

A Lei de Macau sobre o Controlo do Tabagismo - uma Análise Jurídico-Económica

*Cheong Sut Lin**

I. Normas que regulam o tabagismo enquanto procura pública

1. Fundamentação teórica da procura normativa relativa ao controlo do tabagismo

Independentemente do balanço da luta pela predominância na jurisprudência entre a lei do dever ser e a do ser, o que é genericamente reconhecido é que as normas morais são mais severas do que as jurídicas. O tabagismo, enquanto fenómeno social vulgar e acto individual de livre disposição do corpo, está muitas vezes sujeito a regulamentação com a evolução social. O que se pretende abordar no presente artigo é a razão pela qual está sujeito a regulamentação um passatempo pessoal que não contraria os bons costumes sociais tradicionais.

a) Limitações dos costumes

O costume enquanto fonte das normas sociais, tem como limitações duas ordens: a primeira, porque sustenta muitas vezes acções desfavoráveis para a sociedade; a segunda, porque, por não haver uma entidade criadora de costumes correspondente à do legislador, a adaptação dos costumes à evolução social é lenta; quer isto dizer que, enquanto a sociedade evolui de modo célere, os costumes podem demorar a evoluir socialmente.¹ Quando as exterioridades do tabagismo forem excessivamente negativas para a sociedade, a procura normativa relativa ao controlo do tabagismo surge para se adaptar à evolução social.

* Trabalhadora da Direcção dos Serviços de Educação e Juventude de Macau, doutorada em direito pelo *Instituto de Pós-Graduação da Academia Chinesa de Ciências Sociais* e docente do Curso de Ciências Jurídico-Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Cidade de Macau.

¹ Su Li, *Problemas em Justificação*, in *Revista de Ciências Sociais da China*, 1997 (3), pág. 25.

Uma parte dos indivíduos da comunidade tem o hábito de fumar. No entanto, este hábito não constitui um custo a pagar para incluir uma transacção, apesar de ser um costume ou fazer parte de uma cultura formada numa determinada sociedade; ou seja, não há nenhuma circunstância em que a conclusão do negócio esteja condicionada pelo fumar, nem uma norma não escrita de “obrigatoriedade de fumar” ou de “obrigatoriedade de não-fumar”.

O tabagismo não é um negócio pelo qual são definidos os direitos e os deveres de uma e de outra parte e em que existe um processo de externalização e transmissão de recursos. Ele é um hábito pessoal bem intrínseco e de consumo individual que não ofende, ao nível ético e moral, a ordem pública e os bons costumes, mas está sujeito a severas restrições pelo poder público, porque tem exterioridades de grande impacto.

Por um lado, está comprovado por numerosos estudos que o *fumo de segunda* é desfavorável à saúde daqueles que são atingidos. Por outro, os riscos de incêndio provocados por fumadores constituem ameaças para a segurança pública. Com a transformação da estrutura social, uma das diferenças mentais entre a sociedade moderna e a antiga reflecte-se na modificação da atitude relativa a desejos particulares.

Na sociedade chinesa antiga, foi salientada a filosofia do “abolir os desejos particulares para conservar os *princípios celestes*”. Segundo o cristianismo, o Homem nasceu com pecado original, devendo, por isso, expiar os seus pecados mediante a prática de acções altruístas ao longo da sua vida. Porém, na sociedade moderna, é reconhecida à partida a legitimidade dos desejos particulares, desde que os outros não sejam atingidos pelo exercício das respectivas faculdades.² Deste modo, “um fenómeno que não era questionado na sociedade agrícola, passou a ser uma questão a solucionar”.

b) Tendência das consequências na economia

Na perspectiva jurídica, verifica-se que a economia dá preferência ao tratamento de coisas, segundo *as consequências*. É difícil distinguir a verdade da falsidade, com critérios éticos e filosóficos; a ilegalidade de uma

² Xu Xin, *Defesa Privada*, Beijing, Editora da Universidade da Ciência Política e Direito da China, 2005, pág. 249.

acção não se fundamenta na violação subjectiva de uma regra moral, mas sim nas consequências da lesão objectiva de um bem jurídico.³ Podemos considerar proibir ou restringir uma acção mediante normas jurídicas, caso ela lese ou seja susceptível de lesar um determinado bem jurídico.

2. Considerações normativas relativas ao controlo do tabagismo

a) Juízo de valor quanto aos direitos em conflito

O *acto de fumar* prejudica ou ameaça os interesses públicos. Foi abordada atrás a procura normativa do público na comunidade relativa ao controlo do tabagismo. No entanto, nem todas as necessidades devem ser satisfeitas. A satisfação do público na procura da protecção do direito à vida em termos de saúde, implica necessariamente restrições ao direito de liberdade em termos da livre disposição do corpo físico e da livre acção dos fumadores. O modo como poderá tomar-se uma opção entre a protecção de um direito e de outro e o modo como poderão transformar-se considerações normativas em leis concretas são temas a tratar neste artigo.

Segundo uma forma de ponderação na legislação democrática, a decisão de fazer uma lei ou não, respeitante a um determinado assunto, é adoptada de acordo com a “opinião pública”, cuja forma de manifestação mais directa é o referendo. Caso a maioria dos votantes expresse ser necessário fazer uma lei nesse sentido, é de satisfazer esta procura normativa existente na comunidade. Caso a maioria assim não ache, não será obrigatório aprovar essa lei. No entanto, a opinião pública muda, pois o público pode fazer um juízo pouco correcto, devido ao surto de alguns acontecimentos sociais imprevisíveis.⁴ A teoria da *heurística da disponibilidade* da *economia comportamental* diz-nos que a maioria da população subavalia as ameaças existentes na sua vida e que do surto de acontecimentos pouco prováveis decorrem necessidades de regulamentação na comunidade para submeter ao seu controlo os mesmos perigos. Por outro lado, o modo como se poderá evitar a “*tirania da maioria*” é um problema difícil de responder.

³ Wang Wenyu, *Teorias do direito civil e comercial – Uma análise económica*, Beijing, Editora da Universidade da Ciência Política e Direito da China, 2005, pág. 156 e 157.

⁴ Su Li, *Vias para a Cidade – Regra de Direito Chinesa em transição*, Beijing, Editora Falu, 2004, pág. 21.

Em economia, há um modo de raciocínio próprio para identificar as razões de uns direitos merecerem ser mais defendidos do que outros. O que os economistas procuram é maximizar a rentabilidade. *Richard Allen Posner* ensina que deve aplicar-se o princípio de *Kaldor-Hicks* para analisar o modo de formação de uma regra jurídica, ou seja, caso os benefícios de uma parte decorrentes da realocação de recursos, em face de uma regra, aumentem de um modo superior à diminuição dos benefícios para a outra parte, a respectiva decisão reúne condições para aprovação.⁵

b) A «lei do controlo do tabagismo» enquanto regra de índole de administração

Além do *Regime de prevenção e controlo do tabagismo*, foi também aprovada a *Lei n.º 9/2008* que altera o *Regulamento do Imposto de Consumo*. As principais matérias que a legislação do controlo do tabagismo versa são: regulamentação da tributação dos produtos do tabaco, *regulamentação das informações* comerciais e da *publicidade ao tabaco*; proibição da *venda de produtos do tabaco* a menores, definição dos locais onde é proibido fumar, bem como menções obrigatórias (*regulamentação da composição dos produtos do tabaco e advertência sanitária*).

Uma vez determinado o recurso à forma de normas jurídicas para controlar o *acto de fumar*, que tipo de regras é que o legislador deve adotar? Os economistas distinguem as normas jurídicas em regras de índole de propriedade, de responsabilização e de administração. Na óptica de *Ronald H. Coase*, é possível definir, através da lei, a categoria dos indivíduos titulares de direitos e a dos que assumem os deveres, concretizando assim a maximização da rentabilidade da livre transacção entre os titulares e os não titulares. Entende-se por regras de índole de propriedade aquelas que definem a titularidade dos direitos originários. Em face dos elevados custos resultantes da imperfeição das informações, a lei consagra as regras de índole de responsabilização. Através dos meios de compensação posterior e da fixação do valor por meios jurídicos, as regras de índole de responsabilização induzem os indivíduos a fazer uma opção que maximize a rentabilidade social.⁶ Como as regras de índole de responsabilização são substancialmente regras de natureza privada, é aconselhável aplicar as

⁵ *Richard Allen Posner, Law, Pragmatism and Democracy*, Beijing, Editora da Universidade da Ciência Política e Direito da China, 2005, pág. 525 a 326.

⁶ *Zhang Weiying, Informação, Confiança e Direito*, Livraria Sanlian, 2003, pág. 75.

regras de índole de administração com a natureza pública, quando as exterioridades negativas envolverem uma conexão potencial e tiverem como destinatários uma pluralidade de indivíduos indeterminados.

Tendo em conta a situação real do controlo do tabagismo, a aplicação das regras de índole de propriedade para determinar a titularidade do direito de fumar e do direito a um ambiente isento de fumo implica que o titular do direito tenha que negociar com cada uma das pessoas à sua volta. Caso haja uma pessoa que não esteja de acordo, jamais o titular poderá fumar. É evidente que isto não corresponde às particularidades sobre a eficiência. Caso se apliquem as regras de índole de responsabilização, é necessário determinar quem tem o direito de pedir a compensação aos fumadores ou quem tem este direito de pedir a compensação aos não fumadores. As dificuldades são, antes de mais, o modo de fixação do valor da compensação; em segundo lugar, como a efectivação deste direito à indemnização, em última análise, depende do recurso aos tribunais, ninguém está disposto a tratar com frequência acções judiciais junto dos tribunais por causa de actos de fumar ou de fumadores existentes à sua volta. Assim, há lugar a aplicar as regras de índole de administração. Os fumadores assumem deveres em face de uma pluralidade de indivíduos indeterminados da comunidade, sendo o preço da violação destes deveres expresso sob a forma de sanção administrativa.

II. A «lei do controlo do tabagismo» produz os seus efeitos?

Em virtude da adopção da «lei do controlo do tabagismo», importa efectuar uma análise para se saber se os interesses da saúde do público são salvaguardados e se os objectivos da promoção da *abstenção tabágica* são atingidos. Aparentemente, as respostas são afirmativas na maioria dos casos. Em Macau nos locais públicos basicamente não há fumo, não se vendendo cigarros nos supermercados – trata-se de uma ilusão que uma pessoa não fumadora recém-chegada a Macau tem.

Conforme notícias de 20 de Fevereiro de 2019, dos Serviços de Saúde de Macau⁷, as estatísticas revelam que em 2018, foram levantados pro-

⁷ Segundo os Serviços de Saúde de Macau, a partir do dia 1 de Janeiro de 2019, foi totalmente proibido fumar em recintos fechados, quer nas áreas comuns dos casinos, quer nas salas VIP, excepto nas salas autorizadas conforme os novos requisitos.

cessos contra 5.596 indivíduos; do universo dos infractores, 3.765 eram turistas, representando 67% da totalidade.

Ao nível da defesa dos interesses públicos, em Macau, enquanto “*centro mundial de turismo e lazer*”, encontram-se sempre - e não ocasionalmente - indivíduos ou grupos de pessoas fumadoras nas vias públicas. Nas zonas frequentadas por poucos turistas, encontram-se também com frequência pessoas andando com o cigarro aceso. Por certo que, o que é tido em conta com o atrás referido é o aspecto operacional da execução da lei. Na realidade, as infracções relacionadas com o tabagismo são normalmente reprimidas por dissuasão e sancionadas mediante participação.⁸ O caso mais saliente ocorreu na quadra do ano novo de 2019: vários homens que fumavam no *Casino Galaxy* agrediram um agente da polícia que interveio. O que demonstra que as consequências da repressão do fumo não são semelhantes às descritas na publicidade, onde o fumador apaga o cigarro de modo envergonhado. Na falta de informações sobre a duração de tempo necessário para a chegada dos agentes e sobre a eventual hipótese de os fumadores sofrerem violência, e não haver outro rendimento para além da isenção do incómodo do *fumo de segunda*, muito poucos indivíduos optam por intervir através da dissuasão ou da *participação à Polícia*, mas sim por afastarem-se da zona atingida pelo *fumo de segunda*.

No que diz respeito à promoção da abstenção tabágica junto dos cidadãos, de um modo geral, aqueles que têm *dependência tabágica* não irão abster-se de fumar em virtude dos impedimentos colocados pela lei; ademais, os impedimentos colocados pela «lei do antitabagismo» na realidade são pouco significativos. Nos supermercados, os cigarros comercializados não deveriam ser expostos, mas de certeza que existe a sua venda. A situação é “há procura e há oferta”. É proibido fumar nas proximidades de 10 metros das paragens de táxi e de autocarro; porém, fumar aqui ou ali é indiferente para os fumadores. Neste sentido, há quem deixe de fumar por razões de saúde e há quem o faça para cumprir compromissos, mas muito poucas pessoas o fazem, por causa da adopção pelo Governo da «lei do controlo do tabagismo».

⁸ Michel Foucault, *Discipline and Punish*, tradução de Liu Beicheng, Livraria Sanlian, 1999, pág. 12 a 15.

III. A atitude do Governo sobre a «lei do controlo do tabagismo»

Até ao momento, não existe um território em que não haja fumadores, salvo na Antárctida, onde não há população. A impressão causada pelos horrorosos desenhos das embalagens exteriores dos produtos do tabaco e pela publicidade antitabágica publicitada de forma sucessiva nas *salas de fumadores* são, mesmo para indivíduos normais e de bom senso, pouco rentáveis; os limites dos espaços para fumadores, como se referiu atrás, também não determinam a pretensão da *desabituação tabágica* daqueles que têm *dependência tabágica*, em face dos custos excessivamente elevados.

Além disso, a opção pela limitação do fumo sem restrições de venda de tabaco, tem sido polémica. Ao lutar pelos seus direitos de fumar, os fumadores parecem ter sempre razão, argumentando que “caso o Governo tenha a pretensão de proibir o fumo, as licenças de exploração das sociedades de tabaco deveriam ser revogadas, até que os fumadores fossem metidos na prisão.”

Não podemos deixar de levantar dúvidas sobre se o Governo, em face dos efeitos de manutenção da estabilidade social tais como a contribuição para a taxa de emprego do sector do tabaco e os *efeitos calmantes* do tabaco que alivam o *stress*, tem um raciocínio secreto, escondido na letra da «lei do antitabagismo», que consiste em “o *acto de fumar* não ser proibido desde que não decorra impacto maligno para a comunidade”. Caso haja a vontade escondida de deixar de inibir numa lei proibitiva, podemos até afirmar que a ela sustenta de facto o acto que pretende proibir.

A ordem proibitiva constante na «lei do controlo do tabagismo» é apenas severa na letra das suas normas jurídicas, mas representa a atitude de negação do Governo em relação ao *acto de fumar*. Caso haja inibição para um acto que o Governo não pretendia proibir, o Governo jamais tem motivação para pôr em plena execução a lei que ele próprio criou. Se assim é, qual é o significado de uma lei que se cria sem a pretensão de ser posta em execução?⁹ Talvez o Governo queira orientar os valores da

⁹ Xu Xin, *Porquê as ordens proibitivas não se efectivam - Castigos corporais e disciplina*, in *Revista Perspectiva económica do Direito*, Editora de Ciências Sociais de Shandong (12), pág. 73 a 78.

comunidade com uma lei com perspectivas, pretendendo assim afirmar a superioridade do valor da saúde do público em relação à liberdade de fumar, de modo a fazer avançar a sociedade.

IV. Problemas da «lei do antitabagismo» e sua correcção

1. Inclusão excessiva

Em virtude da atitude equívoca do Governo, a eficácia real da «lei do antitabagismo» não está em conformidade com a pretensão das disposições dos seus articulados. Se procedermos a uma reapreciação dos problemas existentes na «lei do antitabagismo», não é difícil verificar que se trata de uma regra excessivamente inclusiva (*over-inclusive*).

Há inclusão excessiva quando uma lei proíbe determinados actos que o órgão legislativo não pretendia proibir. Face às limitações decorrentes da ambiguidade da língua e da capacidade de previsão do homem, quando os factos inibidos descritos nas normas jurídicas forem mais detalhados e mais precisos, mais lacunas se verificam.¹⁰ Uma explicação mais viva é, quando um funcionário não pretende exercer de modo zeloso as suas competências, basta que cumpra rigorosamente as leis e os regulamentos. Neste sentido, existe um ditado popular na comunidade: “os funcionários podem não fazer nada, mas não podem cometer erros”. Segundo *Richard Allen Posner*, da execução de uma lei excessivamente inclusiva decorre necessariamente um custo demasiadamente elevado.

A «lei do controlo do tabagismo» recentemente adoptada (em 2018) é justamente uma lei de inclusão excessiva: os seus articulados contêm muitas ordens proibitivas rigorosas, sendo um dos exemplos a proibição de fumar nas proximidades de 10 metros das paragens de autocarros. A implementação desta norma implica um custo a suportar pelo Governo para assinalar o limite de 10 metros à volta das paragens de autocarros, o que envolve recursos humanos e materiais quer para traçar com tinta as delimitações, quer para colocar sinais de advertência em cada paragem de autocarro. No seguimento da delimitação destes espaços de 10 metros, para implementar as respectivas normas é necessário aplicar sanções aos

¹⁰ Su Yongqin, *Razão Económica da Autonomia no Direito Privado*, Beijing, Editora da Universidade Renmin da China, 2004, pág. 36.

infractores. Para efeitos de fiscalização, torna-se necessário colocar pelo menos um agente em cada paragem de autocarros. Além disso, será ainda necessária a fiscalização pelos agentes colocados em cada paragem, quando os autocarros deixarem de circular a altas horas da noite? É manifesto que os gastos com os recursos humanos serão exagerados.

2. Correção dos factos resultantes da inclusão excessiva

Relativamente a estas normas jurídicas excessivamente inclusivas, foram apresentados por *Richard Allen Posner* e *William Landes* meios para a sua correção, que consistem em exercer os poderes discricionários por agentes, no sentido de não aplicarem a lei de modo a evitar custos demasiadamente elevados, decorrentes da sua execução. Como a aplicação de uma sanção pressupõe a verificação de uma infracção que implica um custo excessivo pelos esforços humanos, a falta de legislação complementar que regulamente a «lei do controlo do tabagismo» faculta de facto aos agentes um espaço discricionário. Assim, os agentes podem, por si sós, optar por desempenhar funções de fiscalização nas paragens de autocarros ou nas de táxis, tomando a decisão de aplicar ou não a lei. A par disso, a «lei do controlo do tabagismo» dota também os agentes de um poder discricionário em termos de aplicarem a sanção, ou seja, os agentes podem determinar o montante das multas a aplicar.

Um outro meio de correção possível é a entrega aos particulares do poder de execução da lei para corrigir a inclusão excessiva, em vez da discricionariade da não aplicação da lei. No âmbito da economia, *Richard Allen Posner* apresentou uma figura, no sentido de atribuir aos membros da comunidade o poder de execução da lei, para os quais reverterá o fruto da aplicação das multas, de modo a evitar os custos decorrentes da verificação das infracções e da restauração da justiça.¹¹ Só que na jurisprudência não cabe aos particulares a execução da lei. Deste modo, há ainda espaço para abordar a aplicação desta teoria.

3. Custos de correção

O modo de correção no sentido da não execução da lei, no uso dos poderes discricionários, não dispensa críticas. Da própria não execução,

¹¹ *Richard Allen Posner, Sex and Reason*, tradução de Suli, Beijing, Editora da Universidade da Ciência Política e Direito da China, 2002.

no uso dos poderes discricionários, decorrem também os custos resultantes essencialmente da aplicação discriminatória e da plena não aplicação. Da letra resulta uma interpretação bem acessível: a aplicação discriminatória significa essencialmente que a algumas infracções é aplicada uma sanção e a outras semelhantes não é aplicada, enquanto a medida da sanção também varia. A plena não aplicação significa que a todas as infracções previstas na «lei do controlo do tabagismo» não se aplicam sanções. Em ambas as situações, as disposições legais passam a ser ilusões, situações que constituem um desperdício de recursos jurídicos e ainda uma lesão severa à equidade e à justiça social.

Relativamente à execução da lei por particulares, para além de resultarem problemas como a concorrência na execução da lei, os custos resultantes da alteração do enquadramento legal fundamental e da conservação da uniformidade do sistema jurídico poderão não ser muito diferentes dos decorrentes dos próprios problemas inerentes ao controlo do tabagismo. Assim, esta medida não merece a nossa consideração, quando for confrontada com a não aplicação no uso dos poderes discricionários.

IV. Nota conclusiva

Nos termos da teoria do Contrato Social apresentada por John Locke, só uma parte dos direitos do indivíduo é transferida para o Estado. E esta parte transferida não inclui o poder da livre disposição do seu corpo físico, constituindo a *autonomia dos particulares* o alicerce da regra de direito da modernidade. É pacificamente aceite pela comunidade o uso dos produtos do tabaco, desde que não seja posta em causa a vida alheia. Por um lado, o sector do tabaco tem contribuído para o Estado, em termos de receita fiscal considerável e de elevação da taxa de emprego, enquanto o *acto de fumar* é implicitamente tolerado pelo Estado, em face dos seus *efeitos calmantes*. Quanto a comunidade quiser submeter ao controlo o *acto de fumar* dos particulares, quais serão as suas fronteiras? Não temos uma resposta bem clara. Em nossa opinião, em termos dos espaços, é de ter em consideração que os indivíduos nas áreas públicas não sejam atingidos. Em vez de se restringir excessivamente o *acto de fumar* dos particulares, sem inibir a produção de produtos de tabaco, poderá ponderar-se, no âmbito da «lei do controlo do tabagismo», reduzir as exterioridades do tabagismo ao nível da produção.

Resumindo, as considerações jurídico-económicas permitem-nos uma nova perspectiva para analisar os problemas. Uma análise da «lei do controlo do tabagismo» segundo o raciocínio da economia revela-nos uma intenção do órgão legislativo escondida nos articulados jurídicos, o que também pode explicar a atitude equívoca que se revela através das normas, de que é exemplo a «lei do controlo do tabagismo», que nos dá a sensação de falta de determinação em relação à sua execução. De qualquer modo, a questão do controlo do tabaco, enquanto temática social, implica um jogo entre uma pluralidade de agentes e entre os interesses das sociedades comerciais do tabaco, os interesses sociais e públicos, os dos grupos específicos e os do Governo. Não são plenas e globais as análises apresentadas no presente artigo, uma vez que são apenas feitas na perspectiva jurídico-económica.

