



PROVEDOR DE JUSTIÇA

“Direitos fundamentais na prática do Provedor de Justiça” (*)

José de Faria Costa, *Provedor de Justiça*

I

Acolhido há quase quatro décadas no nosso modo-de-ser coletivo, no horizonte da edificação e densificação de um Estado de direito democrático, amigo dos direitos e liberdades, o Provedor de Justiça, sucedendo a sua imediata criação legislativa, nasce matricialmente inscrito na Lei Fundamental a talhe de um direito fundamental dos cidadãos, enraizado na tradição do direito de petição e que se corporiza, justamente, no direito de queixa ao Provedor de Justiça.

Mas não só como direito fundamental. A sua inserção, ante a sistemática da Constituição, na normatividade que aí concebe e adensa o regime dos direitos fundamentais, com o poder de emitir as recomendações necessárias para prevenir e reparar as ilegalidades e as injustiças na conduta dos poderes públicos, cimenta-o estruturalmente como mecanismo não jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais. O que não é de estranhar, pois radica na essência do *Ombudsman, qua tale*, velar pelos direitos dos cidadãos.

Sendo, deste feito, impelidos pela natureza das coisas a imergir na prática da instituição Provedor de Justiça em amparo dos direitos que alicerçam uma derradeira razão de ser no princípio da dignidade humana – daí a sua vocação de direitos fundamentais –, não deixam de desvelar-se, em essa incursão, outras tantas

(*) Este texto teve a colaboração da Sra. Dra. Catarina Sampaio Ventura e da Sra. Dra. Sara Vera Jardim, Assessoras do Provedor de Justiça, e serviu de base à comunicação proferida na Conferência *Tribunais e Direitos Humanos: Direitos fundamentais na jurisprudência do STJ e na prática da Provedoria*, realizada no Centro de Estudos Judiciários em 11 de julho de 2014.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

reflexões sobre os paradigmas diversos que a proteção desses direitos nucleares exhibe. Por sobre tudo, em um contexto de consolidação forte, no nosso tempo, do sistema democrático representativo, arrimo de um Estado marcado, ainda assim, pela pulverização dos centros de poder, a hipercomplexidade normativa e a real constatação, sentida na pele dos cidadãos, da limitação dos meios disponíveis para a satisfação do bem-estar coletivo.

Em concomitância, o presente excursus pressupõe, qual rosa-dos-ventos, a pré-compreensão daqueles que são os feixes institucionais próprios de um órgão do Estado como o Provedor de Justiça. É que atuando em um horizonte despojado de poder decisório, não é essa – por paradoxal que pareça – uma circunstância de tenuidade da sua intervenção. Ilude-se quem não vislumbre a essencialidade que robustece a ação do Provedor de Justiça, ainda que com a compleição de mecanismo de *soft law* na defesa dos direitos fundamentais – e, por conseguinte, matricialmente distinto dos meios jurisdicionais de tutela, cujas decisões prevalecem sobre a de quaisquer outras entidades.

Falamos, pois, de uma robustez expressivamente contida em uma ideia de magistratura da persuasão ou influência exercida pelo Provedor de Justiça, que se alimenta de um aparelhamento institucional forte. Permitam, em um andamento *allegro* e em ilustração do que acabamos de afirmar, sinalizar, muito particularmente, os paradigmas da informalidade, da pró-atividade e da ética do comprometimento que norteiam a ação do Provedor de Justiça, incluindo na defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Informalidade, porque o modo de acolher e prover às queixas dos cidadãos é livre do espartilho da solenidade formal procedimental, favorecendo a proximidade no trato com os cidadãos – tantas vezes aqueles em situação de maior vulnerabilidade e os que não têm voz –, mas também com os interlocutores dos poderes públicos, na busca da solução justa para o caso concreto, senão mesmo para a iniquidade imanente a um problema sistémico na realização dos direitos



PROVEDOR DE JUSTIÇA

fundamentais. Esta dimensão singulariza indubitavelmente o Provedor de Justiça perante os sistemas formais de tutela, instituídos sob a lógica tripartida dos poderes do Estado.

Pró-atividade, na medida em que o Provedor de Justiça, ante uma circunstância da nossa comunidade organizada em Estado que reclame a defesa intransigente dos direitos fundamentais e no silêncio dos cidadãos, personifica uma voz firme que provê pela possibilidade da realização desses direitos, percebendo por iniciativa própria os atropelos à dignidade humana e a carência da respetiva superação. Ilustrativa desta disposição é a iniciativa que tomámos recentemente, na sequência de notícias vindas a público sobre a situação de concidadãos sujeitos a trabalho em condições indignas no nosso país.

Nessa sua ação, de quem não permanece imperturbável aos sinais dos tempos, o Provedor de Justiça representa um baluarte do amparo aos direitos fundamentais, em que se consubstancia, também, a sua marca de água, a ética do comprometimento. Comprometimento para com o valor intrínseco da pessoa humana, afirmando a sua plena dignidade, igualdade e liberdade, mas também na busca incessante de elos fecundos entre os cidadãos e os poderes públicos, na aproximação equidistante das partes em conflito.

Sendo as dimensões que vimos de patentear razões fortes da intervenção de um órgão do Estado com o recorte do Provedor de Justiça na defesa e promoção dos direitos fundamentais e antes de ilustrar com a prática desvelada por alguns casos representativos, consintam, ainda, que possamos aludir ao horizonte paramétrico que sustenta essa ação. Na verdade, o parâmetro de controlo a que o Provedor de Justiça se atém, enquanto garante dos direitos e liberdades dos cidadãos, não se restringe ao horizonte da legalidade estrita, mas estende-se às fronteiras mais desafogadas das exigências materiais de justiça, ainda que sem expressão positivada na lei. Vale por dizer: o Provedor de Justiça pode ir sempre mais fundo, franqueado que lhe está colher também no feixe de valores éticos, assim



PROVEDOR DE JUSTIÇA

como no mundo pré ou quase jurídico do *soft law*, a base para a proposição de um patamar mais elevado ou equitativo de realização dos direitos fundamentais.

II

O Provedor de Justiça é matricialmente um “Provedor plurifuncional”, inexistindo limitações ao catálogo de direitos fundamentais cuja tutela seja chamado a prover. É, deste feito, um garante de todos os direitos fundamentais, de qualquer geração, nas dimensões tanto de direitos de defesa como de direitos a prestações.

Este ponto assente e afigurando-se, outrossim, indubitável, neste nosso tempo de tardo-modernidade, o reconhecimento do valor inerente aos direitos fundamentais, caberá formular algumas interrogações. Quais são os vetores de força que sobressaem da prática do Provedor de Justiça na defesa dos direitos fundamentais? As solicitações que lhe são dirigidas revelam que há velhos e novos direitos fundamentais? Coloca o desenvolvimento tecnológico e científico desafios à elevação da fundamentalidade de determinadas posições jurídicas subjetivas? Em um contexto de limitação dos recursos e meios disponíveis, como o tempo presente o tem demonstrado à saciedade (de grande afetação dos direitos ditada pela crise económica e financeira), confronta-se o Provedor de Justiça com a problemática do justo equilíbrio na alocação dos dinheiros públicos?

Ainda que permaneçam por superar algumas destas dúvidas, certo é que neste olhar, suscitado pelo tema que nos foi proposto, ressalta como ideia forte da atuação do Provedor de Justiça – até pelos traços institucionais que deixamos anteriormente esboçados – o procurar ir mais além na proteção dos direitos fundamentais protagonizada, ocupando frequentes vezes um “território de ninguém”, ou seja, um espaço que as demais formas tradicionais de fiscalização do exercício dos poderes públicos, por circunstancialismos diversos, não ocupam. Propomo-nos, no *iter* remanescente, ilustrar alguma da prática do Provedor de Justiça de sentido inovatório na defesa dos direitos fundamentais.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

III

Principiemos por nos situar em um domínio típico do regime geral dos direitos fundamentais, respeitante ao princípio da igualdade e à inerente proibição de discriminação.

Sendo constitucionalmente interditas as discriminações em razão de condições várias, recorde situação denunciada no início dos anos 90 do passado século, à data muito mediatizada, de discriminação de mulheres em sede de política de recrutamento por um banco privado. Inexistindo então no Estatuto do Provedor de Justiça norma que dispusesse explicitamente sobre a possibilidade de o âmbito de atuação deste órgão abranger as relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da proteção de direitos, liberdades e garantias, não considerou o Provedor de Justiça que tal circunstância o impedia de atuar perante a referida prática discriminatória imputada a empresa privada. Deste feito, dirigiu-se ao membro do Governo responsável pela área do trabalho, indagando se os serviços inspetivos competentes tinham desencadeado os procedimentos necessários a aquilatar, naquele caso concreto, a aplicação das normas anti discriminatórias relevantes. Nas palavras do Provedor Mário Raposo, nessa ocasião, «(...) pode – e deve – [o Provedor de Justiça] assegurar, como decisivo promotor dos direitos das pessoas, em todas as suas vertentes (liberdades públicas e direitos sociais, económicos e culturais) que os demais poderes públicos cumpram o que lhes caiba fazer no sentido de que sejam observadas as regras que prevalecem na nossa ordem jurídica»¹.

Se as questões de discriminação em razão do género parecem não estar ainda hoje totalmente pacificadas em alguma prática empresarial (já que o estão, há muito, no patamar do direito), em tempos mais próximos tem sido o Provedor de Justiça confrontado com outra ordem de discriminações, como sejam aquelas fundadas na

¹ Provedor de Justiça, [Relatório Intercalar à Assembleia da República 1991 \(1 Janeiro - 30 Setembro\)](#), s.p.



idade. Sinais dos tempos, uma vez mais, já que o envelhecimento da população é um dado adquirido, assim como se desvela a entrada cada vez mais tardia das pessoas no mercado laboral. Assim sendo, nas suas diversas intervenções neste domínio e em alinhamento com os *standards* internacionais – que atingem, no seio da União Europeia, em particular, um patamar de densificação normativa e jurisprudencial já considerável –, o Provedor de Justiça tem afirmado a premência do reconhecimento do valor do trabalho das pessoas mais velhas, em respeito da sua dignidade pessoal e da garantia da possibilidade de uma sua incessante autodeterminação².

Mais recentemente retomou o Provedor de Justiça a defesa do direito à não-discriminação, concretamente por motivos de saúde no acesso à função pública, em atenção à situação dos cidadãos portadores de VIH. É sabido que a tutela dos portadores de VIH contra a discriminação constituiu, nas últimas décadas, propulsão para a densificação do princípio da dignidade humana no contexto da saúde. Vale por dizer, foi móbil para a compreensão de que a prevenção e promoção da saúde é matéria de direitos fundamentais.

Deste feito, em conformidade com as orientações da Organização Mundial de Saúde, o Provedor de Justiça defendeu a reformulação das tabelas de inaptidão física aplicáveis ao ingresso em forças policiais e na admissão às Forças Armadas, com o objetivo de superar a exclusão automática de candidatos portadores de infeções virais, como o VIH, a hepatite B/C ou a sífilis. Em alternativa ao atual procedimento de rastreio obrigatório, foi recomendada a criação e aplicação de protocolos de cariz preventivo e sucessivo, adequados aos riscos de contágio que possam advir para membros das forças em questão ou terceiros, reflexo das boas práticas difundidas internacionalmente e devidamente corroboradas pela Ordem dos Médicos, consultada no âmbito da instrução decorrida³.

² Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 2011](#), p. 86; Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 2012](#), p. 124.

³ Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 2012](#), p. 119.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

Além da conformidade constitucional do quadro regulamentar aplicável, a referida recomendação do Provedor de Justiça, em boa parte acatada, pugnou deste modo pela proteção contra a discriminação e pela promoção da dignidade dos portadores das doenças virais identificadas (as quais assumem hoje características muito distintas daquelas que comportavam inicialmente), através da plena integração e realização profissional dos cidadãos afetados. Trata-se, no nosso modo de ver, de um exemplo da singularidade da intervenção do Provedor de Justiça e de plena realização de velhos e novos direitos fundamentais. Aliás, cedo despertou este órgão do Estado para esta temática, merecendo ainda realce, também a propósito de uma queixa sobre um militar que havia sido dispensado do serviço de cozinha por ser portador de VIH, a recomendação, em 1999, ao Chefe do Estado-Maior do Exército no sentido de que a despistagem ao VIH apenas fosse realizada mediante obtenção do consentimento informado do visado, mantendo-se reservada a profissionais médicos a informação colhida. Mais foi mencionada a importância de prevenir quaisquer medidas discriminatórias, defendendo-se a colocação do militar interessado em funções compatíveis com o seu estado de saúde⁴.

Sempre mantendo em perspetiva o entrecruzamento entre as gerações de direitos na prática do Provedor de Justiça, não posso deixar de aludir a um exemplo de intervenção visando o aprofundamento das dimensões constitucionais de proteção do direito à liberdade. Corria o ano de 2004, quando, no contexto dos trabalhos legislativos dirigidos à alteração da lei processual penal, foi emitida recomendação sobre matéria do regime jurídico da prisão preventiva, a qual viria a ser acatada. A par de se ter recomendado que o desconto da prisão preventiva sofrida em processo em que houve absolvição pudesse ser feito em pena aplicada em outro processo, desde que verificada situação de concurso de infrações que tivesse possibilitado, em caso de dupla condenação, o cúmulo jurídico, ressalto

⁴ Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 1999](#), pp. 746-750.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

particularmente, nesta iniciativa do Provedor de Justiça, a proposta formulada visando a superação de insuficiência do quadro legal então vigente em matéria de indemnização por privação da liberdade na esfera da prisão preventiva. Sugeriu-se nessa circunstância a inclusão, no ressarcimento previsto, daquelas situações em que uma pessoa presa preventivamente não venha a ser condenada no processo no âmbito do qual a medida de coação foi legitimamente decretada⁵.

Buscando o Provedor de Justiça dar plena eficácia às normas constitucionais, designadamente na esfera dos meios específicos de garantia do direito à liberdade *vis-à-vis* as autoridades públicas, sobressai, outrossim, na intervenção acabada de aludir – como ocorre em muitas outras deste órgão em defesa dos direitos da pessoa humana – a visão compreensiva do complexo normativo e institucional dirigido à proteção e promoção dos direitos humanos, em patamares múltiplos, internacional e nacional. Isto porquanto, na argumentação que mobilizou para sustentar a sua posição, o Provedor de Justiça não deixou de invocar uma recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa em matéria de prisão preventiva (Recomendação n.º R (80) 11), com a exortação aos Estados membros no sentido de conformarem a sua legislação interna com a previsão ou alargamento da indemnização das pessoas que tendo estado em prisão preventiva não venham a ser condenadas.

Assumindo o universo dos novos direitos, situemo-nos agora no horizonte de essencialidade da proteção dos direitos pessoais e das exigências postas ao mundo do jurídico pelo tratamento informatizado de dados pessoais.

Começo por recordar a iniciativa do Provedor de Justiça, em 1987 e no uso dos seus poderes de impulso processual junto do Tribunal Constitucional, pedindo a verificação da omissão de medidas necessárias para conferir exequibilidade às normas vertidas nos n.ºs 2 e 4 do artigo 35.º da Constituição (na redação resultante

⁵ Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 2004](#), pp. 729-748.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

da revisão constitucional de 1982), relativas à proteção dos cidadãos perante a informática⁶. O Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 182/89, deu por verificada a existência da inconstitucionalidade por omissão apontada, a qual viria a ser superada com a publicação, em 1991, da primeira lei de proteção de dados pessoais face à informática (Lei n.º 10/91, de 29 de abril).

Consolidado assim o reconhecimento da proteção de dados pessoais, não se esgotaram, porém, os motivos de apreensão pelo Provedor de Justiça relativamente à necessidade de densificação deste direito, tanto mais quando compaginado com outros direitos fundamentais.

Assim, na sequência de queixas que relatavam dificuldades no acesso a dados pessoais de utentes falecidos para ativação dos prémios de seguro de vida, o Provedor de Justiça concluiu pela falta de transparência do sistema legal que disciplina o acesso a dados de saúde, resultado da dualidade de regimes aplicáveis que diferem consoante a natureza pública ou privada dos prestadores de cuidados de saúde que detêm os dados: por um lado, o regime que regula a proteção de dados pessoais e, em particular, a informação genética pessoal e informação de saúde, por outro lado e no que respeita aos documentos detidos por entidades integradas no Serviço Nacional de Saúde, o quadro aplicável ao acesso e reutilização dos documentos administrativos.

A distinção detetada tende a agravar-se pela circunstância de existirem, como é sabido, duas entidades administrativas independentes distintas com competência para a respetiva fiscalização e supervisão dos regimes em causa, a saber, a Comissão Nacional de Proteção de Dados e a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, sendo inexistentes normas de resolução de conflitos de competência surgidos, com prejuízo para os cidadãos.

⁶ Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 1987](#), pp. 65-68.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

A situação foi assinalada pela primeira vez, em 2011, alertando-se então para a necessidade de assegurar a uniformização e coerência dos regimes legais em causa e garantir que não estão legitimados dois níveis diferentes de proteção de dados pessoais referentes à saúde⁷.

Em um outro patamar, dirigimos um derradeiro olhar para a representação da singularidade que caracteriza a intervenção do Provedor de Justiça em domínio privilegiado para a compreensão da dificuldade que subjaz à concretização do Estado de bem-estar social ante o reconhecimento dos limitados meios disponíveis. Com esse desiderato, centremo-nos em uma abordagem dos direitos fundamentais no contexto de proteção da saúde.

Neste sentido, como conciliar a expressão individual do direito fundamental à proteção da saúde com a dimensão coletiva da imposição constitucional que sobre o Estado impende de garantir a proteção da saúde de todos? Refiro-me, com ênfase, ao direito à proteção da saúde na sua vertente de direito social fundamental, por ser um dos que mais diretamente resulta ameaçado pelo desgaste orçamental conhecido. Isto, sem esquecer, pela relevância que assumem na prática do órgão que representamos, todos os outros direitos fundamentais que com sofisticação crescente confluem com a defesa da saúde: o direito à vida, à integridade física, o direito à não discriminação, à constituição de família ou o direito à intimidade e à proteção de dados pessoais.

Em distinta perspetiva, a saúde constitui o contexto ideal para o ensaio de novas abordagens normativas e de intervenção dos poderes públicos face a desafios característicos da sociedade do século XXI. Quando relacionados com a proteção da saúde, são os desafios às preocupações de segurança sanitária adensados pelo desenvolvimento tecnológico e, em particular, pela inovação terapêutica. Do ponto de vista ético, com consequências nas políticas públicas, comprova-se fulcral o

⁷ Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 2011](#), p. 85.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

estabelecimento do equilíbrio sustentável entre o mais do que desejável reforço da qualidade e quantidade de cuidados de saúde disponíveis e a inescapável insuficiente capacidade financeira dos Estados e dos cidadãos para os custear. Neste contexto, afirma-se intransigente a defesa do princípio constitucional da solidariedade e do direito à equidade no acesso aos parâmetros do desenvolvimento humano.

Sem desconsiderar os legítimos anseios motivados pela designada “politização da saúde”, ousamos sublinhar neste âmbito o espaço de legítima intervenção do Provedor de Justiça, competindo-lhe a verificação do respeito pelos limites éticos que delimitam as escolhas públicas, assim como a aferição da proporcionalidade e justiça das incontornáveis restrições adotadas. Beneficiando da participação dos cidadãos nas políticas que a eles dizem respeito, julgamos que é justo afirmar que o Provedor de Justiça convive com a prática de uma ética em território que, sendo de todos, corre o risco de “ser de ninguém” no que à concretização efetiva de direitos diz respeito.

A intervenção nestes temas era já uma realidade neste órgão do Estado em 1990, quando o Provedor de Justiça recomendou a revisão urgente de diversos aspetos do regime então vigente sobre doação de órgãos e transplantes, datado de 1976. Entre os aspetos sinalizados ao tempo, destaque-se a ausência de regras sobre colheita de órgãos e tecidos em pessoas vivas, o estabelecimento do princípio da gratuidade, as exigências da capacidade para doação, a ausência do critério de morte e a criação de mecanismos que permitissem a manifestação de vontade por qualquer pessoa quanto a doações *post mortem*⁸. Esta recomendação foi acatada com a publicação da Lei n.º 12/93, de 22 de abril, ainda hoje estruturante deste domínio da saúde. Alterada pela necessidade de transposição de diversas diretivas comunitárias, a legislação ainda em vigor incorporou alguns dos princípios éticos que constituem vetores fundamentais do enquadramento legal internacional e

⁸ Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 1990](#), pp. 25-33.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

européu que veio a ser definido, como sejam a proibição de comercialização de elementos e produtos do corpo humano, o princípio do consentimento informado de dador e recetor e o princípio do anonimato.

O direito à proteção da saúde compreende uma vertente negativa, de proibição de adoção de condutas prejudiciais à saúde. Ora, circunjacente ao domínio da responsabilidade pelo risco, o Provedor de Justiça não se alheou, na década de 90, da participação no mediático caso do “sangue contaminado”. Relembre-se que estava inicialmente em causa a contaminação com VIH de utentes hemofílicos que haviam recebido, durante o ano de 1987, transfusões sanguíneas em estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde. Neste contexto, foi recomendado ao Governo que proovesse pela indemnização dos lesados mediante simples prova de ter sido recebido tratamento médico com o lote de sangue contaminado, combinado com o resultado positivo aos marcadores de VIH⁹. Não sendo acatada a flexibilização da prova do nexo de causalidade, a solução seguida consistiu na criação de um tribunal arbitral.

Extravasando o âmbito subjetivo da situação precedente e convocando princípios e conceitos normativos em cimentação (sobretudo no domínio da responsabilidade), merece igualmente realce a defesa do princípio constitucional da solidariedade, arguida em 1998 pelo Provedor de Justiça, como fundamento apto a justificar a criação de um regime legal de compensação para os cidadãos vítimas de contágio pelo vírus da imunodeficiência humana, por atos de transfusão de sangue ou seus derivados, realizados em estabelecimentos públicos de saúde¹⁰.

Ainda na decorrência das queixas relacionadas com a contaminação por VIH através de transfusões, foi recomendada a consagração normativa da obrigação de conservação ilimitada da informação relacionada com a recolha e administração de

⁹ Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 1993](#), pp. 187-204.

¹⁰ Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 1998](#), pp. 441-449.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

sangue, como forma de superar o vazio legal a que se encontrava votada a matéria¹¹. A sugestão formulada foi acatada e acautelada por via regulamentar, estipulando-se então um período de conservação de dados mínimo de 50 anos.

Chegados ao século XXI, o acesso à inovação terapêutica convoca reflexões diversas no âmbito dos direitos fundamentais, aquém da indiscutível dimensão ética que preenche o debate sobre a temática. E neste domínio não será infundada a dúvida sobre se existe um direito fundamental à inovação terapêutica, um direito fundamental de acesso a dado medicamento.

Na prática, trata-se de uma questão vertida em queixas submetidas ao Provedor de Justiça, no decurso dos últimos meses, por utentes do Serviço Nacional de Saúde que, plenamente informados pelos seus médicos sobre as opções terapêuticas disponíveis, pretendem (tantas vezes desesperadamente) o acesso, através de financiamento público, a medicamentos de última geração. Paradigmático é o caso da terapêutica oncológica, embora tenham sido apresentadas queixas sobre a negação do acesso (financiado) a medicamentos para doenças raras e até para doenças do foro psíquico. Em princípio, referimo-nos a medicamentos comercializados ou comercializáveis (disponíveis em farmácia de oficina, ou através de uma autorização de utilização especial), embora associados a elevados custos financeiros dificilmente comportáveis para a esmagadora maioria dos cidadãos. São sobretudo terapêuticas destinadas a prolongar a vida ou a aumentar a qualidade do fim da vida, sem que seja com justiça replicável a valoração ética que sobre a relação custo-eficácia de cada um se possa fazer. Problemática é a dissonância entre o juízo clínico do médico prescritor 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.

¹¹ Provedor de Justiça, [Relatório à Assembleia da República 1994](#), pp. 174-178.



PROVEDOR DE JUSTIÇA

Assumimos a convicção de que a proteção e promoção da saúde de todos poderão justificar a priorização da alocação de recursos. O Provedor de Justiça provê pelo respeito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, sendo particularmente ingrata a consideração de conflitos de direitos que se desenha. Assim, no âmbito das minhas competências tenho, com insistência, pugnado pela equidade no acesso a estes (como a todos os) medicamentos, ansiando presentemente pela definitiva supressão das diferenças regionais asseveradas e por ora permitidas pelo quadro normativo vigente.

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 que perseguimos com convicção e persistência inabaláveis. Não concederemos, por fim, a qualquer argumento que distinga com base em critérios não clínicos, categorias/grupos de doentes a quem deva ser administrado ou rejeitado o acesso.

A hipercomplexidade normativa cruza-se com a tecnicização das decisões legislativas ainda em tema relacionado com a inovação terapêutica, quando associado à pretensão de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços. É, por exemplo, o caso de duas queixas recentemente recebidas cujo teor reflete a pretensão de reconhecimento do direito de acesso a tratamentos inovadores e respetivo financiamento, no estrangeiro (estava em causa o tratamento com Células Dendríticas Autólogas para Imunoterapia do Cancro, terapêutica tecnicamente classificada como Medicamentos Biológicos de Terapia Avançada). Também esta é matéria repetente desta instituição, presentemente perpassado pelas imposições normativas decorrentes do Direito da União Europeia, quer no que toca aos medicamentos, quer, sobretudo, no que respeita ao ânimo conferido ao direito dos doentes de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços. Trata-se de um domínio em que o conhecimento da legislação europeia é indispensável, mas paradigmático da situação em que o diálogo com a medicina e com a ética médica resulta infrutífero se



PROVEDOR DE JUSTIÇA

não for compaginado com o reconhecimento de que a própria defesa da saúde pública, também ónus constitucional, poderá ser afetada pela delapidação, se injustificada, de recursos.

IV

Aproximando-nos do término deste excurso, procurámos ilustrar através da prática do Provedor de Justiça o seu perfil matricial como *Ombudsman* de Direitos Humanos, bem distanciado de um perfil estritamente de defesa e promoção da boa administração. Não estranha, por conseguinte, que cedo esta instituição poliédrica, tenha visto reconhecida a sua qualidade de Instituição Nacional de Direitos Humanos, em plena conformidade com os Princípios de Paris vertidos na Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 20 de Dezembro de 1993. Mais recentemente, culminando o processo de ratificação pelo Estado Português do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado sob os auspícios da referida organização internacional, foi o Provedor de Justiça designado Mecanismo Nacional de Prevenção, com acrescidas competências nesta esfera.

Semelhante reconhecimento permite-nos, em uma última vertente, evidenciar que o Provedor de Justiça se posiciona igualmente no âmbito dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, com os quais o Estado português se relaciona, por força dos compromissos internacionais a que este está vinculado, em uma simbiose profícua na articulação entre mecanismos nacionais e internacionais de tutela, em benefício do aprofundamento das dimensões da dignidade da pessoa humana que ao Estado incumbe preservar.