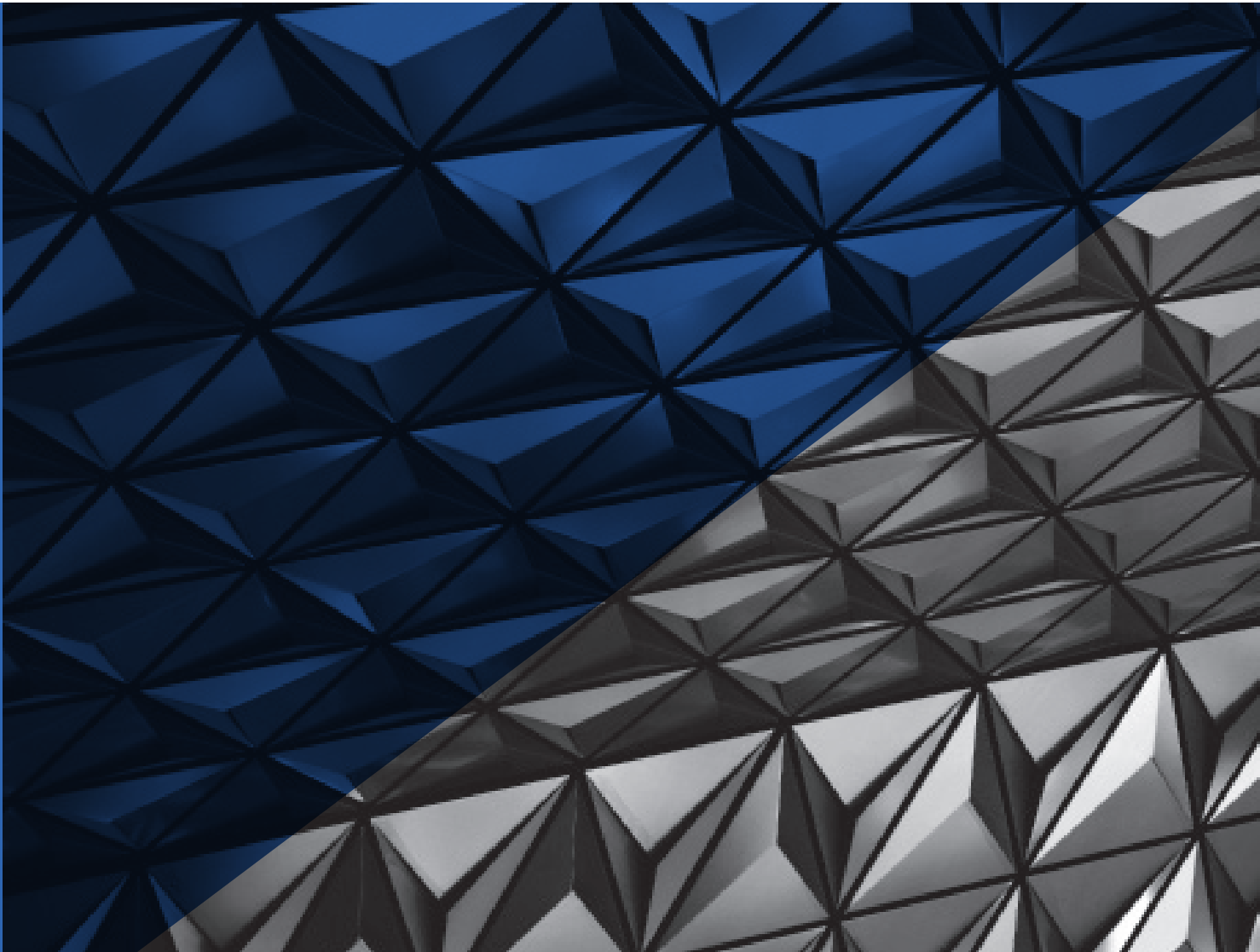


DIREITOS E DEVERES DOS UTENTES DO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO



Direitos e Deveres dos Utentes do Serviço Nacional de Saúde

Miguel Nogueira de Brito

1. Introdução. O tema que me foi atribuído neste curso consiste nos direitos e deveres dos utentes do Serviço Nacional de Saúde. Na análise do tema irei abordar os seguintes assuntos: (i) em primeiro lugar, tratarei da definição de utente no contexto do SNS; (ii) seguidamente, tratarei dos direitos dos utentes; (iii) finalmente, abordarei os deveres dos utentes e os correspondentes direitos e poderes de autoridade da Administração de Saúde.

A perspectiva a que se subordina a abordagem dos assuntos mencionados situa-se no plano do direito público, no cruzamento do direito administrativo e do direito constitucional. Ao mesmo tempo, a análise de algumas opções do legislador e, acima dele, da própria Constituição, não podem deixar de suscitar comentários que relevam já do plano da justificação material do SNS. Com esses comentários concluirei a presente intervenção. E é apropriado que assim seja, uma vez que, mais do que saber formalmente quais os direitos do utente, devemos preocupar-nos em estar cientes do modo de conceber a relação entre o utente e os serviços de saúde que esses direitos pressupõe e de que são, afinal, simples tradução.

2. Conceito de utente e igualdade das pessoas no direito à saúde. Naturalmente, a primeira questão que se nos depara quando estudamos o tema dos direitos e deveres dos utentes do SNS consiste em saber o que devemos entender por «*utente*» em tal contexto.

Mesmo antes de se procurar apurar o conceito de utente do SNS, convém começar por esclarecer que segundo o artigo 64.º, n.º 1, da Constituição «*todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover*». No n.º 2, alínea a), do mesmo artigo consigna-se que o direito à protecção da saúde é realizado, na parte que agora importa, «*Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito*». Resulta assim clara a consagração de um direito fundamental à protecção da saúde, concebido como direito universal, geral e tendencialmente gratuito, por um lado, e, por outro, como direito social.

Trata-se de um direito social porque, desde logo, inserido no Título III, com a epígrafe «*Direito e Deveres Económicos, Sociais e Culturais*», da Parte II da Constituição, relativa aos direitos fundamentais. Nesta medida, o direito à protecção da saúde não é um direito, liberdade e garantia e não beneficia, em princípio, do regime jurídico destes, previsto no artigo 18.º da Constituição. Dos restantes traços característicos do direito à protecção da saúde, conforme a própria Constituição, interessa-nos agora destringir o seu carácter universal, por um lado, e geral, por outro. O que significam estas duas expressões que poderiam, até, ser tomadas por sinónimas ou redundantes? Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam que a universalidade confere a todos o direito de recorrer ao SNS, enquanto a generalidade traduz a necessidade de integração de todos os serviços e prestações de saúde¹. Já veremos adiante os limites da generalidade do SNS e, conseqüentemente, do carácter geral do direito à protecção da saúde; para já interessa esclarecer o conceito de universalidade.

Para esse efeito, é necessário recorrer, antes de mais, à Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto (LBS). Na respectiva Base XXIV, alínea a), afirma-se que o SNS se caracteriza por «Ser universal quanto à população atingida». As coisas complicam-se, no entanto, porque o legislador usa depois os conceitos de «*utente*» e «*beneficiário*». Em alguns casos, os dois termos surgem como sinónimos. Assim, por exemplo, quando o legislador afirma na Base XXIV, alínea c), que o SNS se caracteriza por ser tendencialmente gratuito para os utentes, não pode deixar de ter em mente os beneficiários do SNS, a que respeita a Base XXV. Segundo esta última disposição são beneficiários do SNS: a) os cidadãos portugueses; b) os cidadãos nacionais de Estados membros da União Europeia, nos termos do direito comunitário; c) os cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, em condições de reciprocidade; d) os cidadãos apátridas residentes em Portugal. Há, no entanto, outras disposições que supõem uma dissociação dos conceitos. A este propósito, cabe mencionar a Base XXXIII, n.º 2, alínea c), quando prevê que os serviços e estabelecimentos do SNS podem cobrar receitas relativas ao «*pagamento de cuidados prestados a não beneficiários do SNS quando não há terceiros responsáveis*». O conceito de utente é, deste modo, mais amplo do que o de beneficiário, o que surge confirmado pelo artigo 23.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, quando estabelece que respondem pelos encargos resultantes da prestação de cuidados de saúde prestados no quadro do SNS, para além do Estado, «*Os utentes não*

¹ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 343. Este entendimento foi depois adoptado no Acórdão n.º 731/95 do Tribunal Constitucional.

beneficiários do SNS e os beneficiários na parte que lhes couber, tendo em conta as suas condições económicas e sociais»². Já de modo menos feliz, o artigo 13.º, alínea b), do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, publicado em anexo à Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, prevê que constituem receitas dos hospitais «o pagamento de serviços prestados a terceiros nos termos da legislação em vigor e dos acordos e tabelas aprovados, bem como as taxas moderadoras». Com efeito, não pode deixar de se entender que os terceiros aqui em causa são também utentes do SNS, ainda que possam não ser beneficiários do mesmo.

O conceito de beneficiários do SNS corresponde, em face do exposto, à concretização do disposto no artigo 64.º, n.º 1, da Constituição, quando neste se afirma que «todos têm direito à protecção da saúde», bem como à concretização da característica da universalidade do SNS. Repare-se que esta concretização, particularmente no que diz respeito ao disposto na Base XXV, n.º 3, tem também de ser analisada à luz do disposto no artigo 15.º, n.º 1, da Constituição, nos termos do qual «Os estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português». Exceptuam-se desta regra, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo 15.º, «os direitos políticos, o exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses», entre os quais se conta (...). Coloca-se assim o problema de saber como articular a exigência de ser residente em Portugal, prevista na Base XXV, n.º 3, como condição da qualidade de beneficiário do SNS, e a circunstância de a Constituição exigir apenas, em termos mais amplos, que os estrangeiros ou apátridas se encontrem em Portugal como condição da aplicação a eles, em geral, dos direitos do cidadão português.

É, na verdade, em relação às categorias de beneficiários previstas na Base XXV, n.º 3, da LBS, isto é, os cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, em condições de reciprocidade, e os cidadãos apátridas residentes em Portugal que se podem suscitar problemas de constitucionalidade. Aliás, tais problemas são comuns nos ordenamentos jurídicos complexos, como o norte-americano, mas também o espanhol³.

A questão é fácil de equacionar: pode a lei estabelecer requisitos temporais de residência como condição da atribuição da qualidade de beneficiário aos cidadãos estrangeiros e aos apátridas? Pode a lei estabelecer sujeitar a uma cláusula de reciprocidade, prevista na Constituição apenas para os casos de direitos políticos, o exercício de certas

² Neste sentido, cfr. Sérvulo Correia, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, in AA. VV., *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 32.

³ Sobre este, cfr. Tomás de la Quadra-Salcedo, “Igualdad, Derechos de los Pacientes y Cohesión del Sistema Nacional de Salud”, in Luciano Parejo, Alberto Palomar e Marcos Vaquer (coords.), *La Reforma del Sistema Nacional de Salud: Cohesión, Calidad y Estatutos Profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 31 e ss.

funções públicas e o serviço nas Forças Armadas (cfr. artigo 15.º, n.º 2, e 274.º), a atribuição da qualidade de beneficiário a cidadãos estrangeiros? Pois bem, admitindo-se que a equiparação dos estrangeiros e apátridas com os cidadãos portugueses vale para todos os direitos de prestação⁴, parece que são de duvidosa constitucionalidade a cláusula de reciprocidade, prevista na Base XXV, n.º 3, da LBS e o requisito da residência. A nossa Constituição, cuja perspectiva universalista é louvada como sendo desconhecida de Constituições anteriores e de outros países⁵, não estabelece qualquer cláusula de reciprocidade para os direitos em causa, nem tão pouco parece admitir a consagração de períodos temporais de residência como condição da atribuição da qualidade de beneficiário, uma vez que alude a «*estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal*». Repare-se, aliás, que esta é a orientação geralmente adoptada nos ordenamentos jurídicos complexos, como Estados federais ou regionais, na sequência do famoso caso *Shapiro v. Thompson*, de 1969⁶. Em tal decisão, o Supremo Tribunal Federal americano considerou que a exigência de um período de um ano de residência para poder beneficiar de um programa social violava o direito fundamental de deslocação e estabelecia uma discriminação entre duas classes de pessoas necessitadas que não se poderiam distinguir entre si a não ser em função de um período de residência diferente no Estado em que existe o programa social em causa. Em face do argumento segundo o qual a fixação de um período de residência como condição da possibilidade de beneficiar de um programa social visava estabelecer uma certa proporcionalidade entre a prestação do serviço e a contribuição do beneficiário para a cobertura das despesas inerentes, através do pagamento de impostos, o Tribunal considerou que esse objectivo, embora legítimo, não poderia ser alcançado através de discriminações entre as pessoas.

A argumentação que acaba de ser expandida, se parece válida em relação à prestação de cuidados que revistam carácter vital, poderá já admitir restrições em relação à prestação de cuidados que não sejam de definir nesses termos. Em relação àqueles é, pelo menos, duvidosa a constitucionalidade do Despacho do Ministério da Saúde n.º 25.360/2001, ao exigir, como condição de equiparação aos portugueses, podendo assim beneficiar da tendencial gratuitidade do SNS, que os estrangeiros ou apátridas que não residam legalmente no País façam prova de que se encontram em Portugal há mais de noventa dias⁷.

⁴ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 134.

⁵ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 132.

⁶ Cfr. *United States Reports*, vol. 394, pp. 618 e ss.

⁷ No mesmo sentido, cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, cit., p. 654.

3. Direitos dos utentes do SNS. A LBS considera separadamente os direitos dos cidadãos no tocante à saúde e os direitos dos utentes do sistema de saúde. Os direitos dos cidadãos no tocante são naturalmente de âmbito mais genérico e abrangem não apenas os utentes, mas também os prestadores de cuidados de saúde.

Assim, a Base V, n.º 2, estabelece que «os cidadãos têm direito a que os serviços públicos de saúde se constituam e funcionem de acordo com os seus legítimos interesses». O n.º 5 reconhece a «liberdade de escolha no acesso à rede nacional de prestação de cuidados de saúde, com as limitações decorrentes dos recursos existentes e da organização dos serviços». Trata-se da expressão legislativa de um direito consagrado no artigo 64.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição. Por seu turno, o n.º 3 da mesma Base V reconhece a «liberdade de prestação de cuidados de saúde, com as limitações decorrentes da lei, designadamente no que respeita a exigência de qualificação profissional». Trata-se, aqui, de uma mera concretização da liberdade de escolha de profissão, que a Constituição consagra genericamente no respectivo artigo 47.º, n.º 1.

Do cotejo entre as duas disposições, e da sua aproximação aos respectivos fundamentos constitucionais, resulta clara a identificação dos direitos dos que recebem cuidados de saúde com os direitos sociais, por um lado, e, por outro, dos que prestam esses mesmos cuidados com um direito, liberdade e garantia. Por outras palavras, num caso temos direitos a prestações do Estado, no outro, direitos de defesa em face do Estado.

No seu Acórdão n.º 731/95, o Tribunal Constitucional extraiu as seguintes consequências desta caracterização do direito à saúde como um direito social:

«O direito à protecção da saúde, consagrado no Título III, Capítulo II, da Constituição, não é, como acentuou este Tribunal nos seus Acórdãos n.ºs 39/84 e 330/89 (publicados no *Diário da República*, I Série, n.º 104, de 5 de Maio de 1984, e II Série, n.º 141, de 22 de Junho de 1989, respectivamente), um dos “direitos, liberdades e garantias”, previstos no Título II da Parte I da Constituição, nem um direito de natureza análoga a estes, para efeitos de sujeição ao mesmo regime jurídico, nos termos do disposto no artigo 17.º da Lei Fundamental. É antes, um *direito social* típico e, enquanto tal, configura-se como um direito a acções ou prestações do Estado, de natureza jurídica (medidas legislativas), de carácter material (bens e serviços) e de índole financeira, necessárias à respectiva satisfação. Assim, ao contrário dos “direitos, liberdades e garantias”, cujo âmbito e conteúdo são essencialmente determinados ao nível das opções constitucionais, e, por isso, são directamente aplicáveis, (cfr. o artigo 18.º, n.º 1, da Constituição), o direito à

protecção da saúde, como direito social, está dependente de uma “interposição legislativa”, isto é, de uma actividade mediadora e subsequente do legislador, com vista à criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efectivo. Esta característica, que é comum à generalidade dos direitos económicos, sociais e culturais, põe com acuidade o problema da efectivação do direito à saúde. Fala-se aqui de uma efectivação “sob reserva do possível”, para significar a sua dependência dos recursos económicos existentes (cfr., neste sentido, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, pp. 667-668, e J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 201).»

Daqui se retiram duas notas essenciais quanto ao regime do direito à saúde como direito social: interposição legislativa, bem visível no citado n.º 2 da Base V (*«os cidadãos têm direito a que os serviços públicos de saúde se constituam e funcionem de acordo com os seus legítimos interesses»*); reserva do possível, claramente expressa no n.º 5 da mesma Base V (*«liberdade de escolha no acesso à rede nacional de prestação de cuidados de saúde, com as limitações decorrentes dos recursos existentes e da organização dos serviços»*).

Naturalmente, o direito à saúde é depois objecto de maiores concretizações enquanto direito dos utentes do sistema de saúde, definido na Base XII, n.º 1, como sendo constituído *«pelo Serviço Nacional de Saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou algumas daquelas actividades»*.

Neste contexto, dispõe a Base n.º XIV, n.º 1, da LBS que os utentes têm direito a:

- a) *Escolher, no âmbito do sistema de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores;*
- b) *Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei;*
- c) *Ser tratados pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correcção técnica, privacidade e respeito;*
- d) *Ter rigorosamente respeitada a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados;*
- e) *Ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado;*
- f) *Receber, se o desejarem, assistência religiosa;*

g) *Reclamar e fazer queixa sobre a forma como são tratados e, se for caso disso, a receber indemnização por prejuízos sofridos;*

h) *Constituir entidades que os representem e defendam os seus interesses;*

i) *Constituir entidades que colaborem com o sistema de saúde, nomeadamente sob a forma de associações para a promoção e defesa da saúde ou de grupos de amigos de estabelecimentos de saúde.»*

A compreensão deste acervo de direitos aconselha a que no seu âmbito se façam algumas distinções. Quanto ao respectivo conteúdo, podemos dizer que os direitos consagrados nas citadas alíneas a) a c) e e), isto é os direitos de, respectivamente, escolher o serviço e agente prestadores, aceitar ou recusar o tratamento, ser tratado e ser informado quanto ao tratamento, integram-se no núcleo dos direitos do utente. Diversamente, os direitos previstos nas alíneas d) e f) a i) citadas revestem um nítido carácter instrumental em relação aos primeiros.

Mas esta primeira distinção permite-nos efectuar logo uma outra, relativa ao modo como estes direitos dos utentes se relacionam com os direitos fundamentais. Neste contexto, é irresistível, desde logo, pensar que os direitos previstos nas alíneas a) a c) e e) do n.º 1 da Base XIV da LBS concretiza o direito fundamental à saúde, enquanto os direitos previstos nas demais alíneas são manifestação no plano da saúde de outros direitos fundamentais. Assim, no caso da alínea d), «*Ter rigorosamente respeitada a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados*», está em causa a reserva da intimidade da vida privada, prevista no artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição; no caso da alínea f), «*Receber, se o desejarem, assistência religiosa*», estamos perante uma incidência da liberdade de religião e de culto, prevista no artigo 41.º da Constituição⁸; no caso da alínea g), «*Reclamar e fazer queixa sobre a forma como são tratados e, se for caso disso, a receber indemnização por prejuízos sofridos*», defrontamo-nos com uma refracção da garantia do procedimento administrativo, prevista no artigo 267.º, n.ºs 1 e 5, e da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, prevista no artigo 22.º, ambos da Constituição; quanto a alínea h), «*Constituir entidades que os representem e defendam os seus interesses*», estamos perante a liberdade de associação, a que se refere o artigo 46.º da Constituição; finalmente, a alínea i), «*Constituir entidades que colaborem com o sistema de saúde, nomeadamente sob a forma de associações para a promoção e defesa da saúde ou de grupos de amigos de*

⁸ A este mesmo direito se reporta o artigo 39.º do Estatuto do SNS, publicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro. O n.º 1 deste artigo 39.º dispõe que «*É garantido aos utentes do SNS de qualquer confissão o acesso dos respectivos ministros às instituições e serviços onde estejam a receber cuidados para aí lhes prestarem assistência religiosa*». O n.º 2 da mesma disposição estabelece que «*A assistência religiosa aos utentes de confissão católica é assegurada por capelães ou assistentes religiosos laicos, nos termos de legislação própria, a elaborar ouvida a Conferência Episcopal Portuguesa*».

estabelecimentos de saúde» exprime não só a liberdade de associação, mas também a estrutura participativa da Administração, prevista no artigo 267.º, n.º 1, da Constituição.

Será, no entanto, correcto afirmar que enquanto as alíneas d) e f) a i) especificam direitos que, não obstante o respectivo carácter acessório ou instrumental, correspondem a verdadeiros direitos, liberdades e garantias, enquanto as alíneas a) a c) e e) dizem respeito a direitos situados no núcleo do direito à saúde e que, por essa razão, relevam de um direito social? Não inteiramente. Os direitos a que se reportam estas últimas alíneas, importa recordá-lo, isto é, os direitos de escolher o serviço e agente prestadores, de aceitar ou recusar o tratamento, de ser tratado e de ser informado quanto ao tratamento, dizem respeito àquela que poderíamos designar a “tetralogia” no núcleo dos direitos do utente. Só que em tal núcleo, se é certo que os direitos de escolher o serviço e agente prestadores e de ser tratado devem ser caracterizados como típicos direitos sociais ou de prestação, o mesmo já não acontece com o direito de aceitar ou recusar o tratamento e de ser informado quanto ao mesmo.

Que isto é assim quanto ao direito a escolher o serviço e agente prestadores não sofre qualquer dúvida. Na verdade, a Base XIV, n.º 1, alínea a), precisa o alcance do direito em causa ao situar a escolha a que o mesmo diz respeito *«no âmbito do sistema de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização»*. Trata-se de uma referência directa à reserva do possível, em termos substancialmente idênticos aos que se acham previstos na já citada Base V, n.º 5, em que se reconhece *«liberdade de escolha no acesso à rede nacional de prestação de cuidados de saúde, com as limitações decorrentes dos recursos existentes e da organização dos serviços»*. Por seu turno, o direito a ser tratado é também um direito a prestações, como decorre de algumas das expressões através das quais a lei precisa o respectivo conteúdo: ser tratado *«pelos meios adequados»* e *«com prontidão»* e *«correção técnica»*. Aliás, este último aspecto, foi recentemente objecto de maior precisão e concretização pelo legislador, através da Lei n.º 41/2007, de 24 de Agosto, que define os termos da Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do SNS. No artigo 2.º, n.º 1, do diploma citado prevê-se um direito à prestação dos cuidados de saúde pelo SNS e pelas entidades convencionadas em tempo considerado clinicamente aceitável para a condição de saúde cada utente. Como precisa Sérvulo Correia, a densificação do conteúdo do direito ao tratamento, feita através da remissão para as regras da arte, remissão essa presente nas expressões *«pelos meios adequados»* e *«com correção técnica»*, *«encontra um non plus ultra natural*

“na medida dos recursos existentes” (Base XIV, n.º 1, alínea a)), ou seja, “nos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis” (Base I, n.º 2)»⁹.

Ao mesmo tempo, não pode deixar de se reconhecer que, no contexto dos recursos existentes, o reconhecimento do direito em causa implica uma efectiva limitação da actividade da Administração. Sérvulo Correia afirma, a este propósito, que «*Sob pena de responsabilidade jurídica, designadamente a administrativa por actos de gestão pública, não poderá, por exemplo, descurar-se a manutenção do equipamento de diálise renal para afectar os recursos a isso indispensáveis a utilizações de que não dependa tão directamente a preservação das vidas dos utentes*»¹⁰. Com base neste mesmo exemplo, poderá também admitir-se que o direito em causa implica ainda uma efectiva redução do poder discricionário da Administração e mesmo, em alguns casos, a sua redução a zero, quando, no contexto dos recursos existentes, o direito ao tratamento do utente seja apenas compaginável com uma determinada forma de afectação dos mesmos.

Por outro lado, cabe desde logo esclarecer que existem outros aspectos centrais do direito a ser tratado que não relevam da sua caracterização como um direito a prestações. Isto mesmo decorre com clareza da lei quando a Base XIV, n.º 1, alínea c), da LBS quando ali se afirma que o utente tem direito a ser tratado «*humanamente*» e com «*privacidade e respeito*». Estão aqui em causa verdadeiras emanações do princípio da dignidade da pessoa humana, base de toda a ordem constitucional, com possíveis implicações no plano do direito à inviolabilidade da integridade física e moral das pessoas, previsto no artigo 25, n.º 1, da Constituição, que permitirão mesmo configurar, em determinados casos, o direito ao tratamento como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias. Aliás, só assim se compreende a relevância penal dos tratamentos médico-cirúrgicos, nos termos previstos no artigo 150.º do Código Penal¹¹.

Decididamente no plano dos direitos, liberdades e garantias se hão-de colocar os direitos dos utentes previstos nas alíneas b), «*Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei*», e e), «*Ser informados sobre a sua situação, as alternativas*

⁹ Cfr. Sérvulo Correia, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, *cit.*, p. 41.

¹⁰ Cfr. Sérvulo Correia, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, *cit.*, p. 41.

¹¹ Dispõe o artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal que «*As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e de experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de com acordo com as leyes artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física*». Por sua vez, o n.º 2 estabelece que «*As pessoas indicadas no n.º anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamento violando as leyes artis e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal*».

possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado», do n.º 1 da Base XIV da LBS. Estes direitos que exprimem, respectivamente os princípios do consentimento necessário e do consentimento informado, são expressão directa do direito fundamental à inviolabilidade da integridade física e moral das pessoas, previsto no já citado artigo 25.º, n.º 1, da Constituição. Aqueles princípios, isto é, os princípios do consentimento necessário e do consentimento informado, são ainda objecto de tutela penal, nos termos dos artigos 156.º e 157.º do Código Penal, respectivamente¹².

4. Deveres dos utentes do SNS. Também na Base XIV da LBS incluem-se disposições relativas aos deveres dos utentes. A este propósito, prevê o n.º 2 que os utentes devem

- «a) Respeitar os direitos dos outros utentes;*
- b) Observar as regras sobre a organização e o funcionamento dos serviços e estabelecimentos;*
- c) Colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria situação;*
- d) Utilizar os serviços de acordo com as regras estabelecidas;*
- e) Pagar os encargos que derivem da prestação dos cuidados de saúde, quando for caso disso.»*

Segundo Sérgio Correia, a compreensão destes deveres, na perspectiva das situações jurídicas activas da Administração da Saúde que têm como correlativas, impõe uma distinção entre a alínea e), por um lado, e, por outro, as restantes alíneas¹³.

Assim, ao dever de pagar os encargos que derivam da prestação de cuidados de saúde, quando for caso disso, corresponde o direito dos estabelecimentos às taxas moderadoras, bem como ao pagamento dos serviços prestados a terceiros, previstos no artigo 13.º, alínea b), do Regime jurídico da gestão hospitalar, aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, isto é, o pagamento de cuidados prestados a não beneficiários do SNS, a que se refere a Base XXXIII, n.º 2, alínea c), da LBS. A discussão em torno das taxas moderadoras diz respeito à própria natureza distributiva do SNS e ao alcance do princípio da igualdade no seu seio. Como é sabido, a versão inicial da Constituição consagrava o princípio da gratuidade do sistema. Mais tarde, com a revisão de 1989, o artigo 64.º da Constituição passou a prever que o SNS seria tendencialmente gratuito, atendendo às condições económicas e sociais dos cidadãos. É, aliás, importante salientar

¹² Assim, dispõe o artigo 156.º do Código Penal, que, salvo algumas excepções previstas nos n.os 2 e 3, a realização, por um médico ou outra pessoa legalmente autorizada a empreendê-los, de intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. Por seu turno, o artigo 157.º consigna que *«Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica».*

¹³ Cfr. Sérgio Correia, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, *cit.*, p. 41.

que a jurisprudência constitucional de certa forma antecipou o sentido da revisão de 1989, ao admitir a existência de taxas moderadoras ainda antes desta revisão constitucional¹⁴.

Para além das taxas moderadoras, cujo regime consta hoje do Decreto-Lei n.º 54/92, de 11 de Abril, e dos pagamentos dos utentes não beneficiários, a LBS prevê outro tipo de pagamentos que poderão constituir objecto de dever por parte dos utentes. Assim, na já aludida Base XXXIII, n.º 2, alínea a), prevê-se «o pagamento de cuidados em quarto particular ou outra modalidade não prevista para a generalidade dos utentes». A alínea g) prevê pagamentos em consequência da «efectivação de responsabilidade dos utentes por infracções às regras da organização e do funcionamento do sistema e por uso doloso dos serviços e do material de saúde».

Este último aspecto introduz já a questão de saber se o correlativo dos deveres dos utentes consistem em verdadeiros poderes de autoridade por parte da Administração da Saúde. É neste âmbito, em que cabe discutir os deveres previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 da citada Base XIV. Alguns autores sustentam que os utentes do SNS, à semelhança dos alunos nas escolas públicas e dos presos nas penitenciárias, se colocam sob um estatuto particular, que envolve obrigações e sujeições especiais distintas das que incidem sobre os outros administrados, falando-se a este propósito de «relações especiais de poder»¹⁵. Sérvulo Correia admite que falar de «relações especiais de poder» poderia ter sentido se correspondesse simplesmente à localização no seio do direito administrativo especial das normas correspondentes às relações especiais em causa. Já o mesmo não se passa com o emprego da expressão para significar uma vinculação a deveres especialmente agravados, pois essa não seria uma base suficientemente objectiva para a demarcação de um regime específico¹⁶.

A partir do momento em que se exclui, acertadamente, a doutrina das relações especiais de poder enquanto factores criadores de «espaços livres do Estado de Direito»¹⁷, parece claro que assiste razão a Sérvulo Correia quando afirma que o que existe, nos casos que tradicionalmente se entendia constituírem campos de aplicação da doutrina em causa (isto é, a escola, as forças armadas, as prisões), são «poderes de autoridade configurados pelo ordenamento jurídico-administrativo, que poderão vir a ser exercidos sobre qualquer sujeito de direito que vier a encontrar-se numa situação subsumível na previsão das normas que os conferem». Por outro lado, isso não significa que não se reconheça que as relações jurídicas de prestação de cuidados de

¹⁴ Neste sentido, cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 330/89.

¹⁵ Sobre o sentido e origens do conceito, proveniente da dogmática administrativista alemã, cfr. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16.ª ed., Verlag C. H. Beck, Munique, 2006, § 8, n.ºs 26 e ss., pp. 180 e ss.

¹⁶ Cfr. Sérvulo Correia, «As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde», *cit.*, pp. 46-47.

¹⁷ Cfr. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, § 8, n.º 28, p. 181.

saúde nos serviços públicos de saúde envolvem «a sujeição do utente a uma disciplina que constitui uma exigência do regular funcionamento do serviço público»¹⁸.

Onde está, no entanto, prevista a sujeição do utente ao exercício de poderes disciplinares por parte da Administração de Saúde? Na realidade, para além dos deveres do utente, encontramos ainda outras disposições que, de algum modo, a pressupõe. Em primeiro lugar, importa lembrar aqui a já citada alínea g) do n.º 2 da Base XXXIII da LBS, que prevê a possibilidade de pagamentos em consequência da «efectivação de responsabilidade dos utentes por infrações às regras da organização e do funcionamento do sistema e por uso doloso dos serviços e do material de saúde». Em segundo lugar, há que mencionar a competência atribuída às autoridades de saúde, nos termos previstos na Base XIX da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto. Segundo o n.º 1 da citada Base XIX, as autoridades de saúde visam «garantir a intervenção oportuna e discricionária do Estado em situações de grave risco para a saúde pública». Para o efeito, cabe às autoridades de saúde, nos termos do n.º 3, alínea c), desencadear, de acordo com a Constituição e a lei, o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a indivíduos em situação de prejudicarem a saúde pública. Esta medida integra-se no âmbito de uma verdadeira polícia administrativa da saúde.

5. Reflexões finais. O que podemos concluir de tudo o que fica dito? Julgo ser possível alinhar as seguintes reflexões:

a) Não é inteiramente correcta a afirmação segundo a qual o direito à saúde é um puro direito social. Por um lado, a concretização legislativa do direito à saúde revela que esse direito surge rodeado de um conjunto de direitos que são pura manifestação de direitos de liberdade. Para além disso, no núcleo do direito à saúde existe um reduto do princípio da dignidade da pessoa humana que permitirá mesmo considerá-lo como um direito análogo, em certas circunstâncias. Para além dos casos em que exista uma conexão evidente entre o direito a ser tratado e o direito à integridade física, pense-se, por exemplo, na decisão de encerrar uma unidade de hemodiálise, sem criação de alternativas para os doentes¹⁹. Não pode deixar de existir aqui uma violação do direito à saúde dificilmente justificável à luz da

¹⁸ Cfr. Sérvulo Correia, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, *cit.*, pp. 49-50.

¹⁹ Neste sentido, cfr. Eduardo Rocha Dias, *Direito à Saúde e Informação Administrativa: O Caso das Advertências relativas a Produtos Perigosos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 339: «É defensável, por sua vez, o reconhecimento de um direito subjectivo, fundado directamente na Constituição, a prestações na área da saúde sempre que o indeferimento destas acarretar risco de dano irremediável à vida e à integridade física, o que impõe um sopesamento, no caso concreto, dos bens jurídicos e valores envolvidos».

reserva do possível, tal como haveria uma violação do direito social à habitação em caso de despejo arbitrário de alguém de uma habitação social que lhe houvesse sido dada em arrendamento no âmbito de um programa social.

Fará sentido falar aqui em proibição de retrocesso social, como chegou a admitir-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/84? Parece mais razoável falar simplesmente na proibição de decisões arbitrárias, mesmo no âmbito dos direitos sociais²⁰.

b) A afirmação de poderes de autoridade da Administração de saúde em relação aos utentes, enquanto correlativos dos deveres que a lei faz recair sobre estes últimos, deve ser claramente assumida. Aliás, julga-se que só essa assunção permitirá a difusão de uma cultura em que falar de direitos dos utentes não seja simples expressão de ironia. Uma cultura de direitos é sempre também uma cultura de responsabilidade.

d) Quando se fala de direitos e deveres do utente do SNS, deve ter-se a consciência de que é importante, mais do que saber enunciar os direitos em causa, saber qual a filosofia subjacente ao sistema.

Podemos pensar, a este propósito, em vários critérios de distribuição dos cuidados de saúde. De acordo com um deles, a necessidade seria o único critério a considerar. A diferença de rendimentos e de riqueza não constitui um critério justificado de discriminação quando está em causa a saúde. Nesta perspectiva, o doente tem direito aos cuidados de saúde e a participação do Estado na sua participação é obrigatória²¹.

De acordo com outro modo de ver, é insuficiente pensar apenas a questão da distribuição de cuidados de saúde em termos da afectação de recursos tendo em vista um objectivo. É necessário pensar de onde vêm os recursos em causa. Aqueles que prestam os cuidados de saúde não o fazem (não têm que o fazer) apenas porque alguém tem necessidade desses cuidados, mas sim como meio para satisfazer fins próprios. Por outras palavras, é necessário defender um sistema de direitos, incluindo o direito à saúde, em que ninguém pode exigir nada de outrem na ausência de um contrato. A saúde não é uma necessidade, é uma opção, quer dos que a procuram, quer dos que estão dispostos a prestar os cuidados que envolve²².

²⁰ Cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 394; Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 197-198.

²¹ Cfr. Bernard Williams, "The Idea of Equality", in idem, *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*, selecção, edição e introdução de Geoffrey Hawthorn, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 106-107.

²² Cfr. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1991 [1974], pp. 133-134.

Nenhuma destas visões extremas parece acertada. O critério da atribuição de cuidados de saúde não pode consistir simplesmente na necessidade, mas em atingir um nível mínimo que seja compatível com a dignidade da pessoa. Ao mesmo tempo, a saúde não é uma opção individual na medida em que se trate de um valor reconhecido como fundamental por uma determinada comunidade política, como sucede em Portugal justamente através da Constituição²³. Assim, dir-se-á: até ao nível mínimo de cuidados médicos o critério é a necessidade; acima dele, a opção individual que é como quem diz o mercado.

Lisboa, 5 de Novembro de 2008

²³ Cfr. Bernard Baertschi, *La Valeur de la Vie Humaine et l'Intégrité de la Personne*, PUF, Paris, 1995, pp. 253-261. É também esta, de algum modo, a ideia subjacente ao mínimo social enquanto fundamental constitucional, defendido por John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nova Iorque, 1996, pp. 228 e ss. Exprimindo dúvidas sobre um direito à sobrevivência, enquanto direito social análogo aos direitos, liberdades e garantias, mas aceitando a não tributação do rendimento necessário ao mínimo de existência, cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 388.