

O direito fundamental à proteção da saúde
The fundamental right to health protection

CLÁUDIA MONGE

VOL. 5 Nº 2 ABRIL 2019

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DA SAÚDE

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH PROTECTION

CLÁUDIA MONGE^{1*}

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

claudiamonge@fd.ulisboa.pt

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito à proteção da saúde e os deveres estatais de proteção da saúde; 3. Os direitos das pessoas associados ao direito à proteção da saúde; 4. Conclusões.

Summary: 1. Introduction; 2. The right to health protection and the state duties of health protection; 3. Patients' rights regarding health protection; 4. Conclusions.

Resumo: O presente artigo visa analisar do direito à proteção da saúde, dos efeitos jurídicos da sua consagração como direito fundamental e como direito humano e dos deveres estatais que tal consagração importa. São enunciadas as vertentes essenciais do direito à proteção da saúde, quer na prestação de cuidados de saúde através do Serviço Nacional de Saúde, quer na promoção da saúde e na prevenção da doença, através da atuação sobre as determinantes em saúde. É ainda sustentada a defesa dos direitos das pessoas em contexto de saúde e analisado como a Lei de Bases da Saúde deve responder aos desafios presentes e futuros na salvaguarda dos direitos das pessoas em matéria de proteção da saúde.

Palavras-Chave: direito à proteção da saúde; Serviço Nacional de Saúde; deveres estatais; direitos dos pacientes; Lei de Bases da Saúde.

Abstract: This article aims to analyze the right to health protection, the legal effects of its provision as a fundamental right and as a human right, and the state duties that such a provision demands. The essential aspects of the right to health protection are stated, both in the provision of health care through the National Health Service, as well as in the promotion of health and disease prevention, through action on health determinants. Advocacy for the rights of persons in a health context is further upheld, and how the Basic Health Law should respond to present and future challenges in safeguarding people's rights in health protection.

Keywords: the right to health protection; state duties; National Health Service; patients' right; Basic Health Law.

1. * Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada. Membro da Comissão de Revisão da Lei de Bases designada por Despacho n.º 1222-A/2018, de 31 de janeiro de 2018, do Ministro da Saúde, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 24, de 2 de fevereiro de 2018.

1. Introdução

O direito à proteção da saúde é consagrado como direito fundamental, com a tutela forte da Constituição. É uma “*garantia forte*”², entendendo-se que as *garantias fortes* são “efectivas, próprias de direitos a que se cola um atributo de fundamentalidade e que, por isso mesmo, como se diz na Constituição, vinculam directamente o Estado e as entidades públicas e de que, consequentemente, por definição, os titulares do Poder democrático não dispõem”³.

Os deveres estatais em matéria de direito à proteção de saúde são vários. A responsabilidade do Estado na realização deste direito, os direitos das pessoas em contexto de saúde e os deveres de todos os intervenientes devem ser objeto de moderna previsão, de modo a fazer face à evolução havida e a responder aos desafios presentes e futuros na salvaguarda das pessoas na realização do seu direito à proteção da saúde.

A Lei de Bases da Saúde, como lei de valor reforçado, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 112.º da Constituição, na medida em que é pressuposto normativo necessário de outras leis e que por outras deve ser respeitada, ficando os diplomas que desenvolvam as bases gerais do seu regime jurídico à Lei de Bases subordinados, assume um papel crucial no que deve corresponder à realização do direito à proteção da saúde.

Dai a importância de uma nova Lei de Bases da Saúde e da discussão do que deve ser o seu conteúdo.

A realização do direito à proteção da saúde é feita, também, através do *dever de legislar*, para conferir aos titulares deste direito uma tutela mais efetiva.

Na verdade, uma feição mais garantística do direito à proteção da saúde dependerá sempre da “adopção de medidas concretas e de intervenções legislativas estruturantes”⁴.

2. O direito à proteção da saúde e os deveres estatais de proteção da saúde

As matérias que de seguida se versam têm presente os seguintes pressupostos de análise que defendemos:

2. Na expressão de J. REIS NOVAIS a propósito dos direitos sociais como direitos fundamentais, in J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2017, p. 10.

3. Cf. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 8.

4. Na expressão utilizada, a propósito da necessária reforma do sistema de saúde, no preâmbulo de projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde apresentada em 1999 pela Comissão designada pela então Ministra da Saúde, a Dr.ª Maria de Belém Roseira, e presidida pelo Professor Doutor Sérvulo Correia – cf. J. M. SÉRVULO CORREIA, “Projecto de proposta de lei de bases da saúde”, *Legislação, Cadernos de Legislação e Jurisprudência, INA, Separata n.º 27*, Janeiro-Março, 2000, p. 84.

Em primeiro lugar, a transversalidade do Direito da Saúde como ramo de Direito autónomo⁵, como conjunto de normas e princípios que têm a saúde e a sua proteção como objeto imediato ou mediato⁶, e a existência de direitos das pessoas em contexto de saúde que devem ser reconhecidos e pelo Estado protegidos independentemente da natureza jurídica do prestador. Há, pois, um feixe de direitos comuns das pessoas em matéria de saúde objeto de tutela efetiva.

Na verdade, o Direito da Saúde conhece o seu conteúdo nuclear em matéria de direitos fundamentais pela conjugação dos direitos pessoais à vida (artigo 24.º da Constituição), à integridade física e à integridade moral (artigo 25.º da Constituição), à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º da Constituição) e do direito à proteção da saúde (artigo 64.º da Constituição)⁷.

O direito à proteção da saúde, nos termos consagrados no artigo 64.º da Constituição, pode ser visto como uma manifestação de como os direitos sociais “emergem como instrumentais em relação aos direitos, liberdades e garantias”⁸ e visam também a realização de bens pessoais⁹. O próprio “arrimo do estudo do direito social à proteção à saúde, como direito fundamental, e a identificação do dever de prestação pública, é ditado pela compreensão dos fins da prestação de cuidados de saúde e do seu conteúdo”¹⁰.

5. Cf. C. MONGE, *Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde* (Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002). Vide em especial, a propósito do Direito da Saúde como ramo do Direito autónomo, pp. 91 a 94.

6. O *Direito da Saúde* pode ser definido como o *sistema de normas que visa assegurar o estado de saúde, a sua realização e manutenção, conferindo instrumentos para a sua tutela* – Cf. C. MONGE, *Contributo*, p. 26. Cf. J. M. SERVULO CORREIA, *Introdução ao Direito da Saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex, 1991, p. 41, que define “Direito da Saúde como o sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objecto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde”. Cf. ainda J.M. AUBY, *Le Droit de la Santé*, Paris, Presses Universitaires de France – PUF, 1981, pp. 12 e 13, que sustenta que as disciplinas relativas à saúde incidirão de modo especial sobre as *ações de prevenção*, que visam eliminar as causas de alteração da saúde, as *ações de controlo do estado sanitário* e as *ações de tratamento* e que, conseqüentemente, o Direito da Saúde deve ser entendido como “o conjunto de regras jurídicas aplicáveis às ações de saúde”, ações estas que englobam segundo o Autor também as ações negativas, de omissão quando a lei impõe um dever de agir.

7. Sobre o caráter intrincado do direito à proteção da saúde com outros direitos fundamentais, vide C. MONGE, *Contributo*, p. 92.

8. Cf. J. MIRANDA, “A abertura constitucional a novos direitos fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 563. Como prossegue o Ilustre Professor, considerando que os direitos económicos, sociais ou culturais “(ou grande parte deles) emergem como instrumentais em relação aos direitos, liberdades e garantias, não há então que temer pela liberdade: desde que não se perca, em nenhum caso, o ponto firme representado pelos direitos, liberdades e garantias assegurados pela Constituição, quanto mais solidariedade mais segurança, e quanto mais condições de liberdade mais adesão à liberdade” (*ibid.*).

9. Seguimos C. MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde e o conteúdo da prestação pública*, Tese de doutoramento na área de especialização de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 23.

10. *ibid.*, p. 27.

Em segundo lugar, a centralidade das pessoas e a afirmação de que “[t]ornar as pessoas o centro do sistema de proteção da saúde não pode ser uma mera declaração de princípio” e que “[d]eve ser, ao invés, vertido em “letra de lei de bases”, através de regulações efetivas, de dever ser, de dever de legislar em desenvolvimento da lei de base, de dever de agir e de realizar...”¹¹.

Associada a este segundo pressuposto, a ideia de que os direitos das pessoas em contexto de saúde devem ser objeto de regulação e ampla proteção, desde logo, através de um Serviço Nacional de Saúde forte, em cumprimento da garantia constitucional prevista na alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição, e igualmente através da atuação sobre as denominadas determinantes em saúde e da capacitação das pessoas e da promoção da literacia para a saúde como tarefa fundamental do Estado, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição.

Assim, e autonomizando um terceiro pressuposto de análise, devem ser afirmados os deveres estatais de proteção da saúde, como decorrência lógica do Estado de Direito democrático e social previsto na Constituição da República Portuguesa de 1976. A proteção constitucional da saúde consagra uma esfera de atuação pública, que não pode ser coartada pelo legislador ordinário nem restringida a uma mera função reguladora, fiscalizadora ou inspetiva, sob pena de inconstitucionalidade material¹².

A Constituição consagra um direito à proteção da saúde, como direito social, consagra um direito fundamental de dimensão ativa como incumbência pública na execução de uma tarefa fundamental. Esse direito social é um direito subjetivo a prestações, porquanto aquele sobre que incide o dever de prestar – o ente público – tem como correlativo um direito subjetivo a prestações, ao qual se adita o qualificativo de públicas – o sujeito ativo tem um direito subjetivo a prestações públicas¹³.

O direito à proteção da saúde, reconhecido no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa de 1976, é um direito fundamental com um conteúdo significativamente delimitado pelo texto constituinte, pelo que o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário e do poder administrativo é mais restrito, é menor do que noutros direitos sociais que sejam detidos em normas mais programáticas e menos precisas. A dimensão objetiva e prestacional do direito à proteção da saúde pode ser tida como garantia essencial do direito à saúde na sua dimensão subjetiva e individual¹⁴.

A verdade é que a proteção da saúde convoca “a discussão dos princípios que

11. Cf. C. MONGE, “Testemunho”, in *Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto, Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 87, disponível em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>.

12. Cf. C. MONGE, *Contributo*, p. 106.

13. Cf. C. MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde*, p. 23.

14. *Ibid*, p. 24.

regem o acesso aos bens sociais ou, mais rigorosamente, aos meios da sua realização”¹⁵ e a Lei de Bases da Saúde, como elemento legiferante estruturante das prestações de saúde, deve ter tal por presente.

A “saúde é, por excelência, um domínio em que se torna muito próprio e adequado um apelo à unidade dos direitos fundamentais, desde logo, por estar “paredes meias” com o direito à vida e o direito à integridade vida – se faltar o direito à proteção da saúde, se ele não for conseguido, nas respostas e no equilíbrio entre liberdade, responsabilidade, socialidade, justiça distributiva, estará em causa a própria vida e o direito à integridade física, bens pessoalfíssimos, do sujeito individualmente considerado”¹⁶.

O “direito social à proteção da saúde em especial é um *direito de libertação da necessidade* e também um *direito de promoção*”¹⁷.

Entre a consagração e a prossecução dos direitos fundamentais trazidas pela Constituição de 1976, numa expressão de solidariedade e de igual dignidade, está, pois, a proteção do direito à saúde. Dizemos «“consagração” e “prossecução” com o escopo de refletir que não basta declarar ou reconhecer (sem prejuízo da força da superioridade das normas constitucionais), é necessário compreender como *deveres* de realizar, de legislar se necessário, de prestar, de promover, de tornar efetivos... o que nos parece especialmente claro no caso do direito à proteção da saúde na sua dimensão de direito social – não basta consagrar o direito, nem mesmo basta prever a criação e a manutenção do Serviço Nacional de Saúde; é necessário dotar o Serviço Nacional de Saúde dos meios, recursos humanos e materiais, necessários e adequados à realização do direito à proteção da saúde, assim como é necessário criar políticas ativas de promoção da saúde para atuar sobre as determinantes da saúde e prevenir a doença»¹⁸. As linhas orientadoras para essa constante e conseqüente prossecução, num quadro de solidariedade conforme estabelecido na Constituição, e do reconhecimento do direito à

15. Cf. L. MENESES DO VALE, “A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o direito à protecção da saúde”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 12, Outubro-Dezembro 2006, p. 13.

16. Cf. C. MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde*, pp. 24 e 25.

17. Cf. C. MONGE, “As preocupações sociais e de assistência na doença nas Constituições Portuguesas (1822 a 1976)”, in J. MARTINS NUNES (coord.), *Resgate da Dignidade – A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os 40 anos do SNS*, Coimbra, MinervaCoimbra, 2019, p. 141. Seguimos J. MIRANDA, “Os novos paradigmas do Estado Social”, in *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IX, 2012, p. 184, quando afirma que: “Os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade* e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*”, sendo o conteúdo irredutível destes “a organização da solidariedade”.

18. Cf. C. MONGE, *Resgate da Dignidade*, p. 141.

proteção da saúde como direito fundamental e como direito humano^{19 20} com os deveres que tal reconhecimento dita para o Estado, devem ser estabelecidas desde logo pela Lei de Bases da Saúde.

Deve ser reconhecido que dos deveres estatais, decorrentes da vinculação jurídica aos direitos fundamentais plasmados na Constituição da República Portuguesa, “em geral, resultam para os particulares, correspondentes pretensões subjetivas”²¹.

O direito à proteção da saúde deve, desde logo, ser visto como “direito social, constitucionalmente consagrado, como vetor de igualdade e arrimo de solidariedade, que promove a dignidade da pessoa humana”²². A “igualdade material visada através de um Estado Social, protetor, prestador e garante, é agregada à justiça distributiva que a realiza”²³. Em matéria de saúde, e considerando o estabelecido no artigo 64.º da Constituição, em articulação com a alínea d) do artigo 9.º também da Lei Fundamental, o “Estado será um Estado financiador da prestação de cuidados de saúde e também planeador, organizador e prestador”²⁴.

A doença ou a vida sem saúde restringe faticamente, inibe, condiciona o sujeito e a sua plena realização. A promoção da saúde e a prevenção da doença, tarefas às quais o Estado está vinculado, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º da

19. A propósito dos desafios que neste domínio se colocam vide S. FREDMAN, *Human Rights Transformed, Positive Rights and Positive Duties*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 79, quando afirma que os direitos económicos e sociais são geralmente considerados como os que colocam os problemas mais difíceis na perspetiva da observância da *obrigação de cumprir*, gerando a destituição comum destes direitos a meras aspirações e que o direito à saúde é mais desafiante destes direitos, salientado de seguida o contributo dado pela Observação n.º 14 (2000) para a determinação do conteúdo normativo do artigo 12.º do PIDESC. Também C. FABRE, *Social Rights under the Constitution, Government and the Decent Life*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 37, refere que o direito a cuidados de saúde é provavelmente o mais problemático de todos os direitos de prestação.

20. Cf. M. B. ROSEIRA, *Préface*, in *Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto, Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 10, disponível em <https://www.centrodereitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>, quando salienta que a proteção da saúde como direito humano, «o que implica o seu carácter universal, indivisível, interdependente e inter-relacionado com todos os direitos humanos».

21. Cf. J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2017, p. 307. Como refere igualmente J. REIS NOVAIS, “Constituição e Serviço Nacional de Saúde”, in JORGE SIMÕES (coord.) *30 Anos do Serviço Nacional de Saúde, Um percurso comentado*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 239, a propósito da Constituição de 1976 como uma “constituição típica de Estado social e democrático de Direito” e dos direitos sociais como direitos fundamentais: “o conjunto de prestações sociais que o legislador democrático cria na perspetiva da realização desses direitos constitui, em grande medida, a concretização de deveres constitucionais e não uma qualquer *benesse* de que as maiorias conjunturais disponham e que possam livremente atribuir ou retirar aos cidadãos”.

22. Cf. C. MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde*, p. 193. Também assim em C. MONGE, *Resgate da Dignidade*, p. 142.

23. C. MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde*, p. 193.

24. *Ibid.*

Constituição, e a garantia de acesso a cuidados de saúde através de um Serviço Nacional de Saúde, universal, nos termos da alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo, são, assim, vetores de *liberdade igual para todos*²⁵.

A realização das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição foi assim visada na Base II (*Direito à proteção da saúde*) do projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde apresentado pela Comissão²⁶, ao estabelecer, no seu n.º 1, que «1 - O direito à proteção da saúde, como direito humano e direito constitucionalmente protegido e entendido como o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física, mental e social possível, pressupõe a criação e o desenvolvimento de condições económicas, sociais, culturais, ambientais e de educação e literacia que garantam níveis de vida e de trabalho suficientes e saudáveis e compreende o acesso às adequadas prestações, designadamente promotoras de saúde, preventivas, terapêuticas, de reabilitação, de cuidados continuados e de cuidados paliativos». A primeira parte deste n.º 1 considerava a norma de promoção do direito fundamental à proteção da saúde, a atuação sobre as determinantes em saúde, prevista nos termos estabelecidos na alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição, e a segunda parte da norma assim proposta considerava a realização do direito à prestação de cuidados de saúde prosseguindo a efetivação da alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição.

Em conjugação com o n.º 1 da Base II do referido projeto, preceituava o n.º 2 da mesma Base que «A efetivação do direito à proteção da saúde, em todas as suas vertentes e nas suas manifestações individuais e coletivas, constitui o fundamento e a finalidade primeira do Serviço Nacional de Saúde, que deve ser dotado dos meios adequados para o efeito», tornando clara a compreensão, por um lado, da feição da saúde como bem individual ou de personalidade e da saúde como bem coletivo ou saúde pública^{27 28} e, por outro, de que, para a prossecução efetiva do direito à proteção da saúde como responsabilidade do

25. Cf. C. MONGE, *Resgate da Dignidade*, p. 140.

26. O projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde apresentado pela Comissão de Revisão da Lei de Bases da Saúde, que tivemos a honra de integrar, ao Senhor Ministro da Saúde no dia 3 de setembro de 2018, pode ser consultado em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/12/14/relatorio-da-comissao-de-revisao-da-lei-de-bases-da-saude/> e foi igualmente publicado em “Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, disponível em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>.

27. Vide Sumário Executivo do Relatório da Comissão de Revisão da Lei de Bases da Saúde, em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/12/14/relatorio-da-comissao-de-revisao-da-lei-de-bases-da-saude/>, p. 10, ou em Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, disponível em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>, p.16, quando explicita que no projeto “É afirmada a responsabilidade do Estado na **proteção da saúde como bem individual e como bem coletivo** e, assim, igualmente tanto na prestação de cuidados de saúde como na promoção da saúde e na prevenção da doença” (negrito e sublinhado do texto original).

28. Sobre essa compreensão, vide C. AMADO GOMES, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual, casos da vida de um médico de saúde pública*, Lisboa, AAFDL, 1999, em especial pp. 7 e 8, e C. MONGE, *Contributo*, pp. 19 e 85 e 86.

Estado, o Serviço Nacional de Saúde deve ser dotado dos meios necessários e adequados²⁹.

O n.º 1 da Base II do projeto de proposta da Comissão veio a ter alguma expressão na Base 1 (*Direito à proteção da saúde*) da Lei de Bases da Saúde aprovada³⁰, quando consagra que: «1– O direito à proteção da saúde é o direito de todas as pessoas gozarem do melhor estado de saúde físico, mental e social, pressupondo a criação e o desenvolvimento de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam níveis suficientes e saudáveis de vida, de trabalho e de lazer. 2– O direito à proteção da saúde constitui uma responsabilidade conjunta das pessoas, da sociedade e do Estado e compreende o acesso, ao longo da vida, à promoção, prevenção, tratamento e reabilitação da saúde, a cuidados continuados e a cuidados paliativos». Por confronto com o n.º 1 da Base I do projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde da Comissão, apresentamos observação crítica quanto à supressão do enquadramento do direito à proteção da saúde “como direito humano e direito constitucionalmente protegido”, e, mais relevante, quanto à supressão, numa base introdutória e estruturante, da referência a “educação e literacia” a par das “condições económicas, sociais, culturais e ambientais” cujo desenvolvimento é visado como pressuposto da proteção do direito à saúde – é que, cumpre realçar, a literacia é uma importante determinante na promoção da saúde e a alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição reconhece tal importância de forma expressa quando prevê como tarefa do Estado na promoção da saúde o “desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável”.

Por outro lado ainda, cumpre considerar que, na construção de Lei de Bases da Saúde, não é possível olvidar que “[o] conceito, o sentido e o alcance da ideia de *justiça distributiva* não são unívocos, como é consabido”, que “deve ser entendido que a justiça distributiva considera a situação concreta de cada sujeito, de modo a proteger a sua dignidade, dando a cada um de acordo com as suas necessidades, partindo de um cenário de desigualdade real e visando uma maior igualdade ou a igualdade”³¹ e que é este o intento do direito à proteção da saúde

29. A Base II nos termos do projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde apresentado pela Comissão enunciava ainda, no seu n.º 3, que «A proteção do interesse e do bem-estar da pessoa devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência, devendo as restrições aos direitos individuais limitar-se ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos», em concordância com o artigo 2.º da Convenção para a Proteção 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), do Conselho da Europa, aprovada através da Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro de 2001, e ratificada por Decreto do Presidente da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro de 2001. A Convenção está assim em vigor no ordenamento jurídico português e contém importantes normas jurídicas, em matéria de Direito da Saúde, em especial de direitos dos pacientes, aplicáveis no ordenamento jurídico português.

30. Conforme Decreto da Assembleia da República divulgado no dia 9 de agosto de 2019 no sítio da Assembleia da República, disponível em

https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?_BID=43210

31. C. MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde*, p. 194. A propósito da referida prossecução da igualdade material e da obrigação de realizar ou do dever de cumprir, invoca

como consagrado na Constituição de 1976.

Ora, na verdade, o direito à proteção da saúde, consagrado na Constituição como direito fundamental, constitui evidência, como salientam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, de que esta Constituição “não é apenas, para os cidadãos, uma barreira de defesa perante as intromissões do Estado; é também, em primeiro lugar, um catálogo de *direitos à acção ou a prestações do Estado*”³².

É um “direito de todos, uma situação jurídica de vantagem que será pautada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da universalidade e da igualdade (artigos 1.º, 12.º e 13.º da Constituição, respetivamente)”³³.

O n.º 1 do artigo 64.º da Constituição consagra, pois, um «direito à proteção da saúde» de «todos»; todos são destinatários do operador deontico da norma de direitos fundamentais aí enunciada e titulares do direito fundamental à proteção da saúde, como um direito a prestações públicas, no exercício de uma tarefa fundamental acometida ao Estado, em concordância com o artigo 9.º, alíneas b) e d) da Constituição³⁴. Na feição da consagração de um direito social, o operador deontico da norma é de imposição, gerando para o destinatário direto da estatuição da norma, o Estado, um dever de prestar, um dever de realizar prestações públicas para proteção da saúde dos destinatários indiretos da norma, os titulares do direito fundamental à proteção da saúde. A garantia constitucional primeira³⁵ do *direito a algo*, do direito a prestações públicas que resulta do n.º 1 do artigo 64.º, será o Serviço Nacional de Saúde, universal, geral e tendencialmente³⁶ gratuito como resulta hoje da alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição³⁷.

O SNS deve ser considerado, na esteira de ANTÓNIO ARNAUT, “como trave-mestra do Estado Social e única forma de garantir, com equidade, o direito fundamental

FREDMAN, *Human Rights Transformed, Positive Rights and Positive Duties*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 80, na senda da densificação do conteúdo normativo do artigo 12.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, para a qual contribui fortemente a Observação Geral n.º 14, que a igualdade exige não apenas acessibilidade física, mas também acessibilidade económica a todos, especialmente aos mais vulneráveis e aos grupos mais marginalizados da população, de modo a que as famílias carenciadas não fiquem desproporcionalmente sobrecarregadas com despesas de saúde e que o Comité sublinha a especial obrigação dos Estados de prestar àqueles que não têm os meios suficientes os meios e cuidados de saúde e de prevenir discriminações com fundamentos proibidos.

32. Cf. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 56.

33. Cf. C. MONGE, *Resgate da Dignidade*, p. 145.

34. Estabelece o artigo 9.º (*Tarefas fundamentais do Estado*) da Constituição que: «São tarefas fundamentais do Estado: (...) b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático; (...) d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais».

35. Nas palavras de ANTÓNIO ARNAUT, “o SNS constitui o núcleo fundamental do sistema português” (cf. A. ARNAUT, “História do Serviço Nacional de Saúde”, in *Serviço Nacional de Saúde, 30 Anos de Resistência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 109).

36. O advérbio *tendencialmente* foi aditado pela Revisão Constitucional de 1989.

37. Seguimos, neste ponto, C. MONGE, *Resgate da Dignidade*, p. 146.

à saúde”³⁸.

Na realização de tal compreensão, em consonância com a alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição, estabeleceu-se no n.º 3 da Base V (*Responsabilidade do Estado*) do projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde apresentado pela Comissão que «A responsabilidade do Estado pela realização do direito à proteção da saúde efetiva-se primeiramente através do Serviço Nacional de Saúde».

Entendendo que “a previsão do SNS no texto da lei constituinte serve um projeto de realização de justiça, de solidariedade e de socialidade jurídica determinando como tarefa do Estado a criação e manutenção de um Serviço que garanta, a todos e em condições de igualdade, o acesso equitativo a todos os cuidados de saúde de que os utentes carecem, e a prestação desses cuidados com qualidade”³⁹ devem ser reforçados os seus meios e garantida a sua sustentabilidade⁴⁰.

No esteio do reforço dos meios afetos ao Serviço Nacional de Saúde, na Base XXVII (*Financiamento público*) do projeto de proposta da Comissão de Revisão da Lei de Bases, foi proposto, a par da previsão no n.º 2 da referida Base de que «O financiamento dos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde é estabelecido através de mecanismos de contratualização com o ministério responsável pela área da saúde e definidos por diploma próprio, de acordo com critérios objetivos e mensuráveis que visem ganhos em saúde, atendendo, designadamente, à prestação a realizar, aos níveis de qualidade e aos resultados a atingir, à otimização da capacidade instalada dos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde e a critérios de gestão eficiente», no n.º 3 da mesma Base que «O financiamento público deve progressivamente aproximar-se da média da despesa pública *per capita* em saúde na União Europeia». Visava-se permitir o reforço dos meios financeiros a afetar ao Serviço Nacional de Saúde, de modo a que, atentas em especial as novas pressões de sustentabilidade financeira impostas a este, como as resultantes da inovação terapêutica e do envelhecimento da população, melhor se possa proteger as pessoas na realização do seu direito à saúde, estabelecendo ainda o n.º 3 que «tal financiamento adicional» visaria «a prossecução de ações específicas de promoção da saúde e de prevenção da doença, de modernização dos equipamentos, das tecnologias da saúde e dos sistemas de informação e de comunicação, de humanização e integração dos cuidados e da promoção do mérito na sua prestação, avaliadas com base em indicadores objetivos e mensuráveis de qualidade e de resultados», por se entenderem estes vetores como decisivos para manutenção, sustentabilidade e melhoria do Serviço Nacional de Saúde.

38. Cf. A. ARNAUT, “Os novos direitos fundamentais à cidade e à saúde: globalização, cidadania e Serviço Nacional de Saúde”, in *Serviço Nacional de Saúde, SNS, 30 anos de resistência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 134.

39. Cf. C. MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde*, p. 221.

40. Cf. C. MONGE, “Testemunho”, in *Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto, Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 89, disponível em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>.

Determinava ainda o n.º 4 da referida Base XXVII do projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde da Comissão que «A realização de investimentos em formação de profissionais, infraestruturas, equipamentos e tecnologias da saúde e dos sistemas de informação e de comunicação obedece a uma programação plurianual, que discrimina os respetivos objetivos e os correspondentes encargos financeiros a assumir em cada ano económico».

Ora, a Base 23 (*Financiamento do Serviço Nacional de Saúde*) da Lei de Bases da Saúde aprovada⁴¹, enuncia, nos termos que aqui se destacam, que: «2– A lei define os critérios objetivos e quantificáveis para o financiamento do SNS, podendo estabelecer valores mínimos a observar, em função de indicadores demográficos, sociais e de saúde. 3– O financiamento a que se refere o n.º 1 deve permitir que o SNS seja dotado dos recursos necessários ao cumprimento das suas funções e objetivos. 4– O investimento do SNS obedece a uma planificação plurianual», acolhendo, assim, a proposta de previsão de planeamento plurianual, mas já não acompanhando a consagração como obrigação legal de que o financiamento público se aproxime da média da despesa pública *per capita* em saúde na União Europeia, quando, assim, o entendemos e entendeu a Comissão, que tal beneficiaria o reforço do Serviço Nacional de Saúde e, através desta garantia constitucional, as pessoas que aquele visa servir.

Importa ainda enfatizar que o artigo 64.º da Constituição agrega, na verdade, “várias normas e confere verdadeiras posições jurídicas, em especial: i) para o titular do direito à saúde, o direito fundamental à saúde e à proteção da saúde; ii) para todos, incluindo também o próprio Estado, o *dever de respeitar* – todos ficam adstritos a respeitar o direito à saúde enquanto *direito de liberdade*, a respeitar a saúde de todos e de cada um enquanto bem de personalidade e enquanto bem individual e coletivo; iii) para o Estado, um *dever de proteger* – através de uma Administração de polícia, fiscalizadora, repressiva e sancionatória quanto à atuação de outros que põem em causa a saúde do titular do direito fundamental e violam o dever geral de abstenção ou não ingerência da dimensão negativa do direito à saúde^{42 43}, na sua feição de bem de personalidade, ou que põem em causa a saúde enquanto bem coletivo, e o *dever de realizar* o direito social à proteção da saúde, que comporta um *dever de prestar*, através de uma Administração prestadora, mediante o acesso à garantia primeira que é o Serviço Nacional de

41. Conforme Decreto da Assembleia da República divulgado no dia 9 de agosto de 2019 no sítio da Assembleia da República, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43210>

42. Na verdade, assim o entendemos: “direito à proteção da saúde, consagrado nos termos do artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa como um direito fundamental, tem uma dimensão positiva e uma dimensão negativa, tem a feição de um direito social e constitui um direito a prestações públicas, a uma posição jurídica subjetiva ativa, e está intrincado e protege bens individuais, bens pessoais e cuja proteção é exigível, visa a proteção da saúde individual e da saúde coletiva” (cf. CLÁUDIA MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde*, p. 43).

43. Na expressão de J. LOUREIRO, “Direito à (proteção da) saúde”, p. 674: “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 (*máxime*, cuidados médicos), ou seja, na sua dimensão positiva”.

Saúde, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º, na realização da assistência médica e medicamentosa, mas também um *dever de promover* a saúde, através de políticas ativas de saúde pública, e da atuação sobre as determinantes da saúde, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º⁴⁴45.

O direito à proteção, enquanto direito fundamental reconhecido pela Constituição de 1976; é “um direito pessoal, na proteção de bens jurídicos individuais, e um direito social, a prestações positivas e que determina uma política pública ativa na prossecução da sua proteção, desde logo, através da criação e manutenção de um Serviço Nacional de Saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito”⁴⁶.

A Lei de Bases da Saúde deve promover a garantia da realização do direito à proteção da saúde como direito fundamental e a “efectividade dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas de valor constitucional”⁴⁷.

Assim, no projeto de proposta apresentado pela Comissão de Revisão da Lei de Bases da Saúde, na Base V (*Responsabilidade do Estado*), foi previsto que “Ao Estado cumpre a tarefa de realização do direito à proteção da saúde”, em conformidade com os artigos 9.º e 64.º da Constituição, “e de redução das desigualdades”, em aplicação plena do artigo 13.º da Constituição, “atuando nas determinantes da saúde em todas as políticas através da criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que a garantam”, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição, “e otimizando e distribuindo equitativamente pelo território nacional os recursos humanos, materiais e financeiros necessários que devam ser afetados àquela finalidade”, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 64.º da Constituição, “e fiscalizando a qualidade das prestações de saúde”, em conformidade com a alínea c) do n.º 3 do referido artigo 64.º.

A saúde deve ser vista como um bem essencial, que dita que, mesmo quando não realizadas pelo setor público, as prestações de saúde devem ser objeto de proteção pelo Estado, através de mecanismos de regulação e fiscalização quando prestada pelo setor privado e pelo setor da economia social.

44. Cf. J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 53, quando afirma: “A tripartição dos deveres estatais relativamente aos direitos sociais (*dever de respeitar, dever de proteger e dever de realizar*), que foi desenvolvida e consagrada no plano do Direito Internacional dos direitos humanos pelo Comité para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, tem, para nós, grande importância, não porque seja desconhecida no Direito Constitucional (onde se desenvolvera de há muito análoga elaboração em torno das chamadas funções de *defesa, de protecção e de prestação*), mas porque delimita e identifica, de forma simples e iluminante, o leque dos deveres estatais no domínio dos direitos fundamentais e a respectiva natureza, e, sobretudo, se bem enquadrada, pode constituir, em nosso entender, a base para uma compreensão adequada de uma dogmática geral e unitária dos direitos fundamentais no seu conjunto, já que é igual e indiferentemente aplicável a direitos de liberdade e a direitos sociais”.

45. Cf. C. MONGE, *Resgate da Dignidade*, p. 146.

46. Cf. C. MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde*, p. 25.

47. Cf. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 17.

Assim, previa o n.º 2 da Base V⁴⁸ do projeto de proposta de Lei que «O Estado é responsável por assegurar a promoção da saúde e a prevenção da doença e a prestação de cuidados de saúde e por implementar os respetivos programas e medidas», as duas componentes, assim, do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição, e estabelecia o n.º 3 da mesma Base que »A responsabilidade do Estado pela realização do direito à proteção da saúde efetiva-se primeiramente através do Serviço Nacional de Saúde». Mais consagrava, em linha com o reconhecimento da essencialidade do bem saúde, que «O Estado regula e fiscaliza a atividade na área da saúde, sem prejuízo das funções que a lei atribuir às Ordens Profissionais» e que «Compete ao ministério que tutela a área da saúde auditar, inspecionar, fiscalizar e desenvolver a ação disciplinar no setor da saúde, incidindo sobre todos os domínios da atividade e da prestação de cuidados de saúde, sem prejuízo das competências disciplinares atribuídas pela lei às Ordens Profissionais» (n.ºs 7 e 8 da Base V do projeto de proposta da Comissão).

A Base 6 da Lei de Bases da Saúde aprovada⁴⁹, também sob a epígrafe, *Responsabilidade do Estado*, vem estabelecer que «1– A responsabilidade do Estado pela realização do direito à proteção da saúde efetivas e primeiramente através do SNS e de outros serviços públicos, podendo, de forma supletiva e temporária, ser celebrados acordos com entidades privadas e do setor social, bem como com profissionais em regime de trabalho independente, em caso de necessidade fundamentada». A este propósito refira-se que parece contrário com o anunciado reforço do Serviço Nacional de Saúde logo na Base que enuncia das responsabilidades do Estado prever a possibilidade de contratação de outros setores, embora seja de reconhecer o critério da “necessidade fundamentada”, em linha com o proposto no n.º 2 da Base XXV do projeto de proposta da Comissão quando previa que «Para garantir o acesso em tempo adequado às necessárias prestações de saúde» (sim, pois a centralidade é nas pessoas e na necessidade da sua proteção) «em áreas não asseguradas pelo setor público, os contratos, convenções ou acordos para a realização de prestações públicas de saúde do Serviço Nacional de Saúde ficam sujeitos à avaliação da necessidade designadamente atenta a capacidade instalada e aos princípios da qualidade e da segurança, da eficácia, da efetividade, da eficiência e da economia que devem presidir à justificação da decisão da sua celebração e os princípios da concorrência e da transparência quanto à escolha do prestador».

A Base XXV do projeto de proposta de Lei de Bases de Saúde apresentada pela Comissão estabelecia, porém, desde logo, na aferição da necessidade, critérios exigentes para essa contratação e regras rigorosas, a atender, quer para efeitos

48. Vide projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde apresentado pela Comissão de Revisão da Lei de Bases da Saúde disponível em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/12/14/relatorio-da-comissao-de-revisao-da-lei-de-bases-da-saude/> ou em “Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, disponível em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>

49. Conforme Decreto da Assembleia da República disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43210>

de celebração, quer na execução de tais contratos, quer ainda na fiscalização e no acompanhamento da execução de tais prestações, sem prejuízo do seu desenvolvimento mediante lei própria.

Assim, em especial se previa na Base XXV do projeto de proposta da Comissão, nos n.ºs 3 a 6 e 8 e 9 que se destacam:

“3 - Na celebração e na execução dos contratos, convenções ou acordos para a realização de prestações públicas de saúde do Serviço Nacional de Saúde:

a) Deve ser salvaguardado pelo ente público que é estabelecido e observado o dever de atuação em conformidade com os princípios do Serviço Nacional de Saúde;

b) Devem igualmente ser estabelecidos e fiscalizados parâmetros de qualidade de atividade assistencial para garantia da qualidade das prestações de saúde;

c) Devem ser respeitadas as orientações técnicas emanadas do ministério responsável pela área da saúde;

d) Devem as entidades prestadoras fornecer atempadamente as informações necessárias ao acompanhamento do contrato, convenção ou acordo, bem como a informação relevante para efeitos da Base XXIX.

4 - A execução de prestações públicas de saúde realizada pelos estabelecimentos, instituições ou grupos de profissionais está sujeita a fiscalização e acompanhamento pelo contraente público no quadro do Serviço Nacional de Saúde.

5 - Para efeitos de fiscalização e acompanhamento da execução dos contratos, convenções ou acordos para a realização de prestações públicas de saúde do Serviço Nacional de Saúde, o contraente público deve designar um gestor do contrato, com a função de acompanhar permanentemente a execução destes, em especial o respeito por uma atuação conforme com os princípios e as características do Serviço Nacional de Saúde, da observância das regras e dos parâmetros de qualidade e os direitos das pessoas em contexto de saúde.

6 - Os termos da contratação, convenção ou celebração de acordos para a realização de prestações públicas de saúde devem ser desenvolvidos por lei.

(...)

8 - A lei pode prever, com respeito pelos princípios e regras definidos na presente Base, a celebração de contratos-programa com autarquias locais ou outras pessoas coletivas públicas para a realização de prestações públicas de saúde.

9 - Os encargos com o acompanhamento dos contratos, convenções ou acordos celebrados nos termos da presente Base devem ser contabilizados para efeitos de avaliação da eficiência”.

O enunciado de tais regras fazem convocar duas ideias basilares: se a necessidade dita a contratação a outros prestadores de prestações que caberia ao Serviço Nacional de Saúde realizar, na perspetiva dos utentes devem ser salvaguardadas as mesmas garantias, aquela prestação deve ser tratada, em benefício das pessoas, com os ditames de obrigações de serviço público de saúde, o que protege as pessoas, sendo assim de exigir aos prestadores o “dever de atuação em conformidade com os princípios do Serviço Nacional de Saúde”, sendo fiscalizada a qualidade dessas prestações e respeitadas as orientações técnicas emanadas pelo Ministério da Saúde, e previstos deveres de informação pelos prestadores para adequado acompanhamento e fiscalização pelo ente público de tais prestações realizadas por outros setores, que devem ser sujeitas a avaliação também no seu acompanhamento⁵⁰.

Na Lei de Bases da Saúde aprovada não foi, porém, seguida a opção de previsão de tais critérios orientadores que nos pareciam avisados no desiderato de garantia de que o recurso a outros prestadores, em situações que não estejam a ser asseguradas ou não estejam a ser atempadamente asseguradas pelo setor público, é feito em termos que salvaguardam os deveres de proteção do serviço público de saúde em benefício das pessoas.

O n.º 2 do artigo 3.º do Decreto da Assembleia da República aprovado faz considerar a regulamentação da Base 6; possam, pois, talvez, tais critérios ou outros igualmente exigentes merecer consideração, na sua valia, assim o entendemos, em sede desse desenvolvimento mediante lei própria.

A par da Base 6, consagra ainda a Base 25 (*Contratos para a prestação de cuidados de saúde*) da Lei de Bases aprovada que «1 – Tendo em vista a prestação de cuidados e serviços de saúde a beneficiários do SNS, e quando o SNS não tiver, comprovadamente, capacidade para a prestação de cuidados em tempo útil, podem ser celebrados contratos com entidades do setor privado, do setor social e profissionais em regime de trabalho independente, condicionados à avaliação da sua necessidade. 2– Os cuidados de saúde prestados nos termos do número anterior respeitam as normas e princípios aplicáveis ao SNS», n.º 2 este que, na linha da preocupação referida, veio estatuir que sejam aplicáveis os mesmos princípios que enformam o Serviço Nacional de Saúde. Assim possam ser também os referidos critérios exigentes na contratação e no acompanhamento e fiscalização de tais prestações merecer ponderação.

50. Veja-se ainda a Base XXIX do projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde da Comissão que sujeitava todas as prestações públicas a avaliação permanente: «1 - A realização das prestações públicas de saúde está sujeita a avaliação permanente, baseada em informações de natureza estatística, epidemiológica, administrativa, de desempenho e de qualidade assistenciais, incluindo designadamente informação sobre os resultados assistenciais, a adequação dos procedimentos técnico-científicos, os tempos de espera, o nível de satisfação da população e dos profissionais e a eficiência da utilização dos recursos. 2 - Esta informação é tratada em sistema completo e integrado que abrange todos os tipos de cuidados e todas as entidades que realizem prestações públicas de saúde. 3 - É da responsabilidade do ministério responsável pela área da saúde a divulgação pública e periódica da informação e da avaliação referidas nos números anteriores».

Quanto à Base 6 da Lei de Bases da Saúde aprovada merece ainda reserva a opção de deixar de fazer figurar nessa Base, em matéria de responsabilidade do Estado, as ações de promoção da saúde e nas determinantes em saúde.

Aliás, atente-se que, em cumprimento, nos termos já referidos, da alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição, o projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde apresentada pela Comissão dava um ênfase à promoção da saúde e prevenção da doença e às determinantes em saúde e consagração legal ao seu desenvolvimento^{51 52}, em articulação ainda com a regulação da saúde pública (em especial Bases XIV a XVI do projeto de proposta) e de políticas específicas públicas, como a saúde mental e a saúde ocupacional (Bases XVII e XIX), que correspondem a demandas atuais e cruciais, cuja regulação foi proposta em termos inovadores, e com a compreensão da necessidade de prossecução de políticas públicas plurisectoriais e do reconhecimento da saúde em todas as políticas (cf., em especial, Base LI (*Transversalidade e integração*) e Base LIV (*Instrumentos de avaliação*)⁵³.

Nesse sentido claro dos deveres estatais em matéria de promoção da saúde

51. Visão atual que é plenamente confirmada no plano internacional pelo recente relatório OECD/EU (2018), *Health at a Glance: Europe 2018: State of Health in the EU Cycle*, OECD Publishing, Paris, disponível em https://doi.org/10.1787/health_glance_eur-2018-en em especial quando recomenda que se coloque um maior ênfase na prevenção de fatores de risco e na promoção da saúde, p. 3 e pp. 12 e 13.

52. Este destaque não desconsidera os decisivos e benéficos efeitos da reforma dos cuidados de saúde primários em Portugal, antes os reconhece e realça. Como escreveu L. PISCO a propósito da reforma de 2005: “[a] acção prioritária da reforma dos cuidados de saúde primários é o lançamento e a implementação de unidades de saúde familiar (USF), o objectivo próximo iniciar a reconfiguração dos centros de saúde, e o objectivo último a reforma global dos CSP” (cuidados de saúde primários) (*vide* “Cuidados de Saúde Primários: o Futuro”, in Associação Portuguesa dos Administradores Hospitalares e Associação Portuguesa para o Desenvolvimento Hospitalar (coord.), *O Futuro da Saúde em Portugal*, Lisboa, 2006, p. 139).

Sobre essa matéria, *vide* em especial OBSERVATÓRIO PORTUGUÊS DOS SISTEMAS DE SAÚDE (OPSS), *Saúde um Direito Humano, Relatório Primavera 2019*, disponível em <http://opss.pt/relatorios/relatorio-primavera-2019/>; e A. ROSA BISCAIA E L. CORREIA VALENTE HELENO, “A Reforma dos Cuidados de Saúde Primários em Portugal: portuguesa, moderna e inovadora”, in *Ciência & Saúde Coletiva*, 22(3), 2017, pp. 701-711, disponível em https://www.scielosp.org/article/SSM/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/csc/v22n3/1413-8123-csc-22-03-0701.pdf. *Vide* ainda C. MONGE e LUCIANA SOUSA SANTOS, “Os agrupamentos de centros de saúde, centros hospitalares e hospitais”, in C. AMADO GOMES, A. F. NEVES E T. SERRÃO (coord.), *Organização Administrativa: Novos Actores, Novos Modelos*, Volume I, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 363-417.

53. *Vide* ainda, em especial, reconhecendo esse carácter plurisectorial, em matéria de saúde mental, o que entendíamos como boa medida legislativa, nos termos da Base XVIII do projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde da Comissão e que não foram considerados na Base 13 da Lei de Bases da Saúde aprovada, que: “4 - A saúde mental deve, pela sua transversalidade e relação com diferentes setores da sociedade, ser considerada nas políticas com impacto na saúde pública. 5 - Os cuidados de saúde mental devem ser centrados nas pessoas, reconhecendo a sua individualidade, necessidades específicas e nível de autonomia, e ser prestados através de uma abordagem interdisciplinar e integrada e prioritariamente a nível da comunidade. 6 - A promoção da saúde mental positiva da população, como fator de progresso económico, de coesão social e de desenvolvimento sustentável da sociedade, é assegurada através de programas plurisectoriais que desenvolvam a resiliência e outros recursos pessoais e atuem sobre as determinantes sociais, económicas, culturais e ambientais que os condicionam”.

e prevenção da doença e às determinantes em saúde, deve ser atendido, *v.g.*, ao disposto: no n.º 1 da Base II já citada; na alínea a) do n.º 1 da Base IV, quando estabelece como diretriz da política de saúde, “a promoção da saúde e a prevenção da doença, como prioridades no planeamento das atividades do Estado e determinando a definição e a execução de todas as políticas públicas, reconhecendo-se a interligação existente entre o direito à saúde e, nomeadamente, os direitos à alimentação, à integridade pessoal, à privacidade, ao acesso à informação e às liberdades de associação e de circulação, ao trabalho, à segurança social, à habitação, à educação”; na Base V igualmente já citada; na alínea b) do n.º 2 da Base XIV (*Saúde pública*), quando determina que «Compete ao Estado acompanhar a evolução do estado de saúde da população, do bem-estar das pessoas e da comunidade, através do desenvolvimento e da implementação de instrumentos de observação em saúde, nomeadamente de monitorização e vigilância epidemiológica, incluindo a laboratorial, com vista, designadamente, à: (...) b) Identificação de áreas prioritárias de intervenção e de outras ações de promoção da saúde e de prevenção da doença»; nos n.ºs 5 e 6 da Base XIV quando preveem respetivamente que «A prevenção da doença deve permitir um reforço dos fatores protetores da saúde através do apoio ao desenvolvimento de programas de saúde pública, designadamente nas áreas da vacinação, saúde escolar, saúde oral, saúde mental, saúde ambiental, saúde respiratória, saúde sexual, saúde reprodutiva, saúde ocupacional e lesões e traumatismos, bem como na gestão da doença crónica, integrando nas ações os diversos níveis de prevenção» e que «As ações de promoção da saúde e de prevenção da doença devem ser desenvolvidas, de modo integrado e articulado, em rede, atendendo às especificidades locais»; nos n.ºs 2 e 6 da Base XVIII (*Saúde Mental*), quando consagram respetivamente que «O Estado promove a melhoria da saúde mental das pessoas e da sociedade em geral, designadamente através da promoção do bem-estar mental, da prevenção e da identificação atempada das doenças mentais e dos riscos a elas associados, da proteção dos direitos humanos e da prestação integrada de cuidados de saúde mental às pessoas afetadas por doenças mentais» e que «A promoção da saúde mental positiva da população, como fator de progresso económico, de coesão social e de desenvolvimento sustentável da sociedade, é assegurada através de programas plurisectoriais que desenvolvam a resiliência e outros recursos pessoais e atuem sobre as determinantes sociais, económicas, culturais e ambientais que os condicionam»; na previsão expressa e central da literacia para a saúde na Base XXI como fator decisivo para a promoção da saúde.

Com vista a considerar os desafios e a pertinência da consagração do reforço dos direitos das pessoas em contexto de saúde na nova Lei de Bases da Saúde, deve ser enunciada a necessidade de capacitação das pessoas e a literacia para a saúde como dever do Estado, por força da alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, na promoção da saúde e na atuação das determinantes em saúde.

O ênfase nas determinantes em saúde reflete o reconhecimento de que, como refere MARIA DE BELÉM ROSEIRA, “os resultados em saúde são fortemente influenciados pelo nível de rendimento das pessoas, pelo seu grau de escolaridade, pelas suas

condições sociais, pelo seu género, pelo acesso aos serviços de Saúde e pela organização do sistema” e que deve, por isso, o sistema de saúde contribuir para “a redução das desigualdades promovendo a inclusão”⁵⁴, conferindo a todos iguais oportunidades.

O destaque da promoção da saúde e prevenção da doença e das determinantes em saúde reflete uma mudança de paradigma e constitui medida efetiva de centralidade da pessoa: a melhor realização da pessoa é manter o bem saúde⁵⁵.

Nesta perspetiva também de promoção da saúde, o projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde se refere, sempre, por regra, a prestações de saúde e não apenas a prestações de cuidados que se reportam a uma perspetiva mais assente no tratamento. Parece-nos que a Lei de Bases de Saúde aprovada privilegia a referência a prestações de cuidados de saúde, assim como, não deixando de atender à promoção da saúde, não acolheu todas as propostas que tinham por escopo, nos termos expostos, o reforço da promoção da saúde e da prevenção da doença.

Ora, importa agora assinalar que entre os principais desafios para garantia plena da Constituição estão certamente: “: i) reforço do exercício dos direitos das pessoas em contexto de saúde e em especial de mecanismos mais expeditos dos danos verificados na prestação de cuidados de saúde, ii) reforço da promoção da saúde e prevenção da saúde, através de uma atuação mais eficaz nas determinantes em saúde, iii) reforço do acesso equitativo e atempado às prestações de cuidados de saúde no Serviço Nacional de Saúde, iv) prossecução de políticas públicas plurissectoriais (reconhecimento da saúde em todas as políticas) e v) avaliação do desempenho e avaliação das políticas e medidas adotadas”⁵⁶. Concentremo-nos no contexto do presente trabalho no primeiro desse desafio, cuja reflexão, em aspetos essenciais, ainda que não exaustivos, procuraremos traçar, sem prescindirmos, em oportunidade futura a encetar, do desenvolvimento das necessárias considerações a propósito dos demais desafios indiciados.

3. Os direitos das pessoas associados ao direito à proteção da saúde

Em contexto de prestações de saúde são identificadas situações jurídicas ativas e as correspondentes situações jurídicas passivas, a obrigação principal, de tratamento, realização de cuidados e de prestações de saúde que visam proteger a saúde (sejam atividades promotoras da saúde, preventivas da doença ou terapêuticas, de tratamento ou reabilitação), que deve ser cumprida através de uma assistência pronta, em tempo útil, com correção e de acordo com as *leges*

54. Cf. M. B. ROSEIRA, “O futuro da saúde e a saúde do futuro”, in Associação Portuguesa dos Administradores Hospitalares e Associação Portuguesa para o Desenvolvimento Hospitalar (coord.), *O Futuro da Saúde em Portugal*, Lisboa, 2006, p. 171.

55. C. MONGE, “Testemunho”, in *Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto, Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 88.

56. Vide C. MONGE, *Resgate da Dignidade*, p. 167.

artis, para proteção dos direitos fundamentais à vida, à integridade física e à saúde, e outros deveres, como o dever de informação, o dever de obtenção de um consentimento prévio e esclarecido – expressão do direito fundamental à integridade moral, o dever de sigilo – garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada, ... Para tal importa apelar a uma visão integrada do Direito, convocando os ensinamentos necessários e úteis à análise de um objeto específico, da vida concreta das pessoas, que são o fim da realização do Direito, e considerar os ensinamentos do Direito Constitucional e dos Direitos Fundamentais e apelar também aos contributos do Direito Civil, do Direito Administrativo, do Direito Penal Médico e do Direito da Saúde, este último que entendemos, como referido, como ramo do Direito autónomo⁵⁷.

A identificação e a adequada previsão legislativa das situações jurídicas que integram o conteúdo próprio das prestações de saúde, a sua sistematização e análise crítica, com apelo a outros ramos do Direito, promovem um quadro que visa salvaguardar a segurança jurídica, através da compreensão clara dos direitos das pessoas em contexto de saúde, e assim reforçar a tutela efetiva destes, e da compreensão clara pelos prestadores dos deveres que sobre si impendem e da cominação que da violação desses deveres pode ditar.

A definição clara desses direitos e deveres favorece a melhoria do exercício dos direitos das pessoas e uma maior segurança no exercício das profissões de saúde e pode, por isso, contribuir para uma adequada relação de confiança entre as pessoas e os profissionais de saúde, quando é consabido que uma relação de prestação de saúde assente na confiança gera cuidados mais seguros e de qualidade, reduz o erro e a incidência de danos em saúde.

Também estas outras situações jurídicas ativas das pessoas em contexto de saúde demandam deveres estatais de proteção.

A referida centralidade na pessoa como escopo de uma nova Lei de Bases da Saúde manifesta-se, desde logo, no reforço dos direitos das pessoas em contexto de saúde⁵⁸.

Assim, o projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde apresentado pela Comissão, logo no seu Capítulo II dedicado aos “direitos e deveres das pessoas em contexto de saúde” consagrava de forma ampla os “Direitos das pessoas em contexto de saúde” (Base VII) e regulava igualmente dos “Deveres das pessoas em contexto de saúde” (Base VIII), reconhecia a necessidade de desenvolvimento do regime quanto às “Pessoas que carecem de capacidade” (Base IX) e à sua proteção, dá especial atenção à “Saúde e deficiência” (Base X), reconhecia e regulava, sem prejuízo de desenvolvimento legislativo, do “Direito de associação e de representação” (Base XI), reconhecia a importância social e a necessidade de

57. Cf. C. MONGE, *O direito fundamental à proteção da saúde*, p. 24.

58. Sobre esse aspeto vide C. MONGE, *Cadernos da Lex Medicinæ*, p. 87, disponível em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-3-lei-de-bases-da-sa%C3%BAde-materiais-e>

especial proteção jurídica dos “Cuidadores Informais” (Base XII) e estabelecia as linhas orientadoras quanto aos “Dados pessoais e informação de saúde”, atenta a sua especial importância.

Referimos a uma consagração de forma ampla, e foi esse o fito, entendendo-se que a Lei de Bases de Saúde deve cuidar, sendo essa uma linha de ação que se entende dever ser assumida, com a força que lhe é conferida à luz dos n.ºs 2 e 3 do artigo 112.º da Constituição, enquanto lei de valor reforçado, de estabelecer o adequado reforço dos direitos das pessoas e a sua prossecução, considerando-se a proteção desses direitos como dever estatal.

No entanto, o projeto de proposta da Comissão não perdeu de vista, não podia perder, o caráter orientador de uma lei de bases, de definição das grandes linhas em matéria de direito à proteção da saúde, e que a regulação, mais densificada, desses direitos, caberia ao desenvolvimento da Lei de Bases. Assim, na Base LVI impunha o desenvolvimento da Lei de Bases, desde logo, em matéria de “Direitos e deveres das pessoas” (cf. alínea a) do n.º 1 da Base LVI). A previsão dos direitos das pessoas em contexto de saúde, nos seus aspetos essenciais, e a determinação da obrigação do seu desenvolvimento com respeito desses aspetos balizadores estabelecidos, por si, já constituía reforço.

A propósito dos direitos das pessoas em contexto de saúde, importa explicitar, desde logo, o seguinte: «Foi evitada a expressão “utentes” mais associada a utilizadores de serviços públicos, pois os direitos reconhecidos ou consagrados devem ser tidos como direitos de todos, independentemente da natureza pública ou privada da prestação. Foi evitada a expressão “doentes”, pois o enfoque é na promoção e na proteção da saúde e não apenas no tratamento da doença. Por esta última razão, também foi evitada a expressão “pacientes”, pois o projeto de proposta de lei não se cinge à “pessoa que se encontra sob cuidados de saúde”»⁵⁹.

Embora com diferenças relevantes e omissões assinaláveis, a Lei de Bases da Saúde aprovada na Assembleia da República regula, na sua Base 2 e numa base única, dos “Direitos e deveres das pessoas”, em termos que reconhecem muitos dos direitos expressamente previstos no projeto de lei da Comissão.

Considerando, já não a Lei de Bases da Saúde, uma vez que foi aprovada, mas o seu desenvolvimento, importa enfatizar duas omissões relevantes, que escolhemos, entre outras possíveis, neste contexto, destacar: a não previsão expressa em sede de direitos das pessoas do direito «A receber indemnização pelos danos sofridos, em tempo razoável, nos termos definidos na lei», que o projeto de proposta da Comissão consagrava na alínea 9) do n.º 1 da sua Base VII; e a supressão de Base específica dedicada à “Saúde e deficiência”.

Quanto ao direito a receber indemnização, teve a Comissão de Revisão de Lei de Bases da Saúde presente que a centralidade da pessoa também se realizaria pela tutela efetiva do direito à proteção da saúde e pela tutela efetiva da compensação dos danos sofridos em contexto de saúde e o cenário atual e presente das

59. *Ibid.*

dificuldades práticas que o regime, ou melhor os diferentes regimes, em matéria de responsabilidade civil oferecem aos pacientes. Assim, se entendeu, entre os deveres estatais, o dever de legislar no sentido de garantir o direito à indemnização pelo dano injusto causado⁶⁰ e de promover meios expeditos e de resolução de litígios em contexto de saúde e de ressarcimento do dano anónimo (alínea a) do n.º 1 da Base LVI⁶¹), “em face da constatação de que o regime jurídico de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas protege os lesados em situações de anormal funcionamento do serviço de um estabelecimento, mas não protege as situações de dano anónimo quando estão em causa mais do que um estabelecimento hospitalar, e da constatação da necessidade prática de mecanismos que promovam o ressarcimento, efetivo, eficaz e em tempo útil para realização da justiça, do dano em matéria de prestação de cuidados de saúde”⁶².

A Lei de Bases de Saúde aprovada não dá eco à preocupação e à proposta assim consideradas.

Entendemos que tal matéria deveria merecer atenção, atentos em especial os deveres estatais que resultam da conjugação dos artigos 8.º (*Direito Internacional*) e 22.º (*Responsabilidade das entidades públicas*) da Constituição com os direitos fundamentais e direitos humanos em presença, e a vinculação que resulta igualmente para o Estado Português no plano internacional, e almejamos que possa vir a ser considerada a necessidade de intervenção legislativa para tutela mais efetiva do acesso à reparação de danos ocorridos em contexto de saúde⁶³.

Os deveres estatais devem ser considerados quer na execução do imperativo

60. Cf. artigo 24.º (*Reparação de dano injustificado*) da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, que vincula Portugal, quando estabelece que «A pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas na lei».

61. Previa a alínea a) do n.º 1 da Base LVI (*Regulamentação e aplicação*) do projeto de proposta de Lei de Bases da Saúde da Comissão de Revisão da Lei de Bases da Saúde que: «1 - O Governo promove, no prazo de um ano, a adaptação da legislação em vigor e a adoção da legislação complementar necessária para o desenvolvimento da presente lei, que contemple, designadamente, os seguintes aspetos: a) Direitos e deveres das pessoas em contexto de saúde, incluindo o direito à indemnização pelo dano injusto causado na prestação de cuidados de saúde, promovendo meios expeditos de resolução de litígios em contexto de saúde e o ressarcimento do dano anónimo; (...)».

62. C. MONGE, “Testemunho”, in *Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto, Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 88.

63. Vide a este propósito, designadamente, C. MONGE “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde”, in C. AMADO GOMES e M. ASSIS RAIMUNDO (coord.) *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, e-book Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 95-117 (disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes>); e “Responsabilidade contratual de um estabelecimento integrado no Serviço Nacional de Saúde, Anotação ao Acórdão do TCA-Norte, de 30 de Novembro de 2012 (proc.01425/04.8BEBRG)”, in C. AMADO GOMES e T. SERRÃO (coord.), *Responsabilidade civil extracontratual das Entidades Públicas, Anotações de Jurisprudência*, e-book Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, pp. 33-55 (disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes>).

constitucional da tarefa fundamental do Estado de realização do direito social à proteção da saúde, ou seja, atentas as responsabilidades que do texto da Constituição decorrem para o Estado, quer na perspetiva dos deveres que resultam para o Estado Português da vinculação a tratados e acordos internacionais e de normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte. Em suma, os deveres estatais devem ser atendidos quer na realização do direito fundamental quer na realização do direito humano à proteção da saúde.

Na afirmação da necessidade de intervenção legislativa e ações concretas, estão presentes, designadamente, as situações ajuizadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) como de violação do direito à vida, nos termos do artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), na vertente processual e de violação do direito de acesso a um processo equitativo, atento o disposto no artigo 6.º da CEDH. Veja-se que a “demora na tramitação nos processos internos (de natureza disciplinar, administrativa e criminal) considerada excessiva” foi tida como violação da obrigação processual prevista no artigo 2.º em matéria de cuidados de saúde que exige que os procedimentos estejam conclusos num prazo razoável no caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, de 19.12.2017⁶⁴, do TEDH, e que se considerou que a “investigação célere em casos de negligência médica em contexto hospitalar é igualmente relevante para salvaguarda dos demais utentes dos serviços de saúde”. As questões de responsabilidade civil e a necessidade de outros mecanismos para garantia do direito a um processo equitativo consagrado no artigo 6.º da CEDH e a obediência a *prazos razoáveis* demandam intervenção.

Já quanto à proteção, em contexto de saúde, das pessoas com deficiência, o projeto de proposta de Lei da Comissão, “perante a perceção social que também em saúde se verificam potenciais situações de discriminação da pessoa com deficiência”⁶⁵, entendeu de consagrar, como proposta a Base X (*Saúde e deficiência*) que, por simplicidade, se reproduz:

“1 - Com vista a assegurar às pessoas com deficiência o gozo do melhor estado de saúde possível sem discriminação nela baseada, o Estado toma as medidas apropriadas para lhes garantir o acesso:

- a) A serviços e programas de saúde pública de igual natureza e qualidade aos prestados às demais pessoas, em todas as áreas, incluindo a da saúde sexual e reprodutiva;
- b) A cuidados de saúde de que necessitem, em particular devido à sua deficiência,

64. Cf. Caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* [GC], n.º 56080/13, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int>. Esta decisão do TEDH merece, porém, crítica estruturante pela não aplicação da vertente substantiva de violação do artigo 2.º da CEDH. A proteção conferida pelo Direito Internacional ao direito à saúde e as obrigações positivas dos Estados nessa proteção e em matéria de prestação de cuidados de saúde demandavam outra conclusão quanto à violação do direito à vida. Acompanhamos a Opinião do Juiz Pinto de Albuquerque e a sua fundamentação no Caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* [GC].

65. C. MONGE, “Testemunho”, in *Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto, Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 88.

incluindo a deteção e a intervenção atempadas da deficiência, quando apropriadas, e os cuidados destinados a minimizar e a prevenir outras deficiências;

c) A cuidados de saúde que atendam às especificidades decorrentes do género, da idade e da natureza e origem da deficiência e que lhes permitam manter o máximo grau de independência e de inclusão na comunidade em que se inserem.

2 - O ministério responsável pela área da saúde promove a formação dos profissionais de saúde no que concerne aos direitos das pessoas com deficiência.

3 - Os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde tomam as medidas de adaptação apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência exercem, em condições de igualdade com as demais, os seus direitos fundamentais em contexto de saúde.

4 - O desenho dos produtos, ambientes, programas e serviços em contexto de saúde deve obedecer as regras do desenho universal, salvo quando seja necessário adotar dispositivos específicos de assistência a grupos particulares de pessoas com deficiência, nomeadamente através do recurso à língua gestual ou ao braille”.

Na Base 2, dedicada aos *Direitos e deveres das pessoas*, da Lei de Bases aprovada, após o enunciado dos direitos das pessoas constante do n.º 1, é estabelecido no n.º 2 que «As pessoas com deficiência têm direito às adaptações necessárias para a efetivação do previsto no número anterior».

Ora, sem desconsiderar a valia do sentido e alcance da previsão da Lei de Bases aprovada e sem desconsiderar igualmente a legislação e regulamentação já vigentes, entendemos que a Lei de Bases da Saúde, enquanto lei de valor reforçado, deveria dedicar outro desenvolvimento (ainda que como diretriz ou orientação) em matéria de proteção, na saúde, da pessoa com deficiência, com o fito de realizar de forma adequada tal proteção e de observar os deveres estatais que decorrem para Portugal designadamente do artigo 25.º (*Saúde*) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aprovada através da Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho. Nos termos do referido artigo 25.º da CDPD, «Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm direito ao gozo do melhor estado de saúde possível sem discriminação com base na deficiência» e, atento esse reconhecimento, «Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para garantir o acesso às pessoas com deficiência aos serviços de saúde que tenham em conta as especificidades do género, incluindo a reabilitação relacionada com a saúde». Nesse âmbito, os Estados Partes ficaram, nomeadamente, adstritos a «a) Providenciar às pessoas com deficiência a mesma gama, qualidade e padrão de serviços e programas de saúde gratuitos ou a preços acessíveis iguais aos prestados às demais, incluindo na área da saúde sexual e reprodutiva e programas de saúde pública dirigidos à população em geral; b) Providenciar os serviços de saúde necessários às pessoas com deficiência, especialmente devido à sua

deficiência, incluindo a deteção e intervenção atempada, sempre que apropriado, e os serviços destinados a minimizar e prevenir outras deficiências, incluindo entre crianças e idosos; c) Providenciar os referidos cuidados de saúde tão próximo quanto possível das suas comunidades, incluindo nas áreas rurais; d) Exigir aos profissionais de saúde a prestação de cuidados às pessoas com deficiência com a mesma qualidade dos dispensados às demais, com base no consentimento livre e informado, inter alia, da sensibilização para os direitos humanos, dignidade, autonomia e necessidades das pessoas com deficiência através da formação e promulgação de normas deontológicas para o sector público e privado da saúde; e) Proibir a discriminação contra pessoas com deficiência na obtenção de seguros de saúde e seguros de vida, sempre que esses seguros sejam permitidos pelo Direito interno, os quais devem ser disponibilizados de forma justa e razoável; f) Prevenir a recusa discriminatória de cuidados ou serviços de saúde ou alimentação e líquidos, com base na deficiência».

Foi a realização desses deveres que se pretendeu prosseguir com a referida Base X proposta através de uma lei setorial com valor reforçado. Não tendo, porém, tal proposta merecido acolhimento, tal não deve significar que, no desenvolvimento da Lei de Bases não devam ser reconhecidas as especificidades com que o regime jurídico em matéria de saúde pode contribuir para a proteção das pessoas com deficiência, devendo ser assacada uma dupla perspetiva: por um lado, que a previsão e o desenvolvimento de políticas públicas eficazes na promoção da saúde e na prevenção da doença podem prevenir situações de deficiências suscetíveis de serem obviadas e afastar condições secundárias, de doença, adicionais à condição primária de saúde que constitui ponto de partida para a deficiência⁶⁶; por outro, o reconhecimento de que uma pessoa com deficiência pode sofrer maiores obstáculos no acesso a cuidados de saúde, maiores dificuldades nas prestações de saúde, constituindo – face às quais constitui dever do Estado intervir para prevenir situações de discriminação e promover uma igualdade real.

4. Conclusões.

Os desafios na garantia plena do texto constitucional em matéria de proteção da saúde e dos direitos das pessoas em contexto de saúde sucedem-se.

A consagração constitucional do direito à proteção da saúde constitui uma *garantia forte* e o Serviço Nacional de Saúde, expressão de um Estado Social, promotor da *igual dignidade* e da redução das desigualdades fácticas, e que permitiu uma melhoria extraordinariamente significativa da saúde dos portugueses, deve ser mantido e preservado e dotado dos meios, recursos humanos e materiais, necessários e adequados à realização do direito à proteção da saúde.

Os deveres estatais incidem sobre o direito à proteção da saúde, mas igualmente sobre o direito à vida e o direito à integridade física com ele intrincados e sobre os

66. WORLD HEALTH ORGANIZATION / THE WORLD BANK, *World report on disability*, 2011, disponível em https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf, p. 60.

restantes direitos das pessoas em contexto de saúde, como o direito à informação, à integridade moral, expressão da sua autonomia, e à confidencialidade dos seus dados de saúde.

A garantia do direito fundamental e do direito humano à proteção da saúde é um “mandato” de execução contínua, na constante realização dos deveres estatais neste domínio.

As linhas orientadoras para essa constante e conseqüente prossecução, num quadro de solidariedade conforme estabelecido na Constituição, e do reconhecimento do direito à proteção da saúde como direito fundamental e como direito humano com os deveres estatais que tal reconhecimento dita, devem ser estabelecidas desde logo pela Lei de Bases da Saúde.

Uma nova Lei de Bases da Saúde deve ser capaz de responder a desafios presentes e futuros na salvaguarda das pessoas na realização do seu direito à proteção da saúde. Entre esses desafios devem necessariamente ser considerados: o reforço dos direitos das pessoas em contexto de saúde e da sua tutela efetiva dos danos ocorridos em contexto de saúde (e esta é também uma questão de solidariedade), bem como a especial proteção dos mais vulneráveis; a promoção da saúde e a prevenção da doença e a atuação sobre as determinantes em saúde e o reforço do Serviço Nacional de Saúde e do seu financiamento.

Assistimos, no quadro da discussão em torno da aprovação da Lei de Bases da Saúde, que esta não é o princípio e o fim de todos os aspetos a melhorar para uma tutela cada vez mais efetiva do direito à proteção da saúde. Correto, mas é certamente um princípio e uma nova lei de bases um novo princípio. E deve ser um bom princípio.

A realização do direito à proteção da saúde é feita, também, como referido, através do *dever de legislar*, para conferir aos titulares deste direito uma tutela mais efetiva.

Há matérias e soluções normativas que, por realizarem a propugnada centralidade da pessoa e permitirem uma tutela mais efetiva da proteção da saúde e dos direitos das pessoas, deveriam ser conseqüentemente reguladas na Lei de Bases da Saúde com um sentido e diretriz como lei de valor reforçado.

Sendo a Lei de Bases da Saúde um princípio, então que o seu desenvolvimento prossiga intransigentemente um quadro jurídico favorável à contínua prossecução de realização das pessoas na resposta aos problemas atuais, presentes e futuros, e a uma tutela mais efetiva do direito à proteção da saúde e dos demais direitos das pessoas em contexto de saúde.
