

O DIREITO À SAÚDE NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A ESCASSEZ DE RECURSOS DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO NO SÉC. XXI: – UMA PONDERAÇÃO NECESSÁRIA? †

Maria Margarida Acates Candeias

“Em geral, o estado social é a consequência de um facto, por vezes das leis e, mais frequentemente, da conjugação destas duas causas; mas depois de existir, podemos considerá-lo a causa primeira da maioria das leis, dos costumes e das ideias que regem a conduta das nações. Aquilo que não engendra, modifica. Para conhecer a legislação e os costumes de um povo é preciso, por conseguinte, começar por estudar o seu estado social.”

Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, Cap. III, Princípiã, 2001

Plano: I – Introdução. II - O Direito à Saúde como um Direito Social Fundamental. III - A Dimensão e Alcance do Direito à Saúde nos diversos Sistemas de Protecção Internacional dos Direitos Humanos: 1 - O Sistema Universal de Protecção e Garantia dos Direitos Humanos. – A Organização Mundial de Saúde. 1.1. – O Acordo TRIPS e a Saúde Pública. 1.2. - O Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.2. - Os Sistemas Regionais de Protecção e Garantia dos Direitos Humanos: 2.1 – O Sistema Europeu. 2.2 – O Sistema da União Europeia. 2.3 – Os Sistemas Fora da Europa: 2.3.1 – O Sistema Americano de Protecção Internacional dos Direitos Humanos. 2.3.2 – O Sistema Africano de Protecção Internacional dos Direitos Humanos e dos Povos. IV - Um Novo Paradigma na Pro-

† Relatório apresentado à disciplina de Direito Internacional Público. Curso de Doutoramento em Direito - especialidade de Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias.

teção da Saúde? - Gestão da Saúde, Despesa Pública e Escassez de Recursos. Bibliografia.‡

I – INTRODUÇÃO



s Direitos fundamentais são uma realidade muito recente e frágil na história dos povos.¹ Eles nascem no seio da civilização ocidental² fazendo parte de um processo que ainda hoje se desenrola. Os direitos fundamentais são a base do relacionamento do homem com o Estado e com a sociedade. Asseguram a proteção do indivíduo, garantindo a exequibilidade da

‡ Abreviaturas utilizadas: DADDH – Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem; CADH – Convenção Americana dos Direitos do Homem; CADHP – Convenção Africana dos Direitos do Homem e dos Povos; CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem ; CEE – Comunidade Económica Europeia; CRP – Constituição da República Portuguesa; FMI – Fundo Monetário Internacional; GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio; OMC – Organização Mundial de Comércio; ONU – Organização das Nações Unidas; PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos; PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais; TADHP – Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos; TECE – Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa; TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; TIDH – Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos; TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia; TRIPS – Acordo sobre os aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual; TUE – Tratado da União Europeia ; UNDP – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; UNECA – Comissão Económica para África das Nações Unidas; UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura; UNFPA - Fundo das Nações Unidas para a População; UNHCR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados; UNHCHR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância; UNIFEM – Fundo de desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher; WIPO – World Intellectual Property Organization

¹ José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, Principia, 2011, pp.11.

² Sobre a história da civilização ocidental, numa breve dissertação, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 11.ª Edição, Porto Alegre, 2012, pp. 37 e ss.

sua plena liberdade.

O *Estado de direitos humanos*, é para Paulo Otero, em primeiro lugar, um Estado humano, ou seja, “(...) *um modelo de sociedade política ao serviço da pessoa humana*”, colocando cada ser humano na origem do Estado e do Direito, “(...) *justificando o propósito de construção de uma sociedade globalmente mais humana e solidária.*”³ Também implica a existência de um Poder político humano, ou melhor, um Poder que atenda às necessidades basilares dos membros da sociedade (quer no que concerne às liberdades, quer no que toca aos direitos fundamentais), e que prossiga o “*interesse público*”,⁴ no respeito pelas “*posições jurídicas subjetivas das pessoas*”.⁵

Em terceiro lugar, “O *Estado de direitos humanos é um Estado de direitos fundamentais*”⁶. Estamos perante um modelo mais exigente de Estado de direitos fundamentais.⁷ O Estado de direitos humanos convoca as características capitais dos direitos fundamentais ou melhor, as que estão acopladas à natureza humana:⁸ - a essencialidade (estes são essenciais a todos nós); - a irrenunciabilidade (tais direitos são irrenunciáveis, mesmo que o ser humano hipoteticamente o consinta); - e ainda, a sua inalienabilidade e imprescritibilidade.

Com este estudo pretendemos reflectir acerca de um dos direitos humanos mais elementares, o direito à saúde. Ele surge em estreita conexão com a dignidade humana, com o direito à vida e à integridade física. Promovê-lo é garantir a defesa da cultura da vida⁹, o primeiro e mais importante dos direitos

³ Cfr. a obra do autor, *Direito Constitucional Português*, Vol. I, Identidade Constitucional, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 31.

⁴ Tal como afirma o Artigo 266.º/1 da CRP.

⁵ De novo, Paulo Otero, *Direito Constitucional Português...*, pp. 32.

⁶ Idem..., pp. 33.

⁷ Ibidem...

⁸ Indício da falta de unicidade dos direitos fundamentais, é o disposto no artigo 17.º da CRP. Parece indiscutível que existem direitos fundamentais com maior ou menor (e até ausência) de íntima ligação à natureza humana.

⁹ Neste domínio, recorde-se a monografia de Paulo Otero, *Direito da Vida*, Relatório

humanos. Apesar de ser um direito ao qual se reconhece uma esfera de autodeterminação, de não interferência estadual e de eficácia horizontal, também é certo que a sua real efetivação depende, não apenas da vontade política do legislador, mas também das disponibilidades financeiras ou materiais dos Estados.

Por isso, parte da doutrina, em especial a mais liberal¹⁰ parte das seguintes ideias: - os direitos sociais não são verdadeiros direitos porque não possuem a dignidade de direitos subjetivos; - as normas constitucionais consagradoras desses direitos são normalmente programáticas, isto é, a sua concretização depende das políticas públicas; - os bens protegidos por essas normas, são em primeira linha, bens privados, cuja proteção só excepcionalmente deve ser confiada a entidades públicas.

Será que o Estado deve contentar-se apenas em prestar o “mínimo social” ou esforçar-se por conferir ao longo dos tempos, através dos instrumentos jurídicos que aprova ou aos quais adere, um nível de proteção cada vez mais elevado dos direitos fundamentais, evitando o seu retrocesso?^{11 12}

Todos facilmente reconhecemos que a determinação da essência de um direito, como é o direito à saúde, não é empreitada fácil,¹³ sobretudo porque nos deparamos com juízos de

sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino, Almedina, Coimbra, 2004, que estuda com profundidade todos os ramos desse direito.

¹⁰ Assim ressalta J. J. Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 260.

¹¹ Este “*droit au minimum*” é também referenciado por François Gaudu, a propósito dos direitos sociais do cidadão, em *Les Droits Sociaux*, in, *Droits et Libertés Fondamentaux*, Rémi Cabrillac, Marie Anne Frison-Roche, Thierry Revet, 3ª Ed., Dalloz, 1996, pp. 475.

¹² *Idem...*, pp. 261. O autor afirma que as recentes leituras jurisprudenciais apontam apenas para a defesa deste mínimo de dignidade.

¹³ A autonomização de um conteúdo essencial de direitos, liberdades e garantias, parece ser o único lugar a salvo contra leis e medidas agressivamente restritivas desses direitos.

“balanceamento de bens e direitos em caso de conflito.”¹⁴ Se o direito constitucional à proteção da saúde “(...) quiser continuar a ser um instrumento de direção e ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e de direção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação).” E a conclusão parece clara aos olhos de Gomes Canotilho, “(...) a governação clínica é um esquema de boas práticas concretizador do direito à saúde.”^{15 16 17}

O Direito Internacional Público tem dado uma preciosa ajuda na definição da saúde pública, na consolidação do direito à escala global e sobretudo na consciencialização da Comunidade Internacional para os problemas gravíssimos que ainda não encontraram “remédio” neste nosso Mundo cada dia mais globalizado.

Para fazermos um “diagnóstico” correto da saúde nos diferentes Estados, de forma a avaliar no geral, quais as lacunas e os problemas transversais a resolver no seio interno, é necessário levar em conta que o mínimo de existência condigna varia

¹⁴ *Idem...*, pp. 262.

¹⁵ *Idem...*, pp. 265.

¹⁶ *Vide* também a obra de Rui Nunes, *Regulação da Saúde*, Vida Económica, Porto, 2005, pp. 142 e ss., especificando muito bem quais são os direitos dos utentes, que são muito mais produto da observância de padrões técnicos e humanos definidos em códigos de boas práticas do que da execução de regulamentos e padrões administrativos. Portanto, aqueles padrões permitiram individualizar aqueles direitos.

¹⁷ Obviamente se conclui que os direitos humanos necessitam de positivação para serem melhor protegidos, mas é indispensável ter em mente que os mesmos têm de ser respeitados, independentemente da sua positivação jurídica. Os direitos humanos essenciais, inerentes ao próprio ser humano apenas pelo simples facto de o “ser”, constituem o maior limite ao poder do Estado e à liberdade dos restantes indivíduos. Ronald Dworkin na sua obra, *Justiça para Ouriços*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 341, chega mesmo a afirmar que *“os direitos humanos são aqueles que se sobrepõem não só aos objetivos nacionais coletivos, mas também à soberania nacional, compreendida de uma modo particular. (Esta é, geralmente, chamada a concepção vestefaliana da soberania, pois foi importante na compreensão do sistema de Estado-Nação, desenvolvida pelos Tratados de Vestefália.)”*

imenso em função da cultura, do país, e dos seus recursos. Também é preciso atender a alguns factores: a crise internacional que se vive, a perda de rendimentos das populações, a falta de recursos estaduais disponíveis para garantia dos direitos sociais, a diminuição da natalidade e o aumento da população idosa. Sem esquecer a despesa que o Estados têm com os medicamentos usados em ambulatório, com os que são comparados nas farmácias, igualmente comparticipados, e ainda, mas não menos importante, a inovação tecnológica¹⁸ e o seu rápido desenvolvimento que têm também a sua quota-parte de responsabilidade no crescimento da despesa pública. Nos tempos que correm, todos estes factores “dificultam a vida” à concretização do Estado social de Direito.

O nosso contributo situa-se (esperamos!) na reflexão acerca do novo paradigma da saúde que está iminente, e que emergiu conjuntamente com a crise internacional. A realidade europeia, na qual nos situamos, enfrenta a problemática da limitação ao défice orçamental e à dívida pública. A introdução, por via legal ou constitucional, na sequência de exigência da União Europeia, da chamada “regra de ouro”, impositora daqueles limites orçamentais, será compatível com a realização do Estado social? A escassez de recursos financeiros poderá condicionar uma possível reforma do Estado? “*Quem paga o Estado social?*”¹⁹

II - O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL:

No âmbito dos direitos fundamentais, a Constituição Portuguesa apresenta-se, nas palavras de Rui Medeiros, “(...) *como um programa normativo extremamente ambicioso*”.²⁰ Há

¹⁸ Geralmente é importada.

¹⁹ José Casalta Nabais, *Reflexões sobre quem paga a conta do estado social?*, in, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a. 7 (2010), pp. 51 e ss.

²⁰ Cfr. do autor, *Constitucionalismo de Raiz Lusófona*, Realidade e Projeto, Ver-

ainda quem afirme que nela se assiste a um verdadeiro fenómeno de “*inflação de direitos fundamentais*”²¹ que sai claramente reforçado com as sucessivas revisões constitucionais.

A opção constitucional portuguesa além de associar aos direitos sociais um conjunto de políticas públicas, adopta um catálogo extenso de direitos sociais, alargado pelas referidas revisões constitucionais. Opta-se pela extensão das pretensões jus-fundamentais de natureza social muito para além do Universo dos direitos sociais básicos.²²

Os direitos económicos, sociais e culturais^{23 24} com especial interesse para este tema, beneficiam, deste modo, do regime geral dos direitos fundamentais, mas não do regime especial previsto para os direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa

bo/Babel, 2011, pp. 36.

²¹ Cfr. José Casalta Nabais, *Algumas Reflexões críticas sobre Direitos Fundamentais*, in, *Ab Vno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, 1998, pp. 965-966.

²² De novo, Rui Medeiros, *Constitucionalismo de Raiz Lusófona*, pp. 40.

²³ A Constituição da República Portuguesa, dedica na sua Parte I, três títulos reservados à temática dos direitos fundamentais. O Título I (artigos 12.º a 23.º) estipula os princípios gerais, o Título II elenca os direitos, liberdades e garantias (artigos 24.º a 57.º) e o Título III cataloga os direitos e deveres económicos, sociais e culturais (58.º a 79.º).

²⁴ J. J. Gomes Canotilho, na obra, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, 2003, pp. 437, descortina os traços gerais caracterizadores do regime dos direitos económicos, sociais e culturais, no ambiente constitucional português. São os seguintes: - a aplicabilidade direta das normas que os reconhecem, consagram e garantem (art. 18.º/1 da CRP); - a vinculatividade de entidades públicas e privadas (art. 18.º/1 da CRP); - a reserva de lei para a sua restrição (art. 18.º/2 e 168.º/1, b)); - o princípio da autorização constitucional expressa para a sua restrição (art. 18.º/2); - o princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18.º/2); - o princípio da generalidade e abstração das leis restritivas (art. 18.º/3); - o princípio da não retroatividade das leis restritivas (art. 18.º/3); - o princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18.º/3); - a limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de emergência (art. 19.º/1); - a garantia do direito de resistência (art. 21.º); - a garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22.º); - a garantia perante o exercício da ação penal e da adopção de medidas de polícia (art. 272.º/3); - e por fim, a garantia contra leis de revisão restritivas do seu conteúdo (art. 288.º/d).

de 1976. De acordo com a “distinção” que a CRP²⁵ faz entre direitos, liberdades e garantias, e direitos económicos, sociais e culturais, podemos defender, seguindo a sua estrutura, a existência, ainda que apenas no plano formal, de “*direitos fundamentais de liberdade e direitos fundamentais sociais*”.²⁶ Quanto aos primeiros, pode dizer-se que geram na esfera jurídica do seu titular, um espaço de autodeterminação através da garantia constitucional de um conteúdo juridicamente determinável de ingresso e fruição de um bem de direito fundamental. E “(...) *não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos.*”²⁷

²⁵ Seguindo a doutrina de J. J. Gomes Canotilho, na obra, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 415, aprendemos que a Constituição Portuguesa, desde o texto originário de 1976, até ao resultante da 4.ª Revisão, não proclamou uma disciplina jurídico-constitucional unitário dos direitos fundamentais, antes estabeleceu: - um regime geral dos direitos fundamentais, que é um regime aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam consagrados como direitos, liberdades e garantias, quer sejam direitos económicos, sociais e culturais e quer se encontrem no que apelida de “*catálogo de direitos fundamentais*”, ou fora desse catálogo, dispersos pela Constituição; - um regime específico dos direitos, liberdades e garantias, isto é, uma disciplina jurídica particular. A relação entre estes dois regimes, o geral e o especial, não é, assume, uma relação de exclusão ou separação. Seria incorreto afirmar que existem dois regimes jurídicos distintos para os dois grupos diversos de direitos fundamentais. O que na realidade existe é um regime geral, a todos aplicável e um regime especial, próprio dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga. A Constituição não se refere a qualquer regime particular dos direitos económicos, sociais e culturais, embora possam existir certas “*dimensões*” (impositiva, prestacional) mais típicas deste grupo de direitos. Já para Jorge Miranda, no seu *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.ª Ed., 2012, pp. 102 e 106, o ilustre Professor afirma que entre esses dois grupos, “(...) *há diferenças de estrutura, de realização e, conseqüentemente, de regimes que não podem ser obnubilados*” mas “(...) *a distinção das duas categorias de direitos não deve entretanto, ser exagerada ou empolada.*” Gomes Canotilho, na mesma obra cit. identifica distinguindo as normas sociais programáticas, das normas sociais como normas de organização, ou como garantias institucionais, e ainda das normas sociais como direitos subjetivos públicos, donde derivam direitos reflexos para os cidadãos. Cfr. pp. 474-476.

²⁶ Seguindo a doutrina de Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 145-153.

²⁷ Cfr. de novo J. J. Gomes Canotilho, na obra, *Direito Constitucional...*, pp. 481. O

O legislador constituinte pretendeu levar a cabo um diferenciação entre uns e outros direitos fundamentais.^{28 29} Para alguns autores, esta diferenciação “*não implica uma clivagem rígida*” entre os mesmos, nem sequer uma pretendida hierarquização em abstrato da qual resulte numa “*menorização dos direitos sociais*”.³⁰ Alguma doutrina,³¹ tem vindo a perfilhar a chamada “tese unitária”, que preconiza a igualdade de posição ou regime dos direitos fundamentais, quer sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais. Os princípios gerais relativos aos direitos fundamentais aplicar-se-ão a ambos os direitos³² mas como é sabido, apesar de não

autor acrescenta que em matéria de direitos sociais, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Afirma além do mais que, “(...) *Um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale na prática, a nenhuma vinculação jurídica.*”

²⁸ Cfr. na doutrina, Rui Medeiros, *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: Entre a Unidade e a Diversidade*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 657 e ss; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I, 2.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1144-1447; J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira, na *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.^a Edição Revista, Vol. I, 2007, pp. 767-937; Manuel Afonso Vaz, *O Enquadramento Jurídico-Constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais*, in, AAVV, *Juris et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto*, Porto, 1998, pp. 435-451 e *Lei e Reserva de Lei, A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Teses, Universidade Católica Lusitana, Porto, 1996; também deve consultar-se a ob. já cit. de José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral...*;

²⁹ Rex Martin, na sua obra, *A System of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1993, também se refere à dualidade dos direitos humanos, pp. 97.

³⁰ Cfr. estes pontos de vista na obra, *Direito Constitucional, O sistema constitucional português*, dos autores Manuel Afonso Vaz, Raquel Carvalho, Catarina Santos Botelho, Inês Folhadela e Ana Teresa Ribeiro; Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 286.

³¹ Cfr. a obra de Isabel Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007 e de Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 e *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

³² De novo, *Direito Constitucional, O sistema constitucional português...*, pp. 239 e

haver uma relação constitucional hierárquica entre eles, o facto é que, os direitos sociais, por carecerem de concretização legislativa, não podem gozar da aplicabilidade direta prevista no artigo 18.º da CRP³³.

A verdadeira distinção entre estes dois tipos de direitos fundamentais ancora-se no facto de os direitos, liberdades e garantias, serem direitos “sob reserva da Constituição”, ou seja, na medida em que possuem “*determinidade constitucional*”³⁴, são diretamente aplicáveis sem necessidade de intervenção legislativa. Já os direitos sociais são direitos “sob reserva de lei”, e ainda que sejam “*normas-princípios constitucionais*”³⁵, caberá sempre ao legislador ordinário a definição da sua prioridade e intensidade com que deverão ser protegidos.³⁶

Somos apologistas da adopção de uma tese a meio caminho entre uma posição e outra. Assim, tal como é pertinente que se valorize a “*fundamentalidade*”³⁷ dos direitos sociais, é igualmente conveniente que se não ignore as diferenças de regime que a nossa Constituição atribui quando comparados com os direitos, liberdades e garantias.³⁸

ss.

³³ Sobre o tema da restrição aos direitos fundamentais, o qual não abordaremos aqui, deve ler-se de Luís P. Pereira Coutinho, *Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais*, Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Edição da FDUL, Coimbra Editora, 2010, em especial, pp. 562-574.

³⁴ *Idem...*, pp. 287.

³⁵ *Ibidem...*

³⁶ Por isso, o grau de vinculação do legislador aos direitos sociais dependerá, por conseguinte, da maior ou menor determinação das normas constitucionais.

³⁷ A expressão consta da já cit. obra, *Direito Constitucional, O sistema constitucional português...*, pp. 286.

³⁸ Cfr. Franck Moderne, *La Notion de Droit Fondamental dans les Traditions Constitutionnelles des Etats Membres de L'Union Européenne*, in, *Realité et Perspectives du Droit Communautaire des Droits Fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 70-84. O autor questiona-se, analisando, se todos os direitos do homem são susceptíveis de ser vistos como fundamentais no direito constitucional interno, passando em revista várias constituições de Estados-membros da U.E, onde se nota alguma heterogeneidade no que tange às hierarquias formais no seio dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais, ainda que compreendidos *stricto sensu* como direitos económicos, sociais e culturais,³⁹ isto é, direitos cuja substância principal consiste em prestações estaduais sujeitas a conformação político-legislativa, apesar de estarem sujeitos a um regime constitucional diferente, não consubstanciam de todo, uma “*categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos, liberdades e garantias.*”⁴⁰ Estes direitos são normalmente encarados como direitos de segunda geração.⁴¹ Por deterem uma dimensão essencialmente programática e prestacional, eles corporizam expectativas e aspirações a prestações que necessitam da intervenção do Estado para serem desenvolvidos e satisfeitas.

Os direitos fundamentais sociais “(...) *son aquellos que tienen como finalidad garantizar unas condiciones de vida digna*”.⁴² A dignidade humana é a justificação para que o homem seja sujeito e protagonista do Direito, ao mesmo tempo que é também o destinatário da atividade do Estado.⁴³ A dignidade do homem é acima de tudo, o núcleo inviolável do sistema político, da democracia constitucional.^{44 45}

³⁹ *Idem.*, pp. 479-500, identifica vários princípios aplicáveis ao prisma dos direitos económicos, sociais e culturais. São eles, o princípio da iniciativa social, o princípio da democracia participativa, a dependência da realidade constitucional, o princípio do não retrocesso social e o princípio da relativa relevância das condições económicas dos titulares, todos eles indiciam um regime específico para estes direitos.

⁴⁰ As palavras são de José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 357.

⁴¹ Assim refere Gráinne de Búrca, na parte introdutória, *The Future of Social Rights Protection in Europe, Social Rights in Europe*, Edited by Gráinne de Búrca and Bruno de Witte, University Press, Oxford, 2005, pp. 3.

⁴² Cfr. as palavras de obra de Luis María Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson/ Civitas Ediciones, pp. 37.

⁴³ Cfr. no mesmo sentido, Jesús González Pérez, *La dignidad de la Persona*, Civitas Editorial, 1986, pp. 58 e 111-130.

⁴⁴ Cfr. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitar-te, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, pp. 390.

⁴⁵ Tanto assim é que, “*a pessoa humana é o critério das relações existenciais porque, com as suas exigências transcendentais e eternas, é medida de toda a política, incluindo a internacional, e se erige como artífice da sua própria história e da sua própria humanização.*” (tradução nossa), Sahagún Lucas, cita e analisa as palavras e

Estes direitos são identificados por alguns autores como “*direitos através do Estado*”, isto é “*direitos que facultam e garantem o gozo efetivo dos bens constitucionalmente protegidos*”,⁴⁶ constituindo uma pretensão (sob a reserva do possível⁴⁷) a uma determinada prestação do Estado, de conteúdo indeterminado e indiretamente aplicável, cuja execução estadual, pode assumir uma forma delongada no tempo.⁴⁸ Parece que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social.⁴⁹ Contudo, cremos que esta garantia do mínimo social resulta de um dever irrecusável dos poderes públicos de asseverar a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional dos direitos sociais.

Por mais que nos custe admitir, o que é facto é que nenhuma das normas constitucionais que garantem os direitos sociais fundamentais pode ser entendida como vinculante, assegurando em termos definitivos, direitos subjetivos.⁵⁰ Os direitos sociais nunca legitimarão pretensões diretamente decorrentes dos preceitos constitucionais. Para Manuel Afonso Vaz, “*a atuação legislativa nos direitos sociais não está balizada por uma reserva constitucional de conteúdo*”.⁵¹ Já Gomes Canotilho, afirma mesmo que “*não haverá um direito fundamen-*

a doutrina de João Paulo II, por detrás das mesmas, in, *Valores Humanos Cristianos en la Predicación de Juan Pablo II en España*, na obra coletiva, *Juan Pablo II y la Fe de los Españoles. Herencia e Futuro*, Madrid, 1984, cit. pp. 55.

⁴⁶ As expressões são de Cristina M. M. Queiroz, *Direitos Fundamentais*, (Teoria Geral), Teses e Monografias 4, FDUP, Coimbra Editora, 2002, pp. 148 e 149.

⁴⁷ Começou a aderir-se a esta construção dogmática, precisamente porque os direitos sociais, custam em geral muito dinheiro, pressupondo por isso grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. A reserva do possível quer significar que os direitos sociais só existem quando e enquanto existirem recursos financeiros por parte do Estado, para a sua sustentação.

⁴⁸ Cfr. a já citada obra de Jorge reis Novais, pp.148-149.

⁴⁹ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, na obra, *Direito Constitucional...*, pp. 481.

⁵⁰ Idem..., pp. 482.

⁵¹ Cfr. a obra do autor, *Lei e Reserva de Lei, A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Teses, Universidade Católica Lusitana, Porto, 1996, pp. 374.

tal à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde.”⁵²

Jorge Miranda, por seu lado, aponta os elementos que considera “*não pouco relevantes*” na efetivação dos direitos sociais: a transparência dos procedimentos legislativos, a eficácia da administração (artigo 267.º/2 CRP), o funcionamento das instituições judiciais, uma real responsabilidade do Estado e dos seus agentes – política, financeira, civil e criminal – assim como a subordinação do poder económico ao poder político democrático (artigo 80º/b CRP) e a contenção de pulsões corporativistas de quaisquer grupos.⁵³

Os direitos sociais para além das reservas que atingem também intrinsecamente os restantes direitos fundamentais (dadas algumas simetrias entre ambos os direitos) estão assim sujeitos à reserva do financeiramente possível.^{54 55} A doutrina vê na sua definição uma concórdia do socialmente desejável ao economicamente possível.⁵⁶

O Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais liga inclusivamente a sua progressiva efetivação ao “*máximo*”

⁵² Ibidem..., nem mesmo admite existir um direito fundamental à segurança social, apenas um conjunto de “*direitos legais sociais*” – para o efeito, referencia os Acórdãos do Tribunal Constitucional, n.ºs 131/92; 508/99, 29/2000.

⁵³ Cfr. o seu *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

⁵⁴ Utilizando e desenvolvendo este conceito, Paulo Gilberto Cogo Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre, 2006, pp. 99 e ss. e J.R. Novais, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010, pp. 87 e ss.

⁵⁵ De novo, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, pp. 285 e ss., mas em especial pp. 288, onde explica que, em sua opinião, a reserva do possível constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também podendo atuar, em determinadas circunstâncias como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se tratar da invocação da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

⁵⁶ Cfr. Jean Rivero, *Les Droits de l’Homme, Catégorie Juridique?*, in, *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, obra coletiva, III, Instituto de Estudios de Administracion de Madrid, Madrid, 1969, pp. 32.

de recursos disponíveis” (artigo 2.º/1). Esta dependência financeira é o elemento mais condicionante da sua realização, com consequências importantes, no que tange à separação de poderes, aos poderes de decisão legislativa e judicial, apesar da sua natureza jus-fundamental.⁵⁷ Esta concepção é recuperada da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, que no seu artigo 22.º, deixa os direitos económicos, sociais e culturais “*ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com as organizações e os recursos de cada povo.*”

O exame e a ponderação dos factores económicos necessários para realizar os direitos sociais cabe obviamente ao poder político, designadamente aos seus órgãos políticos mas também aos órgãos legislativos, e não à Administração nem aos Tribunais. Desta apreciação pode resultar a conveniência de estabelecer diferentes formas e graus de efetivação dos direitos sociais. Jorge Miranda insiste que “*o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efetivação.*”⁵⁸

Impõe-se assim, uma tarefa de harmonização na hora de avaliar os direitos a efetivar e os recursos disponíveis para o efeito. Nesta empreitada, cre-se que a margem de liberdade que esta decisão política gera não é de total liberdade, mas de “*relativa margem de liberdade*”⁵⁹, requerida pelo pluralismo democrático e pela alternância democrática, tal e como afirma Jorge Miranda. Aqui não pode ser ferido o princípio da proporcionalidade, cabendo além do mais, aos Tribunais em geral, e ao Tribunal Constitucional em especial, o controlo de eventuais inconstitucionalidades.

⁵⁷ Neste sentido, o mesmo autor antes citado, J .R. Novais, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos...*, pp. 253-254.

⁵⁸ De novo, Cfr. o seu *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV..., pp. 484.

⁵⁹ Idem...pp. 485.

Alguma doutrina afirma que os direitos económicos, sociais e culturais além de comportarem dimensões garantísticas negativas e de participação,⁶⁰ dispõem de um conteúdo nuclear,⁶¹ ao qual se deve reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência à dignidade da pessoa humana, como alicerce do Direito⁶² e fundamento de todo o catálogo de direitos fundamentais. Em coerência com este carácter jusfundamental, existe quem preconize e defenda a indivisibilidade dos direitos fundamentais.⁶³ Consentânea com ela estaria a ideia de que todos os direitos fundamentais “*apresentam uma natureza jurídica unitária, independentemente (...) da sua arrumação constitucional (...)*”⁶⁴, assumindo alguns autores a postura de que haveria “*pura e simplesmente direitos fundamentais (...)*.”⁶⁵

A unidade dos direitos fundamentais não nos impede de reconhecer as especificidades que constam dos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias e das disposições que estabelecem direitos sociais. Naturalmente que há diferenças entre eles mas não existe uma hierarquia axiológica entre os mesmos.^{66 67} Tem sentido admitir-se que existem dimen-

⁶⁰ J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 127 e segs., acentuando este componente negativo de direito à abstenção do Estado ou de Terceiros.

⁶¹ De novo, J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 357.

⁶² Cfr. a monografia de José de Oliveira Ascensão, *O Fundamento do Direito: Entre o Direito Natural e a Dignidade da Pessoa*, Separata da RFDUL, Vol. LII, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2011.

⁶³ Cfr. Rui Medeiros, *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: Entre a Unidade e a Diversidade*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, FDUL, Coimbra Editora, 2010, pp. 661.

⁶⁴ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *A Cultura a que tenho direito, Direitos fundamentais e cultura*, Almedina, 2007, pp. 114 e 115.

⁶⁵ Cfr. Jorge Reis Novais, *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais, O direito à segurança social*, in, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abril/Junho, 2005, pp. 7.

⁶⁶ Neste sentido Cfr. a obra já cit. na nota anterior, pp., 663 e ainda a posição de José de Melo Alexandrino a este respeito na obra, *A Estruturação do Sistema de...*, Vol.

sões jurídicas específicas dos direitos de liberdade que podem ser extraídas dos preceitos constitucionais sobre direitos sociais, e nessa medida, são susceptíveis de invocação pelos particulares, independentemente da lei.⁶⁸

Na nossa Constituição, as normas que preveem os direitos sociais a prestações contêm “*diretivas*”⁶⁹ para o legislador, ou melhor, são “*normas impositivas de legislação*”,⁷⁰ não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, pois em primeira linha objectivam impor ao Estado a tomada de medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos.⁷¹ O legislador não pode decidir se atua ou não: é-lhe proibido o “*non facere*”.⁷² Além do mais, acreditamos que a Constituição Portuguesa fornece critérios para determinação do conteúdo mínimo dos interesses dos beneficiários, que individualizáveis, poderão constituir posições jurídicas subjetivas⁷³ no plano constitucional.

Em regra, estes encargos estaduais não se encontram suficientemente determinados no plano constitucional, aptos a vincular de modo imediato os poderes públicos, para além des-

II, pp. 193.

⁶⁷ Mesmo numa ordem constitucional não hierárquica, nada obsta ao reconhecimento de diferentes graus de vinculação à dignidade da pessoa e às liberdades básicas.

⁶⁸ Cfr. ob. cit. de José de Melo Alexandrino, *A Estruturação do Sistema de...*, Vol. II, pp., 184 e ss. e 605 e ss.

⁶⁹ Cfr. a ob. cit. de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 359.

⁷⁰ Idem... Vieira de Andrade afirma que nestas tarefas constitucionalmente impostas se inspira a doutrina alemã. *Vide* também a nota n.º 6 na já cit., pp. 359.

⁷¹ Isto não quer dizer que se trate de normas meramente proclamatórias, porque a realidade é que têm força jurídica e vinculam efetivamente os poderes públicos, impondo-lhes autênticos deveres de legislação.

⁷² Cfr. a ob. cit. de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 359.

⁷³ Para que se tornem direitos subjetivos é necessária uma atuação legislativa definidora do seu conteúdo concreto, fazendo opções políticas prioritárias (no quadro mundial que é de escassez de recursos), levando-se em linha de conta o carácter limitado da intervenção estadual na vida social e em geral a abertura característica do próprio princípio democrático. A intervenção legislativa é necessária mas o legislador dispõe de um espaço próprio para conformação do conteúdo das prestações que constituem o direito.

te mínimo, nem podem, sem prejuízo da divisão constitucional de poderes, ser determinados pelos juízes quanto aos pressupostos e à extensão do conteúdo dos direitos dos respectivos beneficiários.⁷⁴ Os preceitos constitucionais respectivos não são, por isso, diretamente aplicáveis sem intervenção legislativa, muito menos constituem preceitos exequíveis por si próprios. a proteção jurídica de que gozam é mais fraca, já que os Tribunais, *“na veste de órgãos encarregados da fiscalização da constitucionalidade das normas, não podem em obediência ao princípio da divisão de poderes, controlar, quanto ao respectivo conteúdo, as opções legislativas, a não ser excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador da incumbência constitucional, situação muitas vezes difícil de provar, embora sempre reste a proteção objetiva, todavia também limitada, resultante da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão”*⁷⁵ ⁷⁶ Portanto, dum juízo conforme aos princípios basilares do Estado de Direito ancorado na dignidade humana, pode deduzir-se a competência dos tribunais para *“corrigir os efeitos mais nocivos da inação do legislador”*.⁷⁷

⁷⁴ Neste sentido, Wolfgang Martens, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in VVDStRL, 30, W. de G., Germany, Berlin (1972), pp. 31.

⁷⁵ J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 360.

⁷⁶ Sobre este tema, Cfr. Jorge Pereira da Silva, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão* (policop.), 2001, pp. 193 e segs., que a concebe como alternativa à proibição de retrocesso, no contexto de uma *“fiscalização preventiva das omissões legislativas”*, em face de uma *“proibição de recriar omissões inconstitucionais.”*

⁷⁷ Ou seja, para, nas *“situações de necessidade excepcional ou de injustiça extrema possibilitadas pela inação legislativa”*, condenar *“as entidades públicas com atribuições na matéria, em prestações de conteúdo mínimo susceptíveis - à luz das circunstâncias do caso concreto - a reparar ofensas intoleráveis à dignidade da pessoa humana.”* Palavras de Sérvulo Correia, em *Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 970.

Apesar do que foi dito, não se pode perder de vista que em matéria de aplicação de normas sobre direitos sociais, ainda que sejam direitos sociais fundamentais, os Tribunais estão limitados, como já foi referido, à reserva da conformação política do legislador, bem como, à sua autonomia na revisibilidade das prestações que os concretizam. Apela-se sempre à realização de prestações materiais e fácticas, com altos custos financeiros, visto que eles são direitos reservados à disponibilidade e às opções político-financeiras do Estado tendo como parâmetro o seu orçamento.⁷⁸

Não menos importante é a constatação de que todos os direitos fundamentais são idênticos, já que todos eles apresentam uma vertente negativa, que impõe um direito de defesa contra agressões públicas e em simultâneo, uma vertente positiva, que obriga à atuação dos poderes públicos para a sua realização. Concorre com tudo isto, já se sabe, a específica dependência dos direitos sociais em relação à capacidade de prestação do Estado (devido aos recursos escassos e às heterogéneas necessidades colectivas), *“justamente porque os instrumentos de realização do Estado Social, envolvem, não apenas o Direito, mas também o dinheiro.”*⁷⁹ *Esta constitui a “face oculta dos direitos fundamentais.”*⁸⁰

No que à sua força jurídica importa,⁸¹ e na senda do ra-

⁷⁸ J. R. Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 369 ss.

⁷⁹ Cfr. Rui Medeiros, *Direitos, Liberdades...*, pp. 679.

⁸⁰ A frase é de José Casalta Nabais, *A face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os deveres e os custos dos direitos*, in, *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, Coimbra, 2007, pp. 163 e ss.

⁸¹ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, na ob. cit, pp. 364, ensina que a mencionada força jurídica dos direitos sociais se manifesta, em síntese, nos seguintes aspectos:- imposição legislativa concreta das medidas necessárias para tornar exequíveis os preceitos constitucionais;- o padrão jurídico de controlo judicial de normas, com conteúdo mínimo imperativo;- o fundamento constitucional de restrição ou de limitação de outros direitos fundamentais, em regra, direitos, liberdades e garantias, em especial quando a Constituição estabeleça deveres especiais de proteção e por fim, a força irradiante, conferindo uma certa capacidade de resistência, variável em intensidade, dos direitos derivados a prestações, enquanto direitos de-

ciocínio já despendido, é conveniente destacar o seguinte: os preceitos relativos aos direitos sociais são normas jurídicas preceptivas que concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas, ou se quisermos, “*pretensões jurídicas*”; estabelecem garantias institucionais, impondo ao legislador uma obrigação de agir para lhes dar cumprimento pleno (obrigação legiferante).⁸²

Deve adicionar-se a isto, a ideia de que o conteúdo dos preceitos sobre direitos sociais é normalmente determinado pela Constituição, em regra, num mínimo, não podendo ser-lhe atribuído um conteúdo normativo mais vasto por via da interpretação judicial. Esse conteúdo, como se constatará, depende das opções próprias do legislador ordinário, ao qual se deve entender que foi delegado, um poder de conformação autónoma, nessa medida sujeito a um controlo atenuado pelos Tribunais. Por isso, se não aplica em princípio, aos direitos sociais, o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, justamente porque este pressupõe a determinabilidade do conteúdo dos preceitos a nível constitucional.⁸³ Assim sendo as assimetrias a assinalar entre uns e outros, residem aqui.

O direito à saúde é um direito fundamental de liberdade quando reclama a dimensão defensiva do direito à integridade física, denominada dimensão negativa, ou a dimensão positiva ou prestacional, que engloba o direito à assistência médica urgente, e por isso, a sua realização depende nesta medida, do

correntes das leis conformadoras às mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização dos direitos.

⁸² A consequência é que aqueles preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da mesma força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas. A doutrina que perfilhamos é de J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, ob. cit., pp. 363.

⁸³ Idem...já na pp. 364. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 481 e ss., considera que esta construção dos direitos sociais, que é maioritária na doutrina, equivale a um “grau zero de garantia”. No entanto, os traços do regime dos direitos sociais que parece prescrever, com base no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/84, de 11 de Abril de 1984, correspondem no essencial, aos que lhe imputamos

acesso e da fruição, submetidas, como foi dito, à reserva do possível.⁸⁴ Os direitos do paciente e os recursos na esfera dos cuidados de saúde são “*duas faces de uma moeda irregular*”, afirma Frances H. Miller.⁸⁵ Na realização daquele bem deparamo-nos com uma panóplia de (im)possibilidades fácticas e jurídicas que condicionam os meios da sua efetivação, de respeito, proteção e promoção.⁸⁶

Em cada direito fundamental está presente alguma projeção da dignidade da pessoa humana.⁸⁷ O direito à saúde não é exceção a esta premissa. Para alguns autores, não passa de um direito-garantia do direito à vida⁸⁸, na qual se projeta toda a dignidade humana. A conexão vida, dignidade e saúde é tão forte que a violação de um destes bens jurídicos acarreta sempre a violação do outro.⁸⁹ A partir do conteúdo primordial de um direito, no caso o direito à saúde, é possível ver a existência de um “*núcleo essencial*” e das “*suas camadas envolventes*”, verificando-se uma “*intensidade normativa decrescente a partir do núcleo essencial*” que forma o conteúdo mínimo daquele direito e que corresponde à noção de mínimo existencial.⁹⁰

⁸⁴ Vide Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11.ªEd., Livraria do Advogado - Editora, Porto Alegre, 2012, pp. 271-272.

⁸⁵ Cfr. Frances H. Miller (Ed.), *Rights and Resources*, Adershot, Ashgate : Dartmouth, 2003, “*Introduction: patient rights and health care resources: two sides of an irregular coin*”, pp. xi-xxvi

⁸⁶ Seguindo, João Carlos Loureiro, *Direito à (proteção da) Saúde*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário da sua morte, Vol. I, Edição FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 677.

⁸⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado – Editora, Porto Alegre, 2010, pp. 93 e na mesma senda, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2009, pp. 161.

⁸⁸ Assim afirma, Maurício Caldas Lopes, *Juridicalização da Saúde*, Editora Lumen Juris, R.J, 2010, pp. 45 ss.

⁸⁹ É esta a posição do Tribunal Constitucional Alemão, referida por Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade...*, pp. 105.

⁹⁰ Exemplo da sagração de um “*direito a um mínimo de existência condigna*” é a decisão do Tribunal Constitucional Português proferida no Acórdão n.º 59/02 de 19/12/2002 em que decide pela inconstitucionalidade de uma norma que ao converter um determinado rendimento social impôs limitações etárias que excluam cida-

O conceito de saúde adoptado no preâmbulo da OMS em 1946 é “*um estado de completo bem-estar físico, mental, social e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade*”⁹¹ e também é certo, que este conceito de saúde e o alcance do seu mínimo existencial, dependerão de diversos factores, conjugados com as condições pessoais do seu titular e bem assim, dependerão para ser perfeitamente fruídos, da natureza e limite dos deveres estaduais inerentes à sua realização.

Em Portugal, a Constituição estendeu “*as pretensões jusfundamentais de natureza social muito para além do universo dos direitos sociais básicos.*”⁹² apostando na ideia de que tais direitos devem prender-se com necessidades básicas do homem, devendo ser reconduzidos a algumas categorias fundamentais como sejam o direito à habitação, à educação e à saúde, nomeadamente o direito a tratamento médico adequado. Este sistema parece-nos excessivo porque uma coisa é haver um catálogo de direitos sociais, outra coisa é fazer acompanhar a positivação destes direitos, de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos económicos, sociais e culturais. Esta opção pode conduzir a uma rigidez, que em nada se coaduna com uma livre apreciação e conformação política das verdadeiras possibilidades financeiras e económicas atuais, colocando a Constituição no centro das querelas acerca da dimensão e limites do Estado Social.

A proteção social está vertida no artigo 63.º da CRP e congloba o direito à proteção na doença, velhice, invalidez, viuvez, orfandade, desemprego e outras situações de escassez de meios de subsistência. Neste âmbito, as políticas adequadas direcionam-se no sentido de organizar, coordenar e subsidiar

dão, pondo em causa o acesso a esse dito direito mínimo existencial. Acórdão consultado em www.tribunalconstitucional.pt

⁹¹ A Organização Mundial de Saúde (OMS) em <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm>

⁹² Cfr. Rui Medeiros, *Direitos, Liberdades...*, pp. 672.

um Sistema de Segurança Social unificado.⁹³

O artigo 64.º/1 prevê o direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover. O seu número segundo, alínea a) dispõe que é o Serviço Nacional de Saúde – SNS - universal e geral, que assegura e realiza essa proteção. O artigo 64.º/3 da CRP⁹⁴ rege as incumbências prioritárias do Estado para que possa assegurar aquele direito. Assiste-se à sistematização conjunta de direitos fundamentais (o direito à saúde, no caso) e garantias institucionais (o SNS) pese embora a evidência da sua diferenciação. O direito à saúde é um típico direito fundamental que pode assumir a forma de direito fundamental de liberdade ou mesmo de direito fundamental social prestacional. O SNS é indiscutivelmente, uma garantia institucional,⁹⁵ com uma função apenas instrumental, destinada a permitir a fruição daquele direito fundamental que lhe é principal e sem o qual, uma dada garantia não tem razão de ser.⁹⁶ A universalidade do acesso ao SNS revela-se como garantia institucional da própria normatividade do Estado Social e do valor da igualdade. Ela é essencial à caracterização e promoção do direito à saúde.⁹⁷

⁹³ A Reforma da Segurança Social de 2007, consubstanciada na Lei 4/2007, de 16 de Janeiro, consagrou a composição da Segurança Social em três sistemas: - sistema de proteção social de cidadania, que visa garantir direitos básicos dos cidadãos e igualdade de oportunidades. É o sistema de orientação Beveridgiana, assente na solidariedade geral de base fiscal; - sistema previdencial assente no princípio de solidariedade de base profissional, garantindo prestações pecuniárias substitutivas do rendimento do trabalho perdido em consequência de alguns eventos contingentes (doença, inclusive, doenças profissionais, maternidade, paternidade, adoção, desemprego, etc) - e sistema complementar, que abarca um regime público de capitalização e regimes complementares de iniciativa coletiva e iniciativa individual. José António Pereirinha, Políticas Públicas Sociais, in, *Handbook de Administração Pública*, César Madureira/Maria Asensio (Org.), INA Editora, Lisboa, 2013, pp. 324 e 325.

⁹⁴ Deve consultar-se a *Constituição Portuguesa Anotada*, de Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, 2.ª Edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 1305-1322.

⁹⁵ Jorge Miranda, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005, pp. 654.

⁹⁶ José Carlos V. de Andrade, *Os Direitos...*, pp. 135.

⁹⁷ Não olvidemos que existem garantias constitucionais que não são direitos, e direitos fundamentais que não são garantias. Deste modo, se a CRP não distingue direitos

O núcleo primordial do direito à saúde é composto por um “*direito de personalidade à identidade pessoal e familiar, à integridade e especificidade do corpo humano e por um direito fundamental de proteção à saúde*”.⁹⁸ A sua dimensão individual corresponde ao direito de cada um exigir a proteção da sua saúde, ou melhor, que lhe seja assegurado um estado completo de bem estar físico, psíquico e social, decorrente da dignidade da pessoa humana. A proteção da saúde pode assumir uma feição positiva ou negativa, quer dizer, pode impor a obrigação estadual da sua promoção ou tão só que o Estado se abstenha de a prejudicar.⁹⁹

O próprio Tribunal Constitucional português¹⁰⁰ admite

de garantias institucionais, o regime jurídico aplicável a uns (direitos), deve ser em princípio o mesmo que se aplica aos outros (garantias), especialmente quanto a possíveis restrições e seus limites.

⁹⁸ Sérvulo Correia, *Introdução ao Direito à Saúde, in Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex, 1993, pp. 48.

⁹⁹ Comporta ademais, os direitos dos pacientes à assistência médica, assim como a não prestação desta, envolve a ausência de compatibilidade entre o direito à saúde e outros direitos fundamentais, tais como a liberdade, a intimidade e a reserva da vida privada, ou a liberdade de crença religiosa.

¹⁰⁰ O Tribunal Constitucional português em *Acórdão n.º 39/84 de 11/04/1984*, publicado em D.R., 1.ª Série, 05/05/1984, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, fixou alguns traços juridicamente constitutivos das normas constitucionais que aclamam direitos económicos sociais e culturais: - os direitos fundamentais sociais presentes em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional, isto é, não são meros programas ou linhas de direção política; - as normas que garantem direitos sociais devem servir de parâmetro de controlo judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos; - as normas de legislar unidas à consagração de direitos sociais são imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar a inconstitucionalidade por omissão; - as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos, devem significar medidas concretas e determinadas e não promessas vagas e abstratas; - a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não é deixada à livre disponibilidade legislativa, embora o legislador beneficie de uma ampla liberdade conformadora, quer no que respeita às soluções normativas, quer quanto ao modo e ritmo de realização. Neste Acórdão, o Tribunal possuía uma concepção fortemente limitada pelo princípio (absoluto) da proibição do retrocesso social e da aversão à ideia de reversibilidade dos direitos sociais. Na altura, o Tribunal considerou que a vertente positiva do direito à saúde implicava direito a ações do Estado, a medidas legislativas, à criação

a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde, querendo demonstrar, parece-nos, que o direito à proteção da saúde contra agressões externas, se reconduz não só às relações entre o poder público¹⁰¹ e os particulares, mas também àquelas que se verificam entre estes. A razão justificativa é o facto deste direito surgir indissociavelmente ligado à salvaguarda da vida, da dignidade humana e da integridade física.

A positivação dos direitos sociais ocorre em diferentes níveis. Ou através de normas programáticas que definem as tarefas e fins estaduais sociais, ou pela previsão de normas de organização que atribuem competências para o desenvolvimento de medidas, ou pelo estabelecimento de garantias institucionais protetoras por exemplo do bem jurídico saúde, e para finalizar, uma nota para a positivação de direitos sociais como direitos subjetivos públicos, que suportam posições invocáveis perante o Estado.¹⁰² As Constituições dos Estados Sociais de que é exemplo a nossa CRP, encontram-se munidas de verdadeiros programas e tarefas a desenvolver pelos mesmos.

Vejam-se para o efeito os artigos 9.º/d) e 64.º/3 a) ambos da CRP.¹⁰³ Estas disposições da CRP, introduziram na agenda prioritária do nosso Estado, a tarefa fundamental de promoção do bem estar e qualidade de vida do povo, e a igual-

e funcionamento de instituições, e a certas prestações. Na sua vertente negativa, assume que este direito compartilha das características dos tradicionais direitos de liberdade, do direito à não interferência do Estado.

¹⁰¹ Como refere Paulo Otero, “a dignidade da pessoa humana exige do Estado o respeito pela vida e integridade física das pessoas, nessa medida, cremos que há uma obrigação geral de respeito que torna inadmissível qualquer modelo constitucional que permitisse a carência de condições de proteção da vida e integridade física dos utentes do SNS”, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 18; no mesmo sentido, analisando os direitos fundamentais do paciente, em caso de internamento, Maria João Estorninho, *Organização Administrativa da Saúde*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 61.

¹⁰² Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1988, pp. 7.

¹⁰³ Cfr. os próprios na já citada *Constituição Portuguesa Anotada*, J. Miranda e R. Medeiros, pp. 185 e 1305.

dade real entre os portugueses na proteção da saúde, garantindo o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, a cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação. O direito de “todos” à sua proteção, atribui uma posição subjetiva a este direito desde logo porque assegura a todo o indivíduo a faculdade de, com base nesta posição, pleitear uma prestação específica. Da parte do poder público, existe uma imposição constitucional e portanto, só há discricionariedade quanto à forma como a sua concretização é feita.¹⁰⁴

Em suma, a ponderação necessária, no quadro do direito fundamental e social à saúde, impõe um verdadeiro e difícil equilíbrio entre por um lado, o bem jurídico saúde e o correspondente direito fundamental a essa mesma saúde, e por outro, o nível de sustentabilidade financeira existente, de forma a satisfazer, quanto mais não seja, apenas o seu conteúdo mínimo ou o mínimo material de subsistência¹⁰⁵, tendo sempre em consideração o tão caro princípio da proibição de retrocesso social. “*Só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório*”¹⁰⁶

Contudo, este princípio da proibição de retrocesso social, implicaria, bem vistas as coisas, a elevação das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais a direito constitucional.¹⁰⁷ Não discutiremos neste trabalho, todas as questões doutrinárias que se prendem com aquele princípio, mas há a reter o

¹⁰⁴ Jorge Miranda, no seu *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 435, afirma que na definição dos direitos sociais, os órgãos de decisão política não-de gozar de uma relativa margem de liberdade. “*Não de uma total liberdade. Não pode ser obliterado o princípio da proporcionalidade (lato senso), aferido por padrões de justiça social, de solidariedade, e igualdade real entre os portugueses – artigo 9.º d) da CRP - aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional em especial competirá descobrir eventuais inconstitucionalidades*”.

¹⁰⁵ Cfr. Robert Alexy, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Trad. Castelhana, Madrid, 1993, pp. 496.

¹⁰⁶ Cfr. a obra supra citada de J. Miranda, *Manual de...*, pp. 444.

¹⁰⁷ Pelo menos material, como assinala J. J. Gomes Canotilho, *Constituição...* pp. 411 e 414.

seguinte: parece-nos evidente que os preceitos constitucionais relativos a direitos económicos, sociais e culturais implicarão certamente um quantum de garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas. Esta garantia abrange um mínimo que exige a realização do respeito pela dignidade da pessoa humana.¹⁰⁸ E poderá atingir um máximo, quando essas concretizações legais devam ser consideradas materialmente constitucionais. O grau intermédio de proteção abrangerá o princípio da proteção da confiança ou a necessidade de fundamentação dos atos legislativos retrocedentes num valor constitucional que no caso, se revele mais forte, aliados à circunstância de tornarem mais visíveis eventuais violações dos preceitos constitucionais (em especial, do princípio da igualdade), diminuindo assim a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio legislativo.

No entanto, isto não origina uma aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso, nem uma “*eficácia irradiante*”¹⁰⁹ dos preceitos relativos a direitos sociais, encarados como um “*bloco constitucional dirigente*”.¹¹⁰ a proibição de retrocesso não pode constituir um princípio geral nesta matéria, sob pena de “*destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição.*”¹¹¹

Com efeito, dada precisamente a natureza jus-

¹⁰⁸ Estamos com J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 338 e segs., quando opta por uma posição menos ideológica, considerando inconstitucionais as medidas legislativas que se traduzam na prática numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁹ Cfr. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 379.

¹¹⁰ Idem...

¹¹¹ Cfr. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 379, especialmente na nota n.º 67 em que ensina que, uma proibição absoluta do retrocesso implicaria uma eficácia mais intensa dos preceitos relativos aos direitos sociais que a dos que gozam do regime dos direitos, liberdades e garantias, quando não pode haver dúvidas de que a opção constitucional é a inversa.

fundamental dos direitos sociais, desse regime comum de que falámos faz igualmente parte uma resistência constitucional que retira os direitos sociais da disponibilidade total do legislador ordinário. Isso obriga o poder político, sempre que os pretenda restringir, a ter de fundamentar as restrições na necessidade de proteger outros bens jurídicos que devam prevalecer. O facto de constituírem direitos sob a reserva do possível atenua a densidade de controlo sempre que, mas só quando, o legislador pode acionar, fundadamente essa reserva.¹¹² Cabe ao Tribunal Constitucional verificar a restrição a qualquer direito fundamental bem como a legitimidade daquela invocação.¹¹³

Aduzimos portanto que, o direito à saúde na sua dimensão de direito social, depende da aplicação das normas constitucionais, mas sobretudo das condições económico-financeiras administrativas, institucionais, e socioculturais (incluindo-se aqui a consciência jurídica geral, a que por vezes se apela) para ser efectivado.¹¹⁴

Partindo do pressuposto de que há um único regime de protecção dos direitos fundamentais, aceitando-se as diferentes sensibilidades e assimetrias que os direitos albergam entre si, podemos considerar que, sempre que a reserva do possível não seja acionável, os direitos sociais são passíveis de resistir à intervenção do legislador, tal como sucede quanto aos direitos de liberdade. Se o legislador afecta o grau já obtido de realização destes direitos, essa afectação deve ser identificada como uma restrição de direitos fundamentais.¹¹⁵

O Tribunal Constitucional português tem adoptado ao longo do tempo, em matéria de direitos sociais, formulações

¹¹² Assim refere, Jorge Reis Novais, na obra, *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais...*, pp. 7.

¹¹³ O artigo 18.º da CRP, aplica-se indiferenciadamente aos direitos de liberdade e aos direitos sociais à exceção do se número primeiro, que se não aplica a estes últimos.

¹¹⁴ De novo, J. Miranda, *Manual...* pp. 433.

¹¹⁵ Neste sentido, Jorge Reis Novais, *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais*, in, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abril-Junho de 2005, pp. 7 e 8.

mais moderadas. No seu *Acórdão n.º 509/2002 de 19/12/2002*¹¹⁶ em que se declara que, onde a CRP contenha ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal maneira que seja possível determinar com segurança, as medidas jurídicas necessárias para lhe dar exequibilidade, a margem de liberdade legislativa para retroceder no grau de proteção atingido é necessariamente mínima, já que, tal só se poderia fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida, não constituísse *a posteriori*, uma inconstitucionalidade por omissão. O *douto* Acórdão, aceita ainda a proibição de retrocesso mas só em casos limite, uma vez que o princípio da alternância democrática, sugere a revisibilidade das opções políticas e legislativas, ainda que com carácter fundamental.¹¹⁷

De facto, o direito à saúde como direito social fundamental incorpora-se no âmago dos direitos, liberdades e garantias, por fazer parte da essência vital e digna da pessoa humana, mas também integra, ao nível da sua concretização prática, a natureza de direito social na medida em que a sua efetivação plena se submete à tarefa estadual de ponderação do económica e financeiramente possível (reserva do possível), na raridade material do objecto, do que se pretende como limite real.^{118 119}

¹¹⁶ Para consulta em www.tribunalconstitucional.pt

¹¹⁷ Esta instância mostra-se mais prudente em relação ao princípio da proibição de retrocesso (caso evidente é o do seu *Acórdão n.º 590/2004 de 06/10/04*, 2.ª Série, publicado em 03/12/04, para consulta, no já citado site do mesmo Tribunal, acerca da revogação do regime do crédito bonificado para a habitação para jovens), “por certo induzida pela observação da sobrecarga gerada pelo excesso de promessas constitucionais e pela conseqüente crise de sustentabilidade jurídica do Estado de bem-estar”¹¹⁷, aceitando o enfraquecimento dos níveis já atingidos nesta sede.

¹¹⁸ Quem o diz é Christian Starck, *La Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Fédérale Concernant les Droits Fundamentaux*, in *Revue de Droit Public*, 1988, pp. 1279.

¹¹⁹ O legislador democrático dispõe de um poder de conformação para estabelecer autonomamente, a forma, a medida e o grau em que concretiza as imposições constitucionais no que concerne à realização da defesa e promoção do direito à proteção da saúde, bem como a realização das incumbências que lhe são devidas em matéria de Serviço Nacional de Saúde. A impossibilidade de aplicação imediata desses preceitos, por falta de determinação constitucional suficiente, não os coloca, porém,

O artigo 64.º da CRP serve de padrão positivo de controle da constitucionalidade das leis, só que os “*efeitos invalidatórios ou interpretativos*”,¹²⁰ apenas podem operar na medida em que o conteúdo daquele preceito constitucional seja determinável por interpretação.¹²¹ Cremos que deverá reconhecer-se a todas as pessoas o direito a um mínimo de existir com dignidade, independentemente das opções legislativas, já que está em causa o valor da dignidade da pessoa humana, ou seja, o “*direito a um mínimo de existência condigna*”¹²² enquanto direito social de personalidade.^{123 124}

A proteção jurídica-constitucional típica dos direitos sociais ao nível legislativo repousa principalmente no mecanismo da fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão, que na sua dimensão formal, apresenta debilidade: por um lado, os titulares do direito à saúde, não dispõem de uma ação constitucional de defesa contra a omissão, têm de esperar ou pedir ao Presidente da República ou ao Provedor de Justiça¹²⁵ que suscitem a apreciação pelo Tribunal Constitucional do não cumprimento da Constituição por omissão legisla-

à mercê do legislador, porque aquela liberdade de conformação não é total.

¹²⁰ J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 371. O Professor adianta, que no nosso contexto, sobretudo a partir das revisões de 1982 e de 1989, que acentuaram decisivamente o vetor democrático-pluralista, o legislador está obrigado diretamente senão a assegurar as condições que permitam a realização mínima do direito fundamental social, neste caso, à saúde. Isto é, só o conteúdo mínimo dos direitos sociais fundamentais, pode considerar-se, em regra, constitucionalmente determinado, em termos de ser judicialmente exigível.

¹²¹ Relativamente à legislação emanada em matéria de saúde, os preceitos constitucionais em apreço poderão fundar a declaração de nulidade ou desaplicação das leis que os violem, ou exercer uma influência prevalecente na interpretação das respectivas disposições.

¹²² A palavras são de Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 374.

¹²³ Fica a questão e a dúvida: não deverá entender-se aquele como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias e gozando, portanto, do respectivo regime, designadamente da sua imediata aplicabilidade?

¹²⁴ A feliz expressão é de Vieira de Andrade, na ob. já cit., *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 375.

¹²⁵ Cfr. o artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa que atribui ao Provedor de Justiça “o cargo” de defensor da constitucionalidade.

tiva. Por outro lado, o Tribunal Constitucional não tem poderes senão para comunicar aos órgãos legislativos competentes, a existência desse caso de inconstitucionalidade.

Assim, a proteção institucional do direito fundamental social à saúde é em grande parte, uma proteção política. A defesa dos cidadãos contra o legislador nesta matéria,¹²⁶ pode passar por ocasionarem processos nos tribunais ordinários, invocando em juízo, a inconstitucionalidade de normas relativas a prestações estaduais nos casos de arbítrio, discriminação ou manifesta desigualdade de tratamento e em geral, ofensa do conteúdo mínimo do direito à saúde.¹²⁷

III - A DIMENSÃO E ALCANCE DO DIREITO À SAÚDE NOS DIVERSOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS:

1 - O SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS:

1.1 – A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE

A partir da segunda metade do século XIX encontramos as raízes da preocupação do Direito Internacional com a saúde. De facto, as epidemias que assolaram esta época despertaram o Mundo para uma nova problemática, tendo-se rapidamente começado a trabalhar no seu combate. A primeira Conferência Sanitária Internacional realizou-se em Paris, em 1851, tendo levado à constituição, em 1907, do Serviço Internacional de

¹²⁶ Sobre a tutela específica dos direitos económicos, sociais e culturais, *vide*, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob. cit., pp. 518 e segs., e Jorge Miranda, ob. igualmente cit., *Manual de Direito...*, pp. 447 e ss.

¹²⁷ A garantia de justicialidade dos direitos sociais para os cidadãos, beneficia da fiscalização concreta da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, assim ensina o Professor Vieira de Andrade, na ob. já cit., *Os Direitos Fundamentais...*, pp. 385.

Higiene Pública, com Sede em Paris. Mais tardiamente, após a I Guerra Mundial, foi criada a Organização de Saúde da Sociedade das Nações e também com relevância neste campo, a Organização Internacional do Trabalho.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), cuja constituição¹²⁸ se deu em 1946¹²⁹, define o conteúdo mínimo do direito humano à saúde afirmando que a sua garantia envolve um conjunto de políticas sociais e económicas focadas na promoção, proteção e recuperação da saúde, o que impõe necessariamente a existência de atendimento médico-infantil, medicina preventiva e saneamento. O preâmbulo do ato de constituição desta organização internacional, célula das Nações Unidas dispõe que “*a saúde é um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.*”¹³⁰ Foi a primeira vez que o direito à saúde foi expressamente formulado num instrumento internacional.¹³¹ A amplitude do conceito de saúde adoptado pela OMS foi acompanhada posteriormente por normas internacionais que o consagram no plano global.

A importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 tem de ser exaltada pois foi o “*(...) o primeiro texto, com validade internacional, que pretendeu fazer convergir, na sustentação dos mesmos valores e conceitos, todas as áreas culturais do Mundo*”.¹³² Este precioso instrumento, embora não seja um Tratado mas uma mera declaração de direitos, não se duvida hoje do seu carácter vinculativo, cuja fonte é o

¹²⁸ Sobre esta Convenção Internacional, Cfr. Gian Luca Burci/Claude-Henri Vignes, *World Health Organization*, The Hague, London/New York, 2004, pp. 17-19.

¹²⁹ Por representantes de 61 Estados, e a vigorar desde 7 de Abril de 1948.

¹³⁰ Disponível em <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm>

¹³¹ Cfr. a autora, Tamara K. Hervey, *The Right to Health in the EU Charter and the ESC*, in, *Social Rights in Europe*, Edited by Gráinne de Búrca and Bruno de Witte, University Press, Oxford, 2005, pp. 309.

¹³² Cfr. Adriano Moreira, *Estudos da Conjuntura Internacional*, Publicações D. Quixote, 1999, pp. 149.

costume internacional.¹³³¹³⁴ A DUDH, haveria de influenciar toda a codificação do Direito Internacional, inspirando também o Direito Constitucional de muitos países.

Como observou Jonathan Mann, a análise detida do conteúdo da Declaração Universal indica uma constante relação conceitual com a temática da saúde.¹³⁵ Em todos os princípios da Declaração pode ser encontrada menção a questões que se intrincam com aspectos postos em relevância pela OMS na sua tentativa de definir o conceito de saúde.¹³⁶

No seu artigo 25.º/1, a DUDH declara que “*toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família, a saúde e o bem-estar físico, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade*”. E o número segundo acrescenta, “*a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro e fora do matrimónio, gozam da mesma proteção social*”.

Anos mais tarde, em 1964 surge a Declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial, que pela primeira vez aborda o tema da investigação médica em seres humanos e o papel do médico na proteção da saúde. Em 1978, a OMS, aquando da Conferência Internacional sobre Cuidados Primá-

¹³³ Opinião de Ana M. G. Martins, Ob. cit. anteriormente, pp. 127.

¹³⁴ Eduardo Correia Baptista defende que todas as disposições da DUDH são normas de *Jus cogens*, in, *Jus Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997, pp. 413.

¹³⁵ Cfr. *Health and Human Rights, Reflections on the Universal Declarations of Human Rights: a fiftieth anniversary anthology*, Coord. Baren Van Der Heijden/Bahia Tahzib-Lie, Martinus Nijhoff Publishers, Haia-Boston- London, 1998, pp. 174.

¹³⁶ Cfr. a obra de Gustavo Ferraz de Campos Monaco, *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos Internacionais*, Boletim da Universidade de Coimbra, Stvdia Ivridica, 80, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 168.

rios de Saúde ¹³⁷, realizada em Alma-Ata, estabeleceu uma linha de base para o direito à saúde, abaixo da qual, nenhum indivíduo, em qualquer país, se poderia encontrar, o que reforçaria a constituição consensual de um núcleo essencial do direito à saúde no plano internacional.

Estes “*cuidados primários de saúde*” teriam de ser prestados o mais próximo possível das pessoas, teriam de se avaliar os principais problemas de saúde da comunidade, proporcionando a sua prevenção, bem como a efetivação de serviços curativos e de reabilitação. Fala-se de educação na saúde, promoção de uma alimentação e nutrições adequadas, saneamento básico, planeamento familiar, de saúde materno-infantil, de imunização de doenças infecciosas, e controlo e tratamento de doenças endémicas. Ainda se sublinha a eminência do fornecimento de medicamentos essenciais. ¹³⁸

A OMS tem feito um trabalho meritório na proteção da saúde pública mundial, atacando os problemas sanitários mais graves e reclamando o amparo da comunidade internacional, na sua resolução. O problema do tabagismo ¹³⁹ é um severo pro-

¹³⁷ Consultada em www.un.org

¹³⁸ Todos os sectores de desenvolvimento nacional tais como a agricultura, a pecuária, e a indústria, entre outros, estariam envolvidos na satisfação deste direito basilar. Dever-se-ia observar, segundo o documento, uma operacionalização dos serviços de saúde e estabelecer-se prioridade no atendimento aos mais carenciados, aperfeiçoando sempre o conhecimento técnico dos profissionais de saúde.

¹³⁹ A OMS tem tido um papel muito ativo na luta contra o seu controlo. Em 21 de Maio de 2003, a Assembleia Mundial de Saúde preparava já um Projeto de Convenção-Quadro para a Luta Anti-Tabaco, que viria a produzir os seus efeitos em 27 de Fevereiro de 2005, com a aprovação da *Convenção-Quadro para Controlo do Tabaco* (o seu texto integral está disponível em <http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9243591010.pdf>). Este é considerado um dos Tratados mais rápida e amplamente adoptados na história da ONU. Conta até ao momento com 177 partes toda a informação em http://www.who.int/fctc/signatories_parties/es/index.html). O seu preâmbulo começa por dizer que as partes estão determinadas a “*dar prioridade ao seu direito de proteger à saúde pública*”. Naquele mesmo ano de 2005 e à sombra desta normativa, adoptar-se-ia o chamado *Pacote MPOWER da OMS*, um pacote de medidas que fariam jus às suas iniciais (M-monitor; P-protect; O-offer; W-warn; E-enforce; R-raise), ou seja, previa a adopção de medidas de controlo, tais como a criação de

blema de saúde pública com alcance mundial, já que se estima que existam cerca de 1.300 milhões de fumadores em todo o Mundo, podendo alcançar os 1.700 milhões em 2025.¹⁴⁰ A *Convenção-Quadro para Controlo do Tabaco*¹⁴¹ adoptada sob os auspícios da OMS, reafirma o direito de todas as pessoas a gozarem de um grau elevado de saúde, representando um marco para a protecção da saúde pública, e proporcionando novas perspectivas jurídicas de cooperação internacional nesta matéria.^{142 143 144 145}

zonas interditas a fumadores, advertências gráficas nas embalagens, mais carga tributária para o tabaco, campanhas de sensibilização dos fumadores, e restrição da publicidade. Ainda no mesmo ano de 2008, a OMS efetuará um *Relatório acerca da Epidemia Global do Tabagismo*. Para consulta em www.who.int/

¹⁴⁰ Vide do Conselho Económico e Social, Grupo de Trabalho Especial Interinstitucional sobre Luta Antitabágica. Relatório do Secretário Geral UN Doc. E/2006/62 (3 de Maio de 2006, § 7.º), disponível em <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/report.asp?id=1130>

¹⁴¹ Durante as negociações da Convenção-Quadro para Controlo do Tabaco surgiram diversas questões sobre as disposições da mesma que incidiam sobre o comércio internacional, entre outras, as relativas ao contrabando e comércio ilícito, à venda livre livre de impostos em certos espaços, à harmonização internacional em matéria de impostos e especialmente, a questão do etiquetado e embalagem dos produtos do tabaco. Ao longo das negociações do projecto de Convenção admitiu-se a possibilidade de incorporar no mesmo, uma disposição de carácter geral na qual se sublinhara que as medidas de controlo do tabaco não deveriam constituir um meio de discriminação arbitrário ou injustificável (pode consultar-se o artigo 4.º/5 do Projecto no documento da OMS, Novo texto da Convenção-Quadro para Controlo do Tabaco proposto pelo Presidente, WHO Doc.A/FCTC/INB5/2, de 25 de Junho de 2002, disponível em <http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/inb5/einb52.pdf>) Dita disposição foi finalmente suprimida, declarando o artigo 2.º/1 do texto final da Convenção-Quadro, “*Para melhor proteger a saúde humana, as Partes são estimuladas a implementar medidas que vão além das requeridas pela presente Convenção e de seus protocolos, e nada naqueles instrumentos impedirá que uma Parte imponha exigências mais rígidas, compatíveis com suas disposições internas e conforme ao Direito Internacional.*”

¹⁴² Cfr. o elucidativo artigo de J. Roberto Pérez Salom, *Comércio Internacional y Salud Pública: La Organización Mundial del Comercio y el Convenio Marco para el Control del Tabaco*, in, Anuario Español de Derecho Internacional, XXIII, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, pp. 209 e ss.

¹⁴³ Acerca desta Convenção, é pertinente falar dos detalhes da regulamentação da divulgação de informação sobre os produtos de tabaco, constantes no artigo 10.º da mesma. O citado preceito indica que cada parte adoptará e aplicará, em conformida-

Não deixaremos de mencionar outra complexa problemática de saúde pública, a da mutilação genital feminina, que já tinha sido objecto, em 1990, da Recomendação Geral n.º 14, do Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mu-

de com a sua legislação nacional, medidas eficazes, incluindo as legislativas, para exigir que os fabricantes e importadores de produtos de tabaco revelem às autoridades governamentais a informação relativa ao conteúdo e às emissões dos produtos de tabaco. Além do mais deveria tornar-se pública a informação relativa aos componentes tóxicos destes produtos, bem como a respeitante às emissões que eles podem produzir. O Jornal espanhol *El País*, reportou em 2007, um estudo intitulado, *Ingeniería de precisión para esclavizar a los fumadores*, que confirmava que os cigarros e outros produtos que contêm tabaco estão desenhados de forma muito sofisticada a fim de criar e manter a dependência dos fumadores, constituindo assim uma forte ameaça à saúde pública mundial. Disponível em http://elpais.com/diario/2007/10/21/sociedad/1192917601_850215.html

¹⁴⁴ As tabaqueiras, como era de esperar, manifestaram forte oposição a esta nova política, alegando que violaria a proteção dos segredos comerciais outorgada pelos Tratados Internacionais e respectivas legislações nacionais sobre comércio internacional, em particular o artigo 39.º/2 do TRIPS, que obriga os Estados a proteger a informação não divulgada e os dados que lhe proporcionem as pessoas físicas e jurídicas. Os ingredientes das diferentes marcas de cigarros conferem aroma e sabores peculiares às diferentes marcas. Alguns Estados e a União Europeia obrigam as tabaqueiras a comunicar aos respectivos Ministérios da Saúde, os ingredientes dos produtos do tabaco, especificando o fabricante ou importador, as quantidades presentes de cada aditivo, os efeitos aditivos e a função da substância em cada marca e tipos individuais. Esta informação está efetivamente protegida pela legislação sobre segredos comerciais, por isso, as autoridades sanitárias unicamente difundem publicamente uma parte da informação recebida. Deste modo se protege a fórmula do produto, mas ao mesmo tempo, informa-se os consumidores dos riscos que as substâncias químicas presentes nos cigarros, importam para a saúde pública.

¹⁴⁵ As características do empacotamento e etiquetagem que surgem dispostas no artigo 11.º da Convenção-Quadro também vêm a propósito. Assim, cada Parte deve adoptar medidas para assegurar que nas embalagens de tabaco figurem advertências sanitárias que descrevam os efeitos nocivos do tabaco. A proibição de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco, nos termos do artigo 13.º, incluindo até, a proibição de publicidade transfronteiriça que, crê-se, reduziria o consumo de tabaco. Particularmente sobre esta temática, Cfr. J. Roberto Pérez Salom, *Comercio Internacional y Salud Pública*, in, Anuario Español de Derecho Internacional, XXIII, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, pp. 39 e ss. Este autor, nas últimas páginas do artigo, debruça-se também sobre a questão do comércio ilícito de produtos de tabaco, em particular, o contrabando, um problema igualmente gravoso para a saúde pública. Nos termos do artigo 15.º da Convenção-Quadro sobre o Tabaco, as Partes estão obrigadas a tomar medidas eficazes relacionadas com o comércio ilícito.

lheres.¹⁴⁶ Em 2008 (renovando os votos que fizera em 1997¹⁴⁷) foi publicada uma Declaração conjunta, com o título, *Eliminating Female Genital Mutilation: an interagency Statement OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO*¹⁴⁸, elaborada e assinada por um grupo alargado de organismos das Nações Unidas com vista a apoiar o advogar do abandono da mutilação genital feminina.¹⁴⁹ Esta prática, altamente nociva para as crianças¹⁵⁰ e para as mulheres é uma prática hedionda que tem prevalência em muitos países africanos, mas também na Índia, Indonésia, Iraque, Israel, Malásia, ou Colômbia, Peru e Sri Lanka.¹⁵¹ Viola os princípios da igualdade e não discriminação com base no sexo¹⁵², o direito à vida, quando dos procedimentos resulte a morte, e o direito a estar livre de tortura, punição ou tratamento

¹⁴⁶

Cfr.

em

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/bad3a652ca102401c12563ee0062e685?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/bad3a652ca102401c12563ee0062e685?Opendocument). Não menos importante são outras Recomendações Gerais como a n.º 19 de 1992, intitulada Violência contra a Mulher ([http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/300395546e0dec52c12563ee0063dc9d?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/300395546e0dec52c12563ee0063dc9d?Opendocument)) e a n.º 24 de 1999, cujo tema é Mulheres e Saúde ([http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/77bae3190a903f8d80256785005599ff?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/77bae3190a903f8d80256785005599ff?Opendocument)).

¹⁴⁷ Em 1997, a Organização Mundial de Saúde, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) o Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA) emitiram uma Declaração Conjunta sobre a mutilação feminina que descrevia as implicações da prática para a saúde pública e direitos humanos e declarava apoio ao seu abandono.

¹⁴⁸ A versão em língua portuguesa intitula-se, Eliminação da mutilação genital feminina, Declaração Conjunta e pode consultar-se em <http://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf>.

¹⁴⁹ Cfr. *The Law of International Human Rights Protection*, de Walter Kalin/Jorg Kunzli, University Press, Oxford, 2009, pp. 317 e 318.

¹⁵⁰ Para um estudo mais aprofundado sobre o direito à saúde e à vida no âmbito dos direitos da criança, vide a já cit. obra de Ferraz de Campos Monaco, *A Declaração Universal dos Direitos da Criança...*, pp. 168-179.

¹⁵¹ Idem..., consulte-se o anexo 3 da Declaração conjunta, pp. 34 3 35

¹⁵² Deve ver-se o Comentário Geral n.º 28 de 2000, do Comité dos Direitos do Homem, sobre a igualdade de homens e mulheres, para consulta em [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/13b02776122d4838802568b900360e80?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/13b02776122d4838802568b900360e80?Opendocument).

cruel, desumano ou degradante.^{153 154}

Pode provocar consequências graves na saúde física e mental da mulher e é vista naquela Declaração como “*uma violação do direito da pessoa aos mais altos padrões de saúde.*”¹⁵⁵ No final de 2012, a Assembleia-Geral das Nações Unidas aprovou pela primeira vez uma Resolução que condena a mutilação genital feminina e pede aos Estados-membros penas e acção educativa para travar esta prática.¹⁵⁶

*Em 2013, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) emitiu um novo relatório intitulado, A Ascensão do Sul: o Progresso Humano num Mundo Diversificado,*¹⁵⁷ que analisa em especial, toda a problemática da saúde

¹⁵³ Cfr. o comentário Geral n.º 20 de 1992 sobre a Proibição da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis. Para consulta em [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/13b02776122d4838802568b900360e80?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/13b02776122d4838802568b900360e80?Opendocument).

¹⁵⁴ A este propósito, nos países em que se pratica consiste numa violação flagrante da *Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes* de 1984, do artigo 7.º do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*, do artigo 12.º do *Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais*, da *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres* de 1979. Ainda, viola a *Convenção sobre os Direitos da Criança* de 1989, em especial nos seus artigos 2.º, 6.º, 19.º, 24.º/3 e 37.º, bem como o Comentário Geral n.º 4, do Comité dos Direitos da Criança sobre a saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança de 2003 (http://direitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_2_6_2.htm), e a *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* de 1951, e o seu *Protocolo Adicional*, assinado em Nova York, em 1967.

¹⁵⁵ Idem..., pp. 12.

¹⁵⁶ Em <http://www.un.org/News/Press/docs/2012/gashc4061.doc.htm> e <http://www.un.org/News/Press/docs/2012/sgsm14742.doc.htm>.

¹⁵⁷ “*O Relatório exorta também a um olhar crítico sobre as instituições de governação mundial, de molde a promover um mundo mais justo e mais igual. Assinala as estruturas obsoletas, que não refletem a nova realidade económica e geopolítica descrita, e analisa opções para uma nova era de parceria. Apela igualmente a uma maior transparência e responsabilização, pondo ainda em evidência o papel da sociedade civil mundial na defesa dessa responsabilização e de um maior poder de decisão por parte dos mais diretamente afetados pelos desafios mundiais, que, frequentemente, são os mais pobres e vulneráveis no nosso mundo*”, refere a Administradora do Programa no prefácio do Relatório. Disponível em <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>

pública à escala global, desde as patologias mais graves que afectam as populações a nível mundial, aos meios humanos e clínicos disponíveis em cada país.

1.2 – O ACORDO TRIPS E A SAÚDE PÚBLICA

À construção deste sistema universal, deve-se o contributo especial da Organização Mundial de Comércio (OMC). É uma Organização Internacional Multilateral, “*dotada de competência para regulamentar o comércio internacional e promover a sua liberalização*”,¹⁵⁸ mas que tem dado um contributo muito significativo na área dos direitos humanos.

A funcionar desde 1995, a OMC nasceu do desgaste do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) de 1948 e dos impulsos da Ronda do Uruguai (1986-93) que culminou com a assinatura de diversos acordos multilaterais¹⁵⁹ (na Con-

¹⁵⁸ Bettina Augusta Amorim Bulzico, *Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos para Harmonizar a Legislação*, Revista Brasileira de Direito Internacional – RBDI, Curitiba, V. 4, n.º 4, Jul./Dez. 2006.

¹⁵⁹ Destacamos o *Acordo sobre a Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias*, um dos Acordos estruturantes da OMC (disponível em http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMC.GATT/Anexo_1A-Acordo_medidas_sanitarias.htm), que se situa no anexo 1A, referente às mercadorias, com o óbvio impacto que se antevê em matéria de saúde pública. Mais informações acerca do mesmo estão disponíveis em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_s.htm. Foi elaborado com o intuito de estabelecer um quadro de regras e disciplinas capazes de orientar na adoção, elaboração e aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias, de forma a minimizar os seus efeitos sobre o comércio internacional, já que, certas Nações utilizavam-se dessas medidas para contornar as regras estabelecidas pelo GATT/OMC. Assim, ao mesmo tempo que possibilitava aos governos o direito soberano de estabelecerem as regras apropriadas à proteção da saúde, o acordo certificava-se que essa regras teriam o uso adequado. A determinação de medidas de carácter fitossanitário e sanitário deve atender a certos critérios estabelecidos pela própria OMC, justamente para evitar que seu uso seja destinado a outros fins que não a proteção da vida humana, animal e vegetal. Quando se fala em medidas sanitárias e fitossanitárias, dois pontos devem ser analisados: o primeiro diz respeito à liberdade que os países têm de impor exigências sobre os produtos alimentares provenientes de outros países (não obstante as normas internacionais existentes sobre o tema), para a proteção à vida, a saúde

ferência de Marraquexe, 14 e 15 de Abril de 1994), entre os quais, o Acordo sobre os aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS), considerado um dos três acordos multilaterais que formam a estrutura fundamental da OMC. A sua assinatura obrigou todos os membros da OMC (hoje 157) a outorgarem uma proteção mínima aos direitos de propriedade intelectual, incluindo a patente de produtos farmacêuticos, fossem eles de países desenvolvidos ou em desenvolvimento.¹⁶⁰

A inclusão na agenda do Ciclo do Uruguai, do tema da propriedade intelectual não foi pacífica. Uns a favor desta inclusão integral, E.U.A e Japão, ao passo que outros países estavam contra a sua inclusão, foi o caso do Brasil e da Argentina. Cedo se anteviam as divergências entre países industrializados e países em vias de desenvolvimento, estes últimos receosos de

humana, animal e vegetal. O segundo é a necessidade de ponderação desse nível de exigência para que ele não se torne barreira comercial para esses países exportadores. O que se observa, é que na maioria das vezes, as medidas sanitárias e fitossanitárias são utilizadas não para levar a cabo o seu verdadeiro fim, mas como barreiras técnicas ao comércio internacional. Note-se que o Acordo em causa autoriza as restrições ao comércio internacional com vista a salvaguardar a vida animal, vegetal e a saúde humana, sempre e quando as ditas medidas não suponham uma proteção encoberta dos produtos nacionais e não produzam discriminações entre os Estados-membros. Recorde-se que em 1997 surgiu uma contriversia entre os EUA, o Canadá e a Comunidade Europeia relativa à proibição comunitária de importação e venda de carne, de origem comunitária ou importada, que se tivesse obtido a partir de animais de quinta tratados com hormonas. O Órgão de Resolução de Litígios e o Órgão de Recurso da OMC aplicaram o Acordo sobre a Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, posto que se tratava de um diferendo sobre alimentos. O Órgão de Recurso decidiu que a então Comunidade Europeia incumpriu o artigo 5.º/1 daquele Acordo. *Vide* a respeito, o Relatório deste Órgão sobre as Comunidades Europeias. Medidas que afectam a carne e os produtos cárneos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (98-0099), AB-1997-4 (16 de Janeiro de 1998), disponível em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dis-pu_s/cases_s/ds26_s.htm.

¹⁶⁰ Aqui já se espelhou a preocupação com os direitos humanos. Nesta senda, *vide*, Xavier Seuba, Human Rights and Intellectual Property Rights, in, *Intellectual Property and International Trade*, Carlos Correa & Abdulqawi A. Yusuf (editors), 2.ª Ed., Wolters Kluwer, 2008, pp. 387-419, fazendo uma deambulação pelas reações à tensão entre direitos de propriedade intelectual e direitos humanos e ainda, a introdução destes últimos no sistema do Acordo TRIPS.

que o excesso de proteção daqueles implicasse o aumento dos custos dos produtos agrícolas e farmacêuticos, bem como dificuldades no campo das transferências de tecnologia.¹⁶¹

A celebração do Acordo TRIPS, foi uma vitória dos países mais desenvolvidos entre os quais se situam os E.U.A, o Japão, e alguns países da União Europeia, sendo certo que aquele é visto como “*um dos veículos do imperialismo de maior sucesso na história*”.¹⁶²

O Acordo TRIPS¹⁶³ representa um acordo multilateral do domínio da propriedade intelectual mais extenso no plano geográfico e mais vasto do ponto de vista dos direitos abrangidos, criando regras sobre a existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual, garantindo a sua aplicação efetiva (por meio de processos penais, civis e administrativos, além de medidas provisórias), disciplinando a aquisição e manutenção de tais direitos, acautelando modos de prevenção e resolução de litígios, sem esquecer os princípios estruturantes do tratamento nacional (artigo 3.º do acordo TRIPS), da nação mais favorecida (artigo 4.º), ou do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual.^{164 165}

O Acordo significou a integração da propriedade inte-

¹⁶¹ Cfr. Alberto Francisco Ribeiro de Almeida, *Os Princípios Estruturantes do Acordo TRIP'S: um contributo para a liberalização do comércio mundial*, Boletim de Ciências Económicas da FDUC, XLVII (2004), pp. 38 e 39.

¹⁶² Expressão de T. Srinivasan, apud Pedro Infante Mota, *O Sistema GATT/OMC, Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 498; e *O Novo Direito Internacional Económico*, Luis D .S. Morais (org.), J.A, J.P.F e N.C.R, vol. 2, AAFDL, 2011.

¹⁶³ O Acordo na íntegra, para consulta no site da OMC, www.wto.org/

¹⁶⁴ Sobre aqueles princípios estruturantes e porque não os desenvolveremos nesta sede, vide, a ob., cit., *supra*, de Alberto Francisco Ribeiro de Almeida, pp. 54-73.

¹⁶⁵ Este princípio não tem reconhecimento explícito no acordo mas tão só através da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia na Sentença de 13/07/1966, Processo n.º 56 e 58/64, *Consten e Grundig/Comissão* e na Sentença de 08/06/1971, no caso *Deutsche Grammophon/Metro*, Processo n.º 78/70, em www.curia.europa.eu. Este princípio significou que o direito exclusivo se esgota quando o produto é introduzido em circulação dentro das fronteiras nacionais, no caso da União Europeia, trata-se do espaço fronteiriço da União.

lectual na cena internacional, tentando que aquela não constituísse um obstáculo ao livre comércio (artigos 30.º, 31.º, 40.º e 41.º/1). O Acordo TRIPS não derogou as obrigações que os membros haveriam assumido no quadro das Convenções de Paris, de Berna, ou de Roma ou no Tratado de Washington sobre Propriedade Intelectual relativa aos Circuitos Integrados.¹⁶⁶

É neste quadro que o Acordo TRIPS, no artigo 7.º reconhece como seus objectivos a proteção da propriedade intelectual e acessoriamente, a promoção do bem estar social e económico. Objectiva ainda, de acordo com o seu artigo 8.º, o fomento da inovação tecnológica e o interesse público neste sector, adoptando as medidas necessárias para proteger a saúde pública e a nutrição.

O impacto do regime da propriedade intelectual no que respeita ao direito à saúde é enorme. O acesso aos medicamentos e à medicina¹⁶⁷ parece ser aos olhos da OMC um direito humano com implicações e responsabilidades enormes para a indústria farmacêutica.¹⁶⁸ Este direito é comprometido pelos elevados preços impostos pelas empresas farmacêuticas. Os países em desenvolvimento, muito por causa do Acordo TRIPS têm conquistado algumas vitórias e puderam definir importantes estratégias, especialmente através do uso das flexibilidades previstas neste Acordo, equilibrando-se deste modo, o respeito pelos direitos de propriedade intelectual e a garantia de acesso

¹⁶⁶ Todas estas Convenções sobre propriedade intelectual, para consulta em www.wto.org/

¹⁶⁷ Por isso nesta matéria, existe uma “trilateral cooperation”, pois cooperam entre si, as diferentes agências, a OMS, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO), e o OMC. Sobre este sistema, *vide*, o relatório das três organizações, WHO, WIPO, WTO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade*, 2012, pp. 21-24.

¹⁶⁸ Vide a este respeito a contribuição de vários autores para a excelente monografia *Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility*, University of Toronto, Press, Edited by Lisa Forman and Jillian Clare Kohler, in, <http://ssrn.com/abstract=2159263>

a medicamentos por parte das populações mais carenciadas.¹⁶⁹

A controvérsia que orbita em torno dos direitos de propriedade intelectual é a de que os titulares das patentes^{170 171} passariam (por meio da proteção conferida pelo Acordo TRIPS) a ter a possibilidade de manter altos os preços dos medicamentos patenteados deixando-os assim fora do alcance de muitas pessoas, principalmente as mais pobres. Elevado o preço dos medicamentos no mercado internacional, o direito à saúde ficaria gravemente lesado.

Diante disto, a OMC advertia que para o Acordo TRIPS vigorar no âmbito nacional, os seus Estados-membros deveriam recepcionar as suas regras nas leis internas de propriedade intelectual. Esta “internalização” visava reduzir o potencial impacto negativo no acesso aos medicamento por parte de países menos desenvolvidos. Às Nações em desenvolvimento foi concedido um período para a implementação de mudanças nas suas legislações nacionais¹⁷². As previsões do Acordo entraram em vigor em 1996, prevendo tratamento especial para países em desenvolvimento. Assim, para países desenvolvidos, o

¹⁶⁹ Acerca do direito à saúde e o acesso aos medicamentos essenciais, vide, o artigo doutrinário, n.º 2006/35, de Adam McBeth, Faculty of Law, Monash University, *When Nobody Comes to the Party: Why Have no States Used the WTO Scheme for Compulsory Licensing of Essential Medicines?*, pp. 74-77, in, www.law.monash.edu.au

¹⁷⁰ Uma patente é um direito exclusivo que se obtêm sobre invenções. O objeto inventivo pode ser um produto ou um processo. Estamos perante um contrato entre o Estado e o requerente da patente, pelo qual este obtêm o direito exclusivo a produzir e comercializar a sua invenção. Concedida a patente, o seu titular passa a deter em absoluto o direito de impedir que terceiros, sem o seu consentimento, usem, fabriquem, vendam ou importem produtos ou processos patenteados. Vide o artigo os artigos 27.º e 28.º do Acordo TRIPS, in, www.wto.org/ e o site www.marcasepatentes.pt onde encontramos esta informação.

¹⁷¹ É interessante estudar a estratégia das patentes no espaço europeu, o que não faremos nesta sede, mas para tal efeito, vide, Nicoleta Tuominen, *Patenting Strategies of EU Pharmaceutical Industry: Regular Business Practice or Abuse of Dominance*, World Competition, Law and Economic Review, Vol. 35, March, 2012, n.º1, pp. 27-54.

¹⁷² Precisamente este tratamento especial para países membros menos desenvolvidos está vertido (programaticamente) no artigo 66.º do Acordo TRIPS.

prazo para aquela implementação ia até 1996, para países em desenvolvimento o prazo corria até Janeiro de 2000, para economias em transição (ex-economias socialistas) até Janeiro de 2000 e finalmente, para os países com menor desenvolvimento, até Janeiro de 2001.¹⁷³

A par deste forte desequilíbrio entre os diferentes países, a possibilidade de cláusulas de flexibilidade/elasticidade reconhecidas aos países em desenvolvimento verificar-se-ia ao nível da implementação de medidas legislativas e regulamentares no plano interno (as quais, não podem resultar num nível inferior de compatibilidade com o disposto no TRIPS – cláusula *stand-still*), limitando-se à negociação de períodos transitórios ou exceções temporais (artigos 65.º e 66.º do Acordo TRIPS).

Estas previsões são insuficientes para se falar em sistema diferenciado para países em desenvolvimento, visto que as obrigações que lhes são impostas, dificilmente reduzirão o desequilíbrio já existente (seja porque o artigo 7.º é muito vago, seja porque, por semelhante motivo, o artigo 66.º/2 não estabelece uma obrigação concreta, apenas uma mera intenção dos países desenvolvidos providenciarem incentivos para que empresas e instituições transfiram tecnologia para os países menos desenvolvidos; seja ainda, porque certas obrigações impostas aos países desenvolvidos nesta sede, são de facto, consagradas unicamente para a satisfação dos seus interesses e não dos países em desenvolvimento – é o caso da cooperação técnica e financeira prevista no artigo 67.º).

Devido à sua obrigatoriedade, o TRIPS provocou uma “uniformização” das legislações nacionais de propriedade sem no entanto considerar as diferenças tecnológicas entre países membros da OMC. Todos os membros da OMC estão sujeitos

¹⁷³ Vide a este propósito, Elói Martins Senhoras, *Introdução aos Direitos de Propriedade Intelectual nas Relações Internacionais*, Revista Intellector, R.J., Ano III, Vol. IV, n.º 7, Julho/Dez. 2007.

aos mecanismos do órgão de solução de Controvérsias ¹⁷⁴ que os pode penalizar caso se desrespeitem os seus Acordos.

A repercussão das regras do TRIPS sobre os preços dos fármacos adquiridos pelos Estados afecta o acesso dos doentes aos medicamentos, impedindo o gozo do elementar direito à saúde, uma vez que faz nascer direitos de exclusividade para as empresas farmacêuticas.

Por essa razão, em 2001, os países em desenvolvimento adoptaram a Declaração Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, como forma de exhibir tais preocupações. Embora esta não tivesse alterado o TRIPS, serviu para implantar nos Estados-membros, todas as flexibilidades que constavam do TRIPS, relacionadas com a proteção da saúde pública, fortalecendo a liberdade para a incorporação de outras flexibilidades de interesse nacional para a saúde. A utilização de alguns mecanismos de flexibilização do TRIPS, asseguram a disponibilidade de medicamentos a partir da “elasticidade” ¹⁷⁵ da propriedade intelectual, porque é sabido, que as patentes de medicamentos, concedem direitos exclusivos aos titulares das mesmas, permitindo que se cobre acima dos custos marginais de produção, o que torna os medicamentos patenteados mais caros em comparação com produtos similares, produzidos em ambiente competitivo. ¹⁷⁶

A indústria farmacêutica justifica as patentes sobre os medicamentos e o alto preço em razão dos elevados custos da pesquisa e do desenvolvimento dos produtos farmacêuticos, mas o que deve ser levado em conta não é propriamente o custo

¹⁷⁴ Deve ler-se o Anexo 2 que constitui o *Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que regem a Resolução de Litígios* aplicável ao TRIPS. Para consulta no já citado *site* da OMC.

¹⁷⁵ A este respeito, Sisule F. Musungu, *The TRIPS Agreement and Public Health*, in, *Intellectual Property and International Trade*, Carlos Correa & Abdulqawi A. Yusuf (editors), 2.ª Ed., Wolters Kluwer, 2008, 436-446.

¹⁷⁶ Cfr. a Revista Internacional de Direitos Humanos, S. Paulo, 2006, N.º 4, Ano 3, Texto de Justice C. Nwobike, *Empresas Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos nos países em Desenvolvimento: o caminho a seguir*, SUR.

do medicamento, mas os excessivos lucros proporcionados às empresas farmacêuticas. O Estado deveria chamar a si a responsabilidade de regular de maneira ponderada, os sistemas de saúde e os medicamentos, garantindo o bem-estar dos grupos mais desfavorecidos. Deveria também tomar as medidas necessárias, cooperando internacionalmente, até no sentido de garantir a defesa do direito à saúde.¹⁷⁷

O certo é que os direitos de propriedade intelectual não podem ser havidos como ilimitados e absolutos. O Acordo TRIPS assume o objectivo de “*contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e disseminação da tecnologia, para a vantagem mútua dos produtores e usuários do conhecimento tecnológico, e de tal maneira que possa levar ao bem estar económico e social e ao balanço de direitos e obrigações*”- artigo 7.º¹⁷⁸

Voltando à Declaração de Doha, podemos adiantar que foi efectuada no âmbito da agenda de Doha para o desenvolvimento, inserida na Quarta Conferência Ministerial da OMC (de 9 a 14 de Novembro de 2001). Foi proferida uma Declaração Ministerial em 14 de Novembro de 2001, que inclui a já mencionada, declaração especial sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública de 14 de Novembro de 2001,¹⁷⁹ designada por Declaração de Doha relativa ao Acordo TRIPS e a Saúde Pública.¹⁸⁰ Ao longo de sete pontos, exulta um conjunto de aspectos, que visam de alguma forma, conciliar da proteção da propriedade intelectual com os interesses de saúde pública e de acesso aos medicamentos, bem como, dos efeitos que estes direitos têm no preço dos medicamentos. Sublinha-se ainda a necessidade de

¹⁷⁷ Seguindo a opinião de Paul Hunt e Rajat Khosla, *Acesso a Medicamentos como um Direito Humano*, SUR., Revista Internacional de Direitos Humanos, S. Paulo, Ano 5, N.º 8, Junho/2008.

¹⁷⁸ Consulta do Acordo TRIPS na íntegra em www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

¹⁷⁹ Para consulta em http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm

¹⁸⁰ Em <http://www.who.int/medicines/areas/policy/tripshealth.pdf>

transferência de tecnologia dos países desenvolvidos para os países menos desenvolvidos e a concessão de uma moratória a estes países, para a implementação das disposições do mesmo Acordo.

Tem-se discutido qual o valor jurídico da Declaração de Doha à luz da alínea a) do § 3.º do artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, designadamente se constitui um acordo subsequente ou prática subsequente que evidencie o entendimento as partes, ou se constitui apenas uma declaração de compromisso sem valor jurídico.¹⁸¹ Existe quem defenda que a Declaração é obrigatória para os membros da OMC e que dispõe de força interpretativa dos Acordos no âmbito da Organização, especialmente no caso de resolução de litígios.¹⁸² Apesar da sua proeminência a Declaração de Doha continua a ser *soft law*.¹⁸³

Para Juan Medina Amador, o problema é que a Declaração de Doha não pode considerar-se como uma interpretação autorizada, pois o seu processo de aprovação não passou pelo procedimento prescrito no artigo IX do Tratado constitutivo da OMC.¹⁸⁴ Uma outra forma de dar-lhe valor interpretativo, segundo James Gathii, consistiria em contemplá-la como uma prática ulterior seguida pelos Estados, em aplicação do Acordo TRIPS.¹⁸⁵ Outros critérios existem que se inclinam para ou-

¹⁸¹ Neste sentido, Justin Malbon, *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement: It is fair?*, Elgar, Cheltenham, 2008, pp. 103; James Thuo Gathii, *The Doha Declaration on TRIPS and Public Health Under the Vienna Convention of the Law of Treaties*, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 5, n.º 2, 2002.

¹⁸² Cfr. Christophe Bellmann/Graham Dutfield/Ricardo Meléndez-Ortiz, *Trading in Knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Earthscan, London, UK, 2003, pp. pp. 151.

¹⁸³ Cfr. a obra de James Thuo Gathii, *The Legal Status...*, pp. 314.

¹⁸⁴ Cfr. Juan Manuel Medina Amador, *Aplicabilidade del Derecho Internacional General dentro del mecanismo de solución de controversias de la OMC: el caso del derecho a la salud*, Anuário Colombiano de Direito Internacional, Vol. 5, Bogotá, 2012, pp. 115.

¹⁸⁵ James Gathii, *The Legal Status of Doha Declaration on TRIPS and Public Health under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Harvard Journal of Law &

torgar à Declaração de Doha o estatuto jurídico de uma interpretação autorizada. Se observarmos com detalhe o seu parágrafo 5.º, constatamos que deixa assente um valioso precedente.¹⁸⁶

Recorde-se que a mesma se enlaça com os objetivos e princípios do TRIPS (artigos 7.º e 8.º), o que repetimos, põe em relevo a supremacia do tema da saúde pública no âmbito da OMC. Tendo a Declaração de Doha sido aprovada por unanimidade de todos os membros da OMC, ela tem, ao menos, valor de declaração autêntica do Acordo, que assim fica conformado por essa expressão de vontade dos próprios subscritores. Estes não poderão de boa fé, após a mesma Declaração, defender entendimento contrário ao que desta resulta.^{187 188}

Technology, 2002, Vol. 15 (n.º2), pp. 310. Entendemos que esta opção não é a mais correcta, pois traria problemas no que concerne à demonstração de uma prática estadual consolidada a este respeito.

¹⁸⁶ Cfr. Carlos Correa, *Repercusiones de la Declaración de Doha Relativa al Acuerdo sobre ADPIC y la Salud Pública*, Economía de la Salud y Medicamentos, Serie EDM N.º 12, OMS, Ginebra, 2002, pp. 45, disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4904s/s4904s.pdf>, citando a Comissão Europeia, em tradução não oficial “(...) en caso de diferencias (por ejemplo, en el contexto de los procedimientos para la solución de diferencias de la OMC) los Miembros pueden valerse del confort que proporciona esta Declaración. ... Probablemente los miembros del panel tomen en consideración las disposiciones mismas del Acuerdo sobre los ADPIC, así como esta Declaración complementaria que, aunque no tuvo como objeto afectar los derechos ni las obligaciones de los Miembros, expresa las opiniones e intenciones de los Miembros. Así, la Declaración forma parte del contexto del Acuerdo sobre los ADPIC que, de acuerdo con las normas de interpretación de tratados, debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar el Acuerdo.”

¹⁸⁷ Cremos que os pontos mais relevantes da Declaração são o n.º 4 (que incentiva os Estados a promover a proteção da saúde pública) e o n.º 5 (proteção satisfeita através das flexibilidades do Acordo). Este ponto, dá alguns exemplos de matérias incluídas nas flexibilidades do Acordo).

¹⁸⁸ *O Professor da University of Chicago Law School, Alan O. Sykes, no seu artigo, TRIPS, Pharmaceuticals, Developing Countries, and the Doha 'Solution'*, U. Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 140, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=300834, a propósito desta matéria afirma: “(...) the Doha declaration may be moving the global community in the wrong direction. Public health crises in the developing world understandably evoke great sympathy, and the political support for relieving financial pressures at Doha was readily understandable. But as the economist Alan Blinder has reminded

*Pascal Lamy, Director Geral da OMC, em discurso proferido em 9 de Dezembro de 2008, no âmbito da 11.º Conferência Anual da Aliança Farmacêutica de Genéricos, diria o seguinte a respeito da Declaração de Doha: "(...) The 2001 Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health backed the carefully negotiated balance of rights and obligations in the TRIPS Agreement. It provided a number of important confirmations and clarifications, including the right of WTO members to grant compulsory licences, the freedom to determine the grounds for such licences and the definition of national emergencies, as well as the freedom to adopt the appropriate exhaustion regime without challenge. Since its adoption in 2001, there have been concrete examples of the use of the flexibilities incorporated in the TRIPS Agreement at country level, including allowing parallel imports, defining patentability criteria, and permitting exceptions to patent rights, such as the regulatory review exception."*¹⁸⁹

Embora os direitos de propriedade intelectual sejam um incentivo importante ao desenvolvimento de novos produtos para a saúde, a sua proteção deve contemplar o equilíbrio entre os interesses do detentor dos direitos de propriedade intelectual/inventor e os interesses do doente/consumidor. O acesso aos

*us, these difficult humanitarian issues must be approached with both a soft heart and a hard head.*¹⁸⁸ *A lack of credible patent rights for pharmaceuticals in the developing world may do far more harm in the long run than their absence can accomplish in the short run."*

¹⁸⁹ Para consulta em http://www.wto.org/english/news_e/spll_e/spll111_e.htm. Compreende-se pelo discurso de Lamy sobre a Declaração de Doha um evidente propósito de interpretação e aplicação do Acordo TRIPS no sentido mais favorável ao acesso aos medicamentos e à saúde pública, não apenas nestas mas também noutras matérias em que seja concedida aos membros uma margem de conformação. Só assim se entende o realce que é feito ao facto de alguns membros terem intervindo ao nível dos critérios de patenteabilidade e das exceções aos direitos de patente e de autorização regulatória. Ora parece não se tartar apenas de explorar ao máximo as margens de flexibilidade do TRIPS mas também de o interpretar em termos que visem a promoção do acesso aos medicamentos e a proteção da saúde pública. A luz deste discurso seria contrário ao espírito do Acordo uma interpretação ou aplicação que, longe de promover tal acesso, o dificulte.

medicamentos essenciais, condição para garantir tal dever, está estabelecido como parte do direito à saúde, como dispõe o artigo 25.º da DUDH, critério que demonstra que não deve ser eleita a supremacia incondicional dos direitos de autor em detrimento do direito social fundamental à saúde.¹⁹⁰ Apesar do TRIPS ser visto como uma “nova era” no que concerne à aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual, os países membros da OMC viram (através dele e da Declaração de Doha) preservadas importantes opções políticas, flexibilidades e salvaguardas, incluindo a liberdade de: determinar a concessão de licenças compulsórias, permitir importações paralelas, usar exceções gerais para aceder a produtos genéricos, e beneficiar das isenções já referidas, destinadas a países menos desenvolvidos.¹⁹¹

¹⁹⁰ No mesmo sentido, Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Propriedade Intelectual*, disponível em www.culturalivre.org.br

¹⁹¹ Consulte-se o quadro 1. da Nota Informativa do *Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o VIH/SIDA*, em www.unaids.org.br, pp. 3, que esclarece que as *licenças compulsórias* são mecanismos usados pelas autoridades públicas para a utilização de uma invenção protegida por uma patente, pelo Governo ou por terceiros, sem o conhecimento do seu detentor, sujeito a indemnização na forma de *royalty* (artigo 31.º/h do TRIPS). A *Declaração de Doha* (www.wto.org) refere que os países da OMC têm liberdade para determinar o motivo que pode ser, o interesse geral da população ou a saúde pública, para a concessão das licenças. Muitas vezes, e como as empresas farmacêuticas praticam preços muito diferenciados, um país com recursos limitados tem condições para adquirir uma maior quantidade de um medicamento patenteado no exterior, a um preço mais baixo do que no mercado nacional. Se o detentor da patente, vender os seus produtos em qualquer país, não terá pois o direito de controlar a revenda posterior desses produtos esgota os direitos de propriedade sobre o que vendeu, mantendo apenas o direito exclusivo à sua fabricação. Portanto, permite-se a *importação paralela*, isto é, a intermediação na compra de um medicamento patenteado num país, a um preço menor, para revender depois, o mesmo, noutro país, a um preço maior, mas abaixo do preço que o fabricante cobra por ele naquele país. A *Cláusula Bolar* permite o uso de uma invenção patenteada, sem permissão do seu detentor, para poder obter a autorização de comercialização de um produto genérico, antes do vencimento da patente. O genérico entra assim no mercado mais rapidamente, após o vencimento da patente, o que por sua vez facilita o acesso a fármacos mais baratos. Por último, note-se que em Novembro de 2005, antes da Conferência Ministerial da OMC em Hong Kong, o Conselho TRIPS da OMC prorrogou até Julho de 2013 o prazo de transição pelos países membros, para

Alguns exemplos demonstram que a o uso das flexibilidades previstas no TRIPS resultou na redução dos preços de medicamentos. O Brasil demonstrou que a legislação de que dispõe sobre o uso efetivo de flexibilidades relacionadas com a saúde pública, pode ser muito importante nas negociações de fármacos antirretrovirais a preços mais baixos.¹⁹² O Acordo TRIPS causou profundas modificações neste ordenamento jurídico, especialmente no que se refere à patenteabilidade de produtos e processos farmacêuticos. País tradicionalmente avesso a estas patentes, o certo é que o Brasil mudaria radicalmente de postura. Nos anos 80, os Estados Unidos começaram a usar todos os meios possíveis de pressão para que o Brasil atendesse aos interesses daquele país, no tocante à reserva de mercado para a informática e sector farmacêutico. Aplicaram sanções comerciais ao Brasil penalizando o sector do papel, calçado, sumo de laranja e produtos farmacêuticos, face à ausência de proteção às patentes dos seus processos.¹⁹³

Segundo o próprio Itamaraty,¹⁹⁴ o Brasil cedeu às pressões por três razões principais: - assinado o TRIPS, os EUA eliminaram do Ato do Comércio de 1974, a seção 301¹⁹⁵ que

o cumprimento do Acordo TRIPS, com exceção das disposições sobre o tratamento não discriminatório. Em relação aos produtos farmacêuticos, o § sétimo da Declaração Doha, isenta os países menos desenvolvidos da obrigação de conceder patentes e de garantir a proteção de informações reservadas até 01 de janeiro de 2016. Estes períodos de transição estão sujeitos a prorrogação adicional, mediante pedido fundamentado, conforme o artigo 66.º/1 do TRIPS.

¹⁹² F. Abbott & J. Reichman, *The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Difusion of Patented Medicines Under The Amended Trips Provisions*. Journal of International Economic Law, 2007, 10, pp. 921-987 e 945-946; A. Nunn, *Evolution of antirretroviral drug costs in Brazil in the contexto of free and universal access to AIDS treatment*, in. www.medicine.plosjournals.org

¹⁹³ Cfr. esta informação na obra de Maria Helena Tachinardi, *A Guerra das Patentes – o conflito Brasil X Estados Unidos sobre a propriedade intelectual*, Paz e Terra, S. Paulo, 1999, pp. 214.

¹⁹⁴ Assim é apelidado o Ministério dos Negócios Estrangeiros brasileiro, cujo *site* é <http://www.itamaraty.gov.br>.

¹⁹⁵ Em língua inglesa, *Trade Act/1974*, disponível para análise em <http://www.house.gov/legcoun/Comps/TRADE74.PDF>

estabelece que se algum produto importado pelos EUA estiver a prejudicar de alguma forma as indústrias americanas, o Governo deverá retaliar, criando barreiras para prejudicar outros sectores do país de origem. Tal seção representou uma permanente ameaça, nem ao menos precisaria ser usada, bastaria para tanto a sua existência; - a segunda razão era a de que se afirmava que, assinando o Acordo TRIPS, haveria um Acordo Agrícola que interessava e muito ao Brasil, em razão do imenso mercado norte-americano; - a terceira razão, estava relacionado com o Conselho de Segurança das Nações Unidas, pois na época foi proclamada a possibilidade do Brasil vir a ocupar um assento permanente no órgão, caso assinasse o Acordo.¹⁹⁶ Porém, após a assinatura do TRIPS, não saiu o Acordo Agrícola como se profetizava, a Seção 301 continuava em vigor e o Conselho de Segurança não alteraria o seu formato de então.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Cfr. no Instituto de Estudos Sócio-Económicos, *Acordo TRIPS: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual*, pp. 35 e 36.

¹⁹⁷ Registe-se que no Brasil, a adoção da Lei de Propriedade Intelectual n.º 9.279 de 14 de Maio de 1996 (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm), foi criada com o objetivo de adaptar aquela matéria às regras da OMC mas também foi sancionada pelo Presidente, à época, Fernando Henrique Cardoso, com o fito de regulamentar os direitos relativos à propriedade industrial, exceto as questões relativas aos direitos de autor. Saliente-se que os direitos de propriedade industrial são parte integrante da propriedade intelectual. Aquela lei cumpriu todos os padrões mínimos estabelecidos no Acordo TRIPS, incorporando-os na legislação nacional, como se comprometera o Brasil ao ser signatário do Acordo. No artigo 40.º dessa Lei, prevê-se que o prazo de vigência da patente de medicamentos é de 20 anos, contados da data do depósito, e para que o registo seja possível também deverá cumprir, de acordo com o artigo 8.º, os requisitos essenciais da novidade, da atividade inventiva e da aplicação industrial. Cabe também indagar acerca dos reais motivos que levaram o Brasil, pese embora o facto do artigo 65.º/2 do TRIPS facultar aos países em desenvolvimento o direito a postergar a data de aplicação das suas disposições, estabelecida no parágrafo 1.º, por um prazo de 4 anos, a não ter optado pelo aproveitamento desse prazo de transição e ter aprovado já em 1996, a mencionada Lei n.º 9.279, antecipando-se ao prazo final dessa transição, que seria 1.º de Janeiro de 2000. Para alguns autores brasileiros como Carlos Alberto Polônio em, *Proteção Jurídica das Patentes Farmacêuticas no Brasil e sua Adequação ao Acordo TRIPS: direito à saúde e acesso a medicamentos*, Dissertação de Mestrado, Universidade de S. Paulo, S. Paulo, 2006, pp. 87 (238 fl.), o objetivo na altura seria o de atrair investimentos estrangeiros, com a instalação de

A maior batalha enfrentada pelo Governo brasileiro¹⁹⁸ em matéria de saúde pública¹⁹⁹ foi relativamente à quebra da patente²⁰⁰ de um antirretroviral. Se por um lado, as patentes

novas indústrias no Brasil, expectativa que de facto se não concretizou. Para outros, o país, com certeza poderia ter aproveitado os prazos de transição oferecidos, não gozando ao máximo as flexibilidades proporcionadas pelo TRIPS, incluindo a permissão para explorar várias patentes farmacêuticas sem o dever de remunerar os seus titulares e sem que isso significasse uma violação do acordado. Assim defende Gustavo Starling Leonardos, *A Data de Aplicação no Brasil do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – TRIPS*, para consulta disponibilizada pelo autor em <http://www.llip.com.br/uploads/conteudo/96/2052458870.pdf>. Tivesse prorrogado a aplicação do TRIPS até ao ano 2000, nalguns sectores não protegidos pela lei anterior (como os fármacos), tal prorrogação poderia ser estendida até ao dia 1º de Janeiro de 2005, data limite usada pela Índia, a partir da qual passou a reconhecer as patentes dos medicamentos. Existe, contudo, quem defenda, como é o caso de Fábio Aristimunho Vargas, na obra, *O Direito da Propriedade Intelectual face ao Direito de Acesso a Medicamentos*, Dissertação de Mestrado, Universidade de S. Paulo, S. Paulo, 2006, pp. 112 e 114-115 (139 fl.), que Acordo TRIPS trouxe imensos benefícios para o Brasil, visto que antes do TRIPS, a autor considera que o Brasil adoptara uma errática política industrial que a longo prazo resultaria num modelo industrial obsoleto e ultrapassado e que a Lei n.º 9.279 teve o mérito de reintroduzir no país, o patenteamento de produtos farmacêuticos, alimentícios e de substâncias químicas em geral. Como a Lei n.º 9.279 encareceu demasiado o preço dos fármacos, em 1999, o Brasil adoptou a chamada Lei dos Genéricos, a Lei n.º 9.787 (para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm), que procurou uma forma de tornar alguns medicamentos de referencia, em genéricos (medicamento que contém o mesmo princípio ativo, a mesma dose e forma farmacêutica e que é administrado pela mesma via e com idêntica indicação terapêutica que o respectivo medicamento de referencia no país, isto segundo a ANVISA – www.anvisa.gov.br). Esta Lei sofreu como era de esperar forte oposição da indústria farmacêutica. A firme posição brasileira na época garantiu o sucesso da implantação da política de genéricos.

¹⁹⁸ Este país está sob observação norte americana, continuando a constar da *Watch List in 2013*, 2013 Special 301 Report, pp. 45, para consulta em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf>. Os EUA assumem que o Brasil tem feito grandes progressos, mas mostram-se apreensivos quanto à autoridade da ANVISA, a Agência reguladora sanitária brasileira. No caso, alguns dos seus recentes regulamentos parecem contrariar uma opinião anterior do Ministério Público Federal, que clarifica que a ANVISA não tem esta autoridade.

¹⁹⁹ Cfr. Zita Lazzarini, *Marking Access to Pharmaceutical a Reality: Legal Options under TRIPS and the Case of Brazil*, *Yale Human Rights Journal* 6 (2003): 103;

²⁰⁰ Esta expressão, quebra de patente, na óptica de Milton Lucídio Leão Barcellos,

ensejam lucros aos seus detentores ou aos seus investidores, bem como, o retorno dos valores gastos com as pesquisas dos medicamentos, por outro lado, constituem uma séria barreira aos Estados na obtenção de medicamentos a um preço acessível aos consumidores. Esse entrave acarreta deficiência no que respeita ao seu acesso e distribuição. Mais, no caso brasileiro representou uma violação de um preceito²⁰¹ da sua Constituição Federal de 1988, que garante o acesso gratuito e universal à saúde, proporcionando uma vida digna à pessoa humana. O Brasil demonstrou que a legislação de que dispõe sobre o uso efetivo de flexibilidades relacionadas com a saúde pública, pode ser muito importante nas negociações de fármacos antirretrovirais a preços mais baixos.²⁰²

Mediante ameaça de conceder licenciamento compulsório²⁰³ (ao abrigo do artigo 31.º do TRIPS), negociou reduções significativas nos preços daqueles fármacos em 2001, 2003, 2005 e 2006. Em 4 de Maio de 2007, após infrutíferas e prolongadas negociações com a farmacêutica *Merck Sharp & Dohme*²⁰⁴, foi concedida uma licença compulsória,²⁰⁵ por mo-

no *Sistema Internacional de Patentes*, IOB, Thomson, S. Paulo, 2004, pp. 23, traz o sentido de obtenção da propriedade da patente sem a remuneração devida. Para alguns autores essa quebra é a possibilidade de à luz de uma previsão legal, à luz do TRIPS e da Convenção de Paris, de se estabelecer um valor mais justo, tendo em vista a realidade, na qual se insere o contexto da exploração da patente, atribuindo-se uma imposição legal de licença compulsória ao titular da patente.

²⁰¹ Especificamente o artigo 196.º, da Secção II, que prevê ser a saúde, um direito de todos e um dever do Estado brasileiro. Pode consultar-se na íntegra em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²⁰² F. Abbott & J. Reichman, *The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Difusion of Patented Medicines Under The Amended Trips Provisions*. Journal of International Economic Law, 2007, 10, pp. 921-987 e 945-946; A. Nunn, *Evolution of antirretroviral drug costs in Brazil in the contexto of free and universal access to AIDS treatment*, in. www.medicine.plosjournals.org

²⁰³ Acerca da operacionalidade deste sistema vide, o relatório das três organizações, WHO, WIPO, WTO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade*, 2012, anexo II, Special Compulsory Licenses for export of Medicines, pp. 222-229.

²⁰⁴ É a sétima maior indústria farmacêutica do Mundo, só em 2006, à data dos factos, já tinha faturado algo como US\$22,6 Bilhões. Em 2004, por exemplo, o *Efavi-*

tivos de interesse público na patente do *Efavirenz*, para fins de uso público não comercial. Foi a primeira quebra de patente de um medicamento no Brasil. As negociações já haviam começado em Novembro de 2006, com o Governo brasileiro a pressionar a *Merck* para reduzir o preço do *Efavirenz*.^{206 207} Como o laboratório se mostrou irredutível, oferecendo descontos irrisórios, avançou-se com o licenciamento. Aquele é fármaco

renz alcançou uma venda mundial na ordem dos US\$ 621 milhões, sendo o antirretroviral mais prescrito nos EUA. A ser certo que o desenvolvimento de um fármaco, seja ele qual for, custa em média US\$ 800 milhões, como consta dos chamados *Tufts Study of Drug Development*, para consulta em http://csdd.tufts.edu/reports/impact_reports, considerado todos estes factos e acrescentando que ele é consumido em todo o Mundo, e que o seu preço é maior nos países desenvolvidos, parece clara a constatação de que o retorno pelo investimento que a *Merck* fez na pesquisa, será certamente alcançado. Cfr. as conclusões de Gabriela Costa Chaves em http://www.abiaids.org.br/_img/media/Apresentação%20Evento%20midia%20-%20Gabriela%20Costa%20Chaves.pdf. A autora Marcia Angell numa obra muito pertubadora, para os mais leigos nesta matéria, *A Verdade sobre os Laboratórios Farmacêuticos*, Trad. Waldéa Barcellos, Record, Rio de Janeiro, 2007, pp. 56, contesta veementemente aquela quantia, dizendo que o valor da pesquisa será algo em torno de US\$ 100 milhões.

²⁰⁵ Por Decreto n.º 6.108 do Presidente da República.

²⁰⁶ No mercado brasileiro é a *Merck* que detêm a patente do *Efavirenz* e o comercializa. O prazo de proteção desta patente expirou em 7 de agosto de 2012. Esta informação e outras muito relevantes sobre o processo deste medicamento no Brasil em, *Direitos de Propriedade intelectual & Saúde Pública*, o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil, de Maristela Basso/ Calixto Salomão Filho/Fabício Polido/Priscilla César, IDCID, 2007, pp. 90-94.

²⁰⁷ O *Nelfinavir* da Roche, outro antirretroviral usado no âmbito do *Programa Nacional de DST/AIDS no Brasil*, estará sob proteção parentearia neste país até 7 de Outubro de 2013. Em 31 de Agosto de 2001, o Governo Federal e a Roche celebraram um Acordo pelo qual esta empresa titular da patente, venderia o *Nelfinavir* ao Brasil com uma redução de 40% do preço. A associação de antirretrovirais *Lopinavir/Ritonavir*, é comercializada pelos laboratórios Abbott, também sob patente, em solo brasileiro até 13 de Dezembro de 2015. Também com a Abbott, o governo brasileiro conseguiu um acordo de redução impedindo-se assim o licenciamento compulsório deste fármaco. No entanto, no final de 2005, o Ministério Público Federal e um conjunto de Organizações Não Governamentais propuseram uma ação cível pública perante a justiça federal em Brasília pleiteando o licenciamento para o *Lopinavir/Ritonavir*. Cfr. a informação na ob. já cit. *Direitos de Propriedade intelectual & Saúde...*, pp. 94-112.

antirretroviral usado por um terço dos brasileiros no programa nacional DST/AIDS. A licença compulsória em causa²⁰⁸ acarretou uma restrição do monopólio da marca, permanecendo, contudo, o direito do titular da patente. Este foi obrigado a licenciar o invento patenteado, o qual será explorado por um terceiro, mediante o pagamento de uma compensação financeira, conhecida como *royalties*. O seu fundamento alicerçou-se em situações excepcionais de emergência nacional. Após esta concessão, de US\$ 1,60, passa-se para US\$ 0,45 por dose, da versão genérica do medicamento.

Em 8 de Janeiro de 2001, os EUA apresentaram formalmente uma reclamação contra o Brasil no Órgão de Resolução de Litígios da OMC,²⁰⁹ questionando a interpretação do artigo 68.º da sua Lei de Patentes,²¹⁰ que dispõe sobre o licenciamento compulsório decorrente da não fabricação local da invenção protegida, pelo titular da patente a ela associada. A enorme publicidade conexas com a importância do tema do acesso à saúde, levou entretanto a um pacto entre as duas potências em 25 de Junho de 2001. Ambos se comprometeram a solucionar futuras disputas, por meio de negociações bilaterais, devendo o Governo brasileiro notificar previamente o Governo americano sobre a possível concessão de licenças compulsórias baseadas naquele normativo. Estima-se que estas políticas tenham poupado ao Brasil cerca de US\$ 1,2 biliões no custo de aquisição de antirretrovirais entre 2001 e 2005.^{211 212} Note-se

²⁰⁸ De acordo com o artigo 31.º do TRIPS, uma vez cumpridas os requisitos que permitem este licenciamento, os países signatários têm a liberdade de estabelecer internamente, mediante legislação, as hipóteses para a sua concessão. A Lei de Propriedade Intelectual n.º 9.279 de 14 de Maio de 1996, previu os critérios para a utilização dessa licença.

²⁰⁹ Cfr. a Reclamação *DS199*, consultas requeridas em 30 de Maio de 2000. Para consulta em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds199_s.htm.

²¹⁰ Cfr. a já cit. Lei de Propriedade Intelectual n.º 9.279 de 14 de Maio de 1996.

²¹¹ Cfr. esta informação e outras também relevantes sobre este caso em <http://ictsd.org/i/news/12456/>

²¹² *In Folha de S. Paulo*, em 05/05/2007, C-1. O Governo do Brasil importa o medicamento da Índia, produzido pela *Aurobindo Pharma Limited* e com isso economi-

que o licenciamento compulsório não é apanágio dos países em desenvolvimento. A nação mais poderosa e influente do Mundo, os EUA, e até o Canadá,²¹³ já recorreram a ele.²¹⁴ Outros países já utilizaram o instituto, a Itália, Moçambique, Malásia, e Tailândia.

A Índia²¹⁵ reviu a sua legislação, alterando a Lei da Pa-

zou US\$ 30 milhões somente em 2007. Lula da Silva, afirmaria em 2007 que “*afinal de contas, entre o nosso comércio e a nossa saúde, vamos cuidar da nossa saúde*”. O Governo brasileiro vai continuar a respeitar a patente, pagando os *royalties* à Merck.

²¹³ Vide, a respeito do caso do Canadá, para um estudo mais exaustivo, que não poderemos desenvolver nesta sede, a obra de Richard Elliot, *Managing the Market for Medicines Access: Realizing the Right to Health by Facilitating Compulsory Licensing of Pharmaceuticals – A case Study of Legislation and The Need for Reform*, in, *Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility*, University of Toronto Press, Canada, 2012, Edited by Lisa Forman/Jillian Clare Kohler, pp. 151-178. O autor ao longo destas páginas presta particular atenção ao caso canadiano, no que concerne ao seu regime de acesso aos fármacos, realçando o seu lento processo legislativo e as suas ineficiências. Conclui que o mecanismo básico de licenciamento da produção e exportação de versões genéricas de medicamentos patenteados, tal como estabelecido por Decisão da OMC, falhou, e o Canadá pode e deve legislar um simples e mais amigável processo tanto para os compradores de países em desenvolvimento como para fornecedores de genéricos.

²¹⁴ Cfr. Gabriela Costa Chaves, *O Processo de Implementação do Acordo TRIPS da OMC em países da América Latina e Caribe: análise das legislações de propriedade intelectual sob a ótica da saúde pública*, Dissertação de Mestrado, Fundação Oswaldo Cruz – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, 2005, pp. 62 e 63 (79 fl.).

²¹⁵ Note-se que a Constituição indiana não reconhece especificamente o direito à saúde como um direito social fundamental. Reconhece sim, o direito à vida e à igualdade de todas as pessoas, quer sejam cidadãos do país ou não cidadãos. Assim dispõe o seu artigo 21.º em conjugação com o artigo 14.º. Contudo, o Supremo Tribunal da Índia (*Vicent Panikurlangara v. Union of India* – 1987, 2 SCC, 165, em <http://www.indiankanoon.org/doc/1305721/>; e *State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga* – 1998, 4, SCC, 117, em <http://www.indiankanoon.org/doc/1563564/>) tem interpretado o primeiro preceito no sentido de incluir no seu âmbito, o direito à saúde, impondo ao Estado, através do seu respeito a preservação da vida (*Parmanand Katara v. Union of India and Others* – 1989, 4, SCC286, pp. 293, § 8.º, em <http://indiankanoon.org/doc/498126/>). O artigo 47.º da Constituição indiana acaba por impor ao estado, em especial, a responsabilidade de melhorar a saúde pública. Esta Constituição pode ser consultada em <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>.

tentes em 2005²¹⁶ para que cumprisse os requisitos do TRIPS.²¹⁷ Acabou por adoptar critérios de patenteabilidade. Outros países, como a Indonésia, Malásia, Moçambique, Zâmbia e Zimbabué usam licenças compulsórias ou autorizações governamentais para fabrico de medicamentos genéricos.^{218 219 220}
^{221 222 223 224} Ralf Boscheck tira as seguintes conclusões: “Ap-

²¹⁶ Cfr. em <http://www.patentoffice.nic.in/ipr/patent/patents.htm>

²¹⁷ Este país está sob observação norte-americana, continuando a constar da *Priority Watch List in 2013*, 2013 Special 301 Report, pp. 38-40, para consulta em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf>.

²¹⁸ Cfr. Open Society Institute & Access to Medicines Initiative...

²¹⁹ Em finais de 2006, precisamente no mês de Novembro, a Tailândia anunciou a sua primeira licença compulsória para um antirretroviral, o *Efavirenz*, e a partir daqui inicia-se um ciclo, em que são concedidas, até 2008, várias licenças compulsórias de fármacos do foro cardiológico, oncológico e outros. Desta cronologia constam o *Efavirenz*, o *Ritonavir/lopinavir* em 2006 e 2007, respectivamente. Ainda o *Clopidogrel*, em 2007, o *Docetaxel*, em 2008 e os *Letrozole* e *Imatinib*, ambos em 2008. A nossa fonte é a Tabela 10, pp. 146, da obra, da obra, *Intellectual Property Rights and Access to ARV Medicines: Civil Society Resistance in the Global South*, Brazil, Colombia, China, India, Thailand, Renata Reis/Veriano Terto Jr./Maria Cristina Pimenta, ABIA, Rio de Janeiro, 2009. O Documento *Tripartite Fight for Patients Rights*, elaborado por Prachachat Thuraki, uma companha a favor das licenças compulsórias, também significou um passo importante na consciencialização da sociedade tailandesa e até na sua própria informação, no que concerne a esta problemática. O seu conteúdo vem destacado na obra cit nesta nota, particularmente nas pp. 147-149.

²²⁰ Desde 1985 que o governo dos EUA pressionara fortemente a Tailândia para implementar a proteção patenteária, sob a ameaça de sanções comerciais. Em 1992, em consequência de tais pressões, o país adoptou o *Thai Patent Act* (pode consultar-se em, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129773), que criou um quadro legal de proteção da propriedade intelectual, incluindo a de produtos farmacêuticos. Admite patentear estes últimos por um período de 15 a 20 anos. Em 1999, o *Thai Patent Act*, foi sujeito a uma emenda, da qual resultou a dissolução do “*pharmaceutical Patent Review Board*”, o que resultou na falta de um mecanismo de controlo de preços de produtos patenteados. Cfr. a respeito a doutrina de David Wilson/Paul Cawthorne/Nathan Ford/Saree Aongsonwang, *Global Trade and Access to Medicines: AIDS Treatments in Thailand*, Lancet, 1999, pp. 354:1893-1895.

²²¹ A Tailândia concedeu licenças compulsórias para vários medicamentos para o seu uso no tratamento de doenças coronárias, para o cancro da mama, do pulmão, do pâncreas e dos ovários. Com mais detalhe, o caso da Tailândia, que não podemos aprofundar nesta sede, consta da obra, *Intellectual Property Rights and Access to ARV Medicines: Civil Society Resistance in the Global South*, Brazil, Colombia,

plying the public non-commercial use rationale to non-emergency non-infectious diseases, Thailand converted compulsory licensing into an effectively unconstrained method of pure cost containment. Widespread use of that model would require the developed world to shoulder a disproportionate share of the necessary R&D expenditures while simultaneously presenting it with an attractive option to shed and burden. The decision taken by India's Controller General of Patents, Designs and Trademarks in the case of Nexavar may present a first step into that direction."²²⁵

Os países em desenvolvimento devem continuar a adaptar as suas legislações de forma a aproveitarem o período de transição previsto no TRIPS e não conceder patentes a produtos farmacêuticos antes de 2016, conforme previsto na Declaração de Doha. Estes países, beneficiam imenso se derem prioridade e incentivo à cooperação regional e eventualmente, ao investimento na capacidade de produção regional e nacional no sector farmacêutico, desenvolvendo conhecimentos científicos especializados a nível local.²²⁶

China, India, Thailand, Renata Reis/Veriano Terto Jr./Maria Cristina Pimenta, ABIA, Rio de Janeiro, 2009, pp. 139-163.

²²² O caso tailandês cotejado com o caso brasileiro, no que toca ao acesso destes países aos fármacos antirretrovirais, *Sustaining Access to Antiretroviral Therapy in the Less-developed World: lesson to the Brazil and Thailand*, de Natahan Ford, David Wilson, Gabriela Costa Chaves, Michel Lotrowska e Kanniba Kijtiwathakul, médicos sem fronteiras, AID, 2007, 21 (Suppl. 4): S21-S29, para consulta em <http://www.msf.org.br/arquivos/uploads/AIDSThaiBraz.pdf>.

²²³ Cfr. a Nota Informativa do Programa Conjunto... pp. 6 e 7.

²²⁴ Os EUA continuam a encorajar e até a pressionar a Tailândia para melhorar o seu sistema de proteção da propriedade intelectual. Este país está sob observação norte americana, continuando a constar da *Priority Watch List in 2013*, 2013 Special 301 Report, pp. 42 e 43, para consulta em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf>.

²²⁵ Seguindo Ralf Boscheck, *Intellectual Property Rights & Compulsory Licensing: The Case of Pharmaceuticals in the Emerging Markets*, World Competition Law and Economics Review, Vol. 35, December/2012, n.º 4, pp. 634.

²²⁶ *A criação de entidades reguladoras regionais e interregionais pode ajudar a remover muitos, dos altos custos com as transações e com os recursos humanos,*

Não obstante, todos países membros da OMC devem ponderar as implicações para a saúde pública, da adoção de medidas de proteção da propriedade intelectual mais abrangentes do que consta no TRIPS. É o caso do Acordo TRIPS PLUS.
227 228

À luz do exposto, é pertinente concluir que as ações dos Governos a seguir no campo do direito à saúde com base no Acordo TRIPS, deverão estar alinhadas com os princípios da Declaração de Doha ²²⁹, com a Declaração Política sobre VIH/SIDA de 10 de Junho de 2011, adoptada pela Assembleia

*incluindo, as múltiplas burocracias que cada país exige, designadamente no que toca ao desenvolvimento de novos medicamentos e aos ensaios clínicos a realizar. Exemplos disto: A East African Community criada em 1967, lança um projeto de harmonização respeitante ao registo de medicamentos em 5 países membros daquela comunidade; A European Regulatory System and the European Medicines Agency desde 1995, com um importante papel regulador no mercado europeu, avaliando as necessidades da União neste âmbito, impondo legislação específica, avaliando a situação de saúde pública nos seus Estados-Membros; O Gulf Cooperation Council desde 1999, na mesma rota; A Pan American Network for Drug Regulatory Harmonization desde 1999, com um peso muito importante neste sector; Ainda outras organizações que embora com uma atividade mais tímida têm agora um papel reforçado, The Adrean Quality System (1995), The Southern Common Market (MERCOSUR- 1991), A Association of Southeast Asian Nations; e The African Medicines Regulatory harmonization. Estas iniciativas podem ser vistas em pormenor no relatório das três organizações, WHO, WIPO, WTO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade*, 2012, pp. 49-51.*

²²⁷ Disponível em www.wto.org

²²⁸ Acerca do TRIPS plus e da sua influência nefasta na saúde pública, vide, de Ping Xiong, o artigo publicado no *Journal of World Trade*, Vol. 46, February, 2012, n.º 1, *Patents in TRIPS-plus Provisions and the Approaches to Interpretation of Free Trade Agreements and TRIPS: Do they Affect Public Health?*, pp. 155-186.

²²⁹ A agenda de Doha para o desenvolvimento teve como principal preocupação, a saúde pública, a segurança alimentar, ambiental, a garantia de transferência de tecnologia para os países mais pobres, a eliminação das restrições ao comércio e à concorrência neste países, o crescimento económico sustentado, a eliminação das barreiras pautais e outros obstáculos aos produtos originários dos países menos desenvolvidos, a eliminação da burocracia, a não exigência de reciprocidade com os países pobres. Cfr. a respeito, WTO, Doha Declarations; WHO, the Road to Doha and Beyond – a road map for successful concluding the Doha development agenda; Annual Report, tudo isto, *in*, www.wto.org/

Geral das Nações Unidas²³⁰ e com a Estratégia Global e Plano de Ação sobre Saúde Pública, Inovação e Propriedade Intelectual, da Assembleia Mundial de Saúde, de 2008.²³¹

O saldo da Conferência de Doha de 2001²³² por pressão dos países em vias de desenvolvimento foi muito positivo. A Declaração sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública permitiu aos membros “mais pobres” da OMC desrespeitarem o direito de patente “do laboratório”, em casos de emergência nacional - através de licenças compulsórias e importações paralelas de fármacos, entre outras alternativas- que dispensam o acordo do fabricante. Ressalve-se que a Declaração surgiu após alguns Estados terem violado direitos de propriedade intelectual face a necessidades de aquisição volumosa de medicamentos (nomeadamente contra a SIDA, malária e tuberculose)²³³

²³⁰ Vide o conteúdo desta Declaração que impõe aos Estados-membros da ONU, as suas diretrizes e programas em www.onu.org.br. Contudo é precisamente em Doha, que se adopta uma Declaração sobre a relação do TRIPS com a saúde pública. Aí se estabelece que este Acordo em nada impede que os países membros adoptem medidas para proteger a saúde pública. Nestes termos, este instrumento reconhece que o Acordo TRIPS admite flexibilidade suficiente para os países adoptarem licenças obrigatórias, definirem situações de emergência, como nos casos de SIDA, tuberculose, malária e outras epidemias, e a liberdade de consentirem importações paralelas. O Conselho TRIPS é incumbido de encontrar mecanismos para resolver a situação dos países que não detenham indústria farmacêutica ou que esta seja insuficiente (esta preocupação advém do artigo 31.ºf, que supõe o contrário). Por fim, a Declaração, torna extensivo até 2016, o prazo para os países menos desenvolvidos implementarem as disposições do TRIPS, em relação às patentes de produtos farmacêuticos.

²³¹ Cfr. o já referido site da OMC, www.wto.org

²³² De novo em www.wto.org

²³³ Pedro Infante Mota, na ob. cit. pp. 500, (n.º 1044) nota que os factos de a Zâmbia e Senegal, cobrarem direitos aduaneiros iguais ou superiores a 25% sobre os mosquiteiros, e de em África, estes direitos poderem aumentar em 20%, o preço da importação dos produtos farmacêuticos de marca e dos genéricos, afasta em parte, a acusação de que o TRIPS e a OMC, estão a bloquear o acesso aos medicamentos nos países mais pobres, violando o direito universal à vida e à saúde. Conclui que existem “*imensos problemas políticos, económicos e estruturais que devem ser resolvidos, para tornar tal acesso, uma realidade*”

1.3 - O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Ainda no foro universal, cumpre dizer que o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966.²³⁴ tem bem presente, no seu âmago, que a doutrina da reserva do possível assola inegavelmente esta categoria de direitos. No n.º 1 do artigo 2.º pode ler-se que “Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir (...), no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios adequados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas”²³⁵

O Pacto prevê uma panóplia muito vasta de direitos económicos, sociais e culturais. A implementação efetiva do PIDESC far-se-á de modo programático e progressivo, porque como estamos perante direitos de “segunda geração”, estes só obrigavam os Estados à sua realização gradual.²³⁶ Além do mais, o artigo 5.º do PIDESC, à semelhança do que sucede com outros instrumentos internacionais de direitos humanos²³⁷, contém uma cláusula de aceitação das garantias mais fa-

²³⁴ Em geral sobre este Pacto e o PIDCP, aprovado na mesma data, Cfr. Ian Brownlie, *Princípios de Direito Internacional Público*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 595-597.

²³⁵ Sobre o alcance do preceito, Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen/Oxford/New York, 2003, pp. 311-378, opina que a expressão “no máximo dos seus recursos disponíveis”, não poderá ser interpretada no sentido de o Estado ficar obrigado a usar todos os seus recursos. (pp. 315, especialmente), mas acrescenta que se estabelecem limites à discricionariedade dos poderes públicos. Existe para a autora, um conjunto de critérios mobilizáveis para o preenchimento desses parâmetros, desde uma análise comparada da estrutura das despesas à ineficácia e corrupção administrativas.

²³⁶ Ana M. Guerra Martins, na ob., cit., *Direito Internacional dos Direitos...*, pp. 130, refere que a prática, no que ao PIDESC respeita, mostrou que este contém obrigações que podem ser violadas pelos Estados.

²³⁷ Exemplos da similitude são o homólogo artigo 5.º do PIDCP, o artigo 60.º da

*voráveis das ordens jurídicas internas, que demonstra muito bem a consciência dos autores deste texto do carácter minimalista das suas normas. Para alguma doutrina, isto pode mesmo representar “(...) a prova ou a confissão, da parte do legislador internacional, da definição imperfeita dos direitos garantidos.”*²³⁸

*É justamente o seu artigo 11.º que reconhece o direito a um nível de vida suficiente, à melhoria das condições de existência, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes. A realização deste direito deverá de acordo com aquele normativo, socorrer-se de uma cooperação internacional livremente consentida. O seu artigo 12.º reconhece o direito de todos a gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.*²³⁹ *As medidas devem compreender a diminuição da mortalidade e mortalidade infantil, a promoção do desenvolvimento das crianças, a higiene no meio ambiente, a higiene individual, o tratamento das doenças epidémicas, e a prestação de cuidados de saúde.*²⁴⁰

*Ao contrário do que aconteceu com o PIDCP, que se encontra mais bem apetrechado com meios de revisão e fiscalização*²⁴¹, *o sistema de controlo do PIDESC ficou limitado aos relatórios periódicos, não abrangendo até 2013, como*

CEDH, ou o artigo 32.º da Carta Social Europeia.

²³⁸ Cfr. Jan De Meyer, *Brèves Réflexions à propôs de l'article 60 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in, *Mélanges Wiarda*, Colónia, 1988, pp. 125 e ss. e Maria José Morais Pires, *As Reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 89.

²³⁹ O PIDESC e comentários do seu Comité, disponíveis em www.gddc.pt. O Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no seu Comentário Geral n.º 14 – E/C-12/2000/4 de 11/08/2000, considerou incluída no direito à saúde, a liberdade de controlar a saúde e o corpo, nomeadamente no que toca ao domínio sexual, reprodutivo, o direito de estar livre de tortura, de tratamento médico não consentido, de experimentação científica, e ainda o direito a aceder com igualdade a um sistema de saúde, ao nível mais elevado de proteção.

²⁴⁰ O artigo 12.º é analisado no mesmo sentido na obra de Cfr. Theodor Meron (Ed.), *Human Rights in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984, em especial sob a interpretação que David M. Trubek, pp. 242-247.

²⁴¹ De novo, Cfr. Ian Brownlie, *Princípios de Direito...*, pp. 596.

veremos, as comunicações dos Estados, nem a dos indivíduos. O sistema de controlo não jurisdicional faz-se unicamente pelo sistema de relatórios (artigos 16.º a 22.º do mesmo), competindo ao seu Comité apreciá-los, apresentando sugestões e recomendações aos Estados, com vista ao seu melhor cumprimento.
242

Os direitos previstos na Parte III, na qual estão integrados o direito a um nível de vida adequado (artigo 11.º) e o direito a gozar do melhor estado de saúde física e mental (artigo 12.º) regem-se pelos princípios constantes da Parte II (artigos 2.º a 5.º), princípios esses que dão ênfase às obrigações dos Estados de implementação de direitos (alguns deles de efetivação imediata, tais como os que integram os artigos 7.º/a) e i), 8.º, 13.º/3 e 4, e 15.º/3).

O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais
243 *compreende que a natureza das obrigações* 244 *aqui assumidas pelos Estados só se poderão realizar de modo paulatino, tendo em conta a reserva do financeiramente possível. As obrigações gerais de que fala o artigo 2.º devem ser implementadas não só através de medidas individuais mas também mediante a assistência e sinergia internacionais. Só a partir de 1993 é que o Comité começa a receber relatórios escritos e orais não apenas de Estados mas também de Organizações Não Governamentais. Finda esta recepção pelo Comité, o processo completa-se com a elaboração de Observações e Recomendações, sem carácter vinculativo, mas que são “analisadas à lupa” pela opinião pública internacional, que exerce sempre*

²⁴² Vide mais sobre o PIDESC em Javaid Rehman, *International Human Rights Law – A Practical Approach*, Harlow, Pearson Education, 2003, pp. 111 e ss. e Rhona K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp.295 e ss.

²⁴³ Este Comité foi criado em 1985 pelo Conselho Económico e Social e já funciona desde 1987.

²⁴⁴ Acerca da natureza destas obrigações deve ver-se a Observação Geral n.º 3 do referido Comité, adoptada na sexta sessão em 14/12/1990, para consulta em <http://www.echr.coe.int/echr>.

um juízo objurgatório em situações de eventual violação dos direitos humanos.

Em 05/05/2013, entrou em vigor na ordem jurídica internacional, o Protocolo Facultativo ao PIDESC.^{245 246} Simboliza um avanço no reforço de efectivação dos direitos previstos no PIDESC. Relembra que “(...) cada Estado Parte no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (...) se compromete a agir, quer através do seu próprio esforço, quer através da assistência e da cooperação internacionais²⁴⁷, especialmente nos planos económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.” E adianta “(...) que, para melhor assegurar o cumprimento dos fins do Pacto e a aplicação das suas disposições, conviria habilitar o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (...) para desempenhar as funções previstas no presente Protocolo.”

A grande ganho trazido pelo novo Protocolo é a instauração de um sistema de *comunicações submetidas por ou em nome de indivíduos ou grupos de indivíduos, sob jurisdição de um Estado-Parte, conforme o disposto no artigo 2.º do mesmo*²⁴⁸, *bem como a implementação de comunicações interestaduais, nos termos do artigo 10.º. Estas últimas dependentes de*

²⁴⁵ Foi adoptado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas a 10 de Dezembro de 2008, através da Resolução A/RES/63/117 e aberto à assinatura a 24 de Setembro de 2009, em Nova York. Portugal assinou o mesmo em 24 de Setembro de 2009, estando a vigorar no nosso país desde 05/05/2013. Em 28 de Janeiro de 2013, Portugal fez ainda Declarações ao abrigo dos artigos 10.º e 11.º do Protocolo ao PIDESC.

²⁴⁶ Disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_5.htm.

²⁴⁷ O artigo 14.º do Protocolo dispõe sobre a assistência e cooperação internacionais, podendo estas constituir uma forma a “melhorar a realização dos direitos consagrados no Pacto”.

²⁴⁸ O procedimento destas comunicações é o que consta dos artigos 3.º e ss. O artigo 3.º/1 impõe o princípio da exaustão de recursos internos, excepto se os recursos em questão excederem “prazos razoáveis”.

uma declaração expressa dos Estados-Partes, reconhecendo a competência do comité para receber e apreciar as referidas comunicações. (vide também o artigo 11.º a propósito). O artigo 5.º revela-se uma boa surpresa já que, permite a tomada de providências cautelares, depois da recepção da comunicação individual e antes do pronunciamento sobre o fundo da questão, com vista “evitar danos irreparáveis) vitima(s). Resultam fortificadas as medidas de proteção, uma vez que é o próprio artigo 13.º a prescrever que “um Estado Parte deverá tomar todas as medidas apropriadas para garantir que os indivíduos sob a sua jurisdição não são sujeitos a qualquer forma de maus-tratos ou intimidação, em consequência das comunicações que enviam ao Comité no âmbito do presente Protocolo.”

2 - OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS:

2.1 – O SISTEMA EUROPEU:

Iniciaremos o nosso percurso pelo Sistema Europeu de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, mais especificamente, pelo Sistema do Conselho da Europa. Foi em 05/05/1949 que a Bélgica, a França, a Holanda, o Luxemburgo, o Reino Unido, a Dinamarca, a Irlanda, em conjunto com a Itália, a Noruega e a Suécia assinaram em Londres, o Estatuto do Conselho da Europa.²⁴⁹ A sua criação, vinculada ao movimento europeísta, como assinala Manuel Diez de Velasco, encontra-se em íntima relação com a garantia de proteção dos direitos humanos.²⁵⁰

Esta Organização Internacional, que mais tarde viria a

²⁴⁹ Cfr. em especial os artigos 2.º e sobretudo os artigos 3.º e 8.º do mesmo. Para consulta em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-05-05-949-ets-1.html>

²⁵⁰ Cfr. a sua obra, Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2007.

contar com muito mais membros, com destaque para Portugal que aderiu na década de 70, içou bem alto os princípios da democracia, liberdades individuais, primado do Direito e respeito pelas tradições constitucionais. Atualmente com 47 Estados-Membros, viria a ser sob a sua égide que em 04/11/1950, se assinava em Roma, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem CEDH, cujo principal objectivo é assegurar proteção dos direitos humanos.^{251 252}

O Conselho da Europa tem vindo a refletir bastante preocupação com a saúde pública. O seu mais recente projeto intitula-se, "*Citizens' consultation platform on the right to the protection of health*" para 2012-2013, sob a supervisão do Comité Europeu para a Coesão Social.²⁵³ O objectivo do projeto é impulsionar a proteção da saúde através daquilo que o Conselho apelida de "*Health Literacy and Health Education*."²⁵⁴

A referida Convenção contém 14 protocolos, não se

²⁵¹ A CEDH pode ser consultada em www.conventions.coe.int/

²⁵² Retrocedendo um pouco, dir-se-á que o sistema da CEDH era à data, inovador. Pela primeira vez, o Estado poderia ser posto em causa e curvar-se diante dos direitos do indivíduo formalmente reconhecidos. As violações de direitos humanos por parte de um determinado Estado, por ação ou omissão, estariam sujeitas ao controlo e sancionamento dos órgãos internacionais instituídos para proteger os indivíduos, desde que tais Estados tivessem ratificado a CEDH. Além de reconhecer a competência do Comité de Ministros do Conselho da Europa, nesta matéria, criou uma Comissão Europeia e um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cujo papel é receber e analisar queixas, julgando-as violações ou não dos direitos humanos. Neste sentido, António José Fernandes, *Proteção e Salvaguarda dos Direitos do Homem*, Almedina, 2004, pp. 72 e 73.

²⁵³ Sobre este Comité, vide o site, http://www.coe.int/t/dg3/default_en.asp

²⁵⁴ O Conselho da Europa refere como o projeto deve ser desenvolvido: "- *Conducting a Survey on good practices on citizens' consultation in health care in cooperation with the European Health Literacy Network*; - *Organising a Workshop on interactive fora in cooperation with the South-Eastern Europe Health Network*; - *Producing of a Model of a citizens' consultation platform on the right to the protection of health*; - *Producing an inventory of good practices to promote health education*; - *Producing an inventory of good strategies to advance health literacy*; - *Producing a Training Programme*; - *Organising launching events to disseminate the model of a citizens' consultation platform on the right to the protection of health*." Cfr. estas informações em <http://www.coe.int/t/dg3/health/>.

aplicando na íntegra a todos os Estados-partes. Existe uma “*geometria variável*”²⁵⁵ na sua aplicação, muito por causa da ratificação estadual tardia de alguns protocolos e do mecanismo das reservas.²⁵⁶ No seu preâmbulo afirma-se a manutenção da justiça e da paz sobre um regime verdadeiramente democrático, respeitador dos direitos humanos.²⁵⁷²⁵⁸ No que interessa a esta matéria, pensamos que a jurisdição da CEDH tem “olhado”, ainda que indirectamente, pelo direito à saúde. O TEDH teorizou em alguns dos seus Acórdãos sobre a proteção da saúde, em ligação estreita com outros direitos positivados na CEDH, que deram causa à demanda.²⁵⁹

²⁵⁵ Cfr. a expressão de Ana Maria G. Martins, ob. cit., pp. 195.

²⁵⁶ Encontra-se disponível no site citado na nota (81), o estado das assinaturas e ratificações respeitantes à CEDH.

²⁵⁷ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), nasce em 1959, mas só se torna um órgão de controlo permanente e exclusivamente jurisdicional, a partir de 1998, em virtude do protocolo n.º 11 à CEDH, que reconhece a sua competência obrigatória (ou seja, não dependente de aceitação pelos Estados-membros). A reforma do sistema de controlo contencioso da CEDH viria apenas com o protocolo n.º 14 à mencionada Convenção, aberto à assinatura em 2004 mas somente a vigorar na Ordem Jurídica Internacional desde 1 de Junho de 2010 (Conforme a informação disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>). Tem competência consultiva e contenciosa (artigos 47.º, 31.º/b e 34.º da CEDH, respectivamente). A sua competência obrigatória, estende-se a todos os casos que respeitem à interpretação e aplicação da CEDH e seus protocolos adicionais (artigo n.º 32 da CEDH).²⁵⁷ No que interessa a esta matéria, pensamos que a jurisdição em causa, tem “olhado” pelo direito à saúde. Não aprofundaremos o tema, mas ele pode ser estudado em *in, La Réforme du Système de Contrôle Contentieux de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, AA.VV, Gérard Cohen-Jonathan/ Jean-François Flauss (dir.), Droit et Justice 61, Nemesis/Bruylant, 2005.

²⁵⁸ Tem competência consultiva e contenciosa (artigos 47.º, 31.º/b e 34.º da CEDH, respectivamente). A sua competência obrigatória, estende-se a todos os casos que respeitem à interpretação e aplicação da CEDH e seus protocolos adicionais (artigo n.º 32 da CEDH). Como não iremos desenvolver o sistema de controlo da CEDH, deve ler-se a respeito a ob. cit. de Ana M. Martins, *Direito Internacional*...pp. 258-265, ainda, Frédéric E. A. Súdre em *Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de L’Homme*, Paris PUF, 2003, e Armando Rocha, *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu: O Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, U.C.P., 2010.

²⁵⁹ *Vide caso Pichon c. França*, decisão de 02/10/01, Processo n.º 49853/99, em que

Contudo, a CEDH e os seus protocolos protegem essencialmente direitos civis e políticos, sendo a maior parte dos direitos económicos, sociais e culturais, relegados para a Carta Social Europeia de 1961. É o caso do direito à saúde, que não vêm previsto na CEDH²⁶⁰, mas sim, no artigo 11.º da Carta Social Europeia, que estabelece o direito à proteção da saúde.

o TEDH determinou que a obrigação de vender medicamentos, não viola a liberdade de consciência e religião. Este caso remonta a 1995, quando dois farmacêuticos recusaram a venda de contraceptivos femininos, prescritos pelo médico das pacientes. Não se conformando com as decisões, quer da 1ª Instância, que os condenou em pagamento de multa, à luz do Código do consumidor, quer de La Cour d'Appel de Bordeaux, em 1997, e mais tarde, em 1998, de La Cour de Cassation, os farmacêuticos recorreram à jurisdição do TEDH, invocando o seu direito de manifestação de religião (artigo 9.º da CEDH), ou seja, o direito à recusa de venda dos contraceptivos, com base nas suas crenças religiosas, pese embora o facto de não haver qualquer lei em França que proibisse tal venda. A decisão acabaria por suportar a ideia de o direito à manifestação da religião não pode ser absoluto. Também é verdade que o Tribunal poderia ter ido muito mais longe na fundamentação da decisão, uma vez que, acima de tudo estava em causa, a manifestação de um direito à vida sexual plena, enquanto princípio geral do direito à proteção da saúde, não obstante, se não encontrar plasmado na CEDH, não deixa de colocar-se a questão da liberdade de acesso à saúde, sem discriminações de género ou sexo (artigo 14.º da CEDH). Veja-se também o caso *Lopez Ostra c. Espanha*, S. 9/12/1994, Demanda n.º 16798/1990 do TEDH, em que uma cidadã espanhola demanda o Estado espanhol, por problemas ambientais e de saúde, ocasionados por atividades nocivas e perigosas, derivadas do funcionamento de uma Estação de Tratamento de Águas residuais, nas imediações da sua residência, que a levaram a abandonar a mesma. Para consulta em www.echr.coe.int/echr.

²⁶⁰ Apesar de assim ser, não podemos deixar de entender que a proteção da saúde é um valor imprescindível para que se assegure o direito à vida, tão bem plasmado na CEDH, no seu artigo 2.º. existe nomeadamente, uma decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, em que este órgão tem oportunidade de referir que o Estado em causa no caso concreto, tinha obrigações positivas de proteção da vida dos doentes, Decisão da Comissão 20948/92, *Isiltan c. Turquia*, de 22 de Maio de 1995, para consulta em <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1959473&Site=&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679>. Vide, a respeito, de Michele de Salvia, Compendium de la CEDH, Editions N. P. Engel/Kehl/Strasbourg/Arlington/V.A., 1998, pp. 32. Sobre os aspectos materiais do artigo 2.º da CEDH, Cfr. Xavier-Baptiste Ruedin, *Exécution des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, Bruylant, 2009, pp. 238-264.

²⁶¹ Assim, a grande lacuna deixada pela CEDH, em matéria de proteção dos direitos económicos, sociais e culturais ²⁶² foi de certa forma colmatada pela Carta Social Europeia ²⁶³ adoptada

²⁶¹ Disponível em www.gddc.pt

²⁶² A CEDH não dispõe sobre o direito à saúde. No entanto, deve acrescentar-se que o dever de proteção da saúde é particularmente premente quando os indivíduos, estejam por qualquer motivo, a cargo do Estado, tal como reclusos, internados em Centros Psiquiátricos ou hospitalares. Cremos que nestes casos, pode exigir-se do Estado a adopção de medidas positivas. O TEDH tem-se pronunciado, a propósito disto nos seguintes casos: o caso, *Velikova v. Bulgária, Proc. n.º 41488/98, Decisão de 18/05/00*. (Um detido por suspeita de furto fica repentinamente indisposto. Chamados os médicos ao local, não o examinam por perceberem a sua embriaguez. Mais tarde, o homem piorou e aqueles foram de novo chamados aos locais, mas este já estava morto, devido à perda de sangue, causada por inúmeros ferimentos.) O TEDH aferiu a existência de agressões policiais mas também, que a prestação de cuidados médicos atempados lhe teria salvo a vida, concluindo pela violação do artigo 2.º da CEDH. Mais recente é o caso *Tarariyeva v. Rússia, Proc. n.º 4353/03, Decisão do TEDH de 14/12/06* (Um outro prisioneiro falece de hemorragia interna, causada por doenças crónicas graves. Não lhe foram prestados cuidados médicos adequados, nem analisada a urgência da sua situação clínica), em que se decreta igualmente, a violação do artigo 2.º. No caso *Chipre v. Turquia, Proc. n.º 25781/94, Decisão do TEDH de 10/05/01* (O queixoso, o Chipre acusava uma entidade reconhecida pela Turquia, de não fornecer às populações greco-cipriotas e maronitas residentes no território, cuidados de saúde apropriados). Da decisão do Tribunal se retira que a determinação do nível médio de cuidados disponíveis, cabe a cada Estado-Membro e que o artigo 2.º da CEDH, não impõe a estes, uma obrigação de nível máximo na qualidade dos cuidados de saúde. A jurisprudência de Estrasburgo, continua a assimilar a dignidade do homem com a manutenção, ou imposição da vida (direito à proteção da saúde humana), de forma alheia à autodeterminação pessoal. Existe uma margem de manobra que é dada aos Estados na adopção de medidas que privilegiem a preservação da vida da pessoa, mesmo contra a sua vontade. Vejamos os casos *X. v. República Federal da Alemanha, n.º 8518/79, Decisão de 14/03/1980*, cujo Parecer da Comissão, legitima a imposição de um tratamento a um doente hospitalizado, pelo seu médico, desde que seja para lhe salvar a vida; e o caso *Marcella y Robert Sands v. Reino Unido, Decisão do TEDH n.º 9338/81, de 10/10/81*, em que se decide que estes dois reclusos, membros do IRA, em greve de fome, poderiam ser forçados pelo Estado a ingerir alimentos e líquidos, de forma evitar a morte por inanição. Acerca de um doente mental, internado em Hospital psiquiátrico, o TEDH, em *Proc. n.º 10533/83, Decisão de 24/09/92, caso Herczegfalvy v. Áustria*, entendeu que os médicos poderiam administrar-lhe os tratamentos necessários para lhe salvar a vida, ainda que recorrendo à força, impedindo assim, a violação do artigo 2.º da CEDH (não obstante poder violar os artigos 3.º ou 8.º da mesma. (As decisões do TEDH *supra* mencionadas, em www.echr.coe.int/)

²⁶³ Neste sentido vai Jean-François Akandji-Kombé, La Charte Sociale Européenne

em 1961 e revista em Maio de 1996.²⁶⁴ Esta vai mais longe do que a CEDH, principalmente quando no seu artigo 13.º,²⁶⁵ prescreve um efetivo direito à assistência social e médica, através de um serviço público ou privado, de prestações que resultem de um regime de segurança social (o respectivo regime vem previsto no artigo 12.º), se não dispuser de outros recursos, de forma a aliviar o estado de carência pessoal e familiar.

O sistema de controlo da Carta, é o dos relatórios a apresentar pelos Estados, dos quais devem enviar cópias às organizações nacionais filiadas em organizações internacionais de trabalhadores e empregadores. Os mesmos serão examinados pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais²⁶⁶, que apresen-

et La Promotion des Droits Sociaux, in, Laurence Gay/Emmanuelle Mazuyer/Dominique Nazet-Allouche (Dir.), *Les Droits Sociaux Fondamentaux, Entre Droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006, pp. 204 e 205, afirmando que a Carta é um instrumento de direitos humanos vivo, inspirado em certos valores como a dignidade, a autonomia, a igualdade e a solidariedade. Os direitos que ela visa garantir não constituem um fim em si mesmo, antes completam a CEDH.

²⁶⁴ Os direitos reconhecidos tanto na Carta como no seu protocolo adicional não são exigíveis na sua totalidade aos Estados-parte. Estes podem estabelecer o que Diez de Velasco, em *Instituciones de Derecho Internacional Público*..., pp. 688, apelida de “*régimen jurídico a la carta*”, elegendo tão só alguns dos direitos enunciados, contudo, com alguns limites estabelecidos pela Carta Social que obriga em todo o caso a reconhecer os seguintes direitos: - direito à segurança social, à assistência social e médica, direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à negociação coletiva, à proteção da família, à proteção dos trabalhadores migrantes e suas famílias.

²⁶⁵ Cfr. a análise de Tamara K. Hervey, *We Don't See a Connection: The Right to Health in the EU Charter and European Social Charter*, in, De Búrca, Gráinne/Bruno de Witte, *Social Rights in Europe*, University Press, Oxford, 2005, pp. 311-314.

²⁶⁶ A título exemplificativo, é interessante referir as conclusões daquele Comité, em 2009, em relação ao Relatório enviado pelo governo de Espanha, sobre o cumprimento da Carta Social Europeia originária, de 1961, ratificada por Espanha em 1980, já que no que toca à Carta Social Revista, de 1996, aquele Estado apenas a assinou, ainda não a tendo ratificado, até aos dias de hoje. (Para consulta no Anuário da Faculdade de Direito da Coruña, n.º 15-2011) O Comité conclui pela opacidade ou falta de transparência do Relatório que lhe foi enviado, o que ocorre em relação ao art. 3.º/1, que impõe uma política nacional coerente em matéria de saúde dos trabalhadores no local de trabalho. O Comité, recordou que Espanha está obrigada a transpor a *Diretiva 2004/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, em relação à proteção de trabalhadores expostos a riscos carcinogê-*

ta as suas conclusões e se sujeita ainda ao exame do Comité Governamental, que igualmente apresenta as suas conclusões. Estas são enviadas ao Comité de Ministros. Este por seu turno, dirige recomendações ao Estado^{267 268} mas não pode condená-lo por uma presumida violação, nem tão pouco impor-lhe “*pautas obrigatórias de comportamento*”.²⁶⁹

Observa-se que esta Carta e a CEDH, se completam.²⁷⁰ A primeira porque procurou assegurar a tutela dos bens fundamentais, na linha clássica dos direitos de liberdade, a segunda, porque exalta os direitos de segunda geração, cuja exequibilidade, sugere a intervenção estadual e a dependência de conformação legislativa. Os direitos económicos, sociais e cultu-

neos e por outro lado, a *Convenção da OIT, n.º 136 de 1971 sobre Benzeno*. Conclui assim pelo incumprimento do artigo 3.º/1 da Carta, pela desproteção da segurança e saúde dos trabalhadores com contrato de trabalho de duração determinada e também os trabalhadores independentes. Admite ainda a violação do artigo 3.º/2 da Carta, devido à atuação da Inspeção espanhola de trabalho e segurança social.

²⁶⁷ Cfr. Ana M.G. Martins, ob. cit. pp. 271 e 272.

²⁶⁸ Para maior aprofundamento vide François Vandamme, *Les Doits Protégés par la Charte Sociale, Contenu e Portée*, in Jean-François Akandji-Kombé/Stephane Leclerc, *La Charte Sociale Européenne, Bruxelles*, Bruylant, 2001, pp. 45 e ss.

²⁶⁹ A expressão é de Díez de Velasco (com tradução nossa), em *Instituciones de Derecho...*, pp. 692. Com efeito, o ilustre Professor alerta para a complexidade procedimental desta Carta, bem como para a pluralidade de órgãos que intervêm no mesmo (Comité Europeu dos Direitos Sociais, o Subcomité do Comité Governamental do Conselho da Europa, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa e o Comité de Ministros já mencionado), deficiências, que na sua opinião se pretendiam paliar mediante um sistema de racionalização contido no Protocolo de Emenda de 21 de Outubro de 1991, que ainda não entrou em vigor formalmente e que não obstante, se aplica na prática por decisão do Comité de Ministros do Conselho da Europa. Apesar de tudo, este Protocolo não permite superar o principal problema do atual sistema de controlo: a impossibilidade de apresentar denúncias contra um Estado. Esta deficiência só parece superar-se parcialmente no Protocolo Adicional relativo ao Sistema colectivo de Queixas de 9 de Novembro de 1995, que permitiria a apresentação de denúncias colectivas por parte das organizações patronais e sindicatos. O Protocolo, a vigorar desde 1998, não foi por exemplo, ratificado por Espanha.

²⁷⁰ A autora Ana. G. Martins, na ob. cit. em nota de rodapé n.º 659, da pp. 267, refere que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) não hesita em invocar na sua jurisprudência, a Carta Social Europeia. Vide para o efeito o *caso Sidabras e Dziautas* de 27/07/04, Rec.2004 (em www.echr.coe.int/echr)

rais devem ser convertidos internamente de acordo com a realidade de cada Estado. Apesar da CEDH, não consagrar o direito à saúde no seu corpo, podemos de certo modo encontrá-lo presente na disposição do artigo 2.º, sobre o direito à vida, desde logo, porque a saúde é uma condição suprema para que haja vida ²⁷¹.

Em 2001, e ainda neste âmbito macrorregional, foi criada a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina, mais comumente designada por Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina ²⁷². Contêm uma disposição muito importante que refere que “*as Partes tomam, tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis, as medidas adequadas com vista a assegurar, sob sua jurisdição, um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada.*” Recorde-se que a curial preocupação desta Convenção é o avanço veloz da biomedicina e conseqüentemente, a panóplia de questões ético-jurídicas que acarreta consigo, designadamente as que colocam a descoberto e fragilizam os valores e direitos mais basilares do ser humano.

2.2 – O SISTEMA DA UNIÃO EUROPEIA:

É axiomático que um dos elementos de ajuste do direito da saúde em cada um dos países da União Europeia é a normação comunitária. Desde o Direito do Medicamento, em que se destaca, institucionalmente, a Agência Europeia de Medicamentos ²⁷³, ao Direito Médico ²⁷⁴, enquanto Direito deontológico-

²⁷¹ Para um estudo detalhado sobre o direito à vida, cfr. o artigo 2.º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, de Ireneu Cabral Barreto, 4.ª Ed., Coimbra, 2010, pp. 74 a 85.

²⁷² Cfr. DR, I-A, 3 de Janeiro de 2001.

²⁷³ Vide o site, <http://www.ema.europa.eu/ema/>

²⁷⁴ Este é mais amplo no quadro da União Europeia visto englobar não apenas os médicos mas outros profissionais de saúde. Neste ponto Cfr. Elias Mossialos/Martin Mckeel, *EU Law and The Social Character of Health Care*, Brux-

co-profissional, passando pelo impacto das liberdades de circulação na esfera dos cuidados de saúde, a relevância do Direito da União Europeia, tem sido crescente.²⁷⁵

Convém recordar que, no seio da União Europeia, foi o Tribunal de Justiça, a instituição comunitária que contribuiu com mais força para a eficácia dos direitos fundamentais. Como assinala Ana Maria Martins, “(...) *la valeur de la protection des droits fondamentaux a joué un rôle très important pour ce qui concerne l’implication de l’individu dans le processus d’intégration européenne. En effet, quoique les Traités ne contiennent pas un catalogue de droits fondamentaux, la Cour de Justice a estimé que les droits fondamentaux, inscrits dans les constitutions des Etats membres, de même que dans les instruments du droit international, dont les Etats membres sont parties, doivent être assurés par le droit communautaire en tant que principes généraux de droit.*”²⁷⁶

Ao longo da sua existência, as Comunidades Europeias e posteriormente a União Europeia foram obrigadas a incluir os direitos fundamentais nos Tratados e a respeitá-los na elaboração das suas normas e na execução das suas políticas. Tudo isto foi possível, em grande medida, graças à ação protetora adotada pelo Tribunal de Justiça da União, mesmo quando ele não se encontrava habilitado para o efeito pelos Tratados Comunitários, o que sucedeu até à entrada em vigor do Tratado de Amesterdão.²⁷⁷

Já em 1989, no quadro das então Comunidades Euro-

eles/Bern/Berlin/Frankfurt/New York/Oxford Wien, 2004, pp. 44-53.

²⁷⁵ Seguimos, João Carlos Loureiro, *Direito à (proteção da) Saúde*, Estudos e Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento, Vol. I, Edição da FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 671 e 672.

²⁷⁶ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *Les Valeurs Communes et la Place de la Charte en Europe*, in, *Revue Européenne de Droit Public*, Vol. 14, n.º 1, Esperia Publications, 2002, pp. 132-133.

²⁷⁷ Cfr. *Los Derechos Sociales en la Constitución Europea*, de Teresa Freixes Sanjuán, in, *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia, Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 327 e 328.

peias se adoptava a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores,²⁷⁸ por todos os Estados-Membros, à excepção do Reino Unido.²⁷⁹ Os objectivos da Carta foram retomados no Tratado de Amesterdão aquando da integração neste último, das disposições do Protocolo social de Maastricht. O Tratado de Lisboa faz-lhes referência no Título X relativo à política social (artigo 151.º do TFUE).²⁸⁰ A protecção da saúde, no ambiente laboral, proporcionada por esta Carta vem disposta no seu artigo 19.º juntamente com a segurança.²⁸¹

Como é sabido, o Tratado de Lisboa veio aprofundar o grau de protecção e salvaguarda dos direitos fundamentais até então vigente na União Europeia. Pode dizer-se que o faz por três vias: elevando o respeito pelos direitos fundamentais a valor da União (especificamente o artigo 2.º,²⁸² mas com projecção nos artigos 3.º/5 e 21.º/1 do TUE); ampliando substancialmente o elenco dos direitos protegidos na ordem jurídica da União; e oferecendo à União Europeia um catálogo próprio de direitos fundamentais, que juridicamente está integrado nos

²⁷⁸ Cfr. em <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>.

²⁷⁹ Cfr. Jean Michel Servais, *Droit Social de l'Union Européenne*, Bruylant, 2008, pp. 63 e 64.

²⁸⁰ Vide o artigo de Janine Goetschy, *Construction de L'Europe Sociale et Droits Sociaux*, in, *Les Droits Fondamentaux dans L'Union Européenne*, Joel Rideau (dir.), Bruylant, 2009, pp. 175-195.

²⁸¹ Sob a epígrafe: *Protecção da saúde e segurança no meio laboral*: “*Todos os trabalhadores devem beneficiar de condições satisfatórias de protecção da saúde e da segurança no meio onde trabalham. Devem ser tomadas medidas adequadas para prosseguir a harmonização no progresso das condições existentes neste domínio. Estas medidas terão nomeadamente em conta a necessidade de formação, informação, consulta e participação equilibrada dos trabalhadores no que se refere aos riscos corridos e às medidas tomadas para suprimir ou reduzir tais riscos. As disposições relativas à instauração do mercado interno devem contribuir para esta protecção.*”

²⁸² Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um Estudo sobre o artigo 2.º do TUE*, in, *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa, Aspectos Centrais*, Nuno Piçarra (coord.), AAVV, Almedina, Coimbra, 2011, especialmente, pp. 51-72.

Tratados (a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁸³), e que não exclui todas as outras fontes que até essa altura eram reconhecidas como fontes de Direito da União sobre direitos fundamentais (o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial a CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros).^{284 285}

A União Europeia também não deixou de acolher o direito à saúde no seu âmago, apesar de a questão da saúde pública não figurar no Tratado de Roma de 1957, como uma missão comunitária. Foi com o Tratado de Maastricht de 1992 que se sagrou o mandato genérico da União para a saúde (no então artigo. 129.º). Contudo, a competência comunitária ficou reservada a questões de saúde pública, enquanto os direitos individuais permaneciam adstritos à proteção conferida às liberdades de circulação de bens e serviços (prestados e recebidos) e de estabelecimento²⁸⁶ (neste sentido, indiretamente protegidos).

²⁸³ Suprindo-se assim a insuficiência inicial dos Tratados da União e das Comunidades Europeias, no que respeita à ausência de um “*catálogo*” de direitos fundamentais. Esta expressão foi usada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no Acórdão *Solange I*, decisão de 24 de Maio de 1974, RTDE, 1975, pp. 316. A propósito deste Acórdão, deve ler-se o artigo de E. R. Lanier, *Solange, Farewell: The Federal German Constitutional Court and the Recognition of the Court of Justice of the European Communities as Lawful Judge*, 2, Vol. 11, Boston College Int'l & Comparative Law Review. 1(1988), especialmente pp. 2-11, também disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol11/iss1/2>

²⁸⁴ Assim nos ensina Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, 3.ª Ed., Almedina, 2013, pp. 186-194.

²⁸⁵ Deve fazer-se referência à criação da *Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia*, em 2007 pelo *Regulamento CE n.º 168/2007 do Conselho, de 15 de Fevereiro*, para consulta em <http://eur-lex.europa.eu>. Detêm personalidade jurídica própria, trazendo um contributo significativo para a formação de um Direito Europeu em matéria de direitos humanos, fundado na CDFUE e nos demais direitos fundamentais reconhecidos pelo Direito da União por força do artigo 6.º/3 do TUE. Ela visa fornecer aos órgãos, instituições e Estados-membros da União informações objetivas, fiáveis e comparáveis, bem como apoio com vista ao respeito pelos direitos fundamentais reconhecidos pelas referidas fontes.

²⁸⁶ *Vide* os Acórdãos do Tribunal de Justiça da União de 28/04/1998, *Decker*, Processo C-120/95, relativo ao facto de tais liberdades permitirem a atribuição de direitos relativos à saúde e *Kohl*, Processo C-158/96, consagrando a liberdade de aquisição de produtos médicos noutro Estado-Membro.

Continuaria, ainda assim a caber aos Estados-Membros a organização dos respectivos sistemas de saúde e segurança social. O cenário alterar-se-ia significativamente com o Tratado de Amesterdão de 1997 e com o seu sucessor, o Tratado de Nice de 2001.²⁸⁷

O Tratado de Lisboa dedica à saúde pública, o seu artigo 168.º (TFUE), conferindo à União poderes funcionais de ação em complemento das políticas nacionais, na realização de um nível mais elevado de proteção da saúde (§ 1.º daquele artigo). Atualmente as competências nesta matéria pertencem em princípio aos Estados-Membros (168.º/7 TFUE). Com base no artigo 168.º/2 (em conexão com artigo 2.º do TFUE), aceita-se

²⁸⁷ A título de exemplo não podemos deixar de referir o debate lançado pela Comissão Europeia, “Comunicação da Comissão sobre a evolução da política em matéria de saúde pública – 15/04/1998”, Conclusões sobre o Conselho Europeu de Lisboa e de Gotemburgo, de 2000 e 2001 respectivamente, em matéria de saúde; a criação em 2002, do Centro Europeu para a prevenção e controlo de doenças; o lançamento pela Comissão, de um processo de reflexão acerca da promoção da saúde para todos, no âmbito da Estratégia para a Saúde definida em 2000; Em 2007, a Comissão reformula uma *nova Estratégia de Saúde*, designada “*Together for Health: A strategic approach for EU 2008-2013*”, in, ec.europa.eu/health-eu/doc/whitepaper_en.pdf - uma estratégia delineada pela Comissão Europeia e parceria com outras instituições comunitárias, estabelecendo grandes investimentos na área da saúde pública. Veja-se a respeito, o “*Social Investment Package, Brussels, 20/02/13*”, in, ec.europa.eu/health/strategy/docs/swd_investing_in_health.pdf; A própria Comissão surge como guardiã da implementação destas políticas, monitorizando a sua execução através de importantes relatórios. Vide o de 2012, em ec.europa.eu/health/strategy/evaluation/index_en.htm. Consultar ainda a reforma do regime instituído pelo Regulamento 1408/71 acerca do regime de segurança social dentro da Comunidade Europeia, a introdução do *Cartão de Saúde*; A *Carta Europeia dos Direitos dos Pacientes*; e ainda, já em 2011, a *Diretiva sobre Cuidados de Saúde Transfronteiriços (Diretiva 2011/24/EU do Parlamento Europeu e Conselho – no JO L88/46 de 04.04.2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços)*, que apresenta como base legal o artigo 168.º/1, 114.º do TFUE, em especial o seu n.º 3, cuja redação prevê de forma expressa que, ao realizar a harmonização, deve ser garantido, um elevado nível de proteção da saúde humana, tendo nomeadamente em conta, qualquer nova evolução com base científica. Ainda, a ter em conta, as *Conclusões do Conselho, de 01 e 02 de Junho de 2006 sobre “Valores e Princípios Comuns aos Sistemas de Saúde da União Europeia”*- *JO C 146 de 22/06/2006*, pp. 1. Toda a informação em www.europa.eu/index-pt.htm.

a cooperação entre Estados-Membros, uma coordenação dos seus programas e políticas e uma competência partilhada, quanto à legislação sobre saúde pública e melhoria das condições humanas (assuntos comuns), que requer da União, uma mera ação de apoio, coordenação e complemento.

Como se verá, a propósito da competência específica da União em matéria de saúde, prevista no artigo 168.º do TFUE, cabe recordar que as normas contendo princípios (nomeadamente as constantes na CDFUE), podem ser cumpridas tanto através de atos legislativos e executivos tomados pelas instituições, órgãos e organismos da União (o mesmo é dizer, todas as instancias criadas pelos Tratados ou por atos de direito derivado), como por meio de atos dos Estados-membros, quando apliquem Direito da União, no exercício das respectivas competências.

Com efeito, a verdadeira ligação da União Europeia aos Direitos Fundamentais só se daria em 12/12/2007, com a atribuição à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁸⁸, de valor jurídico idêntico ao dos Tratados constitutivos (artigo 6.º/1 do referido Tratado), o que sucederia em vésperas da assinatura do Tratado de Lisboa.

Vista por alguns como “(...) *an expression of modern concept of rule of law*”²⁸⁹, e entendida como constitucionalizadora da União²⁹⁰ (importante elemento federal), envolveu claramente uma maior integração do indivíduo no Direito da Uni-

²⁸⁸ Para compreender o histórico da Carta desde que foi criada, *vide* o estudo de Tiago Fidalgo de Freitas, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e as suas Relações com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Edição da FDUL, 2010, pp. 778-815.

²⁸⁹ Cfr. Ranier Arnold, *Fundamental Rights in the European Union*, in, *The Process of Constitutionalisation of The EU and Related Issues*, Nadezda Sisková (Ed.), Europa Law Publishing, 2008, pp. 33-38.

²⁹⁰ Cfr. Denys Simon, *Communauté de Droit*, in, *Realité et Perspectives du Droit Communautaire des Droits Fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 121-123.

ção Europeia, sendo um contributo para “*agitar as águas da construção europeia*”.²⁹¹ No entanto, ficou aquém do *acquis communautaire* e das tradições constitucionais mais maximalistas. O próprio Tribunal de Justiça aceitou a integração dos direitos fundamentais nos princípios gerais de Direito, cujo respeito tentou sempre assegurar.²⁹²

Mais audaz no reforço federalista foi o malogrado projeto de Constituição Europeia,²⁹³ no qual se incorporou a Carta como parte II do mesmo. Assim, a questão da força jurídica da Carta teria, pois, ficado definitivamente resolvida, se o TECE tivesse entrado em vigor, o que não sucedeu.²⁹⁴ Neste Tratado previam-se órgãos de proteção e instituições de garantia específicas, com a constitucionalização do Conselho Económico e Social (III.389 a III.392) e do Fundo Social Europeu e a criação de um Comité de Proteção Social (III.217). Por fim valiam as cláusulas interpretativas (II.113) em que se acolhia o princípio da proteção mais favorável. Apesar da desventura deste

²⁹¹ Cfr. Ana M. G. Martins, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os Direitos Sociais*, Direito e Justiça, Revista FDUCP, Vol. XV, Tomo 2, 2001, pp. 229. Em, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra 2012, pp. 253, a autora diz que a equiparação da CDFUE em vez da sua inclusão no Tratado, é uma diferença mais simbólica que jurídica.

²⁹² O T.J tem vindo a construir a doutrina do primado do Direito da União sobre o Direito Nacional, começando com os Acórdãos, *Costa/ENEL* (1964); *Stauder* (1969); *Internationale handelsgesellschaft* (1970) em que o Tribunal, após ter negado a possibilidade do Direito Comunitário ceder ante o Direito Constitucional, admite finalmente, a compatibilização entre os dois ordenamentos; O caso *Nold* completa a proteção dos direitos fundamentais, tomando em conta a CDFUE e demais instrumentos internacionais que vinculam os membros da União. Todos em www.curia.europa.eu

²⁹³ Sobre os direitos sociais na Constituição Europeia, no sentido de perceber q realidade que nesta matéria, esperava a União Europeia, caso o TECE tivesse sido adoptado, *vide de novo*, Cfr. *Los Derechos Sociales en la Constitución Europea*, de Teresa Freixes Sanjuán, pp. 338-359.

²⁹⁴ Cfr. mais explicações sobre o assunto em Jacqueline Dutheil de la Rochère, *Les Droits Fondamentaux dans le Projet de Traité Établissant une Constitution pour l'Europe*, in, *Libertés, Justice, Tolerance*, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Vol. I, Bruylant, 2004, pp. 760-767.

projeto²⁹⁵, os direitos sociais da Carta sobreviveram, gozando as suas disposições de atributos típicos do direito da União Europeia originário, de efeito direto, relativa rigidez, ficando a hipótese de revisão dependente do processo ordinário (artigo 48.º do TFUE).

Apesar de o Tratado de Lisboa não ter incluído no seu corpo, o texto da Carta, como sucedia com o TECE, a equiparação²⁹⁶ do valor jurídico daquela aos Tratados, não pode ser

²⁹⁵ Sobre os direitos sociais no seio do malogrado Tratado Constitucional, leia-se o artigo de Pierre Rodière, *Les Droits Fondamentaux face à la Constitution Européenne*, in, Laurence Gay/ Emmanuelle Mazuyer/Dominique Nazet-Allouche, *Les Droits Sociaux Fondamentaux, Entre Droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006.

²⁹⁶ Na verdade, os Estados-membros restringiram a equiparação da força jurídica da Carta à dos Tratados institutivos, através da introdução de limites de atribuição de competências, limites de interpretação e de limites de aplicação a certos Estados-membros. Quanto aos primeiros, o artigo 6.º/1 do TUE, explicita bem que de forma alguma, o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Também a declaração n.º 1 da Conferência, reafirma o mesmo. São os Tratados que regem a repartição de atribuições entre a União e os seus Estados-membros e não a Carta. Quanto aos limites interpretativos, devemos ater-nos ao artigo 6º/1, §3.º, visto que este preceito vincula o interprete a dois tipos de limites: endógenos, nos quais se situam as normas constantes dos artigos 51.º a 54.º da Carta, de destacar o artigo 52.º/3 e 4, que toma em consideração o relacionamento entre três sistemas jurídicos concorrentes, o da própria CDFUE, o da CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, e o artigo 52.º/5, que distingue expressamente direitos e liberdades de princípios e ainda, de assinalar os limites exógenos que são as anotações do *Praesidium*. Estas anotações não limitariam o poder do juiz na sua tarefa de interpretação da Carta (artigo 52.º/7 da CDFUE). O juiz terá a possibilidade de lhe dar mais relevância, se assim o entender. No concernente aos limites de aplicação a certos Estados-membros, é importante a referência ao estatuto especial de que goza o Reino Unido e a Polónia (muito preocupados com a aplicação da CDFUE), conferido pelo protocolo n.º 30, o qual se estende também à República Checa, com base num acordo político entre este Estado e os restantes Estados-membros, concluído sob a forma de protocolo a integrar nos tratados, numa futura revisão dos mesmos. Contudo, do preâmbulo da Carta resulta inequivocamente, o carácter interpretativo deste protocolo. Deste modo, parece que o preâmbulo do protocolo assenta na ideia de que a Carta reafirma os direitos, as liberdades e os princípios reconhecidos pelo Direito da União, dando-lhes maior visibilidade, pelo que o Reino Unido e a Polónia (e a República Checa também), consentem, através desta afirmação, na sua vinculação aos direitos, liberdades e princípios reconhecidos por força do artigo 6.º/3 do TUE. Cfr., Ana M. Guerra Martins, *Manual de Direito*

menosprezada,²⁹⁷ pelo contrário, constitui, do ponto de vista do constitucionalismo europeu, uma das alterações de maior impacto, trazidas pelo Tratado de Lisboa.²⁹⁸ Desde então, a União Europeia passou a dispor de um catálogo de direitos fundamentais, o qual pode ser invocado nos tribunais da União e nos tribunais nacionais, nos termos constantes do artigo 51º/1, 1ª parte da mesma.²⁹⁹ A Carta é um dos primeiros textos jurídicos a agrupar numa só documento e ao mesmo nível, direitos civis e políticos com os direitos económicos, sociais e culturais.³⁰⁰

Com efeito, o caráter vinculativo da Carta está sujeito a limites, que espelham muito bem o medo que os Estados-membros têm de perder a sua soberania.³⁰¹ Aqueles têm de ver com as competências da União, tal como definidas nos Tratados (artigo 6.º/1 TUE, § 2) e com o respeito pelas disposições gerais constantes do Título VII, tomando na devida conta as

da União Europeia, Almedina, 2012, pp. 254-262. Deve acrescentar-se que uma interpretação daquele protocolo que rumasse à admissibilidade de um *opt out* para o Reino Unido e para a Polónia, em relação à carta, seria violador da igualdade entre cidadãos da União. Para Ana M. G. Martins, nem a Polónia nem o Reino Unido pretendiam atingir esse objetivo. Cfr. a sua opinião em *A Igualdade e a Não Discriminação de Nacionais de Estados Terceiros Residentes na União Europeia - da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 167 e ss.

²⁹⁷ Acerca do estatuto jurídico da Carta, as suas inspirações, o reconhecimento da sua força vinculativa e as modificações que lhe foram supervenientemente introduzidas, in, *Le Traité de Lisbonne*, Commentaire article par article, des nouveaux traités européens, François-Xavier Priollaud/David Siritzky, la documentation française, 2008, pp. 452-454.

²⁹⁸ Cfr. a obra já cit. de Ana Maria Guerra Martins, *Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia...*, pp. 72.

²⁹⁹ Ana M. Guerra Martins considera que esta alteração é a que porventura trará maior impacto constitucional, in, *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011, pp. 112.

³⁰⁰ Na senda da opinião de Guy Braibant, *De la Convention Européenne des Droits de l'Homme à la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne*, in, Libertés, Justice, Tolerance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Vol. I, Bruylant, 2004, pp. 331.

³⁰¹ De novo, Ana Maria Guerra Martins, *Os Fundamentos...*, pp. 73.

Anotações à Carta, que indicam as fontes dessas disposições (artigo 6.º/1, § 3).³⁰²

A inclusão dos direitos civis e políticos na Carta não gerou grande divergência. As principais discussões nos seio da Convenção relacionaram-se com a redação dos preceitos. Já quanto aos direitos sociais, as divergências foram extensivas à sua própria positivação na Carta.³⁰³ Perante tais dificuldades, as negociações da Convenção partiram de um mínimo comum a todos os Estados-membros, tendo posteriormente aditado outros direitos, que se encontram “espalhados” pelo corpo da Carta. Aqueles recuos iniciais quanto à integração dos direitos sociais na Carta viriam “à tona” durante a Convenção sobre o Futuro da Europa, especialmente pelas delegações governamental e parlamentar do Reino Unido. Este País insurgiu-se contra a vinculação direta e imediata dos direitos sociais, previstos na II Parte do então TECE. Em consequência destas preocupações, ao artigo 52.º da Carta, foi aditado um n.º 5, reflexo da tentativa de apaziguar a diversidade de posições neste domínio. Esta “*ambivalência afigura-se particularmente negativa, dado que põe em causa a segurança e a certeza jurídicas*”³⁰⁴, nada aportando no que respeita à proteção das pessoas e

³⁰² Além do mais, quanto à Polónia, Reino Unido e República Checa, recorde-se de que estes três países gozam de um estatuto especial no que respeita à Carta. O Protocolo n.º 30 relativo à aplicação da Carta à Polónia e ao Reino Unido, restringe a interpretação da Carta pelo Tribunal de Justiça e pelos tribunais nacionais destes dois países, em especial no que diz respeito aos direitos relacionados com a solidariedade (capítulo IV). A República checa emitiu a Declaração n.º 53, sobre a CDFUE, anexa ao Tratado de Lisboa.

³⁰³ A inclusão dos direitos sociais na CDFUE, deveu-se fundamentalmente aos franceses, com o apoio dos italianos, belgas, espanhóis, e pela maioria dos alemães, com oposição dos nórdicos, da Holanda, Irlanda e do Reino Unido, pois estes últimos sobretudo, “*consideravam a afirmação constitucional dos direitos sociais como causa de rigidez, acreditando mais na flexibilidade e na negociação entre parceiros sociais do que na legislação centralizada.*”, Cfr. Ana M. Guerra Martins, ob., cit., *Manual de Direito da...*, pp. 256.

³⁰⁴ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais após o Tratado de Lisboa*, in, O Tratado de Lisboa, Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, Almedina, 2012, pp. 119.

relação às normas e atos da União e dos seus Estados-membros.

O Título IV ³⁰⁵, no artigo. 35.º da CDFUE ³⁰⁶ estabelece para todos os cidadãos dos Estados-membros e também de Estados terceiros, o direito a aceder à prevenção da saúde, a beneficiar de cuidados médicos, assegurando em matéria de definição e execução de políticas de saúde, um “*elevado nível de proteção*”, querendo isto dizer que se salvaguarda este “nível”, ainda que tal signifique a prevalência sobre a Carta, de disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos ou das Constituições dos Estados-Membros, desde que os direitos aqui vertidos sejam mais favoráveis aos particulares, do que os que resultam da Carta (artigo 53.º da Carta). ³⁰⁷

O direito à saúde, tal como os outros, pode ser invocado perante os tribunais nacionais e tribunais da União (artigo. 51.º), contra entidades públicas da União, contra entidades públicas dos Estados-Membros, em ambos os casos, com restrições. No primeiro caso, deve observar-se o princípio da subsidiariedade (artigo 5.º/3 do TUE e 2.º/1 e 2 TFUE) quando se trata de atribuições concorrenciais. No segundo caso, as entidades públicas só estarão vinculadas aos direitos plasmados na Carta, quando apliquem direito da União. ³⁰⁸ Quanto às entidades privadas, estarão vinculadas, se os direitos da CDFUE

³⁰⁵ Este título é visto como fazendo parte da tríade “dignidade, igualdade e solidariedade” que proclama os direitos sociais mais importantes, considerados também direitos emergentes. *Vide La Charte des Droits Fundamentaux de L’Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, Bertrand Favreau (Dir.), IDHAE, Bruylant, 2010, pp. 17 e 18.

³⁰⁶ A anotação a este artigo refere que os princípios constantes no mesmo se fundamentam no artigo 152.º do Tratado da Comunidade Europeia, substituído pelo artigo 168.º do TFUE e nos artigos 11.º e 13.º da Carta Social Europeia. Acrescenta que o segundo período do artigo reproduz o n.º 1 do artigo 168.º.

³⁰⁷ Cfr. a análise de Tamara K. Hervey, *We Don’t See a Connection: The Right to Health in the EU Charter and European Social Charter*, in, De Búrca, Gráinne/Bruno de Witte, *Social Rights in Europe*, University Press, Oxford, 2005, pp. 314-320.

³⁰⁸ Ob. já cit. de Ana M. Martins, *A Carta...*pp. 223

constarem de normas dos Tratados da União, que possuam efeito direto horizontal, sendo certo que nem todos os direitos sociais gozam da mesma invocabilidade.^{309 310 311}

³⁰⁹ Igualmente, Ana M. Martins, a obra supra cit. pp. 225

³¹⁰ Para sintetizar, devemos identificar pontos importantes: - O fundamento do artigo 35.º da CDFUE é a dignidade da pessoa humana; - Quanto à titularidade ativa do direito à proteção da saúde, bem como dos outros direitos da Carta, obedece-se à universalidade. O direito à prevenção e ao acesso a cuidados médicos é reconhecido a cidadãos não apenas dos Estados-membros mas também de Estados terceiros, ainda que ilegais no território da União. Quanto ao princípio enunciado na segunda frase daquele artigo, parece-nos tratar-se de um princípio a que não correspondem, imediata e diretamente do lado passivo, verdadeiras posições jurídicas subjetivas, seja de titularidade individual seja de coletiva. Mas isso não o exime de sujeição ao artigo 52.º da mesma CDFUE; - quanto aos destinatários, também do lado passivo, o direito de acesso à prevenção e de beneficiar de cuidados médicos possui uma vocação universal, mormente na faceta negativa. Já a segunda parte do artigo 35.º surge endereçada à União. Resta ainda em aberto a possibilidade de a proteção da saúde, aqui analisada reverter efeitos seja sobre entidades privadas, seja sobre Estados terceiros que se relacionem com a União. Dos artigos 51.º/1 e 52.º/2 podem extrair-se alguns índices para a resolução do problema, apesar da ausência de uma resposta expressa. Parece-nos mais acertado propender para a ideia de que as instituições da União, as entidades públicas mas também privadas dos Estados se incluam entre os destinatários, sob condições determinadas. No primeiro caso respeitando o princípio da subsidiariedade, quanto a atribuições concorrentes da União e dos Estados; no segundo, as entidades dos Estados-membros só estão vinculadas quando apliquem direito da União; quanto às entidades privadas, para além dos casos em que atuem no exercício de funções públicas de exercício de Direito da União, só serão atingidas se os direitos constarem de normas dos Tratados Comunitários que possuam efeito direto horizontal. Repare-se que a Carta Social Europeia estimula os Estados a agir em cooperação com entidades públicas e privadas: - no que concerne ao objeto, a norma contida no artigo 35.º protege algumas componentes do domínio existencial definido pela saúde, configurando dois direitos e um princípio. Como não nos dá uma noção inequívoca de saúde, o mais prudente é remeter para o Direito Internacional, concretamente fazer uma aproximação ao conceito da OMS; - quanto ao conteúdo, podemos dizer que o artigo 35.º é desdobrado num direito de acesso à prevenção, de um direito a beneficiar de cuidados de saúde, e de um princípio de garantia de um nível mais elevado de saúde que perpasse todas as ações e políticas da União na qualidade de objetivo secundário a prosseguir. Em estrita conformidade com o artigo 52.º/5, o princípio só atua junto dos tribunais no domínio da interpretação da Carta e nas escolhas sobre a sua adequação jurídica, mas já não como medida para se empregar na política dos Estados-membros; - o regime aplicável será o definido nos artigos 50.º e ss. Cfr. neste sentido, Luís Meneses do Vale, comentário ao artigo 35.º da CDFUE, in, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*, Alessandra Silveira e Mariana Canotilho coordenadoras, Almedina,

Apesar das vicissitudes que a Carta apresenta, desde a questão da inclusão no Tratado de Lisboa e da sua força vinculativa, à questão dos limites de aplicação a certos Estados-membros (sinónimo das cedências permitidas para que ela fosse possível), a solução sagrada no Tratado de Lisboa quanto ao estatuto jurídico da Carta, é um passo seguro na constitucionalização da União, isto porque até à entrada em vigor daquela Tratado, era apenas *soft law* e agora constitui *hard law*, sendo considerada além do mais, parâmetro de referência e validade das outras normas do Direito da União.

Ponderar a questão do direito à saúde no seio da União implica que estabeleçamos interação com outros bens que lhe estão conexos, e aos quais a CDFUE dedica algumas normas: a dignidade inscrita no seu artigo 1.º, a vida, no artigo 2.º, a integridade, no artigo 3.º, igualdade e não discriminação, artigos 20.º e 21.º, a proteção social, artigo 34.º e as liberdades de circulação (artigo 45.º) ou os serviços de interesse económico geral, presentes no artigo 36.º, todos da CDFUE.³¹²

Maio, 2013, pp. 420-435.

³¹¹ Note-se que a interpretação do artigo 35.º não deve ser feita sem recurso às Anotações à Carta que adquiriram determinação no seio do TUE., por pressão britânica (Artigo 6.º do TUE).

³¹² A preocupação em compatibilizar desde sempre, as dimensões económica e social da União e a repartição de poderes entre ela e os Estados, sobressaem em arrestos mais antigos do T.J, tais como *Luisi e Carbone*, de 30 de Junho de 1984, Procs. Apensos 286/82 e 26/83, Rec., disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92216&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3067728>, e Acórdão *Grogan* de 4 de Outubro de 1991, Proc. C-159/90, para consulta em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97366&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3067928>. Aprecia-se pela primeira vez a qualificação dos prestadores de saúde como empresas, debatendo entre outras coisas, a natureza dos serviços de saúde e o conceito de remuneração. A partir daqui e da análise sucessiva de dois tipos de restrições à liberdade de circulação dos cuidados de saúde na União Europeia – os regimes de autorização prévia, fundados ou não no artigo 22.º do Regulamento (CEE) n.º 1408/71, de 14 de Junho de 1971, por um lado e os que se encontram ligados o custo dos cuidados de saúde, por outro – se trilhou um caminho para a recente *Diretiva dos cuidados de saúde transfronteiriços*

Aos direitos definidos no quadro da União Europeia corresponde uma obrigação de respeito por parte dos Estados-membros, sempre que as respectivas autoridades centrais, instâncias nacionais e locais ou outros organismos públicos ajam no âmbito e em execução *lato sensu* do Direito da União.³¹³ Sobre os Estados e a União recai, pois, um dever (não determinado) de assegurar os direitos de acesso à prevenção e de prestação de cuidados médicos, nos termos que justificadamente entendam ser os mais ajustados. Ao Direito da União cabe garantir o cumprimento deste dever pelos Estados-membros.

(<http://www.dgs.pt/ms/8/pagina.aspx?codigoms=5521&back=1&codigono=0011001200480114AAAAAAA>). Neste percurso os tribunais foram obrigados a ajuizar dos fundamentos e dos pressupostos da restrição da liberdade de circulação, bem como das diferenças entre os sistemas de reembolso baseados ou não no dito Regulamento, também e ainda, analisar os cuidados hospitalares e de ambulatório, as despesas médicas e acessórias e os sistemas de reembolso e os de prestações em espécie; os sistemas Bismarkianos e os beveridgianos. A título de exemplo são dignos de nota alguns Acórdãos: *Decker*, *Kohll* ambos de 28 de Abril de 1998, Proc. C-120/95 e Proc. C-158/96, respectivamente; Também, *Vanbraekel*, de 12 de Junho de 2001, *Ferlini* de 3 de Outubro de 2000, Proc. C- 411/98, *Watts* de 16 de Maio de 2006, Proc. C- 372/04, *Stamatelaki*, de 19 de Abril de 2007, Proc. C- 444/05 e *Elchinov* de 10 de Outubro de 2010, Proc. C- 173/09. Todos eles podem ser consultados em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/.

³¹³ Contudo, a clara distinção entre os direitos que se impõem em virtude da Carta e a determinação de competências para agir, suscita algumas dificuldades, nomeadamente no caso vertente do artigo 35.º da CDFUE, uma vez que não se conhece com precisão o conteúdo e os efeitos específicos da referida obrigação de respeito. Se ela equivaler a um direito de defesa, esta pretensão pode contemplar seja um direito ao não impedimento, por parte dos entes públicos, de determinados atos, seja um direito a que estes não intervenham em situações jurídico-subjetivas, seja ainda, um direito à não eliminação de posições jurídico-subjetivas. De novo, Luís Meneses do Vale, no seu comentário ao artigo 35.º da CDFUE, in, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada...*, pp. 428, afirma que “(...) tais direitos – e as obrigações de abstenção correspondentes (de não intervir, perturbar, diminuir ou limitar o direito estabelecido nos termos das legislações e práticas nacionais) – presumem já uma garantia das condições fáticas e normativas da sua realização e mesmo um nível (mínimo que seja) de prévia efetivação, que justamente se pretende defender, ainda que o mesmo não se encontre determinado pelo artigo; donde o direito de abstenção independente sobre os Estados – como também sobre a União e seus órgãos e instituições – dever ser imediatamente flanqueado por um direito de proteção.”

Apesar da remissão para a legislação e práticas nacionais, admitindo uma ampla margem de liberdade quanto ao modo, ao tempo e *quantum* das medidas de prevenção e prestação, os Estados-membros, todos eles estão vinculados à substância da proteção da saúde.

2.3 – OS SISTEMAS FORA DA EUROPA:

2.3.1 – O SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS:

A promoção e proteção dos direitos humanos aparecem, como nota Díez de Velasco, estreitamente unidas ao fenómeno do panamericanismo ³¹⁴, especialmente durante o período imediatamente posterior à segunda Guerra Mundial, no qual se consolidou a Organização dos Estados Americanos. Com efeito, a Carta desta Organização, no seu artigo 3.º/1) declara que “*os Estados Americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo*”³¹⁵, dotando-se a própria Organização regional desde muito cedo de um órgão principal encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O processo codificador no seio do sistema americano começa verdadeiramente com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), de 1948 ³¹⁶, verdadeiramente a primeira declaração de direitos (antecipando a DUDH já mencionada), que no seu artigo 11.º, prestava res-

³¹⁴ Cfr. na sua obra já cit., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 695.

³¹⁵ Cfr. em http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizacão_dos_Estados_Americanos.htm.

³¹⁶ Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm.

guardo à saúde, como um direito à alimentação, a roupas, à habitação e a ter cuidados médicos. Contudo, foi com a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) de 22/11/1969, a vigorar desde 18/07/1978, contando com 24 Estados-Partes³¹⁷, que o sistema teve o seu arranque definitivo. Também é notório que se inspira no modelo europeu da CEDH, pois a nova realidade trazida por esta é interpretada por alguns, como uma lição para as “Américas”.³¹⁸

A Carta da Organização dos Estados Americanos encerra em si um subsistema de direitos humanos que se desencadeia antes até, de outros sistemas regionais e que, tem a vicissitude de conseguir vincular todos os Estados do continente americano, o que não sucede com a CADH que não tem a assinatura e/ou a ratificação de todos. Fazendo um cotejo com o homólogo sistema europeu, notam-se muitas assimetrias na sua aplicação nos territórios dos Estados americanos. Basta referir que, de entre eles, os EUA, até hoje ainda não ratificaram a CADH, ou mesmo o Canadá, que nem sequer a assinou.³¹⁹

À CADH foi aditado o Protocolo de S. Salvador, em 1988³²⁰, que nos interessa especialmente pois relaciona-se com a matéria dos direitos económicos, sociais e culturais (contando apenas com 15 ratificações). A sua adopção tardia, cremos que se relaciona com a dificuldade com que o mundo ocidental encara a instalação jurídica destes direitos.

O seu artigo 10.º/1 dispõe que toda a pessoa tem direito

³¹⁷ A CADH, os seus protocolos e ratificações estão para consulta em www.cidh.oas.org. Por curiosidade verifica-se que os Estados Unidos da América assinaram esta Convenção em 06/01/77 mas nunca a ratificaram pelo que Ana M. Martins, em *Direito Internacional...*, ob. cit. pp. 295, considera que o sistema de proteção neste continente é um “*sistema de geometria variável*”, porque só os Estados que assinaram e ratificaram a CADH, estão vinculados a ela e ao seu controlo, mormente, o jurisdicional, enquanto os outros, apenas à DADDH.

³¹⁸ Cfr. Thomas Buergenthal, *The European and Inter-American Human Rights Courts: Beneficial Interaction*, in, *Protection des Droits de l’Homme: la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 123-133.

³¹⁹ <http://www.oas.org/pt/>

³²⁰ E ainda um outro referente à abolição da pena de morte, em 1990.

à saúde, consubstanciando “o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”. A fim de tornar efetivo tal direito, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como um “bem público” e a adoptar várias medidas nesse sentido (veja-se o artigo 10.º/2 a) a f)).

A CADH³²¹ prevê mecanismos de controlo clássicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a saber, os relatórios a apresentar pelos Estados-Partes à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por esta requeridos (artigo 43.º), as petições interestaduais, neste domínio, ambos os Estados têm de aceitar a competência da Comissão (artigo 45.º) e as petições individuais a apresentar por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental legalmente reconhecida por um ou mais Estados-Membros, da Organização dos Estados Americanos utilizando a Comissão como canal (artigo. 44.º). A competência aqui é obrigatória, ou seja, não é necessária a aceitação por parte dos Estados (artigo. 44.º).

As condições de admissibilidade das petições são as exigidas nos outros Tratados de direitos humanos (artigo 46.º). Os mecanismos que enunciámos aplicam-se apenas aos direitos civis e políticos, sendo o mecanismo de controlo dos direitos económicos, sociais e culturais muito mais modesto (artigo 42.º), limitando-se a Comissão, a tomar conta da promoção desses direitos (artigo 19.º do Protocolo de S. Salvador).³²²

À vista desarmada, é possível detectar um défice de efetividade, no interior deste sistema. A primeira nota diz respeito à vinculação de apenas alguns Estados à CADH, ou seja, os Estados que assinaram e ratificaram a Convenção. Os que a

³²¹ Sobre a relação da desta Convenção com o Direito Internacional Geral, Cfr. António Cançado Trindade, *La Convention Américaine relative aux Droits de l’Homme et le Droit International Général*, in, *Droit International, Droits de l’Homme et Jurisdictions Internationales*, Gérard Cohen-Jonathan/ Jean-François Flauss (dir.), *Droit et Justice* 55, Nemesis/Bruylant, 2004, pp. 59-71.

³²² Sobre os mecanismos convencionais e extraconvencionais de proteção so sistema da CADH, Cfr. as explicações mais detalhadas de, Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 698-702.

não ratificaram, encontram-se vinculados somente à Declaração Americana de Direitos Humanos. A segunda nota incide sobre o sistema instituído pela CADH, que é um sistema misto, não plenamente jurisdicionalizado, havendo partilha de competências entre a Comissão e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos. A terceira nota, tem a ver com o caráter facultativo da competência contenciosa deste Tribunal, visto que esta, depende da aceitação (formulada ou não sob a condição de reciprocidade – artigo 62.º/1 e 2) dos Estados-Parte na CADH).

Último apontamento vai para o facto de, mesmo que o Estado-Parte aceite a competência daquele tribunal, ao indivíduo não é reconhecida legitimidade ativa para promover o respectivo processo, sendo sempre necessária, a intervenção da Comissão ou de outro Estado-Parte (artigo 61.º/1 da CADH).³²³ Ao contrário de António Cançado Trindade³²⁴, consideramos que a maturidade institucional do TIDH ainda não foi plenamente alcançada, em parte, porque ainda não foi dado ao indivíduo o papel merecido no seio deste sistema, isto é, o direito ao direito de aceder plenamente a esta jurisdição, tal como o faria perante a jurisdição nacional.

Em matéria de saúde, encontramos poucas sentenças do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos. Não existe até hoje nenhuma sentença em que o direito à saúde, plasmado no artigo 10.º do Protocolo de S. Salvador, tivesse sido sindicado (este protocolo reúne poucas ratificações). Este fenómeno prende-se com o padrão de menor aceitação dos direitos eco-

³²³ Cfr. Rui Cardona Ferreira, *Os Sistemas de Proteção Jurisdicional dos Direitos Humanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos*, O Direito, Ano 139.º, 2007, IV, Almedina, pp. 918. Para um estudo profunda do sistema americano, Dinah L. Shelton, *The Interamerican Human Rights System*, in Hurst Hanum (ed.) *Guide to International Human Rights Practice*, 4.ª Ed., Ardsley, 2004, pp. 127 e ss.

³²⁴ La Nouveau Règlement de la Cour Interaméricane des Droits de l'Homme: Quelques Réflexions sur la Condition de l'Individu comme Sujet du Droit International, in, *Libertés, Justice, Tolerance*, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Vol. I, Bruylant, 2004, pp. 360.

nômicos, sociais e culturais, tal como acontece com a CEDH. Aqui o pendor contencioso está totalmente voltado para os direitos civis e políticos, o “forte” deste instrumento. Ao contrário, na Carta Social Europeia revista, de 1996, referida *supra*, onde se dá o devido enfoque aos direitos sociais, encontra verdadeiras balizas nas poucas ratificações que obteve (com apenas 19). Isto prende-se sobretudo com afectação de recursos para os concretizar, as resistências de muitos países em aceitar o princípio da indivisibilidade destes direitos e ainda, a precedência da sua dimensão objetiva sobre a subjetiva.

No entanto, algumas sentenças do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos,³²⁵ fazem alusão, ainda que implícita, à saúde, como condição suprema dos direitos à vida, à integridade pessoal, e à liberdade pessoal.

Em face do universo de Estados que compõem a Organização dos Estados Americanos e da sua heterogeneidade, o sistema americano apresenta fragilidades notáveis. A mais de-

³²⁵ Vide em especial o *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentença de 04/07/06, cuja consequência é a condenação do Brasil por violação do direito à vida (artigo 4.º/1 da CADH), à integridade física (artigo 5.º/1 e 2), entre outros, pela morte de um cidadão brasileiro, portador de doença mental, internado para tratamento psiquiátrico, e que acaba por morrer no decorrer dessa hospitalização, por sujeição a condições desumanas e degradantes. O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, considerou que o doente estava sob garantia e preservação do Estado, não cumprindo este, os seus deveres de guardião, dos mais elementares direitos da pessoa humana. Ainda, atesta a vulnerabilidade intrínseca do doente mental, agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza aquele tratamento, o que torna as pessoas a ele submetidas, mais susceptíveis de tratamento abusivo; A ter a conta o *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguai*, sentença de 2004, em que uma vez submetida uma demanda ao Tribunal pela Comissão, aquele decide condenar o Paraguai pela violação do princípio do respeito pelos direitos, pelos direitos à vida, integridade pessoal, direitos da criança, numa situação de incêndio, em que muitas crianças faleceram na instituição que as deveria cuidar e resguardar (artigos 1.º/1, 4.º, 5.º, 7.º e 19.º respectivamente). Ver o *caso Albán Cornejo e outros vs. Equador* de 2001, com condenação a favor deste Estado, por violação do também artigo 5.º/1 em ligação com o artigo 1.º/1. Aqui a Senhora L. S. Albán falece num hospital, na sequência de uma injeção de morfina. O Tribunal estabelece o dever de o Estado levar a cabo uma ampla difusão dos direitos tendo em conta a legislação interna e os standards internacionais. (www.cidh.oas.org)

terminante, é a ratificação parcial e condicionada da CADH, em especial o protocolo de S. Salvador. Entre outras, costuma apontar-se o parco financiamento da Comissão e do Tribunal,³²⁶ a intervenção decisiva da Comissão, a jurisdição facultativa do Tribunal, e a limitação à direta participação do particular. Os pontos mais altos da CADH, são sem dúvida as medidas provisórias ou cautelares (artigo 63.º/2 e artigos 25.º do Regulamento do Tribunal e 74.º do Regulamento da Comissão), os amplos poderes decisórios do Tribunal e a execução das suas condenações, quando esteja em causa o pagamento de indemnização (artigo 68.º/2 da CADH). Quanto à revisibilidade das decisões de mérito proferidas, embora não exista norma específica a prevê-la, a CADH oferece menos garantias do que a CEDH (artigo 79.º do Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), dado que nesta, as partes podem solicitar a interpretação do acórdão proferido.

2.3.2 – O SISTEMA AFRICANO DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS:

A necessidade de proteção dos direitos humanos em África decorre de circunstâncias históricas específicas tais como a descolonização, a luta pela autodeterminação dos povos e também pelo direito à não discriminação, e a concepção de um novo projeto de desenvolvimento económico-social.^{327 328} Estes temas dominaram os trabalhos da Organização da Unidade Africana, desde 1963 (data da sua criação, através de uma Car-

³²⁶ Cfr. JO M. Pasqualucci, *The practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, University Press, 2003, pp. 343-349. Para um estudo complementar nesta matéria Cfr. Dinah Shelton, *Remedies in International Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

³²⁷ Cfr. o artigo de Isaac Nguema, *Violence, Droits de l'Homme et Développement en Afrique*, in, *Protection des Droits de l'Homme: la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 993-1019.

³²⁸ Marcolino Moco, *Direitos Humanos, e seus Mecanismos de Proteção – As particularidades do sistema africano*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 135.

ta), que se transformou em União Africana em 2002, até ao final da década de 70. Em 1978, a ONU, através da sua Comissão de Direitos Humanos incentiva e apela aquela organização à criação de uma comissão regional de direitos humanos. Em 1979, começava a preparar-se o projeto de Carta Africana de Direitos Humanos. Os países africanos estavam divididos devido às suas concepções políticas de base.³²⁹

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CADHP) seria adoptada em 27/06/1981, em Nairobi, no Quênia, pela Conferência de Chefes de Estado e de Governo da Organização dos Estados Africanos. Inspirada na DUDH, nos Pactos da ONU e na CEDH, ela não deixaria de ter peculiaridades, tais como a referência aos “valores” africanos, à concepção africana do Direito e de direito humanos, a inovação dos “deveres”³³⁰ a par do reconhecimento de novos direitos. Ratificada por todos os Estados Membros da União Africana, 53 Estados, preenche uma lacuna em matéria de proteção de direitos humanos em África.

O quadro normativo da Carta distingue por um lado, os direitos humanos propriamente ditos, nos quais se incluem os direitos civis e políticos (artigos 2.º a 14.º da CADHP) e também os direitos económicos sociais e culturais (15.º a 18.º), cujo reconhecimento “é bastante modesto”,³³¹ e por outro lado, os direitos dos povos (artigos 19.º a 26.º também da CADHP). Estes últimos não considerados como uma categoria de direitos humanos, podem explicar-se por razões históricas, especifica-

³²⁹ Ana M. G. Martins, Ob. cit. *Direito Internacional...* pp. 300 e 301.

³³⁰ A concepção africana do homem não é a de um indivíduo isolado e abstrato, mas um membro integrante de um grupo animado por um espírito de solidariedade e de dever. A dialética africana é nenhum direito sem deveres. Cfr. de, Makau W. Mutua, *The Banjul Charter and The African Cultural Fingerprint: an evolution of Language of Duties*. Virginia Journal of International Law, vol. 35 (1995), pp. 359-364 e ainda, sobre A natureza Jurídica dos deveres individuais na Carta Africana, de Luciana Figueiredo Maia, in, *Direitos Humanos em África*, José de Melo Alexandrino (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 145-194.

³³¹ Afirmação de Ana M. Martins, na ob. cit., *Direito Internacional...*, pp. 305.

mente ligadas ao colonialismo. Destacamos de entre estes, o direito ao desenvolvimento (artigo 22.º e parágrafos 3.º e 4.º do preâmbulo). A Carta assume-se assim como a primeira a reconhecer o direito ao desenvolvimento, como um direito humano e dos povos.

Em 11/07/03 foi aprovado em 2003, um Protocolo à CADHP sobre os Direitos da Mulher em África. Diga-se que a luta pela não discriminação, preocupação aliás bem expressa no seu artigo 2.º, o direito à dignidade, vertido no artigo 3.º, o direito à vida, à integridade física e à segurança, contemplados no artigo 4.º, e a natural inquietude face à mutilação genital feminina, muito comum em África, presente na proibição do artigo 5.º/b) espelham alguns dos objectivos explícitos neste instrumento.³³²

Retornando à Carta Africana, fica ainda por explicar que a autonomização dos deveres individuais, não apenas em relação ao próximo, mas também em função da comunidade, na linha da tradição africana (artigos 27.º a 29.º), constitui um ruptura com a concepção ocidental dos direitos do homem. A cláusula geral de limitação (artigo 27.º/2),³³³ incluída no capítulo dos deveres, aplica-se genericamente a todos os direitos, deixando ao Estado uma larguíssima margem de apreciação, pois será sempre possível encontrar um fim legítimo e justificativo, da sua ingerência nos direitos e liberdades do indivíduo. Deste modo, os direitos e liberdades exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança colectiva, da moral e do interesse comum. A CADHP não previu uma cláusula

³³² A Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, adoptada pela Organização da Unidade Africana espelhava já tais preocupações. No seu artigo 3.º proibia-se a não discriminação, no seu artigo 14.º erigia-se o direito à protecção da saúde da criança, no seu artigo 16.º expressava-se a preocupação com o combate à tortura infantil. O artigo 21.º, deixa clara a proibição de práticas culturais nocivas. Pode ser consultada em <http://www.achpr.org/pt/instruments/child/>

³³³ Cfr. Elias Kastanas, *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme*, Bruxelas, 1996, pp. 70 e ss.

de reservas (ou de derrogação de certos direitos), o que pode ser visto de dois prismas, o do reforço da proteção dos direitos, que serão todos inderrogáveis, mesmo em casos excepcionais, ou simplesmente, admitir-se a sua imperfeição técnica, não obstante estarem já os Estados em causa, sujeitos ao regime das reservas previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.³³⁴

O direito à saúde vem previsto no artigo 16.º da CADHP e vem enunciado parcimoniosamente em comparação com as fontes universais. Possui em si dois preceitos. O primeiro atribui a toda a pessoa, o direito ao gozo do melhor estado de saúde física e mental que for capaz de alcançar, ou melhor, estabelece um direito subjetivo aos indivíduos. O segundo determina que os Estados-Partes se comprometem a tomar medidas para proteger a saúde das populações, assim como a garantir assistência médica aos doentes. Relativamente ao número primeiro a Carta “*quase que se afasta do mundo jurídico para estabelecer uma proclamação destituída de qualquer grau de vinculatividade.*”³³⁵ Quanto ao número segundo, parece que a Carta contém um dever segundo o qual o Estado deve prover meios de promoção e proteção da saúde da população. Nesse caso, estamos diante da vertente social, logo, prestacional do direito à saúde, dependente da *interpositio legislatoris*.³³⁶

Keba Mbayé, artífice da Carta africana entende que esse dever imposto aos Estados dificilmente será respeitado. Esperar que um Estado africano em desenvolvimento, que não detém recursos sequer para fornecer as suas atividades mais essenciais e elementares, vê-se na impossibilidade de poder implementar

³³⁴ Na realidade apenas a Zâmbia e o Egito formularam reservas. Em www.gddc.pt

³³⁵ Cfr. as palavras de Arthur Maximus Monteiro, Lugar e natureza jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, in, *Direitos Humanos em África*, José de Melo Alexandrino (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 54.

³³⁶ Cfr. U. Oji Umzurike, *The African Charter on Human and People Rights*, Kluwer Law International, Den Hagen, 1997, pp. 47.

e levar a cabo políticas sociais, especialmente no que toca à saúde, que como sabemos é um sector muito delicado para a realidade africana.³³⁷ Fatsah Ouguergouz assevera que o respeito por este preceito depende dos meios materiais que os Estados africanos, na sua maioria não dispõem³³⁸, reiterando que de facto, esta disposição tem um carácter mais programático que executório.³³⁹

A Carta, na sua versão originária, institui somente um mecanismo de controlo não jurisdicional, criando um órgão de tutela – a Comissão Africana dos Direitos do Homem (artigo 30.º), para ser promotora dos direitos humanos, assegurando a sua proteção em África (artigo 30.º), com a competência prevista no artigo 45.º, podendo emitir pareceres e recomendações aos governos, interpretando todas as disposições da CADHP. Tem desempenhado um importante papel neste domínio, designadamente em matéria de saúde, tendo já tido oportunidade para emitir comunicações que constituem verdadeiros atestados de mérito, acerca da violação do direito à saúde, à vida, à integridade física.³⁴⁰

³³⁷ *Les Droits de l'Homme en Afrique*, 2.ª Ed., Pedone, Paris, 1992, pp. 207.

³³⁸ Na obra, *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Une Approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, PUF, Genève, 1993, pp. 123-124. O autor, classifica o direito à saúde como uma obrigação de meio, o que nos parece profundamente errado. É certo que, de acordo com a CADHP representa um dever do Estados africanos, mas quando concretizado por estes e densificado o seu conteúdo, de modo a que a população possa usufruí-lo, aí e só aí, surge uma obrigação de meio.

³³⁹ *Ibidem...*

³⁴⁰ Comunicações da Comissão Africana dos Direitos Humanos, números: - 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, de 1995, *Caso Free Legal Assistance Group and others vs. Zaire*, condenação deste último por violações massivas dos direitos humanos, incluindo o direito à saúde, previsto no artigo 16.º da CADHP; Com. 155/96, de 2001, *Caso Serac vs. Nigéria*, constatação da violação dos artigos 16.º, 21.º, 24.º da Carta pela Nigéria; Com. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98, de 2000, *Caso Malawi African Association and others vs. Mauritânia*, em que a Comissão comprova a violação dos direitos à saúde, à vida, à alimentação, entre outros. Vide também a Com. 241/200, de 2003, *Caso Purohit and Moore vs. Gâmbia*, com a condenação pela Comissão, em virtude da violação dos direitos humanos essenciais e de primeira geração, do regime geral da Gâmbia aplicável aos enfermos mentais. Esta é a

O reforço do papel da Comissão de Direitos Humanos e dos Povos, só estaria completo com um sistema jurisdicional de controlo, o que sucederia com a criação do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos. Nascido através de um protocolo adicional à CADHP, também apelidada de Carta de Banjul, foi adoptado em 1998, e está a vigorar desde 2003, uma vez alcançadas as 15 ratificações necessárias.

O Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, tem competência para conhecer de todos os processos e diferendos que lhe forem submetidos e que digam respeito à interpretação e aplicação da CADHP e do seu protocolo, e ainda, de qualquer instrumento internacional relativo a direitos humanos “pertinente”, que tenha sido ratificado pelos Estados em causa.³⁴¹ A doutrina diverge quanto à expressão “qualquer instrumento pertinente”, sendo para alguns a competência deste Tribunal, extensiva a todas as Convenções Internacionais de Direitos Humanos de que os Estados sejam parte, enquanto que para outros, aquela expressão indicia uma limitação de competência do Tribunal às Convenções que lhe atribuírem expressa e inequivocamente jurisdição.³⁴²

O Tribunal goza de competência consultiva (nos termos do artigo 4.º do Protocolo à CADHP) podendo emitir pareceres sobre qualquer questão jurídica relativa à Carta, ou outro Instrumento Internacional de Direitos Humanos ratificado pelo Estado infractor. Dispõe também de competência contenciosa indireta (depois do caso estar decidido pela Comissão), que lhe atribui a faculdade de exame de queixas da própria Comissão,

primeira decisão de mérito da Comissão a dar substância ao preceituado no artigo 16.º da Carta. Tudo em www.achpr.org

³⁴¹ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, ob. cit., pp. 309.

³⁴² Neste sentido, Ana M. Martins na mesma ob. cit. antes, *Direito Internacional...* pp. 309, citando ainda em nota de rodapé n.º 711, a obra de Cristof Heyns, *Le Rôle de la Future Cour africaine des Droits de L’Homme e des Peuples*, in *L’Application Nationale de la Charte Africaine des Droits de L’Homme e des Peuples*, Jean-François Flauss/Elisabeth Lambert-Abdelgawad (dir.). Bruylant, 2004, pp. 241.

dos Estados a esta, do Estado cujo nacional é vítima de violação de direitos, e das Organizações Intergovernamentais Africanas. O indivíduo não tem legitimidade para passar da Comissão ao Tribunal. A competência direta, sem passar pelo crivo da Comissão, só sucede se o Estado alegadamente infractor reconhecer, por meio de uma declaração adicional, a jurisdição do Tribunal para examinar petições individuais entre os indivíduos e as Organizações não Governamentais com estatuto de observador junto da Comissão. Só assim existirá legitimidade ativa diretamente junto do tribunal (sem passar pela Comissão). Neste caso, o Tribunal pode conhecer o litígio ou transmiti-lo à Comissão.³⁴³

Esta prática reduz a credibilidade do sistema. Junte-se a ela o minimalismo da Carta de Banjul, pouco protetora dos direitos humanos dos cidadãos africanos, a ingerência excessiva destes Estados, na esfera subjetiva e claro, a inexistência de referências à palavra “democracia”, para nos depararmos com um tímido sistema de proteção internacional de direitos humanos.³⁴⁴

IV - UM NOVO PARADIGMA NA PROTEÇÃO DA SAÚDE? - GESTÃO DA SAÚDE, DESPESA PÚBLICA E ESCASSEZ DE RECURSOS:

O Estado Social de Direito dos nossos dias, procurou responder à inoperância do Estado liberal (ou Estado mínimo), que inaugurou a Modernidade ainda durante o Século XVIII. A luta pelos direitos sociais instala-se com força no Século XIX, forçando a progressiva intervenção do Estado na economia. Vivia-se um período de conturbação social, numa sociedade industrial já muito desenvolvida, e em que se tornava urgente

³⁴³ Cfr. de novo, Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 704-707.

³⁴⁴ Vide as críticas e apontamentos de Keba Mbaye, *Les Droits de l'Homme en Afrique*, 2.ª Ed., Paris, Pedone, 2002.

abrigar as várias camadas sociais e não apenas a preponderante burguesia, acomodada no anterior auspício liberal.

O conceito de Estado Social provém de correntes diversas. No socialismo democrata ou na social-democracia, na sua dimensão autêntica, ou mesmo, em visões antigas e tão díspares como as do socialismo utópico, do marxismo e do chamado socialismo científico, dos diversos sindicalismos, do cristianismo social, ao *new deal*, nas práticas de solidariedade pós-guerra e nas doutrinas capitalistas keynesianas, antiliberais, de intervencionismo estadual e de planificação macroeconómica, de grande influência até hoje, em todos estes lugares podemos identificar elementos reveladores da genealogia do Estado Social.

Mas este conceito surgiu em versões mais extremas, como foi o caso das doutrinas comunistas de Marx e Engels ou até nos regimes fascistas europeus. Luís Reis Torgal explica que “(...) *A primeira grande crise do Estado Liberal, na sua lógica económica capitalista e não na sua linha política anti-absolutista, no século XIX e nas primeiras décadas do século XX, originou a afirmação e o reforço de filosofias político-sociais diferentes e por vezes antitéticas, que, em certos aspectos e na sua sequência estranhamente se encontram.*”³⁴⁵

Em Portugal, as funções sociais do Estado configuram um Estado Social moderno no quadro da União Europeia.³⁴⁶ A

³⁴⁵ Na obra, *Marcello Caetano, Marcelismo e “Estado Social”*, Uma interpretação, da Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, na pp. 111 e 112. O própria autor, considera que o Estado Social pode ser visto em Marcello Caetano. Disserta sobre esta ideia, que considera evidente, nas pp. 47-59 e 113-117.

³⁴⁶ Em 2005, o Estado Social em Portugal tem uma dimensão (24,7%) que está abaixo da média da U.E (27,2%). A década que precedeu esse ano revela, no entanto, um crescimento considerável. A U.E mantém valores no intervalo de 27,0%-27,8%, enquanto em Portugal cresce de 20% em 1996 para cerca de 25% em 2005. Cfr. a informação fornecida por José Pereirinha/M. Arcanjo/F. Nunes, *The Portuguese Welfare System: from corporative Regime to a European Welfare State*, in, *The Handbook of European Welfare Systems*, K. Schubert/S. Hegelich/ U. Bazant, Routledge, London/New York, 2009, pp. 398-414 e ainda, José Pereirinha/F. Nunes, *Política Social e Europa, 20 anos depois*, in, A. Romão (Ed.), *Economia Portuguesa:*

sua posição atual é o resultado de um longo processo histórico de construção de um conjunto de direitos sociais e das instituições que asseguram a sua realização. O seu surgimento em 1935, no período do Estado Novo, como sistema previdencial, os anos iniciais da sua construção, as medidas de política de pendor igualitarista e universal após a Revolução de Abril de 1974, e a influência das experiências europeias após a adesão de Portugal à CEE em 1986, contribuíram determinantemente para a sua conformação pós-moderna.³⁴⁷ A par das especificidades próprias, são bastante semelhantes “(...) *os sintomas de crise do Estado Social que se observam em Portugal e em muitos países europeus, bem como de soluções de reforma destes sistemas.*”³⁴⁸

A sustentabilidade económica da realização dos direitos sociais é uma das questões mais convenientes de estudar na atual conjuntura do *Welfare State* europeu. Como é sabido, o Estado financia-se essencialmente através de impostos presentes e futuros, (sendo que a dívida pública se traduz necessariamente em impostos futuros). Neste sentido, o financiamento do Estado social impende integralmente sobre os contribuintes.³⁴⁹ Mas o Estado (o nosso e muitos outros) insere-se hoje numa governação económica à escala comunitária e até internacional, dada a multiplicidade de relações financeiras que estabula entre níveis diferenciados de decisão.

A necessidade de reforço dos mecanismos de estabili-

20 anos depois, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 283-326.

³⁴⁷ Cfr. José Pereirinha/D. Carolo, *The Development of The Welfare State in Portugal: Trends in Social Expenditure between 1938 and 2003*, Revista de História Económica/Journal of Iberian and Latin American Economic History, 28 (3), pp. 469-501.

³⁴⁸ Cfr. as palavras de José António Pereirinha, Políticas Públicas Sociais, in, *Handbook de Administração Pública*, César Madureira/Maria Asensio (Org.), INA Editora, Lisboa, 2013, pp. 315.

³⁴⁹ Cfr. a opinião de Filipa Lemos Caldas, no artigo de análise, *Será a imposição de limites ao défice orçamental e à dívida pública compatível com o Estado Social?*, Direito & Política, 03, Abril/Junho de 2013, pp. 100.

dade orçamental tem afectado e vai continuar a influenciar as políticas sociais e os recursos dos Estados que as tornam reais. Com efeito, os mecanismos de solidariedade, especialmente entre Estados-membros da União Europeia também tem sido intensificados. A eclosão da crise económica e financeira colocou em voga os conceitos de federalismo financeiro e federalismo político, querendo significar o primeiro, uma descentralização financeira sem precedentes, e o segundo, sinónimo de formas de governo multinível.³⁵⁰

Os objectivos das políticas públicas sociais, cuja execução é necessária para se atingirem as suas finalidades sociais são de três categorias distintas: - gestão de riscos sociais, redistribuição de recursos e promoção da inclusão social.³⁵¹ Só assim é possível realizar os direitos sociais prescritos em cada sociedade, embora a natureza específica dos instrumentos usados para os alcançar possa diferir de país para país.

É óbvio que os direitos sociais, especialmente, o direito à saúde, têm um custo. Esta noção de “custo dos direitos” importa quando falamos da sua componente prestacional, caracterizada pelo essencial condicionamento material e financeiro da prestação estadual.³⁵² No fundo, este dever de promoção e proteção que o corporiza, explica-se porque depende da “*sobrerania orçamentária do legislador*”,³⁵³ e nessa linha, gravita em torno dessa característica, até ao limite das restrições impostas pela reserva do possível.³⁵⁴ Por outro prisma, o direito à saúde,

³⁵⁰ A respeito da temática, vide o estudo de Nazaré da Costa Cabral, *A Teoria do Federalismo Financeiro*, Almedina, Coimbra, 2013, especialmente, pp. 19-36.

³⁵¹ Idem..., pp. 316 e 317. Cfr. ainda outra obra do mesmo autor, *Política Social: Fundamentos de Atuação no Contexto Europeu*, Universidade Aberta, Lisboa, 2008.

³⁵² Cfr. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos...*, pp. 134, que admite que a norma de direito social fundamental, impõe ao Estado um dever de prestar cuja realização, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão estatal.

³⁵³ Joseph Isensee, *Verfassung Ohne Soziale Grundrecht*, *Der Staat* 19(3): 381, 1980

³⁵⁴ Vide Julgamento paradigmático do Tribunal Constitucional Federal Alemão, *Caso Numerus Clausus (I: BVERFG 33, 303)*, Decisão de 18/07/72 – Reclamação

na vertente de direito fundamental de “liberdade”, é por sua natureza economicamente neutro, porque se estabelece aqui, uma relação jurídica de não intervenção ou de defesa, que impõe um dever absoluto de respeito.

A doutrina da reserva do (financeiramente) possível não pode reconduzir a realização dos direitos sociais, a uma simples lógica matemático-financeira.³⁵⁵ Quer significar-se que a proteção do mínimo existencial (aquele *quantum* essencial do direito à saúde que o liga à dignidade e à vida humana), não se encontra sob esta reserva, pois a sua fruição, não depende do orçamento dos Estados nem das políticas públicas. Esse conteúdo mínimo, não se submete (nem pode), à discricionariedade da Administração, nem ao poder legislativo, por se compreender inserido nas garantias institucionais da liberdade.³⁵⁶ Em

de um estudante contra o sistema de ingresso nas Universidades da Baviera e de Hamburgo, sob o fundamento de que, visto que a graduação é necessária para o exercício da profissão, tolhia o direito à livre escolha do ofício. Este Tribunal edifica a primeira formulação dogmática da doutrina da *reserva do possível*, não reconhecendo ao sujeito, o direito de exigir do Estado, uma vaga na Universidade, para um curso de medicina, uma vez que a opção política de então era, *numerus clausus*. O Tribunal avaliou o caso sob a perspectiva da liberdade de ensino, e de acordo com a “liberdade fática”, considerando que a livre escolha dos locais de formação, tem como escopo o livre acesso às instituições. O direito à liberdade não teria nenhum valor sem o pressuposto fático da possibilidade de exercê-la. Declarou inconstitucional a discriminação da Baviera em favor dos “filhos da terra”. Quanto à Lei Universitária de Hamburgo, entendeu inconstitucional a não fixação de limitações de admissão, Assinala que os direitos não são apenas direitos de resistência, mas também de participação. “Fazer com que os recursos públicos só lentamente direcionem benefício apenas a uma parcela de população, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade”. Consultado em www.bundesverfassungsgericht.de.

³⁵⁵ Segundo J.J. Gomes Canotilho, “Bypass” Social e o Núcleo Essencial de Prestações Sociais, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2008, pp. 51, independentemente das dificuldades que aquela realização assume, não podem as mesmas ser consideradas como mero “aleluia jurídico”. A garantia (ou a falta dela) de determinadas posições jurídicas, que as Constituições consideram fundamentais, não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio) de simples maiorias parlamentares.

³⁵⁶ Cfr. J. Canotilho, ob. cit. em nota anterior, pp. 265 e ss., especialmente quando afirma que o simples reconhecimento de um núcleo essencial de prestações sociais, equivalente ao núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, impõe uma

homenagem a esse mínimo existencial, não nos parece viável negar a dimensão subjetiva originária do direito à saúde.

Reconhecemos pois que, no direito à saúde, predomina uma dimensão objectiva, muito por causa da sua vertente de direito social – direito à proteção da saúde – que reconduz a uma opção política do legislador, e portanto, permite considerar que estes direitos não conferem ao titular, no momento originário, diretamente (da Constituição), um poder de exigir que lhe sejam imediatamente exequíveis e independentes das opções legislativa e executiva.

A reserva do possível assume formas capazes de afectar diretamente o conteúdo do princípio da universalidade de acesso aos sistemas de saúde em maior ou menor intensidade. São elas a impossibilidade fáctica efetiva dos recursos ou a indisponibilidade jurídica dos recursos. No primeiro caso, a disponibilidade de recursos surge associada a uma lógica de facto e não de Direito, próxima da ideia de *deficit* financeiro, sinónima de impossibilidade real da prestação. No segundo caso, a reserva do possível aproxima-se da impossibilidade jurídica de realização de uma determinada despesa. Aqui os recursos financeiros até podem existir de facto, no entanto, não foram devidamente deslocados, para suprir uma específica despesa ou então, foram-no de modo insuficiente.

O conteúdo da universalidade varia de acordo com o grau de satisfação do princípio da reserva do possível. A realização máxima da universalidade, representaria o acesso de todas as pessoas, à custa do Estado, em todas as situações possíveis imagináveis, a todos os cuidados de saúde disponíveis na atualidade. Por outro prisma, a realização máxima da reserva do possível só pode ser alcançada quando a totalidade dos encargos é imposta ao cidadão – contribuinte, pois nesta hipótese, o Estado não comprometeria qualquer quantia na realização da prestação, não havendo assim, qualquer alteração financeira ou

orçamentária, nas contas públicas. Apesar de tudo, num sistema de saúde constitucionalmente gratuito ou tendencialmente gratuito (caso português³⁵⁷),³⁵⁸ pressupõe-se sempre algum comprometimento financeiro por parte do poder público.³⁵⁹

Como é sabido, o quadro geral básico da atividade financeira do Estado é orçamento do Estado, pois é através dele que se precisa a utilização que é dada aos dinheiros públicos.³⁶⁰ Do próprio constam vários elementos, a começar pela previsão da gestão orçamental estadual, a autorização política do plano/projeto dessa gestão, e por fim, o elemento jurídico, ou seja, o instrumento de limitação do poder da administração em sede financeira.

É a escassez material, que leva à inevitavelmente a escolhas, de acordo com um critério de satisfação das necessidades mais básicas. É este, o grande dilema do nosso tempo, o descompasso entre as premissas constitucionais e as possibilidades reais da sua realização. Neste sentido, *“dentro deste discurso disciplinador, e portanto justificador e legitimador do Estado Social, surge com frequência a ideia de limitação financeira, por decreto. (...) Porque, mesmo num Estado sempre deficitário – sobretudo num Estado sempre deficitário – há margem para racionalizar os gastos e impostos. O mesmo défice, pode ser um melhor défice. A mesma dívida pode ser uma*

³⁵⁷ Refira-se como exemplo, a notícia recente da OMS, em 2012, que refere que Portugal, tem a melhor taxa de cobertura de vacinação contra o Papiloma Vírus Humano – HPV, a nível internacional, por causa da sua inserção no Plano Nacional de Vacinação. Vide a notícia em www.pop.eu.com

³⁵⁸ Sobre *“As relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde: seu carácter legal e regulamentar”*, vide Sérvulo Correia, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 21-74; Ainda, dever ler-se, Miguel Nogueira de Brito, sobre os *Direitos e Deveres dos Utentes do Serviço Nacional de Saúde*, Revista da FDUL, Vol.XLIX, n.º 1 e 2, Coimbra Editora, 2008, pp. 101-115.

³⁵⁹ A título de curiosidade, pode analisar-se o perfil sanitário português em www.who.int/countries/prt/es/

³⁶⁰ António L. de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I e II, 4.ª Ed., 13.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 336 e 337.

dívida melhor. A mesma carga fiscal pode ser mais justa.”³⁶¹

O Estado atual, a que alguns apelidam de Estado Garantidor,³⁶² deve redefinir o seu papel, não descurando o dever de garantir, designadamente com o recurso ao Direito, ainda que de base negocial, o acesso aos bens sociais fundamentais, a saúde é um deles. Com efeito, muita coisa se alterou. As políticas internas de regulação das finanças e da economia passaram a depender de decisões de foros internacionais (OMC, FMI e BM).³⁶³ A nível regional, (...) *a União Europeia surge como resposta à crise de legitimidade do Estado-Nação, à sua incapacidade de garantir a coesão social, para manter vivos os laços de solidariedade cívica. Paradoxalmente, e porque a União Europeia surge, para os europeus, como um novo paradigma organizacional, próprio da era pós-moderna, a crise de legitimidade do Estado-nação transfere-se para o patamar supranacional.*”³⁶⁴ É por essa razão que actualmente muitos países equacionam as vantagens e os inconvenientes da sua permanência na União.

Contudo, podem identificar-se outros limites fácticos no quadro das referidas (im)possibilidades de efetivação do direito à saúde. E são eles, a escassez de órgãos, no campo específico dos transplantes³⁶⁵ e as tecnologias disponíveis, já que também

³⁶¹ Cfr. as palavras de João Taborda da Gama em análise ao tema, *Será a imposição de limites ao défice orçamental e à dívida pública compatível com o Estado Social?*, in, Revista Direito & Política, 03, Abril/Junho de 2013, pp. 106 e 107.

³⁶² Claudius Franzius, *Der Gewährleistungststaat*, in, *Verwaltungsarchiv*, 98. Band, Heft 3, Juli 2008, pp. 351 e ss., teoriza sobre este Estado Garantidor; José Casalta Nabais, em *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: deveres e o custo dos direitos*, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra: Coimbra, 2003, pp. 749, afirma que, face à escassez, a melhor abordagem para os direitos é vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Para Eduardo Paz Ferreira, *Lições de Direito da Economia*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 338 e 339, o Estado deve deixar de ser o protagonista, envolvendo toda a sociedade neste novo paradigma.

³⁶³ Cfr. Ana Maria G. Martins, *Direito da União...ob. cit.*, pp. 38 e 39.

³⁶⁴ Cfr. Marta Rebelo, *Constituição e legitimidade Social da União Europeia*, Alameda, Coimbra, 2005, pp. 85, conclusão n.º 1 e 2.

³⁶⁵ Vide a respeito, o *Paper* do Conselho da Europa de 2012, intitulado, *Organs*,

estas, em virtude dos seus custos, estão dependentes do financiamento estatal ou privado.

O Estado deve saber prescindir do seu *jus imperii*, procurando novos modelos de gestão, em que seja possível a colaboração do sector privado. Isto não implica um abandono da presença ativa do Estado, enquanto agente regulador da vida económica, mas tão só, a renuncia a formas puramente unilaterais de atuação, melhor representativas das necessidades sociais atuais.³⁶⁶ As entidades privadas também devem ser chamadas a colaborar na efetivação dos direitos sociais. Estes tempos difíceis e sombrios para o Estado Social de Direito, são de exigência, mas sobretudo, de busca de alternativas para uma sociedade pós-moderna, que quer continuar a ter o direito a ter direitos, mas sobretudo, a poder fruir desses direitos.³⁶⁷

Neste sentido, o processo de concretização do Estado Social deve ser um processo aberto e dinâmico, sem olvidar que ele também deve ser é um Estado fiscalizador, financiador e regulador. Além do mais, esta é uma tarefa difícil, já que, em muitos casos, em especial num sistema constitucional como o nosso, o Estado é convocado a concretizar uma pluralidade de comandos constitucionais em matéria de direitos sociais fundamentais.

Não é possível atingir ao mesmo tempo os dois objectivos, dar proteção financeira ao cidadão (o que significa não ter se de pagar no momento do consumo de cuidados de saúde) e ter uma utilização adequada de serviços (com o cidadão a pagar

Tissues and Cells, Safety, Quality and Ethical Matters Concerning Procurement, Storage and Transplantation, disponível em www.edqm.eu/.../organ_tissue_and_cells_free_publicationpdf-en-31112-2

³⁶⁶ Cfr. Ana Paula Cabral, *Reforma do Sector da Saúde – SNS e o novo paradigma na proteção da Saúde*, in Cadernos IDEFF, n.º 11, (Org.) Nazaré C. Cabral, Olívio M. Amador e Guilherme W. d’Oliveira Martins, pp. 62.

³⁶⁷ Para concluir, diremos que o dever de proteção da saúde é particularmente premente quando os indivíduos, estejam por qualquer motivo, a cargo do Estado, tal como reclusos, internados em Centros Psiquiátricos ou hospitalares. cremos que nestes casos, pode exigir-se do Estado a adopção de medidas positivas.

alguma coisa no momento em que recorre a serviços de saúde),³⁶⁸ pelo que é necessário encontrar um equilíbrio entre ambos. Esta discussão tornou clara a importância de dois princípios: - a gratuidade gera custos excessivos; garantir de forma gratuita o acesso a serviços de saúde em que o cidadão tem opção de escolha (usar ou não) gera abusos e os respetivos custos terão de ser pagos por todos; - o princípio do utilizador-pagador não se aplica na totalidade; assumir sem qualquer reserva este princípio, quando se está a falar do uso de serviços de saúde leva, em última consequência, a que não haja proteção financeira contra despesas inesperadas e avultadas em cuidados de saúde, destruindo o valor individual (e social) desse abrigo. Dar proteção em caso de doença obriga a que o (principal) pagador não seja o utilizador no momento em que necessita de cuidados de saúde.

Em momentos de crise financeira e social, os serviços de saúde ganham nova centralidade nas preocupações da sociedade. A capacidade de resposta dos sistemas de saúde nacionais, é testada de modo especial, em tempos difíceis como os que atravessamos na Europa e no Mundo em geral. Aliada a uma pressão de contenção de custos, redistribuição³⁶⁹ dos recursos existentes, encontra-se uma sensibilidade social acrescida às dificuldades de acesso a cuidados de saúde. Existe ainda uma alteração dos problemas de saúde, ganhando maior peso os aspectos de saúde mental, com o aumento dos casos de depressão e suicídio.³⁷⁰

³⁶⁸ Enunciados pelo economista Pedro Pita Barros, *Pela sua Saúde*, FFMS, Relógio D'Água Editores, 2013, pp. 93-95.

³⁶⁹ Cfr. a obra de Robert Alexy, *Theory of Constitutional Rights*, tradução para a língua inglesa de Julian Rivers, Oxford, University Press, Oxford, 2004, pp. 344, em que o autor afirma o seguinte: "(...) *The extend of reliance on social constitutional rights rises during economic crises. But it is exactly then that it is important to redistribute. The objection that the existence of even minimal definitive social constitutional rights makes the flexibility necessary in times of crisis impossible and thus risks turning an economic crisis into a constitutional crisis is a real one.*"

³⁷⁰ Cfr. de novo Pedro Pita Barros, *Pela sua Saúde...*, pp. 95.

A preocupação com os Sistemas Nacionais de Saúde, um pouco por todos os Estados que consagram e protegem os direitos sociais tem de ser equacionada em três perspectivas: - tem de se procurar garantir que todos os cuidados efetivamente prestados são necessários e que não existe desperdício nas decisões e nos tratamentos realizados; - a médio prazo, além da referida contenção, torna-se essencial controlar os factores institucionais que contribuíram para gerar uma procura excessiva dos cuidados de saúde ou de preços excessivos demasiado elevados (mesmo que pagos no momento do consumo pelo Estado ou por uma companhia de seguros). A organização do sistema de saúde ³⁷¹ é um factor de extrema importância no médio prazo; - a longo prazo, o elemento mais determinante da procura de cuidados de saúde será o comportamento da população, com a eventual adopção de estilos de vida saudáveis. As alterações governamentais são demoradas, mas a prazo será esta a melhor forma de conter a despesa com cuidados de saúde. ³⁷²

Não esqueçamos que foi o aparecimento do Estado-Providência ou Estado de Bem-Estar Social, ³⁷³ designado de

³⁷¹ Assim como a reestruturação mais exigente do orçamento da segurança social para que mais de adegue à situação financeira da segurança social. Esta problemática estudada em, *O Orçamento da Segurança Social, Enquadramento da Situação Financeira do Sistema de Segurança Social Português*, de Nazaré da Costa Cabral, Cadernos IDEFF, n.º 3, Almedina, 2005.

³⁷² Idem, pp. 94 e 95.

³⁷³ Este modelo generalizou-se um pouco por todo o Ocidente no último quartel do século XIX, inícios do século XX, desenvolvendo-se a partir da experiência e estrutura burocrático-jurídica dos Estados-nação já existentes, eles próprios intimamente relacionados com a expansão do capitalismo. Não é pois de estranhar que elementos importantes para a formação de Estados-nação, como o império da lei, a territorialidade ou o monopólio do uso legítimo da violência, precedam historicamente preocupações com o bem-estar das respectivas populações. A revolução que se dá com o nascimento do Estado-Providência moderno tem o seu primeiro episódio, em 1883, na Alemanha de Bismarck: é nesta data que é criado o primeiro seguro de saúde. Nos trinta anos que medeiam entre 1883 e o início da primeira guerra mundial, surgiram sistemas públicos de assistência social aos trabalhadores na maioria dos países europeus. Em Portugal este processo precipita-se com queda da Monarquia e a instauração da República em 1910. O desenvolvimento das políticas sociais foi mediado pela instauração de um regime autoritário de natureza corporativa em 1926,

Welfare State, na década de 30³⁷⁴, “filho legítimo” da Grande Depressão e proveniente do pensamento de John Keynes, que fez nascer, muito mais tarde, na década de 60, os chamados *Welfare Rights*,³⁷⁵, polémicos até aos dias de hoje.³⁷⁶ A sua *Golden Era* espalhou-se até finais dos anos 70, mas foi o choque petrolífero de 1973 e a consequente recessão económica que abalou as suas bases.^{377 378 379} Os cuidados de saúde, a

que viria a dar origem ao Estado-Novo. Este processo de difusão institucional começa na América latina, nos anos 20, avança na América Central e no Magrebe nos anos 40, e estende-se aos países recém-industrializados do extremo Oriente na década de 1950. Hoje em dia vivemos tão rodeados de serviços públicos que corremos o risco de olvidar o gigantesco crescimento do modelo de Estado Social entre 1914 e 1970. Com a Grande Depressão dos anos 30 dá-se a primeira grande crise orçamental do Estado-Providência. A Segunda Guerra Mundial marca a viragem na história do Estado-Providência, que se estende até meados dos anos 70. Democracia cristã e Social Democracia pautam a agenda ideológica. Cfr. esta resenha histórica na obra de Filipe Carreira da Silva, *O Futuro do Estado Social*, FFMS, Relógio D'Água Editores, 2013, pp. 15-34. Deve ler-se ainda, o importante artigo de Walter Korp/Joakim Palme, *New Politics and Class Politics in the Context of Austerity and Globalization: Welfare State Regress in 18 Countries, 1975-95*, *American Political Science Review*, 97(3), pp. 425-446.

³⁷⁴ Para compreender o aparecimento do *Welfare State*, seguimos, *La Démocratie Libérale*, Histoire générale des systèmes politiques, Serge Berstein (dir.), PUF, 1.^a Edição, 1998, Cap. XVI, pp. 733-774.

³⁷⁵ Cfr. Theodor Meron (Ed.), *Human Rights in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984, em especial a interpretação que David M. Trubek faz daqueles direitos no contexto internacional do que apelida de *Welfare Law*, pp. 223-231.

³⁷⁶ Sobre o caso americano, de não nos ocuparemos aqui, vide a obra Jonathan Gruber, *Public Finance and Public Policy*, Massachusetts Institute of Technology, Worth Publishers, USA, 2005, em particular, pp. 392-451. A base do sistema de saúde pública americano são os seguros de saúde, de carácter público (exemplos disto são os programas Medicare, o Medicaid e o TRICARE/CHAMPVA), e os seguros de saúde privados, e não um Sistema Nacional de Saúde, como o nosso, onde todos podem aceder. O problema é que já em 2002 se estimava que 1/6 dos americanos não estaria coberto por qualquer destas modalidades, não lhe estando portanto sequer garantido o acesso a cuidados de saúde mínimos ou básicos. A administração do Presidente Obama tem tido o mérito de querer mudar este panorama, alargando a intervenção estadual nesta matéria, permitindo assim o alargamento e a cobertura da proteção da saúde a mais americanos, nos programas federais nesta área.

³⁷⁷ Com eleição de Margaret Thatcher em 1979, na Grã-Bretanha e a de Ronald Reagan nos EUA, em 1981, inicia-se a uma crítica política neoconservadora ao consenso político do pós-guerra em torno do Estado-Providência. O *Consenso de*

assistência médica, são para alguns, meros benefícios estaduais, podendo a todo o tempo ser retirados, para outros, como o Presidente Barack Obama, podem ser considerados um direito.^{380 381} O certo é que o debate em seu torno, os tem metamorfoseado em direitos, emergindo frequentemente como um perigo, na óptica de alguma doutrina.³⁸²

O carácter da nossa sociedade funda-se na pessoa e na sua substância. E aí reside a fundamentação da ordem jurídica e a legitimação do Direito. O respeito pela vida, saúde, dignidade e integridade da pessoa humana, é um imperativo funda-

Washington de 1989, formulado por economistas do Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial (BM) e Departamento do Tesouro dos EUA, sob a égide de John Williamson, tornou-se a política oficial do FMI a partir de 1990, passando a ser recitado para promover o ajustamento macroeconómico dos países em desenvolvimento que passaram por dificuldades.

³⁷⁸ Sobre o caso americano, de não nos ocuparemos aqui, *vide* a obra Jonathan Gruber, *Public Finance and Public Policy*, Massachusetts Institute of Technology, Worth Publishers, USA, 2005, em particular, pp. 392-451. A base do sistema de saúde pública americano são os seguros de saúde, de carácter público (exemplos disto são os programas Medicare, o Medicaid e o TRICARE/CHAMPVA), e os seguros de saúde privados, e não um Sistema Nacional de Saúde, como o nosso, onde todos podem aceder. O problema é que já em 2002 se estimava que 1/6 dos americanos não estaria coberto por qualquer destas modalidades, não lhe estando portanto sequer garantido o acesso a cuidados de saúde mínimos ou básicos. A administração do Presidente Obama tem tido o mérito de querer mudar este panorama, alargando a intervenção estadual nesta matéria, permitindo assim o alargamento e a cobertura da proteção da saúde a mais americanos, nos programas federais nesta área.

³⁷⁹ Cfr. Gosta Esping-Andersen (org.), *Welfare States in Transition*, Sage, London, 1996 e do mesmo autor, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

³⁸⁰ Jason Linkins, Obama: Health Care Should Be a Right, HUFFINGTON POST, Nov. 7, 2008, http://huffingtonpost.com/2008/10/07/obama-health-care-should_n_132831.html.

³⁸¹ Este novo mandato de Obama, vai ser marcado por novas implementações na área da saúde, com um programa de saúde pública apelidado de *Obamacare*. O seu conteúdo e alcance pode ser visto em <http://www.barackobama.com/health-care/>

³⁸² Cfr. Karen M. Tani, *Welfare and Rights Before the Movement: Rights as a Language of the State*, *The Yale Law Journal*, Vol. 122, n.º 2, November/2012, pp. 314-383.

dor desta nova “civilização dos direitos”;^{383 384} Por isso defendemos a necessidade de reconfiguração³⁸⁵ estrutural do Estado Social de Direito.³⁸⁶ Isto não significa o seu desmantelamento. Concordamos com João César das Neves, quando afirma que: “*O Estado Social não está em perigo nem nunca esteve.*”³⁸⁷ Com reconfiguração, queremos significar a busca

³⁸³ Cfr. J. O. Ascensão, *O “Fundamento do Direito”: Entre o Direito Natural e a Dignidade da Pessoa*, RFDUL, V.LII, 1/2, pp. 39-41; Para J. Reis Novais, a dignidade humana é o limite último às restrições dos direitos fundamentais, in *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra: Coimbra Ed., 2012, pp. 96.

³⁸⁴ Cfr. as palavras de Karl Popper, *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos: I Volume: O Sortilégio de Platão*, Edições 70, 2012, pp. 208 e 209, quando afirma, “(...) não é razoável presumir que uma reconstrução completa do nosso mundo social conduziria de imediato a um sistema funcional. (...) Esteticismo e radicalismo levam-nos necessariamente a alijar a razão e a substituí-la pela expectativa desesperada de milagres políticos. Esta atitude irracional que emana da ebrriedade com sonhos de um mundo maravilhoso é aquilo a que chamo romantismo. Pode procurar a sua cidade celestial no passado ou no futuro; pode pregar o regresso à natureza ou a marcha em frente para um mundo de amor e beleza, mas apela sempre às nossas emoções mais do que à nossa razão. Mesmo com as melhores intenções de realizar o Céu na Terra, só consegue fazer dela um inferno – aquele género de inferno que só o Homem é capaz de preparar aos seus semelhantes”.

³⁸⁵ Existe quem fale em refundação ou reformulação do Estado Social, mas parece-nos que se trata mais duma *reconfiguração* no sentido de reformular, de refazer o Estado social, adaptando-o às novas exigências. Luís Reis Torgal, na obra, *Marcello Caetano, Marcelismo e “Estado Social”*, Uma interpretação, da Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, na pp. 110 e 111, critica as primeiras fórmulas que referimos, dizendo que elas são a resposta dos “*poderes instituídos*”, isto é, do governo e maioria parlamentar, às acusações de que estariam a destruir o Estado Social, “*ultrapassando o programa eleitoral e obedecendo pura e simplesmente a instâncias económicas internacionais.*”

³⁸⁶ Cfr. a respeito a obra de Silja Hausermann, *The Politics of Welfare State Reform in Continental Europe. Modernization in hard Times*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

³⁸⁷ Cfr. o seu artigo de opinião, a propósito do tema: *Será a imposição de limites ao défice orçamental e à dívida pública compatível com o Estado Social?*, in, *Revista Direito & Política*, 03, Abril/Junho de 2013, pp. 102 e 103. O limite ao défice e à dívida pretende apenas garantir, nas palavras deste Professor, “*(...) a sustentabilidade do orçamento do Estado, que é uma importante segurança para todos, sobretudo os contribuintes do país. Isto significa que os maiores interessados em que estes limites funcionem são os próprios cidadãos dos países perdulários, que recorrentemente se vêem sujeitos a crises, derrocadas e emergências financeiras.*”

pelo “*equilíbrio dos interesses em presença*”.³⁸⁸ Porque o Estado social pode e deve ser visto como instrumento de inclusão social.³⁸⁹ Certamente que ele não passará incólume pelas mudanças sociais, económicas e culturais que se vivem. A reconfiguração será a resposta, ou melhor dizendo, a adaptação que o Estado tem de fazer aos novos tipos de problemas sociais trazidos por estas mudanças. Entre os novos riscos sociais do moderno Estado Social de Direito destacam-se a doença, a invalidez, a velhice, ou o desemprego, as mudanças no mercado laboral, entre outros, que condicionarão, estamos certos, todo o esquema de proteção social de ora em diante. Os novos desafios sociais são sem sombra de dúvida, a manutenção dos direitos sociais fundamentais que as Constituições dos Estados modernos declaram, e que corporizam o estágio de desenvolvimento civilizacional que foi atingido, e que ninguém estaria disposto a perder. A justiça constitucional é vista para este efeito como um factor de segurança jurídica.³⁹⁰

E terminamos recordando Santo Agostinho, para quem um Estado sem justiça social não se diferenciaria de uma quadrilha de ladrões.³⁹¹



³⁸⁸ Cfr. a interessante obra de François Ewald, *L'Etat Providence*, Grasset, Paris, 1986, em especial pp. 469 e 383-604, onde se analisa o cerne normativo do Estado Providência.

³⁸⁹ Seguimos de novo, a opinião de Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais...*, pp. 254.

³⁹⁰ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Segurança Jurídica e Justiça Constitucional*, Revista da FDUL, Vol. XLI – n.º 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 624-630.

³⁹¹ Cfr. Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, I, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991, Livro IV, Cap. 4.º, pp. 383.

BIBLIOGRAFIA:

- Agostinho, Santo, *A Cidade de Deus, I*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991.
- Alexandrino, José de Melo – *Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Principia*, 2011; *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias da Constituição Portuguesa, Vol. I e II – Raízes e Contexto*, Coimbra, 2006; *O Discurso dos Direitos*, Coimbra Editora, 2011.
- Alexy, Robert – *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Trad. castelhana, Madrid, 1993; *Theory of Constitutional Rights*, Trad. língua inglesa, Oxford, University Press, Oxford, 2004.
- Amorim Bulzico, Bettina Augusta – *Evolução da Regulamentação Internacional da Propriedade Intelectual e os Novos Rumos para Harmonizar a Legislação*, *Revista Brasileira de Direito Internacional – RBDI – Curitiba*, V.4, n.º4, Jul./Dez. 2006.
- Arnold, Ranier, *Fundamental Rights in the European Union*, *in*, *The Process of Constitutionalisation of The EU and Related Issues*, Nadezda Sisková (Ed.), Europa Law Publishing, 2008.
- Barros, Pedro Pita, *Pela sua Saúde*, FFMS, *Relógio D'Água*, 2013.
- Berstein, Serge (dir.), *La Démocratie Libéral, Histoire générale des systèmes politiques*, (dir.), PUF, 1.ª Edição, 1998.
- Bobbio, Norberto – *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 4.ª Edição, Universidade de Brasília, 1994; *Locke e o Direito Natural*, Trad. Sérgio Bath, Universidade de Brasília, 1997.
- Braibant, Guy, *De la Convention Européenne des Droits de l'Homme à la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne*, *in*, *Libertés, Justice, Tolerance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Vol. I, Bruylant, 2004.

- Brownlie, Ian, *Princípios de Direito Internacional Público*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- Buergenthal, Thomas, *The European and Inter-American Human Rights Courts: Beneficial Interaction*, in, *Protection des Droits de l'Homme: la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000.
- Cabral, Ana Paula – *Reforma do Sector da Saúde – Serviço Nacional de Saúde e o novo paradigma na proteção da saúde*, in *Cadernos IDEFF*, n.º 11, (Org.) Nazaré Costa Cabral, Olívio Mota Amador e Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins.
- Cabral, Nazaré Costa, *O Orçamento da Segurança Social, Enquadramento da Situação Financeira do Sistema de Segurança Social Português*, *Cadernos IDEFF*, n.º 3, Almedina, 2005; *A Teoria do Federalismo Financeiro*, Almedina, Coimbra, 2013.
- Cabral Barreto, Ireneu – *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2010.
- Cabrillac, Rémy/ Marie Anne Frison-Roche/Thierry Revet, *Droits et Libertés Fondamentaux*, 3ª Ed., Dalloz, 1996.
- Caldas Lopes, Maurício – *Juridicalização da Saúde*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- Cardona Ferreira, Rui – *Os Sistemas de Proteção Jurisdicional dos Direitos Humanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos*, *O Direito*, Ano 139.º, IV, Almedina.
- Carreira da Silva, Filipe, *O Futuro do Estado Social*, FFMS, Relógio D'Água, 2013.
- Casalta Nabais, *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e o custo dos direitos*, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra: Coimbra, 2003; *Algumas Reflexões críticas sobre Direitos Fundamentais*, in, *Ab Vno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, 1998; *Reflexões sobre quem paga*

- a conta do estado social?, *in*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a. 7 (2010).
- Correa, Carlos, Repercusiones de la Declaración de Doha Relativa al Acuerdo sobre ADPIC y la Salud Pública, Economía de la Salud y Medicamentos, Serie EDM N° 12, OMS, Ginebra, 2002.
- Correia Baptista, Eduardo – Jus Cogens em Direito Internacional, Lisboa, Lex, 1997.
- De Búrca, Gráinne/Bruno de Witte, Social Rights in Europe, University Press, Oxford, 2005.
- Diez de Velasco, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, 17.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2007.
- Dutheil de la Rochère, Jacqueline, Les Droits Fondamentaux dans le Projet de Traité Établissant une Constitution pour l'Europe, *in*, Libertés, Justice, Tolerance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Vol. I, Bruylant, 2004.
- Dworkin, Ronald, Justiça para Ouriços, Almedina, Coimbra, 2012.
- Esping-Andersen, Gosta (org.), Welfare States in Transition, Sage, London, 1996; The Three Worlds of Welfare Capitalism, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- Estorninho, Maria João – Organização Administrativa da Saúde, Coimbra, Almedina, 2008.
- Favreau, Bertrand (Dir.), La Charte des Droits Fundamentaux de L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne, IDHAE, Bruylant, 2010.
- Fernandes, António José – Proteção e Salvaguarda dos Direitos do Homem, Almedina, 2004.
- Ferraz de Campos Monaco, Gustavo, A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos Internacionais, Boletim da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica, 80, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

- Ferraud-Ciandet, Nathalie, *Protection de la Santé et Sécurité Alimentaire en Droit International*, Larcier, Bruxelles, 2009.
- Fidalgo de Freitas, Tiago, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e as suas Relações com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Edição da FDUL, 2010.
- Forman, Lisa/ Jillian Clare Kohler (edited), *Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility*, University of Toronto, Press.
- Franzius, Claudius – *Der Gewährleistungstaat*, Verwaltungssarchiv, 98. Band, Heft 3, Juli 2008.
- Gay, Laurence/ Emmanuelle Mazuyer/Dominique Nazet-Allouche (dir.), *Les Droits Sociaux Fondamentaux, Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006.
- Goetschy, Janine, *Construction de L'Europe Sociale et Droits Sociaux*, in, *Les Droits Fondamentaux dans L'Union Européenne*, Joel Rideau (dir.), Bruylant, 2009.
- Gomes Canotilho, J.J. – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2003; *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Ferrer Correia, BFDC, Coimbra, 1988; *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- J.J Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.^a Edição Revista, Vol. I, 2007.
- Gorjão-Henriques, Miguel (Org.) – *Tratado de Lisboa*, 3.^a Edição, Almedina, 2011.
- Gruber, Jonathan *Public Finance and Public Policy*, Massachu-

- setts Institute of Technology, Worth Publishers, USA, 2005.
- Guerra Martins, Ana Maria – A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os Direitos Sociais, *Direito e Justiça*, Revista FDUCP, Vol. XV, Tomo 2, 2001; *Les Valeurs Communes et la Place de la Charte en Europe*, *in*, Revue Européenne de Droit Public, Vol. 14, n.º 1, Esperia Publications, 2002; *Estudos de Direito Público*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2003; *A Igualdade e a Não Discriminação de Nacionais de Estados Terceiros Residentes na União Europeia - da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*, Coimbra, Almedina, 2010; *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011; *Os Fundamentos Axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Um Estudo sobre o artigo 2.º do TUE*, *in*, *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa, Aspectos Centrais*, Nuno Piçarra (coord.), AAVV, Almedina, Coimbra, 2011; *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, 2012; *Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais após o Tratado de Lisboa*, *in*, *O Tratado de Lisboa*, Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, Almedina, 2012; *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2012.
- Heyns, Cristof – *La rôle de la Future Cour Africaine des Droits de L’Homme e des Peuples, Application Nationale de la Charte Africaine des Droits de L’Homme e des Peuples*, Jean-François Flauss/Elisabeth Lambert-Abdelgawad (dir.), Bruylant, 2004.
- Hausermann, Silja, *The Politics of Welfare State Reform in Continental Europe. Modernization in hard Times*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Hunt, Paul/ Khosla, Rajat – *Acesso a Medicamentos como um Direito Humano*, SUR., *Revista Internacional de Direi-*

- tos Humanos, S. Paulo, Ano 5, n.º 8, Junho/2008.
- Infante Mota, Pedro – O Sistema GATT/OMC, Introdução Histórica e Princípios Fundamentais, Almedina, Coimbra, 2005.
- Isensee, Joseph – Verfassung Ohne Soziale Grundrecht, Der Staat 19(3) 1980.
- Kalin, Walter/Jorg Kunzli The Law of International Human Rights Protection, University Press, Oxford, 2009.
- Kastanas, Elias – Unité et Diversité: notions autonomes e marge d'appréciation des Etats dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme, Bruxelles, 1996.
- Korpi Walter/Palme, Joakin, New Politics and Class Politics in the Context of Austerity and Globalization: Welfare State Regress in 18 Countries, 1975-95, American Political Science Review, 97(3).
- Leivas, Paulo Gilberto Cogo, Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, Porto Alegre, 2006.
- Lopes Calera, Nicolás – Filosofía de los Derechos Humanos, Filosofía del Derecho (I), Granada: Comares, 1997.
- Loureiro, João Carlos, Direito à (proteção da) Saúde, Estudos e Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento, Vol. I, Edição da FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- Luca Burci, Gian/Claude-Henri Vignes, World Health Organization, The Hague, London/New York, 2004.
- Mann, Jonathan, Health and Human Rights, Reflections on the Universal Declarations of Human Rights: a fiftieth anniversary anthology, Coord. Baren Van Der Heijden/Bahia Tahzib-Lie, Martinus Nijhoff Publishers, Haia-Boston- London, 1998.
- Martin, Rex, A System of Rights, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- Martins Senhoras, Elói – Introdução aos Direitos de Propriedade

- de Intelectual nas Relações Internacionais, *Revista Intellector*, Rio de Janeiro, Ano III, V.IV, n.º 7, Julho/Dez. 2007.
- Maximus Monteiro, Arthur, Lugar e natureza jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, in, *Direitos Humanos em África*, José de Melo Alexandrino (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- Mbaye, Keba – *Les Droits de L’Homme en Afrique*, 2.^a Ed. Paris, Pedone, 2002.
- McBeth, Adam, Faculty of Law, Monash University, *When Nobody Comes to the Party: Why Have no States Used the WTO Scheme for Compulsory Licensing of Essential Medicines?*
- Medeiros, Rui, *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: Entre a Unidade e a Diversidade*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, FDUL, Coimbra Editora, 2010; *Constitucionalismo de Raiz Lusófona, Realidade e Projeto*, Verbo/Babel, 2011.
- Meneses do Vale, Luís, comentário ao artigo 35.º da CDFUE, in, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*, Alessandra Silveira e Mariana Canotilho coordenadoras, Almedina, Maio, 2013.
- Meron, Theodor (Ed.), *Human Rights in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984.
- Miller (Ed.), Frances H., *Rights and Resources*, Adershot, Ashgate : Dartmouth, 2003.
- Miranda, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2008; *Os Direitos do Homem e a Paz* (1986), *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril, 2006; J. Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a Edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- Moco, Marcolino, *Direitos Humanos, e seus Mecanismos de*

- Proteção – As particularidades do sistema africano, Almedina, Coimbra, 2010.
- Moderne, Franck, La Notion de Droit Fondamental dans les Traditions Constitutionnelles des Etats Membres de L'Union Européenne, *in*, Realité et Perspectives du Droit Communautaire des Droits Fondamentaux, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2000.
- Morais, Luis D. S. (Org.)– O Novo Direito Internacional Económico (João Atanásio, Nuno Pateira Ferreira e Nuno Cunha Rodrigues), Vol. 2, AAFDL, 2011.
- Moreira, Adriano, A Comunidade Internacional em Mudança, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2007, Ciência Política, 3.^a Edição, Coimbra, 2006.
- Moreira, Isabel, A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2007.
- Moreira, Vital – A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais na União Europeia, Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra Editora, 2003.
- Mossialos, Elias/Martin Mckee, EU Law and The Social Character of Health Care, Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt/New York/Oxford Wien, 2004.
- Myles, John/ Pierson Paul, Fiedman's Revenge: The Reform of Liberal Welfare States in Canada and in the United States; Politics and Society, 25, December/1997.
- Musungu, Sisule F., The TRIPS Agreement and Public Health, *in*, Intellectual Property and International Trade, Carlos Correa & Abdulqawi A. Yusuf (editors), 2.^a Ed., Wolters Kluwer, 2008.
- Nguema, Isaac, Violence, Droits de l'Homme et Développement en Afrique, *in*, Protection des Droits de l'Homme: la perspective européenne, Carl Heymanns Verlag KG,

2000.

- Nogueira de Brito, Miguel – Direitos e Deveres dos Utentes do Serviço Nacional de Saúde, Revista da FDL, Vol. XLIX, n.º 1 e 2, Coimbra Editora, 2008.
- Nunes, Rui, Regulação da Saúde, Vida Económica, Porto, 2005.
- Nwobike, Justice C. – Empresas farmacêuticas e acesso a Medicamentos nos Países em Desenvolvimento: o caminho a seguir, SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos, S. Paulo, 2006, n.º 4, Ano 3.
- Otero, Paulo, Direito da Vida, Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino, Almedina, Coimbra, 2004; Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2007; Direito Constitucional Português, Vol. I, Identidade Constitucional, Almedina, Coimbra, 2010.
- Ougergouz, Fatsah, La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Une Approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité, PUF, Genève, 1993.
- Pasqualucci, JO M. – The practice and Procedure of the Inter-American Court of The Human Rights, Cambridge, University Press, 2003.
- Paz Ferreira, Eduardo – Lições de Direito da Economia, AA-DFL, Lisboa, 2001.
- Peces-Barba Martinez – Derechos Fundamentales, Ed. Latina, 3.ª Ed. Madrid, 1980, Introducción al Estudio de Los Derechos Humanos, Org. Benito de Castro, Cid. Madrid: Universitas.
- Pereira Coutinho, Luís P., Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais, Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Edição da FDUL, Coimbra Editora, 2010.
- Pereira da Silva, Vasco, A Cultura a que tenho direito, Direitos

- fundamentais e cultura, Almedina, 2007.
- Pereirinha, José António, Políticas Públicas Sociais, *in*, Handbook de Administração Pública, César Madureira/Maria Asensio (Org.), INA Editora, Lisboa, 2013; Política Social: Fundamentos de Atuação no Contexto Europeu, Universidade Aberta, Lisboa, 2008; José Pereirinha/M. Arcanjo/F. Nunes, The Portuguese Welfare System: from corporative Regime to a European Welfare State, *in*, The Handbook of European Welfare Systems, K. Schubert/S. Hegelich/ U. Bazant, Routledge, London/New York, 2009; José Pereirinha/F. Nunes, Política Social e Europa, 20 anos depois, *in*, A. Romão (Ed.), Economia Portuguesa: 20 anos depois, Coimbra, Almedina, 2006.
- Pires, Maria José Morais, As Reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Almedina, Coimbra, 1997.
- Priollaud, François-Xavier/ Siritzky, David, Le Traité de Lisbonne, Commentaire article par article, des nouveaux traités européens, la documentation française, 2008.
- Quadros, Fausto de, Direito da União Europeia, 3.^a Ed., Almedina, 2013.
- Queiroz, Cristina M. M., Direitos Fundamentais, (Teoria Geral), Teses e Monografias 4, FDUP, Coimbra Editora, 2002.
- Rebelo, Marta, Constituição e legitimidade Social da União Europeia, Almedina, Coimbra, 2005.
- Rehman, Javid – International Human Rights Law – A practical Approach, Harlow, Pearson Education, 2003.
- Reis Novais, Jorge – As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição, Coimbra, 2003; Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Coimbra, 2010; Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático, Coimbra: Co-

- imbra Editora, 2012; O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais, O direito à segurança social, *in*, Jurisprudência Constitucional, n.º 6, Abril/Junho, 2005.
- Ribeiro de Almeida, Alberto Francisco, Os Princípios Estruturantes do Acordo TRIPS 'S: um contributo para a liberalização do comércio mundial, *Boletim de Ciências Económicas da FDUC*, XLVII (2004).
- Rivero, Jean, Les Droits de l'Homme, Catégorie Juridique?, *in*, *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX*, Homenaje a Enrique Sayagues-Laso, obra coletiva, III, Instituto de Estudios de Administracion de Madrid, Madrid, 1969.
- Rocha, Armando – O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu: O Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, U.C.P, 2010.
- Ruedin, Xavier-Baptiste Exécution des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Helbing Lichtenhahn, Bâle, Bruylant, 2009.
- Salvia, Michele de, Compendium de la CEDH, Editions N. P. Engel/Kehl/Strasbourg/Arlington/V.A, 1998.
- Sanjuán, Teresa Freixes, Los Derechos Sociales en la Constitución Europea, de Teresa Freixes Sanjuán, *in*, *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia, Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- Sarlet, Ingo Wolfgang – A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, 10.ª Edição, Porto Alegre, 2009; *A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado-Editora, Porto Alegre, 2010.
- Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antewerpen/Oxford/New York, 2003.

- Servais, Jean-Michel, *Droit Social de l'Union Européenne*, Bruylant, 2008.
- Sérvulo Correia – *Introdução ao Direito à Saúde, Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex, 1993; *As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados de Saúde pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*, AAFDL, Lisboa, 1996; *Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- Simon, Denys, *Communauté de Droit, in, Réalité et Perspectives du Droit Communautaire des Droits Fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2000.
- Smith, Rhona K. M. – *Textbook on International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Stark, Christian – *La Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Fédérale Concernant les Droits Fundamentaux*, *Revue de Droit Public*, 1988.
- Súdre, Frédéric E. A. – *Les Grands Arrêts de La Cour Européenne des Droits de L'Homme*, Paris, PUF, 2003.
- Tani, Karen M., *Welfare and Rights Before the Movement: Rights as a Language of the State*, *The Yale Law Journal*, Vol. 122, n.º 2, November/2012.
- Torgal, Luís Reis, Marcello Caetano, *Marcelismo e “Estado Social”*, Uma interpretação, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013.
- Trindade, António Augusto Cançado, *La Nouveau Règlement de la Cour Interaméricane des Droits de l'Homme: Quelques Réflexions sur la Condition de l'Individu comme Sujet du Droit International*, *in, Libertés, Justice, Tolerance, Mélanges en Hommage au Doyen Gé-*

- rard Cohen-Jonathan, Vol. I, Bruylant, 2004; La Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et le Droit International Général, *in*, Droit International, Droits de l'Homme et Jurisdictions Internationales, Gérard Cohen-Jonathan/ Jean-François Flauss (dir.), Droit et Justice 55, Nemesis/Bruylant, 2004,
- Tuominen, Nicoleta, Patenting Strategies of EU Pharmaceutical Industry: Regular Business Practice or Abuse of Dominance, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 35, March, 2012, n.º 1.
- Umzurike, U. Oji, The African Charter on Human and People Rights, Kluwer Law International, Den Hagen, 1997.
- Vandamme, François – Les droits protégés par la Charte Sociale, contenu e portée, Jean-François Akandji-Kombé/Stephane Leclerc, La Charte Sociale Européenne, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- Vaz, Manuel Afonso, Lei e Reserva de Lei, A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976, Teses, Universidade Católica Lusitana, Porto, 1996; Manuel Afonso Vaz, O Enquadramento Jurídico-Constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais, *in*, AAVV, *Juris et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto*, Porto, 1998.
- Vaz, Manuel Afonso/Raquel Carvalho/Catarina Santos Botelho/Inês Folhadela/Ana Teresa Ribeiro, Direito Constitucional, O sistema constitucional português, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- Vieira de Andrade, José Carlos – Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- Xiong, Ping, Patents in TRIPS-plus Provisions and the Approaches to Interpretation of Free Trade Agreements and TRIPS: Do they Affect Public Health?, *Journal of*

World Trade, Vol. 46, February, 2012, n.º 1.

REVISTAS:

American Political Science Review, Vol. 97(3).

Anuário Colombiano de Direito Internacional, Vol. 5, Bogotá, 2012.

Anuario Español de Derecho Internacional, XXIII, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2007.

Revista Española de Derecho Internacional, Vol. LXII/1/2010, Enero-Junio; Vol. LXIV/2/2012, Julio-Diciembre, Marcial Pons, 2012.

European Journal of Health Law, Vol. 19, n.º 1 (March/2012), n.º 3 (June/2012), n.º 5 (Dec./2012).

The American Journal of International Law, April/2010, Vol. 104, n.º 2, Publ. American Society of International Law, 2010.

Harvard Journal of Law & Technology, 2002, Vol. 15 (n.º2).

Virginia Journal of International Law, vol. 35 (1995).

The Yale Law Journal, Vol. 122, n.º 2, November/ 2012.

Politics and Society Journal, Vol. 25, December/1997.

Journal of World Trade, Vol. 46, I, February/2012, Wolters Kluwer.

World Competition, Law and Economic Review, Vol. 35, I, March/2012; Vol. 35, IV, December/2012, Wolters Kluwer.

Revista de Direito Público, n.º 1, Jan.-Jun./2009, Instituto de Direito Público, Almedina, Maio-2009.

Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, RFDL, Vol. LII, n.º 1 e 2, 2011.

Revista de História Económica/Journal of Iberian and Latin American Economic History, 28 (3), 2010.

O Direito, Ano 137.º, 2005, IV-V; 144.º, 2012, II, Almedina.

- Revista Direito & Política, 03, Abril/Junho de 2013.
- Jurisprudência Constitucional, n.º 14, Abril-Junho/2007, Coimbra Editora
- Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 16, 2012, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, Madrid.
- Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. LXXXIV, Coimbra, 2008.
- Boston College International & Comparative Law Review, 2, Vol. 11, 1(1988).
- Relatório das três organizações, WHO, WIPO, WTO, Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade, 2012.
- Dictionnaire d'Étique et de Philosophie Morale, Monique Canto-Sperber (Dir.), 3.^a Éd., PUF, 2001.