

O Direito à Saúde: Reflexões sobre a sua *fundamentalidade*

The Right to Health: Reflections on its *fundamentality*

JOÃO MIGUEL PULQUÉRIO DE PAULA
RN

O direito à proteção da saúde, e tudo o que lhe subjaz, constitui uma temática crucial alvo de intensos debates nas sociedades contemporâneas. Objetivo: Enceta-se uma discussão, com enfoque no caso português, sobre se o direito à saúde constitui um direito fundamental passível de aplicabilidade direta ou se, a contrario, é um direito social e de realização progressiva. Metodologia: reflexão crítico-reflexiva sobre a revisão bibliográfica efetuada. Conclusão: O direito à saúde é um direito universal, onde se interseccionam e interexistem vários outros, como a dignidade e inviolabilidade da vida humana, e existe em si um núcleo de aplicabilidade direta que não deveria estar dependente de opções políticas e da disponibilidade de recursos económico-financeiros.

Palavras-chave: Direito à saúde; Direitos humanos

The right to health protection, and all that underlies it, is a crucial thematic subject of intense debates in contemporary societies. Objective: We initiate a discussion, focusing on the portuguese case, about whether the right to health is a fundamental right subject to direct applicability or, conversely, is a social right and of progressive implementation. Methodology: critical and reflective thinking about the literature review carried out. Conclusion: The right to health is a universal right, that several others intersect and coexist with, like the dignity and inviolability of human life, and there is a core of direct applicability that should not be dependent on the political measures or on the availability of economic and financial resources.

Keywords: Health right; Human rights

INTRODUÇÃO

O eixo central deste artigo será a discussão sobre se o direito à proteção da saúde (na sua forma abreviada, direito à saúde), constitui um direito fundamental na mesma linha que o direito de voto ou a liberdade de expressão, ou se é antes um direito social. Esta questão não é de todo estéril, dado que um direito social é alcançado através de políticas do estado e um direito fundamental *stricto sensu* pressupõe a sua aplicabilidade direta, ou seja, não necessita de atos legislativos adicionais – têm uma eficácia imediata. Esta é uma temática central nos dias de hoje, sobretudo porque fruto das dificuldades económicas e da inversão da pirâmide demográfica (envelhecimento da população), como fatores primários, coloca-se em causa o atual modelo do estado providência e mormente a sustentabilidade do Sistema Nacional de Saúde (SNS).

Dentro deste quadro, surgem algumas questões tais como: Dados os constrangimentos orçamentais será legítimo manter a universalidade do SNS? O direito à saúde é algo que dependa da capacidade económica de uma dada sociedade, e assim de realização progressiva? Ou, pelo contrário, constitui-se como um direito universal no qual existe um núcleo que é diretamente aplicável? Estas são questões atuais e prementes, e procura-se assim lançar dados e argumentos que envolvem esta discussão.

Esta temática vive uma relação umbilical com a Enfermagem pois um dos grandes pilares do SNS são os enfermeiros. Estes, pela proximidade que têm com os utentes assim como pela sua cada vez maior diferenciação técnica e científica, assumem-se como uma classe profissional de grande relevo no SNS. Se o sistema como um todo é passível de sofrer mudanças estruturais, e se o paradigma vigente até então, assente na universalidade e gratuidade “tendencial” é revisto, esta constituirá uma discussão para a qual os enfermeiros devem estar consciencializados e nela participarem activamente.

A pesquisa bibliográfica realizou-se entre 18 de abril e 14 de maio de 2012 nas bases de dados SciELO, RCAAAP, Diário da República Eletrónico e da revista Lancet, tendo, nesta última, sido realizado uma pesquisa “por relevância” dos artigos. Foi também feita pesquisa na World Wide Web em páginas consideradas idóneas, fidedignas e reputadas (encyclopedia brittanica, OMS, entre outras), assim como consultada bibliografia específica. Os critérios de inclusão foram amplos, tendo sido incluídos artigos publicados, dissertações, livros, legislação e decisões judiciais nos idiomas português, inglês e espanhol. Foram excluídos comentários e editoriais. Pretende-se uma reflexão crítico-reflexiva sobre a temática subjacente.

ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL

O direito natural ou jusnaturalismo (*ius naturale*), radica em princípios e valores que são comuns à humanidade, e mesmo anteriores ao direito *latu sensu*. Por sua vez, o direito positivo será o *corpus* legislativo que rege uma determinada sociedade. O direito positivo acolhe estes princípios universais, que no caso português se encontram plasmados na Lei Constitucional (LC) nr.º 1/2005, a Constituição da República Portuguesa (CRP), sendo esta o ápice da pirâmide normativa e por isso com maior “força de lei”. De facto, estes não só se encontram positivados na magna carta, como estão inclusos na parte I, título II referente aos direitos, liberdades e garantias (DLG) que gozam de uma proteção especial. Este regime especial, conforme a própria CRP (LC nr.º 1/2005) no seu art.º 18.º, nr.º 1, caracteriza-se por serem princípios que “são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Estes correspondem também a um direito subjetivo dos cidadãos, sendo que Canotilho (1993, p.532-533) sobre o direito subjetivo refere que uma “norma garante um direito subjetivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o «direito» a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato.”.

Os direitos fundamentais assim entendidos são designados vulgarmente como direitos de 1.ª geração, e têm um cariz marcadamente negativo, ou seja, são defensivos na medida em que existe um dever de abstenção de atos que expressamente violem certos direitos. Ao invés, os direitos sociais têm um cariz essencialmente positivo porque pressupõem uma ação, um “agir” por parte do poder público, não têm necessariamente uma aplicação direta e encontram-se dependentes de políticas e legislação – também

designados de direitos fundamentais de 2.^a geração. O direito à saúde está positivado no art.º 64.º em sede de direitos sociais, e logo se percebe que existe aqui essencialmente uma questão de eficácia. Uns são eficazes *per se*, outros estão dependentes de atos subsidiários. Por último, importa clarificar o conceito de saúde. A Organização Mundial de Saúde (OMS) (1946, p.1) define a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente como a ausência de doença. Desta definição emerge o seu caráter amplo e subjetivo, o que em certa medida dificulta a sua proteção legal dada a objetividade que a norma jurídica comporta.

DISCUSSÃO

A perspectiva redutora do acórdão 39/84 e a ontogenia do direito à saúde: De Rawls à conexão com os direitos humanos

Na questão suprarreferida verifica-se então uma diferença substancial, já que assim o direito à saúde não goza de aplicabilidade direta. Segundo Canotilho (1993, p.186) a eficácia imediata e direta “não significa apenas que os direitos liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa . . . Significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição . . .”. Assim sendo, o direito à saúde enquanto direito social não tem a mesma “força de lei” que teria sob o regime antedito. Neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional (TC) 39/84 de 5 de maio de 1984, embora nele a tese vencedora fosse na defesa do SNS, estabelece uma definição do direito à saúde que dá prevalência à sua vertente positiva (ação), e não lhe confere o estatuto especial dos DLG. O acórdão refere que “O direito à saúde é, ao invés, um direito social propriamente dito e o que o caracteriza essencialmente é o facto de ser um direito «positivo», ou seja, um direito às adequadas atividades e prestações do Estado” (p.1460). O mesmo acórdão nem sequer o considera um direito análogo aos DLG, o que lhe permitiria gozar do seu regime especial, algo que o art.º 17.º da CRP (LC nr.º 1/2005) contempla para direitos materialmente fundamentais mas que não estão elencados na parte I. Neste sentido, o referido acórdão sobre o direito à saúde refere perentoriamente que “. . . não pode considerar-se como um dos «direitos fundamentais de natureza análoga» a que se refere o art.º 17.º e não pode, portanto, reclamar-se, só por isso, do regime específico dos «direitos, liberdades e garantias».” (p.1460). Deste modo, o ordenamento jurídico português concebe o direito à saúde como um direito social, de cariz positivo, e portanto “por inteiro” na esfera do legislador e das opções que este traçar. Evidentemente que não está em causa o rigor e a excelência deste articulado, nem aqui se quer debater ou refutar aspetos eminentemente jurídicos, mas tão só uma certa perspectiva que é redutora do direito à saúde.

Trata-se assim, segundo o legislador e o estabelecido no acórdão antedito, de um direito social que segundo o art.º 64.º, nr.º 2 da CRP (LC nr.º 1/2005) é caracterizado como um direito universal, geral e tendencialmente gratuito. Sendo assim, qualquer pessoa tem direito ao seu usufruto e o estado tem o dever de o providenciar. No entanto, a título de exemplo, é sabido que nos Estados Unidos existe um modelo diferente, sem universalidade e baseado na contratação de seguros para se ter acesso a cuidados de saúde. O *Patient Protection and Affordable Care Act*, uma lei de 2010 atualmente em discussão nos Estados Unidos, visa dar uma resposta a esta situação e incluir cerca de 45 milhões de cidadãos que

ficam excluídos do sistema e que constituem, *grosso modo*, a franja mais desfavorecida da população (Patient Protection and Affordable Care Act, 2012). Existem então dois modelos distintos e, *a priori*, o “modelo europeu” é mais abrangente e mais equitativo. Neste ponto, a construção teórica de Rawls (1999), pode servir como ferramenta para a compreensão da génese e importância da equidade e universalidade do direito à saúde. Este autor hipostasia uma “situação original”, antes de qualquer fator passível de diferenciação entre os seres humanos, na qual todos os indivíduos escolheriam os princípios e o modo de funcionamento da sociedade. Contudo, estes estariam cobertos por um “véu de ignorância” e ninguém saberia à partida quais as vantagens ou desvantagens que cada um teria nessa sociedade tais como: inteligência, oportunidades, educação, beleza, classe social, riqueza, entre outras. Podemos aqui acrescentar a saúde. Ora se estamos todos numa posição de igualdade, sob o véu de ignorância, em que não sabemos se iremos ter ou não saúde, queremos que essa sociedade distribua o maior número possível de “bens primários” (na terminologia de Rawls), mormente o acesso a cuidados de saúde de modo a que a pessoa com mais problemas de saúde fique mais favorecida – porque podemos ser nós. Existe aqui um racional na escolha, tentamos sempre maximizar o pior resultado possível pelo simples facto de que podemos ser nós a estar na posição mais desfavorecida, o que Rawls (1999) designou como estratégia *maximin*. E neste exercício podemos fundamentar a legitimidade do direito à saúde: é uma instituição justa porque permite o acesso de todos aos cuidados de saúde (universalidade), nomeadamente aos mais desfavorecidos. A corroborar esta perspetiva surgem vários tratados internacionais, entre os quais a Declaração Política do Rio sobre Determinantes Sociais da Saúde de 2011 (DPRDSS), resultado de uma conferência no Rio de Janeiro sob os auspícios da OMS, que é categórica ao afirmar no seu nr.º 7 a necessidade de um sistema de saúde universal e equitativo.

Na teoria de Rawls (1999) sobressai uma ideia de justiça, equidade e universalidade. Esta universalidade radica no facto de que existem valores comuns à humanidade, transversais a todas as culturas. Desde o confucionismo¹, passando pelo judaico-cristianismo, até às modernas concepções dos direitos humanos inspiradas pelo imperativo categórico Kantiano², existe uma comunhão de valores comuns que se traduziu e cristalizou na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou em 1948, onde em relação à saúde mostram especial afinidade os artigos 1.º, 2.º, 3.º e 25.º. O que importa para o eixo argumentativo aqui seguido, é que existe uma linha mais ou menos linear de valores humanistas pertencentes ao *ius naturale*, que foram positivados e acolhidos pelas *magnas cartas* dos tempos modernos, que regem e ditam o modo de funcionamento de uma dada sociedade: as constituições. Deste modo na CRP (LC nr.º 1/2005), o acesso dos cidadãos a um sistema de saúde é uma das incumbências do próprio estado de direito democrático. Logo na alínea d), do art.º 9.º, é referido que o estado deve “promover o bem-estar e qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais . . . ” (p.4643). Por sua vez, o art.º 64.º confere o direito a

¹ No confucionismo surge a palavra “shu” (reciprocidade), em que o mestre responde ao aluno para nunca impor aos outros aquilo que não escolheríamos para nós (Confúcio, 500 A.C).

² Na obra de Kant é desenvolvida a sua filosofia moral da qual sobressai a formulação do imperativo categórico: “Age de tal modo que a máxima da tua ação se possa tornar princípio de uma legislação universal” (Categorical imperative, 2012).

todos à proteção da saúde através de um sistema nacional de saúde. Em certa medida o direito à saúde é conexo com o princípio do *ius naturale* da dignidade humana proclamado pela ONU (1948), no art.º 1.º da DUDH, sendo que a própria CRP (LC nr.º 1/2005) no art.º 16.º, nr.º 2 refere que: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a declaração universal dos direitos do homem” (p.4644), donde sobreleva o princípio da dignidade humana. Para Habermas (2010, p.4), a dignidade da pessoa antecede e é fonte dos direitos humanos, existindo entre estes dois aquilo que designa como “vínculo conceptual interno entre os direitos humanos e a dignidade humana” (tradução nossa). Ora a conexão entre o direito à saúde e este meta-princípio, reside no facto de que a minha dignidade enquanto pessoa é também cristalizada pela proteção que gozo da minha saúde. De que forma é mais dignificado e materializado o princípio da dignidade da pessoa, senão protegê-la numa altura de doença e maior fragilidade? Não existirá aqui um racional e concomitantemente um imperativo ético?

Existe assim, uma grande proximidade entre o princípio (e direito fundamental) da dignidade humana e o direito à saúde. Mas não só. Ao direito fundamental da inviolabilidade da vida humana é inerente, está incluso e é extensível o direito à proteção da saúde. É lógico e quase tautológico que para proteger a vida tenho que, por extensão, proteger a saúde pois sem ela não há vida. Pela explanação seguida, é notório que o direito à saúde congrega e intersecciona vários outros direitos humanos, tais como o direito à vida, o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade, entre outros. Todavia, nesta relação quiçá exista maior intimidade com o princípio do direito à vida e com o meta-princípio da dignidade da pessoa. A aproximação a estes dois direitos fundamentais é também utilizada na argumentação de várias decisões judiciais, onde o direito à saúde se encontra *sub judice* (em análise, dependente de uma decisão judicial).

Por uma fundamentalização da componente nuclear do direito à saúde

Pelo que foi anteriormente exposto, e ao contrário do que foi preconizado no acórdão do TC 39/84, o direito à proteção da saúde é um *autêntico* direito fundamental, em linha e com a mesma dignidade dos direitos fundamentais ditos clássicos ou de 1.º geração. Já foi referido a grande aproximação que tem com o direito à vida, assim como com o princípio da dignidade da pessoa, e é precisamente por via desta aproximação que se vivifica e ganha autonomia. A OMS (2011, p.1) refere no nr.º 3 da DPRDSS que “ . . . o gozo do mais alto nível de saúde que se possa atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano . . . ”, o que já a ONU (1948) no art.º 25.º da DUDH tinha estatuído, pugnando por uma necessária proteção por parte do estado de outros “direitos” conexos com o direito à saúde como a alimentação, vestuário, alojamento além da assistência médica. Neste sentido, Backman *et al.* (2008) desenvolveram um importante estudo que analisou o modo como o direito à saúde é efetivado em 194 países. Com efeito, estes autores referem que o direito à saúde não é uma questão somente de justiça ou valores humanitários, mas constitui uma verdadeira obrigação dos estados perante o Direito Internacional plasmado em vários tratados, entre os quais destacam o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, que Portugal ratificou na lei n.º 45/78 de 11 de julho, e portanto a ele se encontra vinculado. O que é transversal

e crucial no estudo destes autores, é a análise do comentário geral nr.º 14 de 2000 que o Comité dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (CDESC) emitiu, visando explicitar o art.º 12.º sobre o “direito ao mais alto nível de saúde mental e físico atingível” estatuído no PIDESC (lei n.º 45/78). O comentário geral nr.º 14, no seu nr.º 43, que aliás vem na esteira da Declaração de Alma Ata e da própria DUDH anteriormente referida, é claro ao enunciar um núcleo essencial dentro do direito à saúde que deve ser de implementação prioritária porque constitui um mínimo essencial à vida humana (CDESC, 2000; OMS, 1978; ONU, 1948).

Assim, a constituição de um plano nacional de saúde, o acesso a água potável, comida e abrigo, saneamento básico, programas nacionais de vacinação que contemplem imunização para as maiores doenças infecciosas que ocorram na comunidade, o acesso equitativo a medicamentos e a cuidados básicos de saúde e a promoção da não discriminação, são alguns dos preceitos referidos. Trata-se daquilo que é o mínimo essencial à vida, e assim um direito humano, universal, inato e inviolável. Tal não obsta a que, exista uma margem, para além deste núcleo, que seja de realização progressiva e nesta dimensão é dependente da disponibilidade de recursos. Deste modo, o que é extranuclear está integrado na perspetiva de um direito social, sujeito “às adequadas prestações do estado” que o acórdão TC 39/84 refere. Isto porque existe uma grande amplitude no direito à saúde, desde os tratamentos clínicos básicos, aos mais complexos e onerosos, que cabem compreensivelmente nos cânones de uma “realização progressiva”, passando por princípios universais como a equidade e a dignidade da pessoa, ou ainda as conexões com determinantes sociais e educativas. Dada esta complexidade e ramificação, deve existir uma destriça e um elenco, tal como o CDESC (2000) o refere no comentário geral nr.º 14, daquilo que é fundamental, diretamente aplicável e direito subjetivo do ser humano, daquilo que, embora possa estar incluso no direito à saúde, encontrar-se-á certamente já no campo da “realização progressiva”, enquadrado como direito social e dependente das políticas e recursos disponíveis num dado tempo e numa dada sociedade. Embora o comentário geral nr.º 14 desenvolvido pelo CDESC (2000) não seja vinculativo *per si*, ao contrário do PIDESC (lei nr.º 45/78) do qual é supletivo, o que é facto é que traduz uma perspetiva *fundamental* do direito à saúde que cada vez mais tem ganho espaço e autonomia. Pugna-se assim por uma *fundamentalização* do direito à saúde, no sentido de uma aplicabilidade direta de um núcleo que deve ser elencado na CRP (LC nr.º 1/2005), e em que o comentário geral nr.º 14 do CDESC (2000) pode servir como base.

O papel dos tribunais e algumas críticas que obstaculizam a tese preconizada

Backman *et al.* (2008, p.2047) referem uma decisão da Corte Constitucional da Colômbia, no sentido de reestruturar o sistema de saúde do país com base em recentes estudos epidemiológicos, através de um processo participativo e transparente com vista a efetivar o direito à saúde. No mesmo sentido, Singh, Govender e Mills (2007), descrevem várias decisões judiciais, com especial destaque em dois países (Índia e África do Sul), no sentido de promover políticas que permitam a realização plena do direito à saúde. Com efeito, os mesmos autores referem uma decisão do Supremo Tribunal Indiano que na sua argumentação aproxima o direito à saúde do princípio da dignidade humana e do direito à vida, tal como foi referido anteriormente. Ademais, esta decisão também estabelece a ideia central subjacente ao comentário geral nr.º 14 do CDESC (2000), de que existe um

núcleo irredutível do direito à saúde. Nas próprias palavras do tribunal, transcritas por Singh *et al.* (2007, p.522):

. . . Every act which offends against or impairs human dignity would constitute deprivation *pro tanto* of this right to live . . . The magnitude and components of this right would depend upon the extend of economic development of the country, but it must, in any view of the matter, include the bare necessities of life and also the right to carry on such functions and activities as constitute the bare minimum expression of the human self.

Singh *et al.* (2007) referem também uma decisão judicial de 1984, em que o tribunal decretou claras diretivas sobre como o estado deveria acatar as suas obrigações constitucionais, no sentido de uma interpretação extensiva do direito à vida para incluir o direito a viver com dignidade. Por fim, os autores supracitados, referem que existiram várias decisões judiciais dos tribunais indianos nesta linha que incluem o direito a água potável ou o direito a cuidados de emergência, em que mais uma vez na argumentação utilizada o direito à saúde é tido como parte constituinte do direito à vida. Por sua vez, Gama (2007, p.121-126) refere o caso de Diná Rosa Vieira portadora do vírus da imunodeficiência humana (VIH) que deu origem a uma decisão célebre que verdadeiramente influenciou o poder político. Nesta decisão é declarado que o art.º 196.º da Constituição Brasileira que proclama o direito à saúde não é uma mera norma programática, ou seja, uma simples recomendação ao legislador, estando o poder público obrigado a efetivar este direito. Além disso, é referido que entre a inviolabilidade do direito à vida e à saúde e “um interesse financeiro secundário do estado”, prevalece por razões ético-jurídicas o primeiro. A consequência foi a lei nr.º 9.313 de novembro de 1996, que garante o acesso gratuito e universal aos *cocktails* de medicamentos para o tratamento do VIH. Porque ao não fazê-lo estar-se-ia a privar um grupo especialmente vulnerável da população de cuidados básicos de saúde, sem os quais não pode viver.

Segundo Sing *et al.* (2007) a África do Sul também conheceu importantes decisões judiciais sobre o direito à saúde. O primeiro caso versa sobre o nevirapine® e o facto de este fármaco antirretroviral estar inicialmente disponível apenas a parte da população em 18 locais. A decisão do tribunal foi no sentido de que o governo deveria disponibilizá-lo a toda a população, mas reconheceu que no imediato não poderia estar acessível a todos e assim, a prioridade seria disponibilizar este medicamento às grávidas para evitar o contágio mãe-filho. Foi necessária mais “pressão” sobre o governo para que legislasse nesse sentido, contudo hoje em dia este fármaco é gratuito para todas as grávidas em milhares de locais na África do Sul. Um outro caso é descrito, em que uma queixa deu entrada na Autoridade da Concorrência Sul Africana com base no preço excessivo dos *cocktails* antirretrovirais, o que culminou na descida substancial dos *royalties* (importância paga pelo uso de propriedade intelectual) para a fabricação de genéricos, o que por sua vez se traduziu em preços mais acessíveis a que os “mais desfavorecidos” pudessem aceder, efetivando assim o direito à saúde de toda a população. Em suma, podemos verificar que existe um rol de decisões judiciais que perspetivam o direito à saúde como *fundamental*, no mesmo sentido e dignidade que outros direitos humanos, e esta posição dá-se em virtude da efetivação de um núcleo base do direito à saúde, tais como o acesso a medicação básica, a água potável ou a cuidados de emergência.

No entanto, não obstante as repercussões positivas do caso de Diná Rosa Vieira, Gama (2007) apresenta uma série de decisões judiciais de *primeira vaga*³, em que o direito à

saúde, mormente o fornecimento de medicamentos é negado. Existem fundamentalmente dois argumentos que podemos destacar da dissertação da autora supracitada. O primeiro é que o direito à saúde é perspectivado como um direito social, de construção progressiva e por isso dependente de políticas do poder executivo e legislativo. Existirá aqui uma “reserva do possível”, ou seja, estes direitos alcançar-se-ão mediante a disponibilidade de recursos financeiros a serem alocados para estes desideratos, o que envolve obviamente “escolha” política e a feitura e promulgação de medidas legislativas que, *grosso modo*, fazem parte das competências do executivo. Neste quadro, *prima facie* (aparentemente, numa análise inicial), as decisões dos tribunais como as que foram anteditas, poriam em causa a divisão tripartida dos poderes que Montesquieu⁴ enunciou, e que constitui uma pedra basilar do estado de direito.

O segundo argumento será o de que estas normas constitucionais são de carácter programático (meras recomendações ao legislador). Gama (2007) aqui levanta dois nomes de peso: o constitucionalista português Gomes Canotilho e o constitucionalista norte-americano Ronald Dworkin. Canotilho na sua tese de doutoramento “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” perspectiva a constituição como um conjunto de valores, em que as normas programáticas não são destituídas de valor e possuem “algum grau de eficácia” que o legislador deve acatar⁵. Não obstante Canotilho ter, aparentemente, revisto esta posição no prefácio à segunda edição, esta é uma tese que colhe grandes adeptos não só em Portugal como no Brasil. A autora destaca também as posições de Dworkin, que por sua vez não enquadra o Direito e a interpretação da lei como mera subsunção ou interpretação literal da lei, mas sim como um processo criativo⁶, que conjuga as normas com princípios do *ius naturale*, valores culturais . . . sem existir uma *literalidade* da norma e considerando o “espírito da lei”. Às críticas de o judicial se imiscuir no processo político, o que é facto é que com a complexidade atual não pode existir uma divisão estanque de atribuições e competências⁷. É notório que estas decisões não constituem uma “intromissão” no poder executivo ou legislativo, mas tão só a efetivação de direitos fundamentais. A obrigação de legislar para a realização de um direito fundamental, nomeadamente de partes nucleares do direito à saúde, só abusivamente pode ser entendida como uma judicialização da política - quando o exercício do poder judicial se imiscui em funções típicas do executivo. Com efeito, as constituições não podem ser um conjunto de normas destituídas de eficácia. Sobretudo tratando-se de direitos inatos e universais não se pode estar dependente de atos subsidiários do poder político.

³ Analogia com a obra de Toffler (1989) “A terceira vaga”, que refere a sociedade agrícola como uma primeira vaga, a industrialização como a segunda vaga e por fim a “sociedade da informação” como sendo de terceira vaga.

⁴ Montesquieu foi autor da formulação da divisão tripartida dos poderes (legislativo, judicial e executivo), que visa impedir a concentração de poderes o que levaria à tirania absolutista (Pinheiro, Vieira & Motta, 2011).

⁵ No acórdão 39/84 de 5 maio, também a tese de Canotilho é referida para sustentar a argumentação encetada, concluindo-se por uma “irreversibilidade de prestações sociais que concretizem direitos fundamentais” no caso o SNS.

⁶ Dworkin sempre se opôs ao positivismo jurídico, e no seu ensaio “Law as interpretation” compara a interpretação jurídica à interpretação literária (Dworkin, 1982).

⁷ Segundo Pinheiro, Vieira e Motta (2011): “Importante destacar que em momento algum da sua obra Montesquieu defendeu a separação absoluta dos poderes de Estado, o que inviabilizaria a unidade estatal... cada um dos poderes de estado possui uma função precípua, mas não vedada ao exercício de outras atribuições que podem ter pontos de contacto...”(p.1740, 1741).

Além do que foi exposto, existe nas sociedades atuais uma certa incerteza e “risco”, como habilmente Mendes (2002) o descreveu. Aliás, esta “sociedade do risco” ficou bem patente no empréstimo internacional que Portugal (além de outros países), teve que contrair em 2011 precisamente pelo risco que os mercados de capitais apontavam a Portugal. Dentro deste quadro, e justaposto o envelhecimento da população, coloca-se a questão da *morte do estado-providência*, da sustentabilidade do SNS e do retrocesso social fruto do ajustamento. Assim a aplicação direta de um elenco básico do direito à saúde pode, *prima facie*, parecer trazer consigo um gasto insuportável para o erário público. Mas não será já esse elenco básico garantido pelo estado português? Ademais e fundamentalmente, não é em tempos conturbados que o estado-providência mais se justifica? Porque a sua *rede de segurança*, mesmo não sendo tão ampla por razões de carácter económico-financeiro é necessária, justa e não é passível de “corte” nos seus aspetos nucleares, dado que é o próprio estado de direito, nos seus princípios e coesão social que estará em causa. Garantir o mínimo essencial à vida constitui um dever do poder público, e é definidor do grau de civilidade de uma sociedade. Além disso, a OMS (2011), no nr.º 4 da DPRDSS refere claramente que o desenvolvimento sustentável de um país depende da equidade no acesso aos cuidados de saúde, já que permite mais qualidade de vida e bem-estar para todos.

Por fim, importa referir que mais do que uma interdependência entre o direito à saúde e outros direitos fundamentais existirá uma *interexistência*, termo que exprime melhor a verdadeira natureza desta relação em que para cada um ser pleno necessita da existência dos outros. Por exemplo, o princípio da igualdade (ou na relação contrária, o direito à saúde . . .) só é verdadeiramente atingido com o acesso universal ao sistema de saúde, com políticas de preços de medicamentos que possam chegar “ao mais desfavorecido” . . . Neste sentido os direitos consagrados na constituição ditos de 1.ª geração, só adquirem sentido e “igual valor” (Rawls, 1999) para todos os cidadãos, apenas e só quando são conjugados com direitos sociais e culturais (Habermas, 2010). Mas como a parte adstrita ao *político* tende a não ser de implementação imediata, a essência do direito à saúde, atendendo à lógica e ao mérito, deve possuir um vínculo e força superior por ter tão íntima inerência e entrelace com os direitos humanos. Por isso, mesmo que se entenda que o direito à saúde se reveste de um cariz essencialmente social, o seu elenco nuclear deve possuir uma “força de lei” que lhe permita eficácia imediata e independência face a atos legislativos subsidiários, tal como os direitos fundamentais elencados em sede de DLG com os quais se irmana o têm.

CONCLUSÃO

O direito à proteção da saúde tem uma relação de aproximação, interseção e mesmo de *interexistência* com outros princípios universais. Na sua ontogenia descortinamos que este é justo e legítimo no sentido em que todos têm acesso a ele, sobretudo aqueles que mais precisam. Não obstante este no ordenamento jurídico português ser um direito fundamental, existe uma questão de eficácia da lei, que no fundo acaba por ser o elemento distintivo entre um direito social e um direito fundamental *stricto sensu*. Uns têm aplicabilidade direta e outros tendo uma natureza essencialmente positiva encontram-se na dependência de políticas e recursos económico-financeiros. O direito à saúde tem uma íntima relação com os direitos humanos, ligação esta que deriva de tratados internacionais,

e dentro da sua larga amplitude podemos distinguir um mínimo que é condição *sine qua non* para o direito à vida e para a mais básica expressão do ser humano. O poder judicial poderá ser uma via de efetivação de componentes nucleares do direito à saúde que tardam em ser realizados por estarem na dependência do poder político. No entanto, se este núcleo está em linha com os mais básicos direitos humanos, parece ser lógico propor a sua inclusão na CRP em sede de direitos, liberdades e garantias ou garantir que constitui um direito análogo a estes.

REFERÊNCIAS

- Acordão nr.º 39/84 de 5 de maio de 1984. Dispõe sobre a inconstitucionalidade do art.º 17 do Decreto-Lei nr.º 254/82. *Diário da República*, 104, I Série. Retrieved from Diário da República Eletrónico.
- Backman, G., Hunt, P., Khosla, R., Jaramillo-Strouss, C., Fikre, B.M., Rumble, C., Pevalin, D., Páez, D.A., Pineda, M.A., Frisancho, A., Tarko, D., Motlagh, M., Farcasanu, D., Vladescu, C. (2008). Health systems and the right to health: An assessment of 194 countries. *The Lancet*, 372, 2047-2085. doi: 10.1016/S0140-6736(08)61781-X
- Canotilho, J.J.G. (1993). *Direito Constitucional* (6ª ed.). Coimbra: Livraria Almedina
- Categorical imperative. (2012). In Encyclopedia Britannica. Retrieved from <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/99359/categorical-imperative>
- Comité dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (2000). *Comentário geral nr.º14: O direito ao melhor estado de saúde atingível* (E/C.12/2000/4). Retrieved from: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?OpenDocument)
- Confúcio (500 A.C). *Os Analectos*. Retrieved from: <http://classics.mit.edu/Confucius/analects.html>
- Dworkin, R. (1982). Law as interpretation. *Texas Law Review*, 60, 527-550. Retrieved from: <http://pt.scribd.com/doc/39003749/Dworkin-Ronald-Law-as-Interpretation>
- Gama, D.T. (2007). *Por uma releitura principiológica do direito à saúde: da relação entre o direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas públicas de saúde*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasil. Retrieved from RCAAP.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidade humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 55, 64, 3-25. Retrieved from SciELO
- Lei Constitucional nr.º 1/2005 de 12 agosto de 2005. Constituição da república portuguesa: Sétima revisão constitucional. *Diário da República*, 155, I Série – A. Retrieved from Diário da República Eletrónico.
- Lei nr.º 45/78 de 11 de julho de 1978. Pacto internacional sobre os direitos económicos sociais e culturais. *Diário da República*, 157, I Série. Retrieved from Diário da República Eletrónico.
- Mendes, F. (2002). Risco: Um conceito do passado que colonizou o presente. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*. 20, 2, 53-62.

-
- Organização Mundial Saúde (1948). Constituição da Organização Mundial de Saúde. Nova Iorque: OMS. Retrieved from: <http://apps.who.int/gb/bd/>
- Organização Mundial Saúde (1978). *Declaração de Alma-Ata*. Alma-Ata: OMS. Retrieved from: http://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf
- Organização Mundial Saúde (2011). *Declaração política do rio sobre determinantes sociais da saúde*. Rio de Janeiro: OMS. Retrieved from <http://www.who.int/sdhconference/declaration/en/>
- Organização das Nações Unidas. (1948). Declaração universal direitos humanos. *Diário da República*, 57, I Série. Retrieved from: <http://dre.pt/comum/html/legis/dudh.html>
- Patient Protection and Affordable Care Act (2012). In Encyclopedia Britannica. Retrieved from <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1673534/Patient-Protection-and-Affordable-Care-Act-PPACA>
- Pinheiro I.A., Vieira, L.J.M., Motta, P.C.D. (2011). Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Revista Administração Pública*, 45, 6, 1733-1759. Retrieved from Scielo
- Ralws, J. (1999). *A Theory of justice* (Rev. ed.). Cambridge: Belknap Press of Harvard University
- Singh, J.A., Govender, M., & Mills, E.J. (2007). Do human rights matter to health?. *The Lancet*, 370, 2007, 521-527. Retrieved from The Lancet.
- Toffler, A. (1989). *Third wave*. New York: Bantam Books

Contacto: joaopulqueriopaula@gmail.com