á facilmente verificar.

Depois de nos termos do artigo 3.º se ver consagrado o princípio geral de limitação de consumo de tabaco em recintos de utilização colectiva e de o artigo 4.º ter enumerado um vasto acervo de proibições, o artigo 5.º prevê um conjunto de excepções às proibições fixadas no preceito anterior. É o caso das áreas exclusivamente destinadas a reclusos fumadores nos estabelecimentos prisionais, nas salas para fumadores das instalações portuárias e aeroportuárias, desde que obedeçam a um duplo condicionalismo: a) Separação física das demais instalações e dispositivo de ventilação, ou qualquer outro, desde que autónomo, que obste à propagação do fumo nas áreas contíguas; b) Garantia de ventilação directa para o exterior, e que tem como objectivo a protecção do fumo relativamente aos cidadãos não fumadores.

Seguem-se, as áreas ao ar livre de grande parte dos locais em que vigora a interdição de fumar – dos cerca de mais de 29 locais onde é proibido fumar são admitidas 19 excepções, sendo na maior parte delas permitido fumar em espaços ao ar livre. Esta permissão de fumar nas áreas ao ar livre é extensiva aos estabelecimentos de ensino superior, desde que não sejam frequentados por menores de 18 anos, às unidades ou quartos de alojamento dos estabelecimentos hoteleiros e outros empreendimentos turísticos, às áreas expressamente delimitadas para fumadores nos parques, jardins e zonas arborizadas geridos pelos serviços públicos e às praias, nos estabelecimentos de venda exclusiva de charutos e acessórios de charutos e nas empresas fabricantes ou locais de comércio de produtos do tabaco que não exerçam actividades de venda a retalho de produtos de tabaco.

Há ainda que atender, e é esta uma das questões de maior controvérsia, e que este orador não se vai aqui furtar de a referenciar – afinal de contas não é em vão que estamos no ambiente académico – ao regime de excepção dos casinos, estabelecimentos de saunas e massagens e salas de dança. Têm muitos questionado a razão de ser desta excepção e que nos parece, pelo menos evidente aos olhos de quem aqui vive, que se deve, fundamentalmente, à importância que este tipo de empreendimentos tem na economia actual da Região.

Creemos que qualquer jurista intelectualmente honesto após leitura atenta a esta minha comunicação terá imensas dificuldades em conciliar os princípios atrás referenciados do professor Gomes Canotilho e do professor Oliveira Ascensão – que constitui a doutrina defendida nesta nossa análise – e a consagração legal desta excepção sem colocar em crise a coerência do discurso.

Ora, o orador sente igualmente essa mesma dificuldade e crê que a solução para este concreto conflito só politicamente poderá ser encontrada tendo sempre presente que cabe à Assembleia Legislativa e ao Governo a hierarquização dos direitos em conflito.

7. Breves notas finais

Nesta análise exploratória poderemos concluir, com base no primado da informação sobre as consequências do tabagismo, no princípio fundamental da proporcionalidade avançado pelo Professor Gomes Canotilho e no princípio da prevalência de uns direitos sobre outros defendido pelo Professor Oliveira Ascensão, pela necessidade de valoração superior do direito à integridade física e psíquica – que abrange o direito à saúde – relativamente ao direito de fumar abrangido pelo direito à liberdade individual.

Neste contexto considera-se fundamental, no nosso ordenamento jurídico, o desenvolvimento de legislação que se traduza por «Espaços 100% Livres de Fumo».

Esta é a nossa posição, embora se admitam opiniões divergentes, especialmente tratando-se de uma matéria tão complexa em virtude da «valoração pessoal dos direitos em confronto».

Termino esta comunicação com elucidativo adágio popular: «o direito de uma pessoa balançar o braço termina onde o nariz da outra pessoa começa». Os ambientes livres de fumo não violam o direito de fumar; eles protegem o direito dos não fumadores de respirar um ar limpo.

