

JOÃO CARLOS LOUREIRO

DIREITO À (PROTECÇÃO DA) SAÚDE

SEPARATA

DE

ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROFESSOR DOUTOR MARCELLO CAETANO

NO CENTENÁRIO DO SEU NASCIMENTO

DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Para o Dr.º Carlos Loureiro,
Lembrança amiga
do
João Carlos Loureiro

DIREITO À (PROTECÇÃO DA) SAÚDE

JOÃO CARLOS LOUREIRO

NOTA PRÉVIA

Celebrar 100 anos do nascimento do Professor Marcello Caetano é, antes de mais, homenagear um dos grandes académicos portugueses do século XX. Tendo eu entrado na Universidade alguns anos depois do 25 de Abril, num país profundamente dividido, democraticamente frágil, ainda assim, e apesar da demonização do passado recente que, em regra, acompanha as revoluções, logo no primeiro ano fui confrontado, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a sugestão da leitura, em sede de direito constitucional, da *Breve história das constituições portuguesas* ⁽¹⁾. Também em direito administrativo, tive de fazer incursões pelo célebre *Manual* ⁽²⁾ e ainda pelos *Princípios fundamentais do direito administrativo* ⁽³⁾.

Neste início do século XXI, a Universidade portuguesa apresenta-se como paciente difícil e um mal-estar percorre o universo académico: em algumas áreas, a motorização parece ser fio que, ao contrário do de Ariadne, nos embrenha cada vez mais num perigoso labirinto em que tempo e silêncio, fundamentos do labor universitário, se tornam bens cada vez mais escassos. Ainda aqui importa a obra de Marcello Caetano, então “exilado” no poder, que, na introdução escrita à edição da sua colectânea de *Estudos de direito administrativo*, impressa em Abril de 1974, escrevia: “Creio poder dizer sem imodéstia que fui toda a vida um professor trabalhador, sempre insatisfeito, e por isso mesmo sempre a procurar aumentar o cabedal dos meus conhecimentos e a apurar a qualidade e o rigor deles.

(...) Por detrás das páginas do *Manual*, em cada edição renovadas e acrescentadas, está um constante labor de leitura, de reflexão, de indagação (...)”.

⁽¹⁾ Lemos a 3.ª edição, Lisboa, 1991; uma quarta edição, incluindo a análise da Constituição de 1976, veio a ser publicada em 1978. Tenha-se também presente o Tomo II do *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* (Lisboa, 1972).

⁽²⁾ *Manual de Direito Administrativo*, Lisboa: tomo I (10.ª ed., 1973); tomo II (9.ª ed., 1972).

⁽³⁾ Editado no Brasil (Rio de Janeiro, 1977).

Reflexão aturada que não descurou, no entanto, o lado pedagógico, a exigir pontes com os alunos, recusando o que, em 1942, chamava “velhos vícios do catedratisimo” (4).

Uma última palavra sobre o tema que escolhemos para homenagear o Professor Marcello Caetano. Trata-se de um trabalho sobre o direito à protecção da saúde, que não se centra na doutrina nacional, antes assume o cunho jus-internacional resultante de, na sua génese, se encontrarem reflexões elaboradas a partir de um roteiro escrito para as Conferências de Outono do *Ius Gentium Conimbrigae* (5). De qualquer forma, a saúde, não sendo um tema central na investigação do homenageado, não deixa de marcar presença na sua obra. Com efeito, quem procure analisar a formação, entre nós, de um direito da saúde terá de considerar as páginas que, no quadro do direito de polícia (6), lhe dedicou; ou a reflexão que produziu, em sede de serviço público, quanto à diferenciação, em termos de equidade no acesso aos serviços públicos (também os hospitalares), distinguindo “os utentes consoante as suas possibilidades económicas, exigindo um preço justo daqueles que podem pagá-lo, pedindo um preço reduzido (e, portanto, político) dos que não tendo recursos que permitam pagar o custo da prestação todavia possuam capacidade para pagar a parte dele, e fornecendo as prestações gratuitamente aos que não disponham de meios de pagamento” (7).

Além disso, em tempos em que se discute a crise do Estado Social — parte da doutrina refere-se já a Estado pós-social (8) —, importa também aqui reler Mar-

(4) “Universidade nova. O problema das relações entre professores e estudantes”, *Estudos* 19 (1942), p. 461-484, p. 478-479. Está prevista a reimpressão, na nova série da revista, deste artigo, no quadro da celebração do seu nascimento. Vide também as considerações tecidas na oração inaugural do curso de Direito Corporativo: cf. *Lições de direito corporativo*, Lisboa, 1935, p. 5-7.

(5) 9 de Dezembro de 2004.

(6) Cf., desde logo, o *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 1165-1167, sobre a polícia sanitária (higiénica, bromatológica e médica). Registe-se que, sem prejuízo de milenares intervenções dos poderes públicos no domínio da saúde, a ideia de “polícia médica” desenvolvida no quadro da cameralística assumiu um papel especial. Em relação ao caso português e às intervenções em matéria de saúde, partindo da obra de Ribeiro Sanches, cf. João Rui PITA, *Farmácia, Medicina e Saúde Pública em Portugal (1772-1836)*, Coimbra, 1996, esp. p. 435-451.

(7) *Princípios fundamentais*, cit., p. 286.

(8) Entre nós, vide Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, p. 122 ss., e já antes em *Para um contencioso administrativo dos particulares. Esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*, Coimbra, 1989, p. 56-61, e também “Estruturas da Sociedade: liberdade e solidariedade”, in: Comissão Nacional Justiça e Paz, *Gaudium et Spes: uma leitura pluridisciplinar vinte anos depois*, Lisboa, 1988, p. 125-133; no mesmo sentido, Maria João ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado*, Lisboa, 1996, p. 47-80, p. 96, p. 354.

cello Caetano (9). Com efeito, a reacção a certos aspectos patológicos do Estado Social — a sua versão obesa, o Estado-Providência — não deve levar, na multiplicidade de adjectivações do Estado (10), a que o anunciado “Estado elegante” (11) se transforme num Estado anoréxico, incapaz de assegurar uma justiça material, assente, como escrevia o ilustre juspublicista, numa “distribuição equitativa dos bens da vida, de modo a proporcionar a cada um a possibilidade de fruir, através da «igualdade de oportunidades», um quinhão das riquezas culturais e materiais acumuladas pelo esforço colectivo” (12).

De acordo com o mote que me foi dado pela organização (13) — direito à saúde — e os limites permitidos pelo tempo de comunicação, procurarei apresentar um roteiro (14) que compreende as seguintes etapas:

- 1) consideração do bem objecto do direito, isto é, a saúde;
- 2) a saúde e as suas inter-relações;
- 3) determinação do(s) sistema(s) de referência que nos permitem analisar a questão e apresentação de alguns aspectos da rede normativa mobilizável, procedendo-se a um inventário de preceitos que tecem o quadro da discussão;
- 4) recorte de um conjunto de práticas, direitos e de actores que concorrem para a prossecução do bem saúde;
- 5) modos e meios de realização (efectivação).

(9) Para além do contributo em termos dogmáticos, Marcello Caetano (*Depoimento*, Rio de Janeiro/S. Paulo, 1974) considera que a sua intervenção, em vestes governamentais, na esfera das políticas sociais se fundava em “convicções antigas” (p. 123), recordando que era “oriundo de uma família modesta do meio rural” (p. 123). Refere, aliás, que trouxe para o centro do seu discurso político “a fórmula do Estado Social a fim de acentuar o conteúdo da política que me propunha seguir” (p. 127).

(10) Sobre o Estado com adjectivos, cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Estado pós-moderno e constituição sem sujeito”, in: idem, *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, 2006, p. 132 ss. A própria nota de socialidade do Estado aparece também adjectivada: pense-se, por exemplo, na designação Estado social activo: vide, para esta formulação, Isabelle CASSIERS/Philippe POCHE/Pascale VIELLE, “L’État social actif: vers un changement de paradigme?”, in: Pascale VIELLE/Philippe POCHE/Isabelle CASSIERS (dir.), *L’État social actif: vers un changement de paradigme?*, Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien, 2005, p. 13-32.

(11) Colhemos a fórmula na doutrina alemã.

(12) “Tendências do Direito Administrativo Europeu”, in: Marcello CAETANO, *Estudos de direito administrativo*, cit., p. 429.

(13) Relembramos que a comunicação se inseria nas conferências de Outono do *Ius Gentium Conimbrigae*.

(14) As dimensões da comunicação e agora as exigências de publicação impediram que fossem abordadas outras dimensões, como, por exemplo, os meios de tutela deste direito.

1. A SAÚDE COMO BEM

Na existência humana confrontamo-nos com bens e males, pessoais ou comuns. A saúde é o bem *objecto do direito*, o bem protegido. Bem que surge adjectivado de básico (John Finnis ⁽¹⁵⁾), primário (John Rawls ⁽¹⁶⁾) ou como condição para o desenvolvimento (Amartya Sen ⁽¹⁷⁾); já a sua determinação e densificação coloca-nos um pouco como Santo Agostinho ⁽¹⁸⁾ a propósito do tempo: “Eu sei o que é o tempo; mas agora que pergunta não sei”.

Propomos os seguintes passos:

- a) distinção entre a *saúde como bem fundamental* e a *saúde como “super-conceito”* que reúne um conjunto de bens da corporeidade (por exemplo, vida, integridade pessoal, identidade genética) e que nos remete para o direito da saúde ⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾. No caso, trata-se de um uso restrito do conceito de saúde, não se devendo perder de vista a inter-relacionalidade do bem e a sua especial articulação com outros bens bio-constitucionais;
- b) compreensão da *historicidade do bem saúde*, que não deve ser lida, no entanto, em termos dissolutores. Embora assente na condição psicossomática

⁽¹⁵⁾ *Natural law and natural rights*, Oxford, 1982.

⁽¹⁶⁾ *A theory of justice*, Cambridge (Mass.), 1971.

⁽¹⁷⁾ *Development as freedom*, Oxford, 1999 (trad.: *Desenvolvimento como liberdade*, Lisboa, 2003).

⁽¹⁸⁾ *Confissões*, XI.

⁽¹⁹⁾ Repare-se que temos assistido a uma mutação do eixo do direito da saúde: se, tradicionalmente, o centro era o direito administrativo (tipicamente, o direito de polícia sanitária) e, num certo momento, assumiram especial relevo o direito civil médico (especialmente em torno das questões de responsabilidade) e o direito penal médico, hoje, sem prejuízo da sua importância, o direito constitucional, em especial a abordagem jusfundamental, é marcante, a ponto de, com algum exagero, Brigitte FEUILLET (*Réflexions d'un privatiste*, cit., p. 10), afirmar, louvando-se em J. MOREAU e D. TRUCHET (*Droit de la santé publique*, Paris, 2004, p. 12), que o direito da saúde pública se transformou num “ramo do direito das liberdades públicas”.

⁽²⁰⁾ O recorte do objecto do direito da saúde tem-se revelado controverso, havendo também uma questão em torno do nome. Quanto ao primeiro, na doutrina francesa, J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, Paris, 1981, p. 13, define o direito da saúde como “l'ensemble des règles juridiques applicables aux actions de santé”, mas excluindo a saúde animal e dimensões do direito da segurança social, embora confessando que o fazia mais por razões práticas. Ainda no mesmo quadrante cultural, André DEMICHEL (*Le droit de la santé*, Bourdeaux, 1999, p. 30) refere que a distinção é, em sua opinião, simples: “Le droit de la santé comprend tous les actes qui prennent place dans le circuit de la santé depuis la prévention jusqu'à la guérison. Le droit de la médecine se limite à l'aspect thérapeutique de ce circuit, délimité notamment par la qualité de ceux qui l'ont en charge les médecins» (p. 30).

somática do ser humano, há uma história do par de referência saúde-doença, tendo de se ter presente o tempo e os contextos. Desta forma, vamos encontrar, na síntese de Diego Gracia ⁽²¹⁾, várias concepções de saúde na história ocidental: doença como graça e desgraça, nomeadamente no judaísmo, estabelecendo-se um nexo de causalidade entre pecado e doença, só seriamente questionado a partir de Job como “justo sofredor”; doença como desordem (*chaos*), no pensamento grego. Na modernidade, afirma-se a saúde como felicidade, o que vai ter específica repercussão na noção da Organização Mundial de Saúde: “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Contudo, a definição proposta pela OMS é “uma fonte de problemas” ⁽²²⁾, não escapando à acusação de “formulação de uma falsidade e proclamação de uma utopia” ⁽²³⁾. O texto percebe-se por uma análise da sua génese ⁽²⁴⁾, na sequência da II Guerra Mundial. Pensava-se que o desenvolvimento da saúde mundial seria um caminho e um contributo indispensável para a paz planetária. Brock Chisholm ⁽²⁵⁾, que veio a ser o primeiro director da OMS, comentava, em 1946, nos trabalhos do Comité Técnico Preparatório que “O mundo está doente e os males são devidos à perversão do homem, à sua inabilidade para viver com ele próprio. O micróbio não é o inimigo: a ciência é suficientemente avançada para o enfrentar não fossem as barreiras

⁽²¹⁾ “What kind of values? A historical perspective on the ends of medicine”, in: Mark J. HANSON/Daniel CALLAHAN (eds.), *The goals of medicine: the forgotten issues in health care reform*, Washington, D.C., 1999, p. 88-100.

⁽²²⁾ Daniel CALLAHAN, *What kind of life: the limits of medical progress*, Washington, 1990, p. 34-40. Piet van SPIJK, *Positive and negative aspects of the WHO definition of health*, cit., p. 213-214, sublinha que a utilização de termos como “absoluto” ou “completo” nesta esfera é “highly problematic” (p. 213), como é ilustrado pelas pertinentes observações de Galeno a este propósito. Na síntese de Spijk, a partir da doutrina galénica: “Galen explained that there is an absolute equilibrium and a relative equilibrium. If we take the first as a standard for health, the term becomes useless because no real living human being will ever live in a state of absolute equilibrium or a state of absolute well-being” (p. 213).

⁽²³⁾ Pedro LAIN ENTRALGO, *Antropología médica*, Barcelona, 1984 (trad.: *Antropologia medica*, Milano, 1988, p. 118).

⁽²⁴⁾ No quadro do *Technical Preparatory Committee* da OMS, foram apresentadas, na reunião de Paris (Março de 1946), várias propostas de definição de saúde: cf. Piet van SPIJK, “Positive and negative aspects of the WHO definition of health, and their implications for a new concept of health in the future”, in: Paulina TABOADA/Kateryna Fedoryka CUDDEBACK/ Patricia DONOHUE-WHITE (ed.), *Person, society and value: towards a personalist concept of health*, Dordrecht/ Boston/London, 2002, p. 209-227, p. 209.

⁽²⁵⁾ *Apud* CALLAHAN, *What kind of life*, cit., p. 35, com outras informações sobre o contexto de emergência do conceito.

ras da superstição... A extensão da tarefa perante o Comité não conhece limites" (26).

Na sua génese e afirmação encontra-se um contexto marcado pelo utilitarismo, pela crença nas possibilidades do Estado Social, pela ideia que, depois das provações da guerra, caminhar-se-ia para uma sociedade da abundância (27) e de bem-estar (28).

Noutro lugar (29), procedemos a uma aproximação tipológica do conceito de saúde em termos que não iremos aqui aprofundar, mobilizando um conjunto de critérios que permitem a sua densificação, a saber: morfológico, etiológico, funcional, utilitário e comportamental. Mas a saúde é um dos termos de um binómio que integra a doença — e, neste último caso, é preciso ter presente, a partir da riqueza da língua inglesa, a diferença de usos: *disease* — a doença vista em termos médicos —, *illness* — a doença vivida pelo paciente —, e *sickness*, ou seja, a dimensão sócio-cultural da enfermidade (30);

- c) A "naturalidade" da saúde é reduzida numa dupla acepção: por um lado, maiores possibilidades de indução de factores de doença (por exemplo, condições de trabalho e ambiente); por outro, medicalização da vida, que significa uma redução da esfera do que é natural, do que é do domínio do perigo para o que é risco (31), aumentando as capacidades de intervenção da medicina;

(26) "The World is sick and the ills are due to the perversion of the man: his inability to live with himself. The microbe is not the enemy: science is sufficiently advanced to cope with it were not for the barriers of superstition... The scope of the task before the Committee knows no bounds".

(27) Diego GRACIA, *Bioética clínica*, Santa Fé de Bogotá, 1998, p. 29.

(28) Expressão que, aliás, aparece na definição da OMS, levando Engelhardt ("Concepts of health and disease", in: A. CAPLAN/H. T. ENGELHARDT (eds.), *Concepts of health and disease: an interdisciplinary perspective*, London, 1981 *apud* Piet van SPIJK, "Positive and negative aspects of the WHO definition of health, and their implications for a new concept of health in the future", in: Paulina TABOADA/Kateryna Fedoryka CUDEBACK/Patricia DONOHUE-WHITE (ed.), *Person, society and value*, cit., p. 209-227, p. 212) a comentar que "such a definition of health packs the ambiguity of the concept of health into the ambiguity of a concept of well-being".

(29) "Aegrotationis medicinam ab iure peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito", Cadernos de Bioética 11 (2001/25), p. 19-53, com as necessárias indicações bibliográficas.

(30) Para uma aproximação etimológica e semântica, cf., mais desenvolvidamente, João LOUREIRO, *Aegrotationis medicinam ab iure peto*, cit., p. 26-27.

(31) Sobre este ponto, para a densificação e indicações bibliográficas pertinentes, permitimo-nos remeter para o nosso "Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: algumas questões juspublicísticas", in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001.

- d) Assiste-se a uma reformulação do conceito de saúde a partir da revolução genética: fala-se agora, por exemplo, de "doentes são" (32), que, como escreve Luís Archer (33), "têm saúde na vida, mas doença no genoma";
- e) Bem pessoal, mas também público (34) (saúde pública), obrigando ao concurso dos outros. Concurso *genérico*, isto é, a cargo de todo e qualquer um dos membros da comunidade, o que se traduz juridicamente, desde logo, na discussão em torno de um dever fundamental (35); concurso que, da parte do Estado, se expressa também num conjunto de exigências de acção (normas impositivas) (36). Concurso *específico*, na medida em que pressupõe relações especiais entre profissionais de saúde e pacientes, típica e tradicionalmente exemplificados na relação médico-paciente, hoje questionada num contexto em que as equipas médicas são, crescentemente, actores.

(32) Christine SCHOLZ, "Biographie und molekulargenetische Diagnostik", in: Elisabeth BECK-GERNSHEIM (Hrsg.), *Welche Gesundheit wollen wir?*, Frankfurt am Main, 1995, p. 48.

(33) "Genoma e intimidade", *Cadernos de Bioética* (1994/7), p. 63-69, p. 67.

(34) Vide, por exemplo, para o caso português, os indicadores de saúde, em que se verificaram, apesar das disfunções do SNS, notáveis progressos: cf. António BARRETO/Clara Valadas PRETO, "Indicadores sociais: Portugal, 1960-2000", in: António BARRETO (Org.), *A situação social em Portugal 1960-1999, vol. II, Indicadores sociais em Portugal e na União Europeia*, Lisboa, 2000, p. 93-101, 263-294.

(35) Sobre a questão, v. João LOUREIRO, cit., *Constituição e biomedicina*, cit.

(36) Por exemplo, em matérias como a segurança sanitária que tem vindo a merecer crescente interesse em "sociedades de risco". Recordem-se, a este propósito, as necessidades de hemovigilância, domínio em que se assistiu, especialmente após os casos de contaminação na era da SIDA, a um reforço dos mecanismos de controlo. Também no domínio da farmacovigilância e, mais recentemente, do que já é designado como "materiovigilância" (cf., para esta última designação, Jean-Marie CLÉMENT, *Cours de droit hospitalier*, t. 1, Bourdeaux, 2004, p. 358, aliás, com subsídios para os vários pontos da literatura francesa). Esta centra-se nos chamados dispositivos médicos, esfera onde a legislação nacional transpõe um conjunto de directivas. Falamos do Decreto-Lei n.º 273/95, de 23 de Outubro, com a última redacção resultante do Decreto-Lei n.º 30/2003, de 14 de Fevereiro, bem como os diplomas que estabelecem regimes especiais aplicáveis aos dispositivos médicos para diagnóstico *in vitro* (Decreto-Lei n.º 189/2000, de 12 de Agosto, na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 311/2002, de 20 de Dezembro) e os dispositivos médicos implantáveis activos (Decreto-Lei n.º 78/97, de 7 de Abril). Domínio da maior importância é também o da segurança sanitária dos alimentos: recorde-se, a este propósito, novos riscos que geraram crises como a da BSE, sem prejuízo de este domínio ser clássico (*vide*, para alguns apontamentos de natureza histórica, Gaëlle BOSSIS, *La sécurité sanitaire des aliments en droit international et communautaire: rapports croisés et perspectives d'harmonisation*, Bruxelles, 2005, p. 15-17). Nesta área, sublinhe-se o papel do direito europeu: cf. Klaus KNIPSCHILD, "Europäisches Veterinär- und Lebensmittelrecht", in: Eberhard SCHMIDT-ASSMANN/Bettina SCHÖNDORF-HAUBOLD (Hrsg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund: formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU*, Tübingen, 2005, p. 87-102.

2. SAÚDE E INTER-RELAÇÕES

Como todos os bens, a saúde é marcada pela interdependência, havendo que traçar uma primeira fronteira entre as ameaças e as lesões do bem — os factos ou as acções que o põem em causa — e as medidas positivas destinadas à sua conservação e promoção.

Em relação às primeiras — os *males que afectam o bem* — identificam-se as acções do próprio (condutas e estilos de vida arriscados), as ingerências de outros, os riscos colectivos e ainda os perigos resultantes de factos naturais, embora se saiba que estas fronteiras entre riscos e perigos, entre catástrofes e calamidades⁽³⁷⁾, natureza e acção humana, são dúcteis. Aliás, a propósito do terramoto de Lisboa, que provocou uma importante discussão na Europa do tempo, já Rousseau advertia, contra Voltaire, que parte das consequências decorria de erros humanos, nomeadamente do que hoje designaríamos de má política urbanística⁽³⁸⁾.

Em termos jurídicos, esta dimensão levanta as seguintes questões:

- a) começando pelas *condutas da pessoa* aptas a pôr em causa a sua saúde, a discussão anda em torno de uma “protecção dos direitos fundamentais contra si próprio” (*Grundrechtsschutz gegen sich selbst*)⁽³⁹⁾ — deixamos agora de lado as situações de portadores de anomalia psíquica em que se imponha um “internamento tutelar”⁽⁴⁰⁾ — e da existência de um dever fundamental de proteger a sua própria saúde, independentemente dos seus reflexos para terceiros (embora, na maioria dos casos, em sistemas em que não é o utilizador final a pagar, haja, em regra, reflexos para todos, pelo que se discutem, também aqui, problemas de justiça distributiva⁽⁴¹⁾);
- b) em relação a *acções de outros* aptas a lesarem a saúde, o descritor é o conceito de ingerência, podendo relevar o consentimento; não se devem descurar as hipóteses em que há riscos, directos ou indirectos, para a saúde, resultantes da acção, por exemplo, de empresas, no limite ope-

rantes na área da saúde. Esta face de Janus é claramente ilustrada na produção de medicamentos, em que a utilização de uma série de substâncias químicas, cujos efeitos combinados nem sempre são suficientemente conhecidos, se traduz no que Ulrich Beck designou “irresponsabilidade organizada”⁽⁴²⁾. Em termos jurídicos, a referência é aqui princípio da precaução⁽⁴³⁾, crescentemente afirmado, não apenas na doutrina, mas também na própria jurisprudência⁽⁴⁴⁾;

- c) quanto aos riscos colectivos provocados pelo homem — pense-se no caso da poluição resultante dos gases dos automóveis e nos consequentes danos para os seres humanos —, impõem-se medidas do Estado, e cumprimento de deveres de protecção⁽⁴⁵⁾, que podem ter como obrigados não só os condutores — por exemplo, limites à liberdade de circulação —, mas os próprios fabricantes;
- d) finalmente, em relação às catástrofes naturais, a única responsabilidade do Estado poderá resultar da omissão das medidas possíveis de prevenção, não se podendo condenar o tufão.

Quanto às segundas — *medidas positivas para a conservação e promoção do bem saúde* —, importa distinguir entre os cuidados de saúde, compreendendo prestações médicas e medicamentosas, e outros factores que para ele contribuem decisivamente, como a educação, a alimentação, a habitação — se quisermos, “o desenvolvimento como liberdade”⁽⁴⁶⁾ — e o ambiente.

Em termos internacionais, sublinha-se esta interdependência da saúde, articulada com outros factores designados como “pré-condições para a saúde”, cor água potável, saneamento e alimentação adequados⁽⁴⁷⁾, saúde ambiental, saúde ocupacional, informação relativa à saúde⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴²⁾ *Gegengifte: die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a. M., 1988.

⁽⁴³⁾ Sobre este princípio, cf. o que escrevemos em *Da sociedade técnica de massa: sociedade de risco*, cit.

⁽⁴⁴⁾ Ao nível comunitário, cf. os casos T-13/99 (Pfizer) e T-70/99 (Alpharma); na doutrina, comentando estas decisões, Karl-Heinz LADEUR, “The introduction of the precautionary principle into EU law: a pyrrhic victory for environmental and public health law? Decision-making under conditions of complexity in multi-level political systems”, *Common Market Law Review* (2003), p. 1455-1479 (autorização de certos antibióticos para promover o crescimento de a mais; riscos decorrentes da inserção na cadeia alimentar).

⁽⁴⁵⁾ Para o desenvolvimento da categoria dos deveres de protecção, com as pertinentes indicações bibliográficas, permitimo-nos remeter para a nossa dissertação, *Constituição e bioética*, Coimbra, 2003, vol. I, cit., II.

⁽⁴⁶⁾ Título da citada obra de Amartya Sen.

⁽⁴⁷⁾ A OMS considerou a má nutrição como “uma doença prevenível não transmissível” (preventable noncommunicable disease) (Global Estimates for Health Situation Assessment and P.

⁽³⁷⁾ Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Calamidades*, Barcelona, 2004.

⁽³⁸⁾ Cf. Kurt BAYERITZ, “Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung”, in: Kurt BAYERITZ (Hrsg.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Darmstadt, 1995, p. 3-71, p. 50.

⁽³⁹⁾ Sobre a figura, cf., entre nós, José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2004, p. 319-320.

⁽⁴⁰⁾ José Carlos Vieira de ANDRADE, “O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais”, in: *A Lei de Saúde Mental e o internamento compulsivo*, Coimbra, 2000, p. 71-91, p. 83. A outra modalidade é o “internamento de perigo”.

⁽⁴¹⁾ Robert L. SCHWARTZ, “Life style, health status, and distributive justice”, in: Andrew GRUBB/Maxwell J. MEHLMAN (ed.), *Justice and health care: comparative perspectives*, Chichester/New York, 1995, p. 225-250.

Em termos do seu conteúdo no quadro internacional ⁽⁴⁹⁾, os cuidados de saúde não se restringem aos que são prestados por médicos, mas alargam-se aos de outros profissionais de saúde (enfermeiros, paramédicos, etc); compreendem cuidados primários, secundários e terciários; incluem também o campo da saúde mental.

O direito à saúde — uma expressão que está longe de ser pacífica — é marcado por zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas como a vida, a integridade física e a privacidade, a educação e a informação e a habitação, a alimentação e o trabalho ⁽⁵⁰⁾.

3. DIREITO À SAÚDE, SISTEMA DE REFERÊNCIA E REDES NORMATIVAS

Se a saúde é um bem fundamental, interdependente, que pressupõe obrigações de respeito, de protecção e de promoção, importa agora situarmos o objecto da nossa análise. Por um lado, teremos de articular direito à saúde e sistema de referência; por outro, proceder a um esboço das redes normativas aplicáveis.

3.1. Os sistemas de referência

Quando falamos de direito à saúde neste quadro, entendemos que nos pedem para o considerarmos, em primeira linha, a partir de uma perspectiva jus-internacionalista, como um dos direitos do homem ⁽⁵¹⁾. No entanto, embora consagrado numa série de instrumentos internacionais, na sua tutela continua a ser decisivo o quadro nacional. Deste modo, ao tratarmos do direito à saúde impõe-se que se indique o *sistema ou sistemas de referência* considerados: direito internacional, direito comunitário e direito nacional (a partir da constituição entendida como “reserva de justiça” ⁽⁵²⁾); a um nível mais fundo, poder-se-ia discutir

jections”, WHO doc WHO/HST/90.2, 1990, *apud*, Katarina TOMAŠEVSKI, “Health rights”, in: Asbjørn EIDE/Catarina KRAUSE/Allan ROSAS (ed.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, Dordrecht/Boston/London, 1995, p. 125-142, p. 132).

⁽⁴⁸⁾ Brigit C. A. TOEBES, *The right to health as a human right in international law*, Antwerpen/Groningen/Oxford, 1999, p. 245-246.

⁽⁴⁹⁾ Neste ponto, cf. Brigit C. A. TOEBES, *The right to health*, cit., esp. p. 246-247.

⁽⁵⁰⁾ Brigit C. A. TOEBES, *The right to health*, cit., p. 260.

⁽⁵¹⁾ Já depois de elaborado este escrito foi publicado o artigo de Catarina Sampaio VENTURA, “O direito à saúde internacionalmente conformado: uma perspectiva de direitos humanos”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 2 (2005/4), p. 49-68.

⁽⁵²⁾ Entre nós, esta formulação foi difundida, na esteira da doutrina alemã, por José Joaquim Gomes Canotilho que precisa agora, na sequência de uma reelaboração da sua compreensão

se o sistema de referência é, ou pode ser, o direito natural, com todos os problemas que a expressão encerra ⁽⁵³⁾. Neste último plano, situar-nos-íamos e torno da *questão da fundamentação* dos direitos em geral e do direito à saúde em particular, confrontando-nos com os diversos modelos propostos, desde um matriz jusnaturalista às teorias do discurso.

Repare-se que, no interior do direito nacional, é possível distinguir subtemas podendo o conceito de saúde valer nuns casos, mas não noutros.

3.2. Redes normativas

Em relação à estruturação da normatividade relevante, verifica-se que

- 1) também aqui estamos perante uma juridicidade em rede ⁽⁵⁴⁾, marcada por um acréscimo de interpenetração normativa, com destaque para a relevância crescente das normas inter e supranacionais;
- 2) este processo é o espelho, em sede normativa, da transformação do conceito de soberania, num tempo em que se desenvolve, a nível global, uma “sociedade mundial”, com traços cosmopolitas e internacionais — neste último caso, com o sentido etimológico que o *inter* indicia —, e avançando a integração macrorregional (paradigmaticamente, as vias do Conselho Europeu e da União Europeia);
- 3) parte desta juridicidade assume hoje relevância constitucional, afirmando-se um constitucionalismo multinível e multiparamétrico ⁽⁵⁵⁾ surgindo problemas de interconstitucionalidade ⁽⁵⁶⁾ ou, em termos mais gerais, de internormatividade. A constituição mundial em formação acolhe a constituição comunitária acolhem a saúde como um bem fundamental, que tem de ser tomado a sério no quadro do bem comum mundial e europeu;

constitucional, que “uma lei quadro fundamental da República aspira ser uma modesta reserva de justiça quanto aos problemas nucleares da comunidade” (*O tempo curvo de uma carta (fundamentação ou o direito constitucional interiorizado*, Porto, 2006, p. 28).

⁽⁵³⁾ Mas este momento será estrategicamente posto em parêntesis.

⁽⁵⁴⁾ Sobre a rede no universo do direito, cf., por todos, François OST/Michael van de Kerkhove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2001.

⁽⁵⁵⁾ Sobre este ponto e com outros desenvolvimentos e indicações bibliográficas, permitimo-nos remeter para João LOUREIRO, “Desafios de Témis, trabalhos dos homens (Constitucionalismo, constituição mundial e “sociedade de risco””, *Nação e Defesa* (2001-97), p. 43-50.

⁽⁵⁶⁾ Francisco Lucas PIRES, *Introdução ao direito constitucional europeu*, Coimbra, 1995; Paulo Castro RANGEL, “Uma teoria da “interconstitucionalidade” (Pluralismo e constituição pensamento de Francisco Lucas Pires), *Thémis* (2000-2), p. 127-151; José Joaquim Gomes CANTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, 2003.

4) em matéria de protecção da saúde, como, aliás, noutros domínios, o "globalismo", isto é, a redução da globalização à sua face meramente económica⁽⁵⁷⁾, tem conduzido a uma eliminação das tradicionais barreiras protectoras do Estado sem que tenha sido acompanhado de suficientes medidas de protecção positiva. Este facto reforçou as críticas, em termos de legitimação, a instâncias de decisão transnacionais, sendo o caso de escola a Organização Mundial do Comércio.

3.2.1. Plano mundial

O nascimento do direito internacional da saúde assenta as suas raízes nos esforços desenvolvidos a partir da segunda metade do século XIX, tendo em vista o combate às epidemias. A primeira conferência sanitária internacional realizou-se em Paris, em 1851, tendo este processo levado à constituição, em 1907, do Serviço Internacional de Higiene Pública⁽⁵⁸⁾. Mais tarde, após a Primeira Guerra Mundial, foi criada a Organização de Saúde da Sociedade das Nações e, também com relevância neste campo, a Organização Internacional do Trabalho⁽⁵⁹⁾.

Não aprofundando o corte histórico, procedamos agora a um inventário de algumas normas conformadoras da esfera do direito internacional da saúde. Assim, no plano mundial, confrontamo-nos, em geral, com a Carta das Nações Unidas⁽⁶⁰⁾, a Constituição da Organização Mundial de Saúde⁽⁶¹⁾, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)⁽⁶²⁾ e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDESC)⁽⁶³⁾.

Já em termos de instrumentos relativos a certas categorias de indivíduos⁽⁶⁴⁾,

⁽⁵⁷⁾ Ulrich BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus: Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt a. Main, 1997 (trad.: *Qué es globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998).

⁽⁵⁸⁾ Com sede em Paris.

⁽⁵⁹⁾ Para o seu papel no domínio da saúde, cf. Brigit C. A. TOEBES, *The right to health*, cit., p. 13-14.

⁽⁶⁰⁾ Art. 13.º/1/b); art. 55.º/b); art. 57.º/1; art. 62.º/1.

⁽⁶¹⁾ Assinada, a 22 de Julho de 1946, por representantes de 61 Estados, entrou em vigor a 7 de Abril de 1948: cf., sobre esta convenção internacional, Gian Luca BURCI/ Claude-Henri VIGNES, *World Health Organization*, The Hague/London/New York, 2004, p. 17-19.

⁽⁶²⁾ Art. 25.º

⁽⁶³⁾ Art. 12.º

⁽⁶⁴⁾ Sobre o sentido desta protecção em sede de direitos fundamentais, mas em termos perfeitamente válidos para a esfera dos direitos do homem, cf. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 138-139.

refiriram-se a Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres⁽⁶⁵⁾ e a Convenção dos direitos da criança⁽⁶⁶⁾.

Verificam-se ainda intersecções com outras normas relevantes, nomeadamente no quadro da OMC/GATT. Recordem-se, *inter alia*⁽⁶⁷⁾, as tensões e o direito de propriedade intelectual, tal como aparece consagrado no *Acc sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio* (TRIPS) e a protecção da saúde⁽⁶⁸⁾. Exemplo de escola é o acesso aos medicamentos para portadores do VIH e doentes de SIDA e as políticas de produção de genéricos pelo Brasil e pela Índia, alicerçando a sua posição em licenças obrigatórias, ou ainda através de importações paralelas.

3.2.2. Conselho da Europa

Ao nível do sistema do Conselho da Europa — no domínio macrorregional — não consideramos outros espaços que não o continente europeu — deparamo-nos com um processo em que compreende, desde logo, a Carta Social Europeia que consagra a prevenção da doença, a promoção da saúde e o acesso a cuidados médicos⁽⁷⁰⁾. Já quanto à Convenção Europeia dos Direitos do Homem propósito do art. 2.º, que acolhe o direito à vida, discute-se se este pode operar como fundamento de um direito à saúde⁽⁷¹⁾. Também o art. 3.º — proíbe de tratamentos degradantes — tem sido mobilizado para tentar evitar a expu-

⁽⁶⁵⁾ Art. 12.º: sobre este preceito, cf. Brigit C. A. TOEBES, *The right to health*, cit., p. 5.

⁽⁶⁶⁾ Art. 24.º: quanto a este artigo, cf. Brigit C. A. TOEBES, *The right to health*, cit., p. 5.

⁽⁶⁷⁾ Com efeito, há outras zonas de discussão, por exemplo, o impacto do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) sobre o seguro social de doença: cf. Gury CARRIN, "L'assui sociale maladie dans les pays en développement: un défi permanent", *Revue internationale sécurité sociale* 55 (2002-2), p. 73-89, p. 87. Desenvolvidamente, Debra LIPSON, *GATS and in health insurance services. Background note for WHO Commission on Macroeconomics Health* (http://www.cmhealth.org/docs/wg4_paper7.pdf).

⁽⁶⁸⁾ Sobre esta questão, cf. a Declaração de Doha (Doha Ministerial Declaration on TRIPs Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2, par. 4, adoptada a 14 de Novembro de 2001.

⁽⁶⁹⁾ De 1961, mas revista em 1996.

⁽⁷⁰⁾ Arts. 11.º e 13.º, devendo ainda ser considerada a cláusula geral de não discriminação (Art. E). O Comité Europeu de Direitos Sociais (CEDS), no caso 14/2003 FIDH c./France, considerou que o direito aos cuidados de saúde compreendia também os estrangeiros ilegais: cf. line TOULLIER, "Aide médicale d'État: les droits sociaux fondamentaux bafoués", *Droit Social* (2005), p. 1011-1017, p. 1017; ainda sobre a Carta Social Europeia e a saúde, cf. Henriette I Roscam ABBING, "The right to care for health: the contribution of the European Social Charter", *European Journal of Health Law* 12 (2005), p. 183-191.

⁽⁷¹⁾ O que é duvidoso e discutido: cf. Jonathan MONTGOMERY, *Health care law*, Oxford/London, 2003, p. 51.

de doentes por razões de saúde, nomeadamente no caso de infectados pelo VIH, para países em que não é possível a continuação de tratamentos ⁽⁷²⁾.

Mais recentemente, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina ⁽⁷³⁾ consagra expressamente, no seu art. 3.º, que "as Partes tomam, tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis, as medidas adequadas com vista a assegurar, sob a sua jurisdição, um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada".

3.2.3. Sistema comunitário

Apesar de caber aos Estados-membros a organização e a prestação dos cuidados de saúde ⁽⁷⁴⁾, há vários preceitos, ao nível do direito comunitário primário, que reconhecem à União competência no domínio da protecção da saúde ⁽⁷⁵⁾. Em relação à saúde pública, sublinha-se o art. 152.º do Tratado da Comunidade Europeia.

⁽⁷²⁾ Esta norma tem sido mobilizada para obstar à expulsão de estrangeiros por razões de saúde, havendo, no plano comparado, jurisprudência nacional e internacional na matéria. A questão foi discutida no caso *D v United Kingdom* (1997) 24 EHRR 423 (comentado por Colin HARVEY, "The right to seek asylum in the European Union", *European Human Rights Law Review* (2004), p. 17-36). Vide também os casos *B.B. versus França*, de 14 de Setembro de 1998; *Karara versus Finlândia*, de 29 de Maio de 1998; *S.C.C. contra a Suécia*, de 15 de Fevereiro de 2000; *Bensaid versus Reino Unido*, de 6 de Fevereiro de 2001. Na doutrina, entre outros, Steven BOUCKAERT (*Medische aspecten van het vreemdelingenrecht en artikel 3 van het E.V.R.M. Een overzicht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, de Raad van State en de burgerlijke Rechtbanken*, 2 abril 2004), Joseph KRULIC, "La reconduite d'un étranger atteint du SIDA: conclusions sur tribunal administratif de Versailles, 26 septembre 1996", *Revue Française de Droit Administratif* (1997), p. 315-317; Bertold HUBER ("The application of human rights standards by German Courts to asylum-seekers, refugees and other migrants", *European Journal of Migration and Law* 3 (2001), p. 171-184) e Lucia MARZANO ("La protection offerte par la Convention européenne des droits de l'homme aux demandeurs d'asile et aux réfugiés", *Revue universelle des droits de l'homme* 14 (2002), p. 176-189).

⁽⁷³⁾ Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (DR, I-A, 3 de Janeiro de 2001).

⁽⁷⁴⁾ F. J. L. PENNING, *Nederlands socialezekerheidsrecht in een internationale context*, Deventer, 2004, p. 294; sobre as competências comunitárias em matéria de saúde, cf. *Revue des Affaires Européennes/Law & European Affairs* (2003/2004-2), número sobre a Europa da saúde, e também cf. Gerald G. SANDER, *Internationaler und europäischer Gesundheitsschutz: Gesundheitsrecht in WHO, FAO/CAK, WTO und EU, unter besonderer Berücksichtigung des Lebensmittelrechts*, Baden-Baden, 2004, p. 49.

⁽⁷⁵⁾ Não curamos aqui dos diferentes fundamentos teóricos mobilizados para a compreensão da construção europeia (especialmente o (neo)funcionalismo, intergovernamentalismo, mas sem ignorar outras) e as suas implicações no domínio das políticas de saúde: sobre este ponto, cf. Elias MOSSIALOS/Martin MCKEE, *EU Law and the social character of health care*, Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien, 2004, esp. p. 44-53.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ⁽⁷⁶⁾ dispõe, n. art. 35.º, que "Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções d União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana" Sabe-se da controvérsia em torno do seu valor ⁽⁷⁷⁾; contudo, para além de ter sido incluída no Tratado Constitucional da União ⁽⁷⁸⁾, cujo futuro é ainda incerto, part da doutrina e jurisprudência pretende ver aqui o acolhimento identificador do direitos fundamentais comunitários ⁽⁷⁹⁾.

É indubitável que um dos elementos conformadores do direito da saúde em cada um dos países da União é a norma comunitária. Desde o direito de medicamento, em que se destaca, do ponto de vista institucional, a Agência Europeia de Avaliação de Medicamentos, ao direito médico — enquanto direito profissional ⁽⁸⁰⁾ —, passando pelo impacto das liberdades de circulação n

⁽⁷⁶⁾ Sobre este documento, cf., na doutrina portuguesa, Jorge MIRANDA, *Curso de direito internacional público*, Cascais, 2002, p. 312-315; IDEM, "Sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (2000-1), p. 17-2 AA.VV., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001; *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — A participação da Assembleia da República*, Lisboa 2001; Rui de Moura RAMOS, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais", in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soare Coimbra*, 2002, p. 963-989; Maria Luísa DUARTE ("A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", in: *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. Coimbra, 2002, agora in: *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, II, Coimbra, 2006, p. 255-289; Fausto de QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004, p. 143-17; Ana Maria Guerra MARTINS, *Curso de direito constitucional da União Europeia*, Coimbra, 200 p. 145-148; José Manuel VILALONGA, "A Carta dos Direitos Fundamentais e o direito penal O Direito 137 (2005), p. 755-770.

⁽⁷⁷⁾ Rui de Moura RAMOS, *A Carta dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 987; Maria Luí DUARTE, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, cit., p. 266-276, sublinha que a Carta não tem força jurídica formal, isto não significa a sua incapacidade de produzir efeitos jurídicos: vide, sobre este ponto, especialmente p. 271-276, referindo-se a uma "relevância jurídica da Carta, ainda que condicionada e, em certa medida, refém do significado que o Tribunal de Justiça lhe venha a atribuir" (p. 276).

⁽⁷⁸⁾ Sobre a dimensão da saúde no Tratado Constitucional Europeu, cf. Henriette D. Roscam ABBING, "Constitutional Treaty of the European Union, health and human rights", *European Journal of Health Law* 11 (2004), p. 337-345.

⁽⁷⁹⁾ Prodromos MAVRIDIS, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne: étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Athènes/Bruxelle 2003, p.

⁽⁸⁰⁾ Rigorosamente, é mais amplo o domínio de relevância do direito comunitário compreendendo não apenas os médicos, mas outros profissionais de saúde: cf., para este ponto, Elias MOSSIALOS/Martin MCKEE, *EU Law and the social character of health care*, cit., p. 75-82.

esfera dos cuidados de saúde, a relevância do direito comunitário é, também neste domínio, crescente ⁽⁸¹⁾.

3.2.4. Sistemas nacionais

O nível nacional continua a ser fundamental em termos de tutela da saúde. No caso português, numa perspectiva constitucional, assume especial relevo o art. 64.º da CRP, que consagra um direito à protecção da saúde ⁽⁸²⁾. Deixando de lado os níveis infraconstitucionais e normatividades de índole deontológica (*maxime*, os códigos deontológicos das diferentes ordens), uma leitura do referido preceito comprova que a nossa lei fundamental não limita a questão da saúde à esfera da medicina. Com efeito, não deixa de ser normativamente sublinhada a importância de factores e domínios que concorrem para a sua protecção e promoção. Além disso, como teremos oportunidade de aflorar, a CRP não é silente no que toca a dimensões organizacionais, consagrando o Serviço Nacional de Saúde como *locus* fundamental de garantia do direito à protecção da saúde.

4. PRÁTICAS, DIREITOS E SUJEITOS

4.1. Práticas dos profissionais de saúde

4.1.1. A esfera da medicalidade: o campo da medicina

O campo da medicina está agora perante um conjunto de desafios ⁽⁸³⁾, a saber:

- a) *desafio da ética*, na medida em que alguns dos princípios que secularmente recortam o *ethos* médico e, em conformidade, a esfera da medi-

calidade, são questionados. Com efeito, a partir de vários modelos, *maxime* hiper-autonomistas, pretende-se uma redefinição da esfera legítima de intervenção, integrando o aborto a pedido e a eutanásia voluntária;

- b) *desafio da(s) política(s) socia(l)is*, a partir de um conceito latíssimo de saúde como vimos ser o da OMS;
- c) *desafio da estética*, ao pretender reconduzir para o domínio da saúde um conjunto de intervenções que só num sentido dissolutivo podem ser consideradas terapêuticas ⁽⁸⁴⁾;
- d) *desafio da genética*, ao tentar expandir o campo de relevância, nomeadamente em relação a “doentes sãos” ⁽⁸⁵⁾ e sobretudo através da defesa do “melhoramento genético” ⁽⁸⁶⁾.

Mais: adaptando a conhecida distinção tomista entre actos do homem e actos humanos, teríamos que diferenciar, no interior do campo profissional, *actos do médico* e *actos médicos*. Fala-se, pois, do “abandono do carácter estritamente terapêutico do acto médico” ⁽⁸⁷⁾, perante a prática hospitalar de actos como a circuncisão por motivos religiosos ⁽⁸⁸⁾ ou cirurgia por razões “estritamente estéticas” ⁽⁸⁹⁾.

A protecção e a promoção do bem saúde pressupõem um complexo de práticas de diferentes sujeitos que se traduzem em diversas posições jurídicas. Em primeiro lugar, pretende-se um conjunto de prestações de cuidados de saúde. Mas a esfera de intervenção destes profissionais afirma-se ela própria como controversa.

⁽⁸⁴⁾ Aliás, mesmo fora destes casos estéticos, aumentam as hipóteses em que, em termos estritos, não temos actos com escopos terapêuticos. Pense-se, por exemplo, também, em regra, na esterilização e no abortamento. A este propósito, Brigitte FEUILLET (“Réflexions d’un privatiste sur l’évolution du droit de la santé”, *Revue Générale de Droit Médical* (2005-15), p. 7-13, p. 9, chama a atenção para as alterações, em termos de texto, do art. 16.º-3/1, do *Code Civil*. Assim, a expressão “necessidade terapêutica” deu lugar a “necessidade médica”. Considera que a noção de saúde da OMS, que se confortava com a afirmação do seu carácter desmesurado, o é, nomeadamente face a uma “medicina do desejo”, “peut-être de moins en moins” (p. 9).

⁽⁸⁵⁾ Cf. o que escrevemos *supra*.

⁽⁸⁶⁾ A fórmula integra-se numa conhecida distinção de W. French ANDERSON (v. g., “Prospects for human gene therapy”, *Science* 226 (1984), p. 401-409) que apresentamos socorrendo-nos da síntese de Javier GAFO, *Problemas éticos de la manipulación genética*, Madrid, 1992, p. 207-208.

⁽⁸⁷⁾ Benjamin PITCHO, *Le statut juridique du patient*, Bourdeaux, 2004, p. 85-92.

⁽⁸⁸⁾ Benjamin PITCHO, *Le statut juridique du patient*, cit. p. 86.

⁽⁸⁹⁾ Benjamin PITCHO, *Le statut juridique du patient*, cit. p. 96.

⁽⁸¹⁾ Há outras questões de que agora não curamos. Por exemplo, em relação à biotecnologia, como elemento fundamental no campo da saúde, vários artigos legitimam a intervenção comunitária, desde os arts. 152.º/4 e 175.º ao art. 95.º, bem como a competência prevista no art. 308.º relativa ao programa-quadro para a investigação e desenvolvimento tecnológico. O Tratado Constitucional da União consagra algumas alterações, pretendendo-se, desde logo, construir “um espaço europeu comum de investigação”. Vide agora Wolfgang WEISS, “EU-Verfassungsvertrag der Biotechnologie”, *Medizinrecht* (2005), p. 458-464.

⁽⁸²⁾ Para este artigo, cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 31993, p. 340-343; e agora, com outras indicações doutrinares e jurisprudenciais, Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, t. I, Coimbra, 2005, p. 650-662 (anotação de Rui Medeiros).

⁽⁸³⁾ A lista não pretende ser exaustiva.

4.2. Posições jurídicas

O bem saúde pode ser objecto de tutela pelo sistema jurídico de referência através de um conjunto de posições jurídicas (direitos, deveres, competências) e tendo presente diferentes modos de intervenção: ingerência no bem e medidas de protecção e promoção do bem. No plano internacional, referem-se as obrigações do Estado de respeitar, proteger e promover os bens em causa ⁽⁹⁰⁾.

4.2.1. O direito à saúde: dimensões

Em termos de delimitação do objecto da nossa exposição, teremos que o chamado direito à saúde, compreendido como posição jurídica subjectiva, surge quer como um direito de defesa (dimensão negativa) — não ingerência —, quer como direito a prestações (*maxime*, cuidados médicos), ou seja, na sua dimensão positiva.

Neste texto, centramo-nos na sua dimensão prestacional, sendo que também aqui se discute a natureza destes direitos, questionando alguma literatura se estaremos ou não perante direitos subjectivos em sentido estrito ⁽⁹¹⁾.

Para além, o próprio nome é questionado, na medida em que não há um direito a ser saudável ⁽⁹²⁾, propondo-se outras designações para o direito (v. g., direito à protecção da saúde). Recorde-se que, no seu Comentário ao art. 12.º, o Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais entendeu que devia ser compreendido como um “right to the enjoyment of a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realization of the highest attainable standard of health”, integrando “not only to timely and appropriate health care, but also to the underlying determinants of health, such as access to safe and potable water and adequate sanitation, an adequate supply of safe food, nutrition and housing, healthy occupational and environmental conditions, and Access to health-related education and information, including on sexual and reproductive health” ⁽⁹³⁾.

⁽⁹⁰⁾ Sobre estas obrigações, *vide* agora, entre nós, Catarina Sampaio VENTURA, *O direito à saúde internacionalmente conformado*, cit., p. 63-66.

⁽⁹¹⁾ Sobre esta questão, entre nós e por todos, v. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 387-391.

⁽⁹²⁾ André DEMICHEL (*Le droit de la santé*, cit., p. 20) que considera a formulação direito à saúde “incorrecta” e “ininteligível”.

⁽⁹³⁾ General Comment on article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (General Comment 14) *apud* Susan MARKS/Andrew CLAPHAM, *International Human Rights Lexicon*, Oxford, 2005, p. 200, com outros esclarecimentos (p. 200-201).

Este direito à protecção da saúde pode ser lido também como um direito à protecção em sentido próprio, distinto do direito à saúde como direito a prestações (em sentido estrito) ⁽⁹⁴⁾. No primeiro caso, teríamos um direito como correlativo da obrigação do Estado de impedir condutas de outros aptas a prejudicarem a saúde do seu titular ⁽⁹⁵⁾. No segundo, teríamos prestações traduzidas no acesso a cuidados de saúde.

4.3. Bem e actores envolvidos (relações intersubjectivas)

Se começarmos por nos ater a uma perspectiva interna ao sistema, recordamos, em torno do bem saúde, uma série de actores envolvidos, a saber:

- a) o titular do direito à saúde;
- b) os destinatários, não apenas os outros, mas o Estado, obrigado a um conjunto de prestações materiais e normativas, entre as quais se contam a criação de entidades responsáveis pelas esferas de prestação de cuidados e de prossecução das outras dimensões de saúde pública.

Ou seja, em linhas gerais, trata-se de um direito que pressupõe a colaboração de uma série de sujeitos: os pacientes, profissionais (médicos, enfermeiros, paramédicos, terapeutas, farmacêuticos) e os produtores (indústria farmacêutica, de produtos médicos), sem esquecer entidades de regulação — entre nós, a nova Entidade Reguladora da Saúde ⁽⁹⁶⁾ — e de controlo. Nalguns

⁽⁹⁴⁾ Para um sentido amplo do direito a prestações e a diferenciação entre direitos à protecção e direitos a prestações em sentido estrito, cf. Robert ALEX, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985 (trad.: *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, p. 427 ss.).

⁽⁹⁵⁾ Nalguns casos, o dever de protecção assegura-se através da obrigação de condutas positivas. A este propósito, tenha-se presente a discussão na Alemanha, na sequência da morte trágica de uma criança de 7 anos, Jessica, que os pais deixaram morrer à fome — pesando então 9 quilos. As situações de maus tratos e de negligência também no campo da saúde das crianças levam à afirmação de um dever estatal de protecção, em que a imposição de exames de saúde regulares surge como um meio adequado à realização do fim. A discussão, que não podemos prosseguir aqui, passa por saber se, sob pena de violação do princípio da proibição do défice de protecção, não se está perante um dever jurídico-constitucionalmente fundado de exames médicos: cf. Josef Franz LINDNER, “Verpflichtende Gesundheitsvorsorge für Kinder”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2006/4), p. 115-118.

⁽⁹⁶⁾ DL n.º 309/2003, de 10 de Dezembro. Sobre a ERS, *vide* Vital MOREIRA, “A nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, *Revista de Direito Público da Economia* (2004/05), p. 103-159; Alexandra Pagará de CAMPOS, “A rede de prestação de cuidados continuados de saúde e a Entidade Reguladora de Saúde: a continuação da reestruturação no sector da saúde”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública* (2004-1), p. 71-74; também agora Rui NUNES, *Regulação da saúde*, Porto, 2005.

países ⁽⁹⁷⁾ há inclusivamente provedores do paciente, nacionais (Reino Unido, Grécia e Hungria), regionais (Áustria e Noruega) ou locais (Finlândia ⁽⁹⁸⁾). Além disso, para lá das questões respeitantes à liberdade de circulação dos pacientes, importa ter presente a liberdade de circulação e de estabelecimento dos profissionais de saúde no espaço da União ⁽⁹⁹⁾.

No plano internacional, para além do papel dos Estados, que continuam ser actores principais, realçam-se as organizações internacionais. Se a Organização Mundial de Saúde é um actor chave, não se podem esquecer outras entidades que concorrem para a defesa e promoção da saúde pública. Numa listagem não exaustiva, David Fidler ⁽¹⁰⁰⁾ refere, em relação a organizações integradas no sistema onusino, as seguintes: Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação, Agência Internacional de Energia Atómica, Organização Internacional do Trabalho, Organização Marítima Internacional, Programa conjunto das Nações Unidas sobre a SIDA, Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), Programa Ambiental das Nações Unidas, agências das Nações Unidas em matéria de direitos do homem, Programa internacional das Nações Unidas de Controlo da Droga (UNDCP) e Banco Mundial. Quanto a outras organizações universais, indica o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Instituto Internacional da Vacina, a Organização Internacional das Epizootias (OIE) e a Organização Mundial de Comércio (OMC). No plano macrorregional, refiram-se o Conselho da Europa e, em termos supranacionais, a União Europeia. Além disso, no quadro de uma sociedade civil mundial em construção assumem relevo especial as ONGs ⁽¹⁰¹⁾.

Actores com uma importância crescente são as empresas transnacionais ⁽¹⁰²⁾, cuja subjectividade internacional, tradicionalmente controvertida, é crescentemente afirmada.

⁽⁹⁷⁾ Finlândia, Áustria, Grécia, Hungria, Israel, Noruega e Reino Unido. Sobre a figura, cf. Lars FALLBERG/Stephen MACKENNEY, "Patient Ombudsmen in seven European countries: an effective way to implement patients' rights?", *European Journal of Health Law* 10 (2003), p. 343-357.

⁽⁹⁸⁾ Cerca de 2000 indivíduos desempenham estas funções (Lars FALLBERG/Stephen MACKENNEY, *Patient Ombudsmen*, cit., p. 350).

⁽⁹⁹⁾ Na doutrina portuguesa, v. J. M. Coutinho de ABREU/Miguel GORJÃO-HENRIQUES, "Livre circulação de médicos na Comunidade Europeia e conhecimentos linguísticos", *Temas de integração* (1998-5), p. 193-224.

⁽¹⁰⁰⁾ *International law and public health materials on analysis of global health jurisprudence*, Ardsley, New York, 2000, p. 73.

⁽¹⁰¹⁾ Sobre as ONGs no domínio da saúde no quadro de uma sociedade mundial, cf. David P. FIDLER, *International law and public health*, cit., p. 74-79.

⁽¹⁰²⁾ Referindo-se especificamente a este domínio, v. David P. FIDLER, *International law and public health*, cit., p. 80-83.

5. MODOS E MEIOS DE REALIZAÇÃO (EFFECTIVAÇÃO)

O direito à protecção da saúde é realizado de formas distintas e confrontado com um conjunto de (im)possibilidades. Frances H. Miller refere, plasticamente, que os direitos do paciente e os recursos na esfera dos cuidados de saúde são "duas faces de uma moeda irregular" ⁽¹⁰³⁾. Este último conceito — possibilidades — é nuclear para a vida e para a acção humanas. Na realização do bem, deparamo-nos com um conjunto de (im)possibilidades fácticas e jurídicas que condicionam os meios da sua efectivação, de respeito, protecção e promoção.

5.1. Quadro de (im)possibilidades

5.1.1. Limites fácticos

Podemos identificar fundamentalmente três limites fácticos: a) meios económico-financeiros; b) escassez de órgãos; c) tecnologias disponíveis.

Os primeiros são correntemente mobilizados em sede de direitos económicos, sociais e culturais, embora não sejam desconhecidos na esfera dos direitos, liberdades e garantias ⁽¹⁰⁴⁾. Com efeito, a doutrina ensina que aqueles são direitos "sob reserva do possível" ⁽¹⁰⁵⁾, muito variados consoante os países e com

⁽¹⁰³⁾ "Introduction: patient rights and health care resources: two sides of an irregular coin", in: Frances H. MILLER (ed.), *Rights and resources*, Aldershot, 2003, p. xi-xxvi.

⁽¹⁰⁴⁾ Aliás, como sublinham Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN (*The cost of rights: why liberty depends on taxes*, New York/London, 2000), também os direitos, liberdades e garantias têm custos, tópico que, entre nós, tendo sido particularmente sublinhado por José Casalta NABAIS ("Estado fiscal, cidadania fiscal e alguns dos seus problemas", *Boletim de Ciências Económicas* 45-A (2002), p. 561-615, sublinhando que "não há direitos de borla" (p. 563); *idem*, "A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos", *Revista Direito Mackenzie* 3 (2002/2), p. 9-30 (agora também em José Casalta NABAIS, *Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*, Coimbra, 2005, p. 9-39).

⁽¹⁰⁵⁾ A fórmula foi desenvolvida na doutrina alemã, mas difundiu-se, tendo sido objecto de recepção também entre nós (*vide*, por exemplo, José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 190-191) e, em geral, na literatura jusfundamental em língua portuguesa (cf., no caso brasileiro e por todos, Ingo Wolfgang SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 2006, p. 298-303, que distingue três densificações da fórmula, indo além da nossa referência do texto). Também sobre os sentidos e o alcance da fórmula, cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO ("Metodologia «fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais", in: *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, 2004, p. 97-114, especialmente p. 107-108). Especificamente no domínio da dimensão prestacional no campo da saúde, sublinhando o seu carácter "financeiramente condicionado", cf. Donatella MORANA, *La salute nella costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002, p. 73.

linhas de determinação dependentes, no quadro constitucional, de opções político-legislativas ⁽¹⁰⁶⁾.

Além desta reserva do possível em termos de meios económico-financeiros ⁽¹⁰⁷⁾, conhece-se também uma dimensão específica num campo como as transplantações, em que a escassez se verifica ao nível dos órgãos disponíveis ⁽¹⁰⁸⁾: este é um terreno onde se discutem os critérios de alocação ou afectação ⁽¹⁰⁹⁾, havendo vozes que pretendem pôr em causa o tradicional princípio da não comercialização ⁽¹¹⁰⁾.

No que toca às possibilidades técnicas, há uma nítida conexão com o requisito financeiro ainda que este não seja suficiente. Com efeito, teremos que nos

⁽¹⁰⁶⁾ No plano internacional, ao nível do PIDESC, estabelece-se, no n.º 1 do art. 2.º, que "Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir (...), no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios adequados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas". Sobre o alcance deste preceito, cf. Magdalena SEPÚLVEDA, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen/ Oxford/ New York, 2003, p. 311-378. A expressão "no máximo dos seus recursos disponíveis" não pode ser interpretada, como esclarece Magdalena Sepúlveda, no sentido de o Estado ficar obrigado a utilizar todos os seus recursos (p. 315). Mas acrescenta que se estabelecem limites à discricionariedade dos poderes públicos. Há um conjunto de critérios mobilizáveis para o preenchimento deste parâmetro, desde uma análise comparada da estrutura de despesas à ineficiência e corrupção administrativas (p. 316-317). Também sobre a densificação desta fórmula, cf. Mary DOWELL-JONES, *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the economic deficit*, Leiden/Boston, 2004, p. 44-51, que propõe a sua leitura "as referring to broad economic capacity than the narrow notion of State budgetary resources" (p. 188).

⁽¹⁰⁷⁾ Impõe-se, neste ponto, tomar a sério os contributos da economia da saúde.

⁽¹⁰⁸⁾ Há aqui determinantes que resultam de um quadro jurídico que protege um conjunto de bens jusfundamentais da corporeidade e que proíbe a comercialização de órgãos. Segundo os dados constantes do documento *Organ donation and transplantation policy options*, 2006, p. 5 (http://ec.europa.eu/health/ph_threats/human_substance/oc_organs/consultation_paper.pdf), no Ocidente morrem diariamente cerca de 10 pacientes por falta de órgãos disponíveis para transplante e que integram listas de espera. Como se esclarece no referido texto, dado o carácter relativamente selectivo da inclusão o número de mortes será mais elevado (p. 6).

⁽¹⁰⁹⁾ Em relação aos critérios a utilizar na distribuição de órgãos — desde a histocompatibilidade ao tempo de espera — cf., por exemplo, Urban WIESING, "Organmangel und Allokationsprobleme aus ethischer Perspektive", in: Eve-Marie ENGELS/ Gisela BADURA-LOTTER/Silke SCHICKTANZ (Hrsg.), *Neue Perspektiven der Transplantationsmedizin im interdisziplinären Dialog*, Baden-Baden, 2000, p. 26-34.

⁽¹¹⁰⁾ Em geral, sobre o princípio da não comercialização do corpo e dos seus elementos, cf. o nosso *Constituição e biomedicina*, vol. I, cit., III; já antes, precisamente no domínio das transplantações, v. o nosso *Transplantações: um olhar constitucional*, Coimbra, 1995, p. 42-46. A favor da venalização dos órgãos, há já uma literatura significativa, nomeadamente norte-americana: cf., por todos, James Stacey TAYLOR, *Stakes and kidneys: why markets in human body parts are morally imperative*, Aldershot/Burlington, 2005.

confrontar com a indisponibilidade da técnica, em termos absolutos ou relativos (v. g., em virtude dos custos, não é coberta financeiramente pelos mecanismos, estatais ou não, de cuidados de saúde).

5.1.2. Limites jurídicos

Quanto aos limites jurídicos terão de ser considerados de acordo com as diferentes ordens de referência, sendo pensáveis e prováveis tensões entre sistemas normativos. Começando pelo plano nacional, tenham-se presentes os quadros, geral e específico, de uma ordem constitucional. Em termos gerais, importa não esquecer a inter-relação entre bens, devendo a intervenção legislativa, administrativa e judicial tomar em consideração outros bens que possam ser afectados. Em termos específicos, na organização do sistema de saúde são maiores as constricções legislativas em Portugal, em que a lei fundamental impõe um serviço nacional de saúde conformado segundo um conjunto de princípios estruturantes ⁽¹¹¹⁾, do que na Alemanha, face a uma constituição muito mais lacónica neste domínio.

No plano internacional, em relação às regulações em curso, se deixarmos de parte as proclamações globais de direitos, a maioria é feita a partir de organizações e instrumentos normativos especializados, com lógicas de interesses e de racionalidade distintos. Usando linguagem sistémica, podemos falar aqui de "irritação" do sistema e de formas de observação diferenciadas. Por exemplo, a OMS prossegue uma lógica de tutela do bem saúde que corresponde à sua missão principal; já a OMC concebe-o, em primeira linha, como mais um domínio de liberalização do comércio, ainda que nos processos de transacção tenha de o tomar em consideração como fundamento de restrições ao seu escopo principal.

Mas a tensão e os conflitos não se confinam a este plano horizontal, mas alargam-se a zonas de conflito verticais, sendo que a normatividade mundial de organizações como a OMC pretende estabelecer limites a entidades supranacionais como a União Europeia e aos próprios Estados nacionais.

Em termos supranacionais, no quadro comunitário, surgem também limites jurídicos às tradicionais capacidades de conformação do legislador nacional.

5.2. Os modos de realização: o como da protecção da saúde

A descrição e a avaliação do *como* da protecção da saúde depende de uma série de dimensões, a saber: a) acesso a quê?; b) acesso para quem?

⁽¹¹¹⁾ Art. 64.º CRP. Para um enunciado dos princípios constitucionais que estruturam o SNS, vide João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, cit., vol. 1, III.

5.2.1. Acesso a quê?

Ao contrário do que se possa pensar, o direito internacional não garante, em termos genéricos, o acesso gratuito aos cuidados de saúde. No entanto, no quadro do tipo Estado Constitucional europeu ⁽¹¹²⁾ como Estado Social, sem prejuízo dos diferentes modelos (sistema nacional de saúde, financiado essencialmente pelos impostos; cuidados de saúde dependentes de sistemas de seguros de saúde), tem-se consagrado um acesso marcado pelo princípio da universalidade e a tendencial gratuitidade.

No actual contexto, dois são os problemas que nos importa discutir:

- a) acesso a que sistema(s)?
- b) acesso a que prestações?

5.2.1.1. Acesso a que sistema(s)?

Até há pouco tempo, a discussão centrava-se na configuração e no acesso a um sistema de cuidados de saúde, em que, em países como Portugal, na esteira pioneira do Reino Unido ⁽¹¹³⁾, o modelo era o de um Serviço Nacional de Saúde, com o Estado a envergar a dupla veste de financiador e prestador; outros baseiam-se na matriz bismarckiana ⁽¹¹⁴⁾ e assentam em sistemas de seguros de saúde ⁽¹¹⁵⁾, subdividindo-se em sistemas de benefícios em espécie e sistemas de reembolso.

⁽¹¹²⁾ Diferentemente se passam as coisas nos EUA, onde uma percentagem significativa da população não está coberta em termos de assistência médica ou só o está de um modo muito deficiente. Ronald DWORKIN (*Sovereign virtue*, Cambridge (Mass.), 2000; trad.: *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, São Paulo, 2005, p. 431) afirma que quarenta milhões de americanos estariam nessa situação, o que comprovaria a profunda injustiça do sistema.

⁽¹¹³⁾ Estamos perante o chamado modelo de Beveridge, em que os cuidados de saúde são autonomizados face à segurança social, baseando-se o sistema no princípio da universalidade e num financiamento por via fiscal: sobre ele, cf., entre nós, Ilídio das NEVES, *Direito da segurança social*, Coimbra, 1996, p. 155-156.

⁽¹¹⁴⁾ Sobre esta cf., na doutrina portuguesa, Ilídio das NEVES, *Direito da segurança social*, cit., p. 149. No entanto, havia já seguros de saúde obrigatórios, por decisão de autoridades locais (*Gemeinde Zwangshilfskassen*). Sobre este processo, cf., para uma síntese, Lutz D. H. SAUERTIG, "Health costs and the ethics of the German sickness insurance system", in: Andreas-HOLGER MAEHLE/Johanna GEYER-KORDESCH, *Historical and philosophical perspectives on biomedical ethics: from paternalism to autonomy?*, Aldershot/Burlington, 2002, p. 49-72, p. 50-51. Esta cobertura de saúde levou a uma explosão da oferta no domínio dos cuidados de saúde: por exemplo, entre 1876 (menos de uma década antes da entrada em vigor da Lei sobre seguro de doença) e 1900 assistiu-se a uma duplicação do número de médicos na Alemanha (de 13 700 para 27 000).

⁽¹¹⁵⁾ Para além da Alemanha, cf., por exemplo, a Confederação Helvética. Aqui, em Outubro de 1890, um referendo alterou o texto constitucional, instituindo a obrigação da Federação de

5.2.1.1.2. Os desafios

Este modelo tem sido desafiado a um duplo nível: a) interno; b) externo.

No plano interno, tem-se assistido a um processo de empresarialização do sistema, de parcerias com os sectores privado e social ⁽¹¹⁶⁾, de introdução da Nova Gestão Pública (*New Public Management*) ⁽¹¹⁷⁾. A tradicional regulação e termos de direito público vê-se confrontada com o desenvolvimento de um crescente utilização do direito privado. O sector do *Daseinsvorsorge* ⁽¹¹⁸⁾, compreendido tradicionalmente como um domínio prestacional do Estado, é que se tem questionado, afirmando-se os serviços económicos de interesse geral, no quadro de um Estado regulador. Se quisermos, fala-se agora de um "Daseinsvorsorge na coexistência e por meio da concorrência" ⁽¹¹⁹⁾. Hoje, no quadro europeu, su-

criar um seguro de doença e acidentes: para uma síntese do desenvolvimento legislativo, cf. Ton POLEDNA/Brigitte BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Bern, 2002, p. 223-224. Estamos aqui a falar dos seguros obrigatórios, dos seguros sociais e não dos seguros complementares disponíveis no mercado, mesmo em países onde vigora o modelo do SNS. Num sistema como o alemão temos uma diferenciação entre as entidades pagadoras — as "caixas de doença" (*Krankenkassen*) — e as entidades prestadoras de cuidados, desde os profissionais de saúde aos hospitais.

⁽¹¹⁶⁾ Em geral, sobre a dogmática das parcerias público-privadas, cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra, 2005, que sublinha a importância do tópico "partilha de responsabilidades entre Estados e actores privados" (p. 160), e apresenta as linhas gerais da figura nas p. 327-330; Eduardo Paz FERREIRA, "O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal", *Revista de Direito Público da Economia* (2003-4), p. 63-79; no domínio da saúde as parcerias compreendem domínios como o financiamento, a construção e a operação de próprios hospitais: cf. sobre esta experiência, Jorge Abreu SIMÕES, "As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal", *Revista portuguesa de saúde pública* (2004/4), p. 79-90; também Vasco Pinto do REIS, "A intervenção privada na prestação pública: da expansão do Estado a parcerias público-privadas", *Revista portuguesa de saúde pública* (2004-4), p. 121-136.

⁽¹¹⁷⁾ Em geral, cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, cit. p. 334-336, e também Vasco Moura RAMOS, *Da compatibilidade do New Public Management com os princípios constitucionais*, Coimbra, 2002 (para a densificação da fórmula, p. 71-101 convocando várias experiências). Para a sua expressão no domínio da saúde, cf. a síntese António Correia de CAMPOS, "Decentralization and privatization in Portuguese health reform", *Revista portuguesa de saúde pública* (2004-4), p. 7-20, p. 8. Mais especificamente sobre o fenómeno da empresarialização, idem, "Hospital-empresa: crónica de um nascimento retardado", *Revista portuguesa de saúde pública* (2003-1), p. 23-33, recordando que já o Estatuto Hospitalar de 1968 (Decreto-Lei n.º 48 357/68) abria as portas, no art. 35.º, para a "gestão empresarial".

⁽¹¹⁸⁾ A fórmula tem uma história, tendo sido proposta por Ernst Forsthoff, na obra *Verwaltung als Leistungsträger* (1938). Partindo da situação histórica de alargamento do "espaço vital", mas da redução do "espaço de senhorio", constrói uma teoria de uma Administração de Prestação.

⁽¹¹⁹⁾ Jürgen KÜKLING, "Bereiche öffentlicher Daseinsvorsorge in Deutschland: die Telekommunikationswirtschaft als Paradebeispiel einer Daseinsvorsorge im Wettbewerb", in: Rudi

tenta-se que não há, na esfera das políticas sociais, “nenhuma garantia de um monopólio público” ⁽¹²⁰⁾. Na Alemanha, em que o chamado *Sozialrecht* ⁽¹²¹⁾ compreende também prestações sociais no domínio da saúde ⁽¹²²⁾, as mudanças em curso permitiram a parte da doutrina pensar este ramo do direito como um direito económico ⁽¹²³⁾.

No plano externo, embora na União Europeia as competências em matéria de prestação de cuidados de saúde continuem centradas nos Estados-membros, tem-se assistido a uma comunitarização que se traduz ou pode traduzir numa “europeização do acesso”, questionando o tradicional princípio da territorialidade ⁽¹²⁴⁾. Esta europeização resulta de competências noutras esferas que se repercutem no domínio da saúde ⁽¹²⁵⁾.

O Regulamento n.º 1408/71 ⁽¹²⁶⁾ veio permitir, no quadro da liberdade de

HRBEK/Martin NETTESHEIM (Hrsg.), *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, Baden-Baden, 2002, p. 138-154, p. 140.

⁽¹²⁰⁾ FAZ, 21 de Maio de 2003, *apud*, Andreas HÄNLEIN, “Sozialrecht als Wirtschaftsrecht”, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* 15 (2003), p. 617-624.

⁽¹²¹⁾ Cf., por exemplo, Bertram SCHULIN/ Gerhard IGL, *Sozialrecht*, Düsseldorf, 2002, p. 123. Repare-se que o alcance da fórmula direito social varia consoante os contextos, sendo que, nalguns países, ainda cobre o direito do trabalho. Pense-se, por exemplo, no caso francês — em que a revista *Droit Social* é um bom espelho — ou nos Países Baixos. Mesmo para quem é pacífica a separação entre o direito do trabalho e o direito da segurança social (v. Rudolf MOSLER, “Rechtspolitik der Zukunft — Arbeits- und Sozialrecht”, in: Michael Holoubek/Georg LIENBACHER (Hrsg.), *Rechtspolitik der Zukunft — Zukunft der Rechtspolitik*, Wien/New York, 1999, p. 173-220, p. 174-175) perspectiva-se uma nova convergência e a necessidade de uma coordenação, face às mutações sociais.

⁽¹²²⁾ Aliás, a prestação de cuidados de saúde é um dos domínios clássicos da segurança social, tal como resulta do desenho da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim, a Convenção n.º 102, adoptada em 28 de Junho de 1952 e ratificada por Portugal em 1992 (Res. 31/92, de 30-6, e Dec. PR 25/92, de 3-11), inclui os cuidados médicos entre os domínios típicos da segurança social.

⁽¹²³⁾ Andreas HÄNLEIN, *Sozialrecht als Wirtschaftsrecht*, cit.

⁽¹²⁴⁾ Sobre as excepções, cf. os arts. 13.º e seg. do Regulamento 1408/71 (Regulamento (CEE) n.º 1408/71, do Conselho, de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade JO L 149, de 5-7-1971. Este Regulamento foi alterado diversas vezes, sendo a última o Regulamento (CE) 629/2006, de 5 de Abril de 2006. Sobre a caracterização do Estado Social como Estado territorial, em termos que, abstraindo de alguns aspectos históricos, desde logo a importância da intervenção pioneira de Bismarck para a consolidação do jovem Estado alemão, são susceptíveis de transposição, cf. Thorsten KINGREEN, “Doppelbelastung und Doppelbefreiung im grenzüberschreitenden Sozialrecht”, Ulrich BECKER/Wolfgang SCHÖN (Hrsg.), *Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb*, Tübingen, 2005, p. 239-256, p. 239-240.

⁽¹²⁵⁾ F. L. J. PENNING, *Nederlands socialezekerheidsrecht in een internationale context*, Deventer, 2004, p. 295.

⁽¹²⁶⁾ Foi aprovado entretanto o Regulamento (CE) n.º 883/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social. Este diploma revogará os Regulamentos 1408/71 e 574/72, quando entrar em vigor o novo regula-

circulação e visando-se a coordenação dos sistemas de segurança social, a tutela dos trabalhadores migrantes e dos seus dependentes que se mudassem para outro país comunitário. Para além disso — e é este o ponto que nos importa considerar aqui — só a título excepcional se previa que os nacionais de Estados-membros tivessem direito a tratamento nos outros Estados. Com efeito, ou estavam perante cuidados urgentes — “cujo estado venha a necessitar imediatamente das prestações no decurso de uma estada no território de outro Estado-membro” ⁽¹²⁷⁾ — ou então só mediante autorização prévia seria possível accionar cobertura dos sistemas de protecção social nacionais ⁽¹²⁸⁾.

Na prática, este recurso excepcional não levou a uma circulação significativa de pacientes.

No entanto, jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades veio permitir-nos a releitura da norma comunitária ⁽¹²⁹⁾. Importa, assim, ver se que medida se alargou o acesso participado ou integralmente pago de pacientes a cuidados de saúde noutros países da União, fora das hipóteses tradicionais de tratamentos de urgência tradicionalmente cobertos pelo famoso E-111, que agora deu lugar ao Cartão Europeu de Seguro de Doença ⁽¹³⁰⁾, ou de casos de autorização prévia da entidade responsável pelo seu pagamento ⁽¹³¹⁾.

Na base da reinterpretação estão dois acordãos, Kohll ⁽¹³²⁾ e Decker ⁽¹³³⁾

mento de aplicação. Em relação a este último, veja-se a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (C n.º 883/2004 relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (31-1-2006).

⁽¹²⁷⁾ Art. 22.º/1/a).

⁽¹²⁸⁾ Art. 22.º/1/c).

⁽¹²⁹⁾ Considerando esta questão, cf. também a comunicação da Comissão (COM(2003) 301), *Acompanhamento do processo de reflexão de alto nível sobre a mobilidade dos doentes e a evolução dos cuidados de saúde na União Europeia*, Bruxelas, 20-4-2004.

⁽¹³⁰⁾ Cf., sobre ele, Annagrazia ALTAVILLA/Allessandro dell'ERBA, “La tessera europ d'assicurazione malattia: verso una maggiore integrazione nell settore sanitario”, *Rivista Italiana di Medicina Legale* 27 (2005), p. 269-302. Cf. o Regulamento n.º 631/2004 e 2003/753/CE. Decisão n.º 191, de 18 de Junho de 2003, relativa à substituição dos formulários E 111 e E 111 pelo cartão europeu de seguro de doença (Texto relevante para efeitos do EEE e do acordo UE/Suísca.) (JO L 276, de 27-10-2003, p. 19-21); 2004/777/CE: Decisão n.º 197, de 23 de Março de 2004, relativa aos períodos transitórios para a introdução do cartão europeu de seguro de doença, nos termos do artigo 5.º da Decisão n.º 191 (Texto relevante para efeitos do EEE e do acordo UE/Suísca.) (JO L 343, de 19-11-2004, p. 28-30).

⁽¹³¹⁾ Art. 22.º do Regulamento 1408/71.

⁽¹³²⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Abril de 1998, *Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie* (C-158/96), *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância* (1998-4), p. I-1931-I-1952.

⁽¹³³⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Abril de 1998, *Nicolas Decker contra Cais. de maladie des employés privés* (C-120/95), *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância* (1998-4), p. I-1871-I-1887.

Ambos tinham nacionalidade luxemburguesa: o primeiro pretendia autorização para efeitos de tratamentos odontológicos da sua filha a realizar na Alemanha, permitindo assim o seu reembolso; o segundo comprou um par de óculos na Bélgica, sem ter obtido autorização prévia ⁽¹³⁴⁾.

Sustentaram os referidos cidadãos que a autorização prévia para efeitos de reembolso é um obstáculo às liberdades de circulação, respectivamente de mercadorias (caso Nicolas Decker ⁽¹³⁵⁾) e de serviços (caso Raymond Kohll ⁽¹³⁶⁾).

No acórdão Kohll, o Tribunal de Justiça decidiu que “os artigos 59.º e 60.º do Tratado se opõem a uma legislação nacional que faz depender da autorização do organismo de segurança social do beneficiário o reembolso, segundo a tabela do Estado de filiação, de despesas com tratamentos dentários efectuados por um ortodontista estabelecido noutro Estado-Membro” ⁽¹³⁷⁾. No acórdão Decker, decidiu que “os artigos 30.º e 36.º do Tratado opõem-se a uma legislação nacional por força da qual um organismo de segurança social de um Estado-Membro recusa a um beneficiário o reembolso de um montante fixo para óculos com lentes de correcção comprados num oculista estabelecido noutro Estado-Membro, com fundamento no facto de que a compra de qualquer produto médico no estrangeiro deve ser previamente autorizada” ⁽¹³⁸⁾.

Esta jurisprudência permitiu afirmar que a liberdade de circulação de bens e serviços é aplicável também no domínio das prestações de saúde, contrariando, assim, a posição do governo luxemburguês e de outros que sustentavam a tese tradicional no sentido de as matérias de segurança social estarem excluídas do domínio de aplicação destes preceitos. Estamos, para usar uma fórmula tomada de empréstimo de Peebles, perante uma “comunidade de circulação económica” ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁴⁾ Na doutrina portuguesa, sobre estes casos e com outros subsídios e desenvolvimentos, cf. Pedro CABRAL, “Da livre circulação de cuidados médicos na União Europeia”, *Direito e Justiça* 14 (2002), p. 91-114; IDEM, “As difficult as finding one's way in Chinatown: O enquadramento jurídico-comunitário da liberdade de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços na União Europeia”, *Revista da Ordem dos Advogados* 64 (2004), p. 339-368.

⁽¹³⁵⁾ Fundou a sua pretensão na violação do art. 28.º (antigo art. 30.º).

⁽¹³⁶⁾ Kohll indicou que teriam sido violados os arts. 49.º (antigo art. 59.º) e 50.º (antigo art. 60.º).

⁽¹³⁷⁾ Acórdão Kohll, n.º 54, p. I-1950.

⁽¹³⁸⁾ Acórdão Decker, p. I-1887.

⁽¹³⁹⁾ *Apud* Miguel Póiares MADURO, “Política social europeia e mercado comum: de resultado funcional a pilar de uma identidade política europeia?”, *Revista de Direito Público da Economia* (2003/02), p. 317-341, p. 340.

No entanto, discute-se o alcance desta abertura jurisprudencial fundada n.º Tratados, nomeadamente:

- a) aplicabilidade das regras às hipóteses da prestação de cuidados e regime ambulatorio, mas não à prestação de saúde no quadro de um “infra-estrutura hospitalar” ⁽¹⁴⁰⁾;
- b) limitação apenas aos sistemas de reembolso, mas não compreendendo benefícios em espécie e os sistemas nacionais de saúde ⁽¹⁴¹⁾?

Em decisões mais recentes — acórdãos Geraets-Smits ⁽¹⁴²⁾/Peerboms Vanbraekel ⁽¹⁴³⁾ — deram-se alguns passos no sentido da clarificação. No primeiro caso, estava em causa uma cidadã neerlandesa, sofrendo da doença de Parkinson, que veio a ser tratada numa clínica alemã, sem que tivesse sido obtida autorização prévia. No segundo, tratava-se de um paciente em coma que necessitava de ser sujeito a uma terapia intensiva especial que, nos Países Baixos, estava disponível para pessoas com menos de 25 anos. No terceiro, uma cidadã belga, J. Descamps ⁽¹⁴⁴⁾, pretendia realizar uma operação em França, tendo sido citada a competente autorização, que lhe foi denegada.

No acórdão Smits, o Tribunal entendeu que as actividades médicas caem no âmbito de aplicação da liberdade de prestação de serviços. Mas, neste contexto, o Ministério Federal da Saúde da RFA tomou posição no sentido da revência desta decisão ser limitada apenas aos sistemas de reembolso dos custos e não aos de prestações em espécie ⁽¹⁴⁵⁾. Esta posição, que é semelhante adoptada pelo Advogado-Geral, assenta numa diferente estruturação dos sistemas

⁽¹⁴⁰⁾ Beatrix KARL, “Competition law and health care systems”, in: Martin McKEE/Elias MOSALOS/Rita BAETEN (eds.), *The impact of EU law on health care systems*, Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt a. M./New York/Oxford/Wien, 2003, p. 161-194, p. 171.

⁽¹⁴¹⁾ Yves JORENS, “The right to health across borders”, in: Martin McKEE/Elias MOSALOS/Rita BAETEN (eds.), *The impact of EU law on health care systems*, Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt a. M./New York/Oxford/Wien, 2003, p. 83-122, p. 100). O Tribunal decidiu que não: p. 102-103.

⁽¹⁴²⁾ Ac. TJC, C-157/99 (*B.S.M. Geraets-Smits/Stichting Ziekenfonds e H.T.M. Peerboms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*).

⁽¹⁴³⁾ Ac. TJC, de 12 de Julho de 2001 (*Abdon Vanbraekel e outros contra Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)*).

⁽¹⁴⁴⁾ A acção foi proposta pelos herdeiros, Abdon Vanbraekel e os seus seis filhos.

⁽¹⁴⁵⁾ V. o n.º 51: “o Governo alemão considera ainda que os princípios estruturais que regem a prestação de cuidados médicos fazem parte do domínio da organização dos sistemas de segurança social e não do das liberdades económicas fundamentais garantidas pelo Tratado CE, e os interessados não podem ser eles próprios a decidir do conteúdo, do tipo e da importância uma prestação, bem como da sua remuneração”. Cf. Thorsten KINGREEN, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, Tübingen, 2003, p. 509.

no caso do reembolso de custos, os beneficiários das prestações médicas pagam o serviço, enquanto os sistemas de seguros de prestações em espécie são estruturados segundo um princípio de solidariedade ⁽¹⁴⁶⁾, em que não haveria “remunerações”.

No entanto, o Tribunal não acolheu esta posição, entendendo que, para efeitos de aplicação do art. 49.º, não releva o facto de os cuidados médicos serem ou não prestados em quadro hospitalar ⁽¹⁴⁷⁾.

Considerou que, no âmbito da liberdade de prestação de serviços, as normas restritivas estão sujeitas a um controlo tendo em vista apurar se há fundamentos para essa limitação do direito, uma “justificação objectiva”, que respeite princípios como a proporcionalidade e a não discriminação. Sintetizando a decisão do Tribunal de Justiça, refiram-se que os fundamentos invocados para a não aplicabilidade do regime de liberdade de prestação de serviços no quadro hospitalar são os seguintes:

- a) “Risco grave para o equilíbrio financeiro do sistema” ⁽¹⁴⁸⁾;
- b) Assegurar “o objectivo de manutenção de um serviço médico e hospitalar equilibrado e acessível a todos pode igualmente ser abrangido por derrogações com base em razões de saúde pública previstas no artigo 46.º CE, na medida em que contribua para a realização de um nível elevado de protecção da saúde (acórdãos, já referidos, Kohll, n.º 50, Smits e Peerbooms, n.º 73, e Müller-Fauré e van Riet, n.º 67)”;
- c) razões de saúde pública, nomeadamente a importância para a “manutenção da capacidade de tratamento ou de uma especialidade médica no território nacional seja essencial para a saúde pública, ou mesmo para a sobrevivência da sua população” ⁽¹⁴⁹⁾.

Em relação à questão da aplicabilidade do regime desenhado no caso de estarmos perante um serviço nacional de saúde — como nos casos britânico e português —, o Tribunal pronunciou-se inequivocamente no sentido de “A circunstância de o reembolso dos tratamentos hospitalares em causa ser posteriormente solicitado a um serviço nacional de saúde como o que está em causa no processo principal não é susceptível de afastar a aplicação das regras da livre prestação de serviços garantida pelo Tratado (v., nesta acepção, acórdãos já referidos Smits

⁽¹⁴⁶⁾ Thorsten KINGREEN, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, cit., p. 510.

⁽¹⁴⁷⁾ Acórdãos Vanbraekel, n.º 41; Smits e Peerbooms, n.º 53; Müller-Fauré e van Riet, n.º 38; Inizan, n.º 16; 2006, n.º 86.

⁽¹⁴⁸⁾ Apoiando-se no acórdão Kohll, n.º 41.

⁽¹⁴⁹⁾ N.º 74 do referido acórdão, citando o caso Kohll.

e Peerbooms, n.º 55, e Müller-Fauré e van Riet, n.º 39). O Tribunal de Justiça decidiu que uma prestação médica não perde a sua qualificação de prestação de serviços na acepção do artigo 49.º CE pelo facto de o paciente, após pagar prestador estrangeiro o tratamento recebido, solicitar posteriormente que os respectivos custos sejam suportados por um serviço nacional de saúde (v. acórdão Müller-Fauré e van Riet, já referido, n.º 103)” ⁽¹⁵⁰⁾.

De qualquer forma, embora caiam no âmbito da liberdade de prestação de serviços comunitariamente tutelada, a diferença entre cuidados hospitalares não hospitalares releva em matéria de exigência de autorização prévia. Em relação aos últimos, não valem as razões apresentadas em sede de cuidados hospitalares para justificar precisamente o requisito de autorização prévia ⁽¹⁵¹⁾.

Um dos temas com relevo prende-se com a questão das listas de espera e a possibilidade de, a partir da normação comunitária, se abrir caminho, nessa situação, para o acesso a prestações médicas noutros países da União. No caso *Yvonne Watts, The Queen/Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health* ⁽¹⁵²⁾, o Tribunal confirmou que a exigência de autorização prévia para tratamento no estrangeiro não viola a legislação comunitária. Considerou que, num contexto de escassez de recursos, os Estados têm legitimidade para estabelecer listas de espera no acesso aos cuidados de saúde ⁽¹⁵³⁾. Mas, densificando, na linha do acórdão *Müller-Fauré e van Riet* ⁽¹⁵⁴⁾, o conceito de “atraso injustificável” no sentido de o “prazo aceitável” dever ter “em conta uma avaliação médica objectiva das necessidades clínicas do interessado de acordo com o seu estado patológico, o seu historial, a evolução provável da doença, o grau de dor e/ou a natureza da sua deficiência no momento em que a autorização é solicitada” ⁽¹⁵⁵⁾.

Além disso, sustentou, no acórdão *Leichte* ⁽¹⁵⁶⁾, que a fisioterapia e os serviços de reabilitação não são havidos como prestações hospitalares para efeitos de autorização prévia.

Estas aberturas no sentido da liberdade de circulação de “pacientes perigosos”

⁽¹⁵⁰⁾ N.º 89 do acórdão de 2006 citado.

⁽¹⁵¹⁾ Cf., mais desenvolvidamente, Koen LENAERTS, “Droit communautaire et soins de santé: les grandes lignes de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes” (disponível em <http://www.ose.be/workshop/files/LenaertsFR.pdf>), p. 17.

⁽¹⁵²⁾ C-372/04, de 16 de Maio de 2006.

⁽¹⁵³⁾ Acórdão referido, n.º 67.

⁽¹⁵⁴⁾ Para um comentário ao caso, cf. M. FLEAR, “Case C-385/99 V. G. Müller-Fauré v. Orderlinge Waarborgmaatschappij O.Z. Zorgverzekeringen U.A. and E.E.M. van Riet v. Orderlinge Waarborgmaatschappij O.Z. Zorgverzekeringen, Judgment of the Court of 13 May 2003”, *Common Law Market Review* 41 (2004), p. 209-233.

⁽¹⁵⁵⁾ N.º 68 do referido Acórdão.

⁽¹⁵⁶⁾ C-8/02, de 18 de Março de 2004.

téticos" ⁽¹⁵⁷⁾ funcionam também como desafios para a promoção da eficiência e racionalização dos sistemas nacionais ⁽¹⁵⁸⁾.

Finalmente, na geografia do acesso aos cuidados de saúde, há também um conjunto de dimensões que são intraterritoriais e que encontram expressão na CRP ⁽¹⁵⁹⁾. Esta consideração das dimensões geográficas de acesso compreende duas componentes ⁽¹⁶⁰⁾: (1) a proximidade entre serviços de prestação de cuidados e populações; (2) a mobilidade pessoal.

A estruturação da rede de cuidados de saúde está também dependente de elementos como a eficiência ⁽¹⁶¹⁾ e a eficácia ⁽¹⁶²⁾, a sustentabilidade financeira, a disponibilidade de recursos humanos e a própria qualidade de serviços prestada ⁽¹⁶³⁾. Algumas possibilidades tecnológicas recentes, como a telemedicina, são uma via a explorar neste domínio.

5.2.2. Acesso a que prestações?

Quando discutimos o acesso a prestações médicas e medicamentosas, temos que começar por distinguir, de acordo com o *critério dos destinatários*, entre as situações de *exclusão geral* — que vale para todos — e *relativa*, ou seja, limitada só a alguns. As primeiras verificam-se nos casos em que, havendo ou

⁽¹⁵⁷⁾ Colhemos a expressão em Vassilis HATZOPOULOS, "A (more) social Europe: a political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon", *Common Market Law Review* 42 (2005), p. 1599-1635, p. 1617.

⁽¹⁵⁸⁾ Neste sentido, v. Vassilis HATZOPOULOS, *A (more) social Europe*, cit., p. 1617.

⁽¹⁵⁹⁾ Como nos recorda Rui NUNES, *Repensar a política de saúde*, cit., numa análise das barreiras não-financeiras a um acesso equitativo, onde se incluem também a língua e a cultura, "enquanto no distrito de Coimbra existem cerca de 7 médicos por cada mil habitantes, em Bragança ou Beja este número cifra-se em 1,2 por cada milhar de habitantes" (p. 26). Também sobre o problema, cf., na mesma obra, Alexandre TEIXEIRA/Anabela TEIXEIRA/Sandra APARÍCIO, "Equidade espacial: considerações sobre as iniquidades regionais", p. 241-254.

⁽¹⁶⁰⁾ Robin HAYNES, "Geographical access to health care", in: Martin GULLIFORD/Myfanwy MORGAN (ed.), *Access to health care*, London and New York, 2003, p. 13-35, p. 13.

⁽¹⁶¹⁾ Sobre a eficiência neste domínio, cf. Rui NUNES, *Repensar a política de saúde*, cit., p. 33-36, considerando, nomeadamente, os modelos de gestão adequados e, por exemplo, a utilização de medicamentos genéricos. Analisando as questões de ineficiência resultantes das carreiras médicas, Teresa MARTINGO/José ESTEVÃO-COSTA, "As carreiras médicas e as ineficiências do Serviço Nacional de Saúde", in: Rui NUNES (Cord.), *Política de Saúde*, cit., p. 47-71.

⁽¹⁶²⁾ Luís Cabral de MONCADA, "Administração e eficácia", *Estado & Direito* (1997/19-20), p. 55-105.

⁽¹⁶³⁾ A eficácia em termos de protecção de saúde não pode deixar de tomar em consideração o acesso a cuidados de saúde de qualidade: cf., no sentido da incorporação deste critério na eficácia neste domínio, Petros TSANTILAS (*Les modes de financement de la sécurité sociale*, Athènes/Bruxelles, 2004, p. 354).

podendo haver tecnologia disponível, o acesso é interdito em função da tutela de um conjunto de bens que podem ser postos em jogo. A proibição de acesso chamada clonagem reprodutiva ou a das intervenções genéticas na linha germinal ⁽¹⁶⁴⁾ são apenas dois exemplos. Quanto à exclusão relativa, trata-se de introdução de uma nota que se prende com a situação — v. g., familiar ou etária — e que tem originado sérias controvérsias. Assim, em relação às técnicas de procriação medicamente assistida discute-se se não deve ser radicalmente questionado o tradicional princípio da subsidiariedade ⁽¹⁶⁵⁾; quanto ao critério etário, questiona-se, num mundo em que se assiste a uma grisalheira da população ⁽¹⁶⁶⁾, se não hão-de ser introduzidos limites, a partir de certa idade, a acesso a certas prestações (por exemplo, a diálise), num tempo em que alguns pretendem acrescentar às ideologias discriminadoras o "idatismo" (*ageism*) ⁽¹⁶⁷⁾.

Em relação às prestações cobertas por um sistema de saúde, perante a falácia expressa no aforismo "a saúde não tem preço" e um crescente consumo de cuidados de saúde ⁽¹⁶⁸⁾, obrigando a repensar a(s) responsabilidade(s) ⁽¹⁶⁹⁾ em matéria de gastos de saúde, o eixo do discurso transferiu-se da racionalização para o racionamento. Este último pode ser definido como "uma decisão, justificada

⁽¹⁶⁴⁾ Art. 13.º da Convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina; Lei n.º 12/2001 de 26 de Janeiro, art. 8.º

⁽¹⁶⁵⁾ Para este ponto, com as necessárias referências bibliográficas, cf. João LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, vol. 2, cit.

⁽¹⁶⁶⁾ Sobre a passagem de representações populacionais piramidais para modelos rectangulares, cf. Vern L. BENGTON/Ariela LOWENSTEIN/Norella M. PUTNEY/Daphna GANS, "Global aging and the challenge to families", in: Vern L. BENGTON/Ariela LOWENSTEIN (ed.), *Global aging and challenges to families*, New York, 2003, p. 1-24, esp. p. 6-9. Alexandre KALACH ("O envelhecimento da população: a saúde e os novos desafios sociais", Fórum Gulbenkian de Saúde. Ciclo de debates 2000/2001, Lisboa, 2002, p. 11-23, p. 13) refere a existência de cerca de 600 milhões de pessoas idosas (60 anos ou mais), apresentando uma previsão nos termos de qual esse número duplicará em 2025. Embora a maioria esteja concentrada nos países desenvolvidos (cerca de 2/3), verifica-se que as alterações demográficas revelam que o mesmo processo está em curso nos países em vias de desenvolvimento. Assim, comparando a França com o Brasil, registu no primeiro, a duplicação do número de idosos de 7% para 14% entre 1865 e 1985; o segundo assistirá à mesma duplicação em termos percentuais em cerca de 20 anos (p. 20).

⁽¹⁶⁷⁾ O termo terá sido cunhado em 1969 por Butler: cf. Gwen M. SAYERS/Tim NESBITT, "Ageism in the NHS and the Human Rights Act 1998: an ethical and legal enquiry", *European Journal of Health Law* 9 (2002), p. 5-18, p. 6. Entre nós, cf. agora António M. FONSECA, "O envelhecimento: algumas questões de bioética", *Cadernos de bioética* 17 (2006/40), p. 105-121.

⁽¹⁶⁸⁾ Vide, centrando-se no caso francês, mas com elementos que o transcendem, Nathalie DESTAIS, *Le système de santé: organisation et régulation*, Paris, 2003, p. 67-75, que sublinha o carácter concentrado desse consumo. Na verdade, cerca de 5% da população é responsável por aproximadamente de metade das despesas em saúde e 25% por 80% dos gastos neste domínio (p. 72) não deixando também aqui de se repercutirem desigualdades sociais (p. 73).

⁽¹⁶⁹⁾ Analisando as várias responsabilidades em matéria de despesa de saúde, cf. Nathalie DESTAIS, *Le système de santé*, cit., p. 181-182.

pela falta de recursos, de não atribuir certos cuidados a certas pessoas, mesmo que tal possa ser necessário de um ponto de vista puramente médico; a decisão baseia-se em critérios objectivos, previamente estabelecidos e respeitando as regras da nossa democracia" (170). Diferente da fixação de prioridades no caso concreto, daqui não decorre que esses cuidados não possam ser prestados, mas de acordo com as regras de mercado. Daniel Callhan (171) considera que o racionamento é uma das condições necessárias para a universalidade do sistema, havendo o que se poderia chamar uma "lei de ferro da economia da universalidade: "para serem suportáveis devem ser limitados" (*to be affordable they must be limited*). Trata-se da sustentabilidade do sistema, um elemento que se afirma como um princípio constitucionalmente estruturante, num tempo em que aumentam os meios de diagnóstico e os tratamentos. A exigência é a de que se cumpram requisitos de justiça no processo de distribuição (afecção) dos recursos de saúde. E isto pressupõe concepções que respeitem a dignidade humana e não se baseiem em visões marcadas pelo utilitarismo social. Além disso, importa também neste domínio tomar a sério a justiça intergeracional, a implicar uma repartição temporalmente adequada dos recursos. No espaço anglo-saxónico, a máxima é "some healthcare for all versus all healthcare for some" (172).

Exemplos de racionamento encontram-se, nos Estados Unidos, no projecto adoptado no Oregon e, ao nível federal, no derrotado plano de saúde do Presidente Clinton (173).

6. CONCLUSÃO

Em relação ao direito à saúde, sem a elegância de Vivaldi, o tempo é, ao nível mundial, de quatro estações:

- a) no Ocidente, a pujança primaveril e a consolidação estival da tecnologia biomédica contrastam duramente com o Outono das prestações, em

(170) Gabrielle STEFFEN, *Droit aux soins et rationnement: approche d'une définition des soins nécessaires*, Berne, 2002, p. 245.

(171) "Symbols, rationality and justice: rationing health care", in: Francis H. MILLER (ed.), *Rights and resources*, 2003, Aldershot, 2003, p. 337-349, p. 349.

(172) Apud Rui NUNES, "Repensar a política de saúde", in: Rui NUNES (Coord.), *Política de saúde*, Porto, 2003, p. 13-45, p. 24.

(173) Este compreendia um pacote básico de cuidados de saúde, que só incluiria a assistência médica "necessária e adequada", fórmula a densificar por um Conselho Nacional de Saúde: cf. Ronald DWORKIN, *Sovereign virtue*, cit., p. 432.

que vão caindo folhas de um Estado Social (174), para muitos patologicamente compreendido como providencial (175);

- b) noutras paragens do mundo, exemplarmente em África, assiste-se com raríssimas excepções microclimáticas, ao frio invernal do abandono, da desolação e da morte, com as populações entregues à mediática SIDA e às menos faladas doenças tropicais, como a assassina malária. Aqui, os abrigos prestacionais são difíceis (176), perante catástrofes e calamidades, entre responsabilidade humanas e factores só parcialmente controláveis; entre Estados falhados e Estados corruptos, que reeditam versões alargadas e patrimoniais do Estado, confundido titularidade do poder e apropriação de bens. Nestas sociedades de males comuns, em que irrompe o clamor dos "infra-homens" como lhes chamou D. Hélder Câmara (177), há alguns sinais primaveris de esperança, missionários (no sentido etimológico da expressão, isto é enviados), religiosos ou leigos, que se solidarizam com os mais vulneráveis e que pagam, muitas vezes com a própria vida, a coragem de serem solidários.

(174) Aliás, no quadro do Estado Social é possível descortinar diferentes modelos, verificando-se aspectos de convergência. Neste último sentido, por exemplo, o próprio modelo escandinavo, tradicionalmente considerado como um caso exemplar de protecção social, associando universalidade e extensão e qualidade da cobertura, experimenta um conjunto de mudanças que permitem questionar a sua permanência enquanto modelo autónomo: cf., para esta discussão e por todos, Peter ABRAHAMSON, "La fin du modèle scandinave? La réforme de la protection sociale dans les pays nordiques", *Revue française des affaires sociales* 59 (2005/3), p. 105-127. Neste artigo, dá-se conta de escândalos e de crescente insatisfação com o sistema hospitalar público dinamarquês. O autor conclui que se pode continuar a falar de um "modelo específico" escandinavo, mas que se registam tendências de europeização (p. 124).

(175) Como sublinha Wolfgang KERSTING ("Philosophische Sozialstaatsbegründungen", in: Nils GOLDSCHMIDT/Michael WOHLGEMUTH (Hrsg.), *Die Zukunft der Sozialen Marktwirtschaft*, Tübingen, 2004, p. 8-26, p. 24), uma "reforma do Estado Social que resista às condições de globalização deve, mais fortemente do que antes, cooperar com o mercado".

(176) Um dos problemas mais relevantes, numa perspectiva de direito internacional da saúde, prende-se com a distribuição dos recursos de saúde num contexto internacional e com as profundas desigualdades neste plano. A necessidade de reforma ao nível estatal ou mesmo, no limite, da sua construção, suscita questões de desenho institucional. Além disso, em muitos países, nomeadamente no continente africano, assume especial importância a ajuda internacional e a intervenção de ONGs. No quadro de um *ethos* global ou mundial (cf., por todos, os escritos de Hans Küng), tem-se vindo a sublinhar o papel das religiões neste contexto: em geral, vide o nosso *God, health and international law* (a publicar), bem como, no domínio da afectação de recursos na esfera da saúde, sublinhando os contributos do cristianismo e do islamismo, Christoph BENN/Adnan A. HYDER, "Equity and resource allocation in health care: dialogue between Islam and Christianity", *Medicine, health care and philosophy* 5 (2002), p. 181-189.

(177) *O escândalo dos infra-homens*, Porto, 1970.

Se a compaixão, a solidariedade, a justiça — pilares de um mundo compreendido como comunidade de destino, sem prejuízo do arco-íris das diversidades nacionais e regionais, que fazem a sua riqueza — tocam muitos, mas não os suficientes para responder à persistente miséria de parte significativa da humanidade, possam ao menos os cenários das consequências numa sociedade mundial de risco levar a que sejam tomados a sério os “advogados da humanidade”.

“E a busca da justiça continua” (178)...

(178) “Catariana Eufémia”, Sophia de Mello Breyner, *Obra poética*, III, 1990, p. 164.