



Direito à proteção da saúde: a experiência do Provedor de Justiça¹

José de Faria Costa, *Provedor de Justiça*

I

Quatro décadas se sucederam desde a consagração, em Portugal, do Provedor de Justiça². Órgão do Estado independente, colheu na figura escandinava do *Ombudsman* a sua marca de água, sem, no entanto – e indubitavelmente pela força motriz do impulso coletivo de edificação de um Estado de direito democrático, substantivamente valioso, e do imperativo de salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais até então menosprezados –, deixar de incorporar traços institucionais característicos.

O Provedor de Justiça afirma-se, deste jeito, como um mecanismo de atuação *soft* (vale por dizer, de ação meramente recomendatória ou persuasiva, sem poder decisório), através de meios informais, flexíveis e expeditos, prevalecendo-se de um estatuto forte de independência, a sua *conditio sine qua non* existencial. Distintivamente, porém, de um estrito recorte funcional típico do *Ombudsman* clássico (moldado, na sua compleição prevalecente, para o controlo da esfera da administração pública), o Provedor de Justiça nasceu matricialmente como defensor dos direitos fundamentais, mecanismo não jurisdicional para a respetiva proteção e promoção ou, em qualificativo muito disseminado neste nosso tempo, como

¹ Este texto teve a colaboração da Dra. Catarina Ventura e da Dra. Sara Vera Jardim, Assessoras do Provedor de Justiça, e foi proferida no V Fórum ERS *Direitos dos Utentes e Regulação em Saúde*, realizado na Fundação Dr. António Cupertino de Miranda, no Porto, em 18 de setembro de 2015.

² Veja-se o Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de abril, diploma que cria o cargo de Provedor de Justiça e fixa as suas atribuições.



Ombudsman de Direitos Humanos³. A sua imediata constitucionalização, no então artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa (correspondente ao atual artigo 23.º), após a introdução por via legislativa e em pleno regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, ancora e adensa vivamente esta incontestável vocação institucional abrangente do Provedor de Justiça⁴.

Com um perfil marcadamente “plurifuncional”⁵, no exercício da sua função principal de amparo às posições subjetivas das pessoas, o Provedor de Justiça não se encontra limitado em razão da matéria. Compete-lhe curar de todos os direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias, assim como direitos económicos, sociais e culturais), e dos demais direitos e interesses legítimos dos cidadãos, contra as iniquidades e ilegalidades dos poderes públicos⁶.

Deste feito e ante a ideia forte da ética do comprometimento que o impregna, eleva-se, *inter alia*, o empenho do Provedor de Justiça para com o valor intrínseco da pessoa humana, com a afirmação incessante e firme da plena dignidade, igualdade e liberdade de cada um. Por sobre tudo, em comunidades com consolidada ideia de democracia representativa, insistimos que o que se exige dos poderes públicos não será tanto o reconhecimento do valor inerente dos direitos fundamentais, dado o patamar de interiorização jurídica aí alcançado quanto a esse valor fundante (verdadeiro limite ao exercício do poder), robustecido ademais pela teia de intensa imbricação entre espaços distintos de produção normativa. Distinta e

³ Veja-se REIF, Linda C., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 7 e s.

⁴ Depois do reconhecimento constitucional, o Estatuto do Provedor de Justiça ficou primeiramente vertido na Lei n.º 81/77, de 22 de novembro, e, subsequentemente, na Lei n.º 9/91, de 9 de abril. Esta última, com as alterações decorrentes das Leis n.º 30/96, de 14 de agosto, n.º 52-A/2005, de 10 de outubro, e n.º 17/2013, de 18 de fevereiro, enforma o Estatuto do Provedor de Justiça vigente.

⁵ Quanto a este modo de ser vejam-se já CANOTILHO J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 442, e AMARAL, Maria Lúcia, «O Provedor de Justiça: Garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função?», *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002, p. 53.

⁶ E de todos os poderes públicos, à exceção das dimensões de expressão de vontade política pelos órgãos do poder político e, quanto ao poder judicial, dos tribunais no exercício de funções jurisdicionais. Veja-se o artigo 22.º, n.os 2 e 3, do Estatuto do Provedor de Justiça.



definitivamente, o problema fulcral com que o nosso modo de ser coletivo se confronta é antes o da efetiva e real concretização dos direitos fundamentais, incluindo a medida possível da sua realização. E em um tempo que é também de incertezas, riscos e paradoxos, tal dimensão não deixa de emergir quando se atenta na magistratura de persuasão ou influência que cabe ao Provedor de Justiça prosseguir.

Em esta pré-compreensão das coisas e na amplitude de direitos que o Provedor de Justiça é chamado a prover⁷, debruçamo-nos, no presente excursão, especificamente sobre a experiência deste órgão do Estado na defesa do direito à proteção da saúde, que a Constituição portuguesa afirma no artigo 64.º.

Enquadrado sistematicamente, no catálogo da lei fundamental, entre os direitos sociais, o direito à proteção da saúde partilha, nessa sede, com outros direitos (designadamente, ao ambiente, à segurança social, à habitação) a dimensão dos direitos a condições de uma vida digna, ancorando-se basilarmente, como é atributo de todos os direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana.

No seu delineamento típico, os direitos sociais recortam-se como direitos positivos ou a prestações, *i.e.*, direitos que exigem do Estado uma conformação político-legislativa (direitos a prestações jurídicas), senão mesmo material (direitos a prestações materiais, incluindo bens e serviços), necessária à sua realização. Acrescendo-lhes uma complexidade estrutural, aos direitos sociais não são estranhas dimensões negativas, o que evidencia, outrossim, a sua faceta de direitos que

⁷ Relembre-se que, na sua especificidade própria de mecanismo de controlo dos e de recomendação aos poderes públicos, o Provedor de Justiça, como *Ombudsman* que é, consubstancia uma instituição do Estado aberta aos cidadãos, lidando primacialmente com as queixas que, individual ou coletivamente, lhe são apresentadas (justamente, o direito de queixa ao Provedor de Justiça insere-se na tradição constitucional do direito de petição, representação ou queixa). Acresce que a possibilidade de intervenção do Provedor de Justiça não se encontra refém de um impulso externo, já que dispõe do poder de iniciativa própria. Esta capacidade de agir *ex officio* reclama do Provedor de Justiça uma acrescida responsabilidade do compromisso que inere ao exercício das funções que a Constituição lhe outorga e o seu Estatuto concretiza, sendo seu dever incompressível olhar e ouvir o que o rodeia e sentir o pulsar da vida em coletivo, em que tantas vezes se prenunciam outras tantas inquietações dos cidadãos. Daí o clamor do chamamento que o Provedor de Justiça incessantemente abraça no sentido de perceber para prover.



reclamam, seja do Estado, seja de terceiros, a não interferência com o respetivo âmbito de proteção.

Há quase sete décadas, em uma visão inovadora, a Constituição da Organização Mundial de Saúde, no seu preâmbulo, perspetivou a saúde como «um estado de completo bem-estar físico, mental e social», que «não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade». Mais aí se afirmou que «gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição económica ou social». A comunidade internacional prosseguiu o caminho de reconhecimento, em distintos catálogos internacionais de direitos humanos, da essencialidade do direito à proteção da saúde, cujo referente temporal e geograficamente mais próximo se ilustra com a sua afirmação no artigo 35.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Este preceito, para além de atender ao nível de proteção almejado no seio do Conselho da Europa, colhe as dimensões normativamente densificadas pelos tratados constitutivos da União Europeia⁸.

No marco constitucional português, a tutela do direito à saúde comporta dimensões várias, de liberdade e prestacionais. No recorte típico de mecanismo *soft*, mas forte, por paradoxal que pareça, e por sobre tudo no caleidoscópio das queixas que, em exercício de uma cidadania ativa, lhe são dirigidas, o Provedor de Justiça não tem deixado de contribuir para o aprofundamento e consolidação das distintas vertentes em que este direito se expressa. Desde a melhor conciliação entre a expressão individual do direito fundamental à proteção da saúde, por um lado e, por outro, a dimensão coletiva da imposição constitucional de garantir a proteção da saúde de todos, passando pela busca do equilíbrio sustentável entre o mais do que desejável reforço da qualidade e quantidade de cuidados de saúde disponíveis e a limitação dos recursos financeiros do Estado e dos próprios cidadãos para os custear, tem a intervenção do Provedor de Justiça sido pautada pela afirmação inabalável da defesa do princípio constitucional da solidariedade e do direito à

⁸ Vejam-se, hoje, os artigos 9.º e 168.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.



equidade no acesso àquele que é um dos parâmetros nucleares do desenvolvimento humano. Nas linhas que se seguem respigamos alguns dos casos mais ilustrativos desse papel do *Ombudsman* português em distintos momentos da sua existência.

II

Principiando pela dimensão programática que enforma o direito constitucional à proteção da saúde, não raras vezes a mesma motiva a intervenção do Provedor de Justiça, reclamando-se um contributo para a melhoria da vertente organizacional do sistema instituído, em prol do «acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação» (alínea a) do n.º 3 do artigo 64.º da Constituição)⁹.

Assim sucedeu logo em 1978, tendo o Provedor de Justiça recomendado a adoção de um sistema nacional de emergência médica, que assegurasse o socorro e transporte de doentes do domicílio para os hospitais, em todos os casos de emergência. Na verdade, verificou-se nessa ocasião a existência de um sistema fragmentado, distinto, designadamente, consoante a natureza pública ou outra, dos locais de origem da ocorrência e imperfeitamente articulado¹⁰.

Durante a segunda metade da década de 90, em impulso junto do Provedor de Justiça, subscrito por milhares de pessoas que contestavam a dificuldade sentida no acesso a cuidados hospitalares, foi desencadeada atividade inspetiva abrangendo um conjunto de centros de saúde e hospitais em determinada região do país.

⁹ A que acrescem os cuidados paliativos. Com efeito, na sequência do acompanhamento da situação de um cidadão que aguardou no domicílio, sem cuidados especializados para além do apoio familiar, cerca de três meses pelo ingresso em unidade de cuidados paliativos, o Provedor de Justiça teve a oportunidade, entre outras sugestões, de afirmar que esta categoria de cuidados assume a mesma dignidade que é reconhecida aos demais cuidados de saúde, mencionados no preceito constitucional, posição corroborada pela aprovação de uma Lei de Bases dos Cuidados Paliativos (Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro), e firmada, em última instância, no dever de respeito pela dignidade humana.

¹⁰ PROVIDOR DE JUSTIÇA *Relatório à Assembleia da República 1978*, p. 75 e s.



Concluiu-se pela ausência de critérios aptos a avaliar o aproveitamento de recursos internos das unidades hospitalares e pela existência de graves lacunas na articulação entre os cuidados de saúde primários e os cuidados especializados (*v.g.* a recusa de marcações com antecedência superior a um mês, impedindo a própria organização de prioridades de atendimento em sistema de lista de espera). A tentativa de superar a situação justificou a recomendação, nomeadamente, de realização de auditorias técnicas às unidades visadas com vista ao mapeamento e integral aproveitamento da capacidade instalada, de definição de um plano de articulação global entre os diferentes níveis de cuidados (os quais viriam mais tarde a ser plasmados nas designadas redes de referência, com caráter nacional), bem como de celebração de protocolos específicos entre as unidades que ditariam os critérios de admissão às consultas especializadas; na mesma iniciativa foi ainda recomendada a informatização do processo de gestão da agenda e marcação de consultas (então manual na maioria dos hospitais visitados), ferramenta que, para além dos ganhos de eficiência, hoje incontornáveis, permitiria a obtenção de informação de grande valor para futura organização¹¹. A resposta a esta intervenção com intuito de prover um contributo de alcance sistémico foi globalmente favorável, importando relevar que as medidas então advogadas tenham, ao longo dos anos que se seguiram, sido adotadas pelo sistema, alcançando algumas delas o estatuto de instrumentos de gestão do Serviço Nacional de Saúde (SNS).

Apesar do inequívoco e louvável robustecimento dos aspetos organizacionais do sistema de prestação de cuidados de saúde, a temática da articulação persiste ainda hoje como motivo de intervenção do Provedor de Justiça. Constituem exemplos mais recentes de domínios visados a referência em cirurgia plástica, com realce para o correto encaminhamento de situações de urgência¹², o acesso a tratamentos de infertilidade¹³, a referência de unidades ou hospitais periféricos

¹¹ PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 1997*, p. 517 e s.

¹² PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 2009*, p. 74 e 75.

¹³ Tendo, neste caso, sido alertada a Direção-Geral da Saúde para a necessidade de homogeneização e maior transparência das regras de referência existentes.



para serviços ou unidades de cuidados intensivos, ou o acompanhamento da criação e funcionamento da “Urgência Metropolitana de Lisboa”.

Prosseguindo na atuação de cariz sistémico, visando melhorias no horizonte da dimensão organizativa da prestação de cuidados de saúde, realce-se a intervenção do Provedor de Justiça tendente ao aperfeiçoamento do funcionamento da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados, iniciada a partir de queixas concretas, embora com vocação geral. Neste contexto, entre a variedade de questões trazidas à atenção deste órgão do Estado, foi recentemente ponderada junto das entidades competentes a previsão de uma garantia de cariz impugnatório que enquadrasse a expressão da discordância dos utentes, quer quanto à avaliação clínica que dita o ingresso, quer quanto àquela que determina a tipologia de unidade escolhida, dimensões que têm vindo a ser concretizadas.

Em um outro plano, o regular funcionamento de um SNS universal, geral e tendencialmente gratuito constitui a garantia primeira da concretização do dever de proteção que ao Estado incumbe, assumindo o direito subjetivo de acesso atempado a cuidados de qualidade¹⁴ vocação prioritária no conjunto de direitos associados à proteção da saúde que o Provedor de Justiça é também chamado a defender.

A universalidade e igualdade que enformam o SNS convocam a questão de quem a ele tem acesso, matéria inexoravelmente interligada com a conceção da proteção da saúde como direito humano basilar, estruturante da própria dignidade humana. Neste ponto, não deixa de ser paradigmática a atuação do Provedor de Justiça face à situação dos estrangeiros legalmente residentes em Portugal, inicialmente motivada pela recusa de tratamento a um cidadão de um país africano a residir legalmente em Portugal há 18 anos, que culminou com a aprovação do Despacho n.º 25360/2001, de 12 de dezembro, do Ministro da Saúde. Neste instrumento normativo ficou garantido o acesso ao SNS, em igualdade de circunstâncias com os cidadãos portugueses, de cidadãos estrangeiros legalmente

¹⁴ Atualmente expressamente plasmado na Lei n.º 15/2014, de 21 de março, que consolida a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde.



residentes em Portugal. Mais foi afirmado o carácter absoluto, logo universal, do direito de qualquer pessoa a receber assistência médica, ainda que permanecendo em situação irregular no país, sem prejuízo da assunção da responsabilidade pelos encargos incorridos¹⁵.

Na ótica de uma equitativa cobertura do país com unidades de saúde, não são raras as queixas relacionadas com tempos de espera excessivos para obtenção de cuidados de saúde, particularmente incidentes, no momento presente, no acesso a primeiras consultas hospitalares e exames complementares de diagnóstico. Nesta esfera é apanágio do Provedor de Justiça, para além do controlo do regular andamento do processo junto das entidades prestadoras, a difusão do entendimento segundo o qual serão todos os recursos do SNS, tido como universalidade, a responder perante o cidadão. Vale isto por dizer que, perante patente incapacidade interna de determinada unidade para corresponder, com prontidão, aos cuidados requeridos pela situação clínica de determinado utente, impõe-se o acionamento do mecanismo de referenciação, assim se convocando a globalidade dos recursos disponíveis na «rede nacional de prestação de cuidados de saúde», que, tal como definido no n.º 4 da Base XII da Lei de Bases da Saúde¹⁶, engloba, para além dos estabelecimentos do SNS, os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem o Estado tenha celebrado acordos de prestação de cuidados de saúde. O mecanismo de referenciação encontra-se regulamentado para o acesso a primeiras consultas hospitalares e cirurgias, circunstância que não exclui da conceção defendida todos os outros tipos de cuidados de saúde. Ao Provedor de Justiça compete lembrar, todas e quantas vezes se mostre necessário, que as razões de organização e planeamento legalmente previstas como justificativo da exclusão da liberdade de escolha da unidade de saúde pretendida¹⁷ devem ceder ante a eventualidade de incumprimento do direito de acesso atempado, não sendo

¹⁵ PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 2001*, p. 391.

¹⁶ Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro.

¹⁷ A escolha do serviço e prestador de cuidados de saúde encontra-se legalmente condicionada à medida dos recursos existentes e regras de organização, conforme dispõe a Base XIV da Lei de Bases da Saúde.



admissível que a sorte ou azar ditados por um vínculo geográfico administrativamente gerado perturbem a prestação atempada dos cuidados necessários, afinal, fundamento e fim do sistema instituído.

Por seu turno, a generalidade que caracteriza o nosso sistema nacional de saúde pressupõe a disponibilização da mais ampla gama de serviços, em conformidade com a noção de saúde adotada, embora condicionada à “reserva do possível”, inevitável na conceção de qualquer direito social. Não serão, deste modo, difíceis de enumerar os obstáculos à atuação do Provedor de Justiça, espartilhado entre o respeito devido à margem de liberdade da decisão política envolvida – cujo cerne escapa à sindicância deste órgão do Estado – e a limitação das possibilidades materiais existentes.

A definição da extensão do catálogo de prestações disponibilizadas aos utentes do SNS é amiúde colocada à consideração do Provedor de Justiça¹⁸. Em termos gerais e com particular premência na atualidade, a questão da amplitude de cuidados disponibilizáveis coloca-se, nomeadamente, no domínio do acesso à inovação e, em especial, no cruzamento com a política do medicamento.

Na verdade, a saúde constitui o contexto ideal para o ensaio de novas abordagens normativas e de intervenção dos poderes públicos ante aqueles que são os desafios das sociedades do século XXI. Entre estes, o acesso à inovação terapêutica apela a reflexões diversas, normativas e éticas, legitimando-se a dúvida sobre a existência de um direito fundamental à inovação terapêutica, um direito fundamental a dado medicamento¹⁹. Trata-se, no decurso dos últimos anos, de uma questão recorrentemente submetida à consideração do Provedor de Justiça por utentes do SNS, os quais plenamente aconselhados pelos seus clínicos sobre as opções terapêuticas disponíveis, pretendem o acesso, através de financiamento

¹⁸ Destaque-se, a título meramente exemplificativo, a contestação face à escassez de cuidados de saúde oral para a generalidade da população, isto é, para todos os que não se encontram nos grupos prioritários tutelados pelo Programa Nacional de Promoção da Saúde Oral.

¹⁹ Recuperamos aqui reflexões tecidas por ocasião da conferência “Direitos fundamentais na prática do Provedor de Justiça”, no Seminário “Direitos Fundamentais na jurisprudência do STJ e na prática da Provedoria”, no âmbito da Iniciativa Tribunais e Direitos Humanos, no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa (11 de julho de 2014).



público, a medicamentos de última geração. É significativamente o caso da terapêutica oncológica, embora se revele ademais em queixas sobre a negação do acesso (financiado) a medicamentos para doenças raras e até para doenças do foro psíquico. Por norma estão em causa medicamentos comercializados ou comercializáveis (disponíveis em farmácia de oficina, ou através de uma autorização de utilização especial), associados, porém, a encargos financeiros dificilmente comportáveis para a maior parte dos cidadãos. Trata-se de terapêuticas destinadas a prolongar a vida ou a aumentar a qualidade do fim da vida, embora com esperanças reforçadas a cada dia que passa, sem que seja com justiça replicável a valoração ética que sobre a relação custo-eficácia de cada um se possa fazer.

Particularmente problemática é a dissonância entre o juízo clínico do médico prescriptor e aquele que resulta condensado na decisão de cariz administrativo adotada pelos responsáveis hospitalares convocados, com base no parecer das respetivas comissões de farmácia e terapêutica hospitalares, mas que extravasa a valoração médica. Tal como em outras situações, o Provedor de Justiça perfilha o entendimento de que a proteção e promoção da saúde de todos poderão justificar a priorização da alocação de recursos, insistindo-se pela garantia da equidade no acesso a estes medicamentos (como a todos os demais cuidados de saúde).

Também a plena fundamentação das decisões administrativas que exprimam uma negação da pretensão de um doente e a clarificação dos direitos que a cada um são devidos neste domínio constituem objetivos vertidos na comunicação estabelecida, com frequência, entre o Provedor de Justiça e o Ministério da Saúde, bem como os órgãos gestores das unidades envolvidas. Outrossim, junto da Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde I.P. (Infarmed) tem sido mantido o acompanhamento da evolução da situação, depois de reforçada a urgência da adoção de qualquer das soluções aventadas para a superação de dicotomias regionais subsistentes, quer como para a indesejável demora na conclusão dos processos de avaliação fármaco-económica dos medicamentos.



Permanecendo no rasto da esperança despertada pelo progresso científico, também a pretensão de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços é matéria repetente, aproveitando, agora, o alargamento do direito à informação pelos doentes viabilizado pela entrada em vigor da Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto, que transpôs para o direito interno a Diretiva n.º 2011/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, e a Diretiva de Execução n.º 2012/52/EU da Comissão, de 20 de dezembro de 2012.

Por fim, em matéria de prestações previstas, excluída uma interferência nas decisões clínico-administrativas adotadas, não deve o Provedor de Justiça conceder qualquer argumento que distinga com base em critérios não clínicos, categorias ou grupos de doentes a quem deva ser administrado ou rejeitado o acesso.

Direcionando-nos para as questões de índole financeira, enformadas pela característica da tendencial gratuitidade do SNS, financiado através de impostos gerais, evidencia-se mais recentemente, no conjunto das queixas recebidas, o impulso motivado pela modificação do regime de isenção das taxas moderadoras, ocorrida com a aprovação do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro. Da sua apreciação resultou a formulação da Recomendação n.º 11/B/2012, ainda com vários aspetos sob ponderação²⁰. Nesta iniciativa, abstendo-se de adotar uma posição a respeito do *quantum* associado ao aumento previsto e intensamente contestado, a qual requereria uma abordagem da fluida discussão sobre o limite que distingue uma qualificação como taxa moderadora ou a sua subsunção à noção de copagamento (este último violador do imperativo constitucional), centrou-se o Provedor de Justiça na procura de maior justiça social e equidade das soluções legalmente vertidas, essencialmente quanto às condições de isenção de taxas moderadoras²¹. A publicação do Decreto-Lei n.º 117/2014, de 5 de agosto,

²⁰ PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 2012*, p. 120 e 121.

²¹ Entre o conjunto de soluções recomendadas, destaquem-se o estudo da possibilidade de escalonamento de taxas pedidas, estabelecendo-se um nível intermédio de isenção parcial, a eliminação de cobrança de taxas moderadoras nos serviços de urgência para as situações comprovadamente reconhecidas como aconselhando o recurso a essas estruturas especializadas, a



representou um passo para o aperfeiçoamento do regime, em conformidade com propostas formuladas pelo Provedor de Justiça, mantendo-se, todavia, especial preocupação quanto à relevância da composição de cada agregado familiar e melhor delimitação do rendimento relevante. A informalidade e liberdade de persuasão reconhecidas ao Provedor de Justiça, que o diferencia de outros mecanismos de defesa dos direitos, sobressaíram em todo este processo.

Ultrapassando a abordagem centrada nas características do sistema, olhemos outros direitos subjetivos dos doentes objeto de reflexão do Provedor de Justiça. São vários os instrumentos jurídicos que condensam esses direitos, todos reconduzíveis afinal ao dever de respeito pela dignidade humana e relacionados, em diversas esferas, não só com o direito à proteção da saúde, mas também outros direitos fundamentais.

Assim, no âmbito da proteção de dados pessoais e do direito à privacidade e intimidade da vida privada, no confronto com a transparência e princípio do arquivo aberto, temos em diversas circunstâncias enfatizado a posição do Provedor de Justiça no que toca ao quadro geral que rege o acesso à informação de saúde, motivada pelas queixas dos cidadãos. Em uma primeira fase, a generalidade das queixas referia dificuldades de acesso a informação de saúde por parte das companhias de seguros ou familiares de titulares de dados já falecidos, com o objetivo de cumprir as condições exigidas pelas seguradoras para pagamento dos respetivos prémios. Mais recentemente, também os termos do acesso à informação de saúde pelo próprio motivam queixas contestando as decisões de unidades de saúde, quer públicas quer privadas, que o condicionam à intermediação médica. Está em causa a questão material do conflito entre a confidencialidade de “dados sensíveis” protegidos por lei, que apenas ao próprio pertencem, e o princípio da transparência aberta que preside à informação detida por entidades públicas, mas

exclusão de rendimento relevante de prestações sociais que sejam expressamente destinadas a esses encargos, a alteração das regras de capitação.



também a concretização do direito de acesso à informação clínica própria, hoje fundamentado pela autodeterminação reconhecida a todas as pessoas.

Sob a égide das competências do Provedor de Justiça julgamos especialmente preocupante a dualidade de regimes legais que enformam o direito de acesso a informação de saúde, diferindo consoante se trate do acesso a dados detidos por entidades privadas ou do acesso a “documentos administrativos”, na posse de serviços ou unidades de saúde integradas no SNS²². Naturalmente que a especial natureza dos dados, reconhecida por ambos os regimes legais, admite em teoria uma aproximação das regras aplicáveis, com reserva da intimidade da vida privada, sem que, na prática, tenha permitido, até à presente data, ultrapassar a dicotomia verificada e respetivas consequências paradoxais. A tendência dualista, confirmada pelo sentido divergente das posições finais adotadas relativamente a pedidos de acesso a informação pelas duas entidades que protagonizam o conflito positivo de competências, tende a agravar uma situação legal obscura, com prejuízo para os cidadãos e entidades prestadoras, públicas e privadas. Com vista à clarificação da matéria solicitou já o Provedor de Justiça a intervenção do Parlamento, tendo por base a preocupação que o move, qual seja a existência de dois níveis de proteção de dados e prejudicial opacidade legal que urge superar.

Aproximando-nos do fim deste excurso, aludamos à vertente negativa da proteção da saúde contida no dever de abstenção que sobre o Estado recai relativamente a condutas prejudiciais à saúde.

²² Em traços gerais, enquanto a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais) e, no que respeita aos dados de saúde em particular, a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro (diploma que regula a informação genética pessoal e informação de saúde), assumem uma vocação generalista, visando a proteção de dados pessoais, já o acesso a esta categoria de dados, quando incorporados em “documentos administrativos”, encontra-se regulado pela Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto (lei que regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização). A tónica oposta dos princípios basilares que sustentam os dois regimes justifica decisões de sinal contrário ante pedidos equivalentes, variando consoante a natureza pública ou privada da entidade que os detém, com a agravante de coexistirem duas entidades administrativas competentes para a respetiva monitorização, a Comissão Nacional de Proteção de Dados e a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, as quais têm adotado posições inconciliáveis sobre idênticos pedidos de acesso a dados.



Recuperamos, da década de 90, o caso paradigmático da contaminação com VIH de utentes hemofílicos, transfundidos no ano de 1987 em estabelecimentos do SNS. Neste horizonte, foi recomendado ao Governo que garantisse aos lesados uma indemnização, mediante simples prova de ter sido recebido tratamento médico com o lote de sangue contaminado, combinado com o resultado positivo aos marcadores de VIH²³. Uma vez que não foi acatada a flexibilização da prova do nexo de causalidade sugerida, a solução prosseguida consistiu na criação de um tribunal arbitral.

Na mesma linha, embora com alcance genérico, invocamos ainda a sugestão formulada na mesma década, no sentido da definição de um regime legal de compensação para os cidadãos vítimas de contágio pelo VIH, por atos de transfusão de sangue ou seus derivados, realizados em estabelecimentos públicos de saúde, em apelo ao princípio constitucional da solidariedade²⁴.

Ainda na esfera das queixas subsumíveis à problemática da contaminação por VIH através de transfusões, foi este órgão do Estado confrontado com o vazio legal à data existente em matéria de registo e conservação de informação relacionada com a recolha e administração de sangue, originando a recomendação no sentido da consagração normativa da obrigação de conservação ilimitada dessa informação²⁵. Em acatamento desta iniciativa, foi então estipulado por via regulamentar um período de conservação de dados mínimo de 50 anos.

Em uma outra vertente, mencionemos por último a alegação, junto do Provedor de Justiça, de negligência e má prática médicas, decorrente da assistência médica prestada nas unidades do SNS. Conforme temos expressado, não se mostrando viável uma apreciação técnica, a intervenção nestes casos centra-se no esclarecimento e no mais correto encaminhamento dos cidadãos, sem que deixe de ser sempre possível o controlo pelo Provedor de Justiça do cumprimento do dever

²³ PROVIDOR DE JUSTIÇA, [Relatório à Assembleia da República 1993](#), p. 187 e s.

²⁴ PROVIDOR DE JUSTIÇA, [Relatório à Assembleia da República 1998](#), p. 441 e s.

²⁵ PROVIDOR DE JUSTIÇA, [Relatório à Assembleia da República 1994](#), p. 174 e s.



de resposta da(s) entidade(s) envolvida(s), bem como do cabal esclarecimento aos interessados de todas as dúvidas suscitadas e alegações imputadas.

III

No caminho trilhado procurámos evidenciar alguns exemplos de atuação do Provedor de Justiça e os vetores de força que a caracterizam, quando associada à exigência de um SNS com as características da universalidade, generalidade, tendencial gratuitidade e igualdade, sem que os casos trazidos a lume esgotem, naturalmente, o raio de ação deste órgão do Estado na defesa do imperativo constitucional de proteção da saúde.

Tendo ficado evidenciado o sentido material da sua ação, na procura de um nível mais elevado ou equitativo de proteção deste direito, voltar-nos-íamos, em jeito conclusivo, para as principais tendências institucionais reveladas por essa intervenção, naquilo que a distingue dos mecanismos clássicos de tutela.

O Provedor de Justiça não legisla, não governa, não julga e singulariza-se como elo entre os cidadãos e os poderes públicos sujeitos à sua esfera de atuação. Conciliador equidistante, tem a capacidade de ir além de propostas de resolução casuística, superando, tantas vezes, a estrita esfera dos casos individuais e concretos, apontando, se necessário for, para uma visão compreensiva dos problemas que cada uma dessas queixas revela.

Catalisador da mudança, este desenho institucional materializa-se também na área da saúde na procura constante de alternativas, promovendo a boa administração, a mediação de uma solução justa, de composição de interesses, ou, mais amplamente, o aperfeiçoamento da legislação, em situações múltiplas que vão desde as questões revestidas da maior complexidade técnico-jurídica à satisfação das pretensões mais triviais do quotidiano dos cidadãos.

Ombudsman dos Direitos Humanos, patamar de afirmação normativa do direito à proteção da saúde, incumbe-lhe incisivamente assegurar que em todos os



domínios da sua atividade é cumprida a atenção devida às respetivas dimensões subjetivas e suas necessidades de proteção, incluindo em áreas da ação pública que envolvam cidadãos em situação de maior vulnerabilidade. Será o caso paradigmático da monitorização dos aspetos relacionados com a saúde desde sempre assegurada no âmbito das inspeções às prisões.

Não estranha também, por isso, que ao Provedor de Justiça tenha sido atribuída a qualidade de Mecanismo Nacional de Prevenção no âmbito do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes²⁶. Com o afirmado desiderato de estabelecimento de um sistema de visitas regulares a locais de detenção, através de meios não judiciais e de carácter preventivo, a ação do Provedor de Justiça, também sob esta capa e em conexão com a proteção da saúde, permitirá reforçar o cuidado na defesa dos que, longe do olhar da comunidade, mais carecem de uma voz, como ocorre com os doentes dos diferentes serviços de saúde mental.

Esta abertura de intervenção institucional, conjugada com a amplitude substantiva do seu raio de ação, coloca o Provedor de Justiça entre os mecanismos de defesa do direito à proteção da saúde, conferindo-lhe uma indubitável justiciabilidade. Vale por dizer, uma acrescida possibilidade da sua efetiva realização.

²⁶ Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 2002, este Protocolo Facultativo «tem por objetivo estabelecer um sistema de visitas regulares, efetuadas por organismos internacionais e nacionais independentes, aos locais onde se encontram pessoas privadas de liberdade, a fim de prevenir a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes» (artigo 1.º).