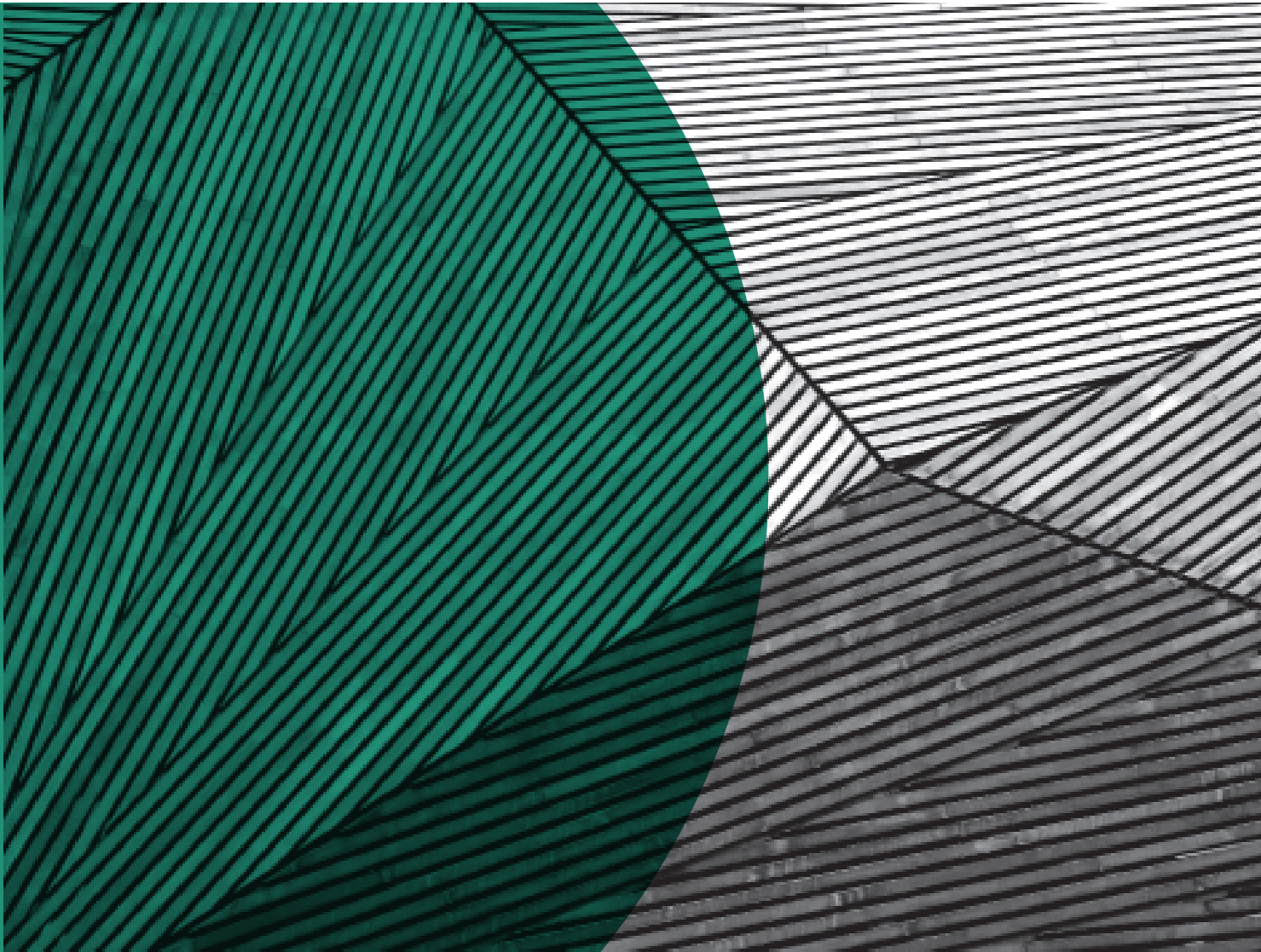


**DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA
VS. LIBERDADE INDIVIDUAL:
CASOS DA VIDA DE UM
MÉDICO DE SAÚDE PÚBLICA**

Carla Amado Gomes



DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA VS. LIBERDADE INDIVIDUAL

Casos da vida de um médico de saúde pública*

Sumário:

I. Introdução

- a) Apresentação do tema
- b) Sequência

II. Constituição, liberdade individual e saúde pública: conflitos potenciais

- a) A colisão do bem jurídico *saúde* com direitos de liberdade
- b) A superação do conflito: ponderação e concordância prática. O papel do princípio da proporcionalidade

III. Casos da vida de um médico de saúde pública: alguns conflitos actuais

IV. Para uma ética da prática das autoridades administrativas de saúde pública

V. Considerações conclusivas

VI. Bibliografia

* Versão longa da intervenção oral da autora na 6ª edição das Jornadas *Novos Horizontes para a Saúde Pública*, realizadas em Guimarães de 10 a 12 de Março de 1999.

I. Introdução

a) Apresentação do tema

A definição de saúde, apesar de objecto central da investigação médica ao longo dos séculos, permanece incerta¹. À falta de melhor, recorre-se frequentemente à divulgada fórmula do Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946), que a caracteriza como “um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

Refere J.-MARIE AUBY que, nas sociedades mais antigas, a saúde (leia-se, a defesa de um estado de bem-estar físico e psíquico) era assumida como uma preocupação da comunidade, pois a crença e a superstição davam-lhe uma conotação ameaçadora da vivência social. A doença era um reflexo de forças malignas sobre um membro do grupo, um aviso da ira divina que se abateria inelutavelmente sobre a comunidade. As reacções terapêuticas cabiam a feiticeiros que, através de rituais, tentavam exorcizar o mal do indivíduo, salvaguardando assim o bem-estar do grupo².

No entanto, logo no Império Romano se revelaram as preocupações das autoridades com a higiene pública, traduzidas na construção de banhos públicos e na implementação de inspecções a estabelecimentos de venda de certas mercadorias. Esta ténue institucionalização de tarefas sanitárias perdeu-se com a dispersão do poder na Idade Média, ficando confiada exclusivamente às ordens religiosas, às quais coube, durante séculos, auxiliar as populações, e sobretudo os mais desfavorecidos, a sobreviver às terríveis pragas medievais³.

Esta forma de tratamento das matérias relacionadas com a saúde pública manteve-se até ao século XIX. A saúde tornou-se uma preocupação do indivíduo, um bem jurídico que só a ele cabe proteger, mas a melhor ou pior manutenção do bem-estar físico e psíquico estava dependente dos recursos financeiros de cada um. O homem do século XIX está entregue a si próprio.

O liberalismo político constitui o culminar desta visão, uma vez que o Estado, estreitamente apegado aos dogmas do *laissez-faire*, *laissez-passer*, *le monde va de soi même*, remete para cada cidadão a incumbência de tratar o seu corpo. “O indivíduo é dono da sua saúde. Se for incapaz de se proteger a si mesmo, não lhe resta senão contar com a

¹ Cfr. O. GOUVEIA PEREIRA, **Saúde**, in *Polis*, V, Lisboa, 1987, c. 610 segs, 610; J.-MICHEL DE FORGES, **Le Droit de la Santé**, 2ª edição, Paris, 1995, p. 6, e J. M. SÉRVULO CORREIA, **Introdução ao Direito da Saúde**, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 39 segs, 41 (onde afirma que, apesar da vaguidade e abrangência da noção, a sua adopção parece recomendável em virtude de constar de uma convenção internacional de que Portugal é signatário).

² J.-MARIE AUBY, **La légitimité de l'intervention publique**, in *L'actualité juridique - Droit Administratif*, 1995, nº 9, pp. 588 segs, 588.

³ C. MOLINA DEL POZO, **Hacia una concepción expansiva de la salud pública en España**, in *Revista de Derecho Público*, nova época, nº 111, 1988, pp. 351 segs, 355, 356.

generosidade dos seus semelhantes ou com a caridade das instituições sociais. Da autoridade pública nada deve esperar”, escreve J.-MARIE AUBY⁴.

Esta posição é tributária do arraigado individualismo que se viveu no século XIX⁵. A saúde não era vista como uma preocupação social, pois o equilíbrio individual, físico e psíquico, constituía um domínio reservado que só a cada um cumpria defender. Admitir a intervenção do Estado seria diminuir a autonomia do indivíduo, a livre disposição do seu próprio corpo, e só em casos extremos de miséria e pobreza - quando, como refere J.-MARIE AUBY, o indivíduo não for capaz de se defender a si mesmo -, surge como preocupação - e ainda assim remota - dos poderes públicos.

A concepção de saúde pública era, assim, meramente assistencial⁶. Veja-se, a título de exemplo, a fórmula do artigo 240º da Constituição portuguesa de 1822 (último do texto constitucional...), onde se afirma que “As Cortes e o Governo terão particular cuidado na fundação, conservação, e aumento de casas de misericórdia, e de hospitais civis e militares, especialmente daqueles que são destinados para os soldados e marinheiros inválidos; e bem assim de rodas de expostos, montes pios, civilização dos Índios, e de quaisquer outros estabelecimentos de caridade”⁷.

As autoridades administrativas só intervinham excepcionalmente, em caso de epidemias ou calamidades sociais graves, que pudessem fazer perigar a saúde da colectividade. Às pragas medievais sucederam as doenças da industrialização e os problemas levantados pelo excesso populacional dos centros urbanos⁸, sendo este o campo de acção privilegiado dos órgãos de polícia sanitária, através de medidas restritivas das actividades económicas ou da liberdade individual. A Administração de Saúde do Estado Liberal é, assim, primacialmente agressiva⁹.

Só com o advento do Estado Social, principalmente no pós II Guerra, se pode falar em saúde pública como valor objectivo, como *riqueza colectiva*¹⁰, cujas protecção e promoção são assumidas como missões do Estado. A comunidade internacional reconheceu esta necessidade logo em 1948, afirmando no nº 1 do artigo 25º da Declaração Universal dos

⁴ J.-MARIE AUBY, *La légitimité...*, *cit.*, p. 588.

⁵ Sobre a Administração do período do liberalismo, v. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 2ª edição, Coimbra, 1994, pp. 79, 80.

⁶ Cfr. L. MORELL OCAÑA, *La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria*, in *Revista de Administración Pública*, nº 63, 1970, pp. 131 segs., 141 segs; R. MARTIN MATEO, *Ordenación pública del sector salud*, in *Revista de Administración Pública*, nº 81, 1977, pp. 371 segs, 372.

⁷ Cfr. também os artigos 145º/§29º, da Carta Constitucional de 1826, 28º/III, da Constituição de 1838, e 3º/29º da Constituição de 1911.

⁸ Uma análise das várias fases de evolução do tratamento das epidemias ao longo da História pode ver-se em F. DELAPORTE, *Les épidémies: approche historique*, in *Actes - Les cahiers d'action juridique*, nºs 81/82, 1992, pp. 7 segs.

⁹ Cfr. L. MORELL OCAÑA, *ob. cit.*, pp. 136 segs.

¹⁰ J. MOREAU/D. TRUCHET, *Droit de la Santé Publique*, Paris, 1981, p. 14.

Direitos do Homem 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 (...)”¹¹.

A par da vertente policial da intervenção das autoridades administrativas, emerge agora uma Administração de prestação de cuidados de saúde, amparada em estruturas criadas pelo Estado com o fim de concretizarem os objectivos da política de saúde. A este desdobramento corresponde, logicamente, uma *revolução de perspectiva*¹² em matéria de saúde: a par de um **Direito da Saúde** (constituído pelo “conjunto das normas aplicáveis às actividades cujo objecto é restaurar e proteger a saúde humana”¹³) - do qual o **Direito da Saúde Pública** é um sub-ramo (formado pelas “normas que regulam a organização e a actividade da Administração Pública, movida pelos fins de concretizar a garantia constitucional da protecção da saúde e manter tão elevado quanto possível o nível sanitário da população”¹⁴) -, passa agora a existir um **direito à saúde**¹⁵, uma posição jurídica activa dirigida a obter cuidados de saúde, através de uma estrutura organizada nesse sentido

Daí que se possa dizer, recorrendo mais uma vez aos ensinamentos de J.-MARIE AUBY que, no quadro do Estado Social, a *intervenção pública* das autoridades administrativas de saúde se desdobra em duas facetas: por um lado, regulamentando, interditando, autorizando, impondo, enfim, determinadas formas de actuação aos particulares, quando se movam em áreas relacionadas com a saúde pública¹⁶; por outro lado, assumindo o encargo de assegurar todo um conjunto de prestações de carácter material (e não só), quer em relação aos particulares que recorrem a instituições públicas de saúde, quer em relação a empresas que pretendem obter subvenções e outras facilidades para desenvolverem a sua actividade em domínios conexos com a saúde.

O despertar para esta missão social do Estado é patente em Portugal logo em 1951, data em que o legislador da (segunda) revisão da Constituição de 1933 adita ao artigo 6º uma nova tarefa estadual: a da defesa da saúde pública (nº 4). É, contudo, na Lei Fundamental de 1976 que surgem bem patentes as duas vertentes do bem *saúde*, no artigo 64º¹⁷: por um lado, a

¹¹ Vejam-se também os artigos 11º da Carta Social Europeia (1961) e 12º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966).

¹² J. MOREAU/D. TRUCHET, *ob. cit.*, p. 14.

¹³ Na definição de J.-MICHEL DE FORGES, *ob. cit.*, p. 7. Na formulação mais precisa de J. M. SÉRVULO CORREIA (na medida em que refere a faceta organizacional), “sistema de normas jurídicas de disciplinam as situações que têm a saúde por objecto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde” (**Introdução...**, *cit.*, p. 41)

¹⁴ J. M. SÉRVULO CORREIA, **Introdução...**, *cit.*, p. 48. V. também a formulação de G. CHIARELLI, **L'autonomia del Diritto Sanitario**, in *Scritti di Diritto Pubblico*, Milão, 1977, pp. 676 segs, 678.

¹⁵ Não, evidentemente, como nota J.-MICHEL DE FORGES, o “direito a gozar de uma saúde perfeita” - *ob. cit.*, p. 6.

¹⁶ As responsabilidades do Estado em sede de imposição de restrições aos particulares por motivos de saúde pública agudizam-se no final do nosso século, em virtude do cruzamento dos problemas sanitários com a preservação do meio ambiente. Por isso se torna particularmente importante a educação das populações, a sua sensibilização para a importância da observância das regras de higiene e limpeza, como forma de prevenir riscos, individuais e colectivos, e preparar o futuro - R. MARTÍN MATEO, *ob. cit.*, p. 374.

¹⁷ Cfr., a título de exemplo, a consagração do direito à saúde nas Constituições angolana (artigo 47/1), brasileira (artigo 6), belga (artigo 23/1), espanhola (artigo 43), francesa (Preâmbulo da Constituição de 1946), grega (artigo

faceta de *direito subjectivo à saúde* - “todos têm direito à protecção da saúde” -, a par de um dever fundamental de a defender e promover (nº 1)¹⁸; por outro lado, a *dimensão objectivo-programática*¹⁹, que se traduz na imposição de tarefas ao Estado, de criação e manutenção de uma estrutura de prestação de cuidados de saúde à colectividade (o Serviço Nacional de Saúde - nºs 2 e 3), sem embargo da possibilidade de poder contar com a participação de entidades privadas (nº 3/d).

Esta tarefa fundamental do Estado (cfr. a actual alínea d), do artigo 9º da Constituição da República Portuguesa = CRP)²⁰, bem assim como a dimensão subjectiva do direito à saúde, correspondem à explicitação de uma perspectiva predominantemente *positiva*, de promoção do bem *saúde*. No entanto, o direito à saúde comporta uma vertente *negativa*, “que consiste no direito a exigir do Estado (e de terceiros) que se abstenham de qualquer acto que prejudique a saúde”²¹.

E a esta dimensão negativa, individual, junta-se uma dimensão comunitária, como direito à defesa, por parte do Estado, do interesse (público) *saúde pública*²². Ela está patente nas alíneas d) e e), do nº 2 do artigo 64º, onde se prevêm actividades de fiscalização, a desenvolver por organismos administrativos, de actividades relacionadas com a saúde, na alínea f), do nº 2, do artigo 64º, que dispõe sobre a implementação de políticas de combate à toxicoddependência²³. Enfim, ela está subjacente ao artigo 64º no seu todo, pois se o Estado se investe na incumbência de assegurar a protecção do direito à saúde de cada cidadão, por maioria de razão deverá organizar uma estrutura administrativa de defesa da saúde pública.

Não seria crível, com efeito, que se reconhecesse o direito subjectivo à saúde e se desprezasse a protecção da saúde pública, condição essencial de bem estar colectivo. Conforme dispõe a Base I, da Lei 48/90, de 24 de Agosto (Lei de Bases da Saúde = LBS), “a protecção da saúde constitui um direito dos indivíduos e da comunidade que se efectiva pela responsabilidade conjunta dos cidadãos, da comunidade e do Estado (...)”. No Estado Social, a saúde pública é uma condição do desenvolvimento económico. A plena realização da

21/3), holandesa (artigo 22), italiana (artigo 32), moçambicana (artigo 54), de S. Tomé e Príncipe (artigo 49/1 e 2).

¹⁸ Sobre a natureza do direito à saúde como *direito social* (a acções do Estado no domínio da saúde), veja-se o acórdão do Tribunal Constitucional 39/84, in *Diário da República*, I, de 5 de Maio de 1984, pp. 1455 segs, ponto 2.2.1.

¹⁹ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, **Constituição da República Portuguesa, Anotada**, 3ª edição, Coimbra, 1993, p. 342.

²⁰ Da qual a acção da Comunidade europeia é complementar, nos termos do artigo 152/1 do Tratado da Comunidade europeia.

²¹ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 342.

²² G. CHIARELLI afirma que o interesse público da saúde obriga a dois tipos de actuações: por um lado, por parte do cidadão, que tem o dever de se abster de comportamentos que lesem a saúde de terceiros; do Estado, a quem incumbe, não só a promoção, como também a defesa da saúde pública - **Lo Stato e l'assistenza sanitaria**, in *Scritti di Diritto Pubblico*, Milão, 1977, pp. 651 segs, 655.

²³ Cfr. o acórdão do Tribunal Constitucional 76/85 (in *Diário da República*, II, de 8 de Junho de 1985, pp. 5362 segs (*max.* 5365), onde se afirma, justificando o controlo exercido pelo Estado sobre o exercício de actividades relacionadas com a saúde, que a saúde (e a medicina) “devem relevar de uma função pública e social”.

situação individual de bem-estar depende do bom estado sanitário da comunidade em geral, para a qual todos devem dar o seu contributo²⁴.

Há, assim, uma bifacetação do Estado - e da Administração, sua *longa manus* na execução das políticas económicas e sociais - no domínio da Saúde. À *friendliness*²⁵ do Estado que cria e mantém uma estrutura administrativa de prestação de cuidados de saúde tendencialmente gratuita, junta-se uma *roughness* (do outro lado) da Administração que tem por missão prevenir e debelar situações de risco sanitário, se necessário com o sacrifício de direitos dos cidadãos. No nosso ordenamento jurídico, este *dirty work* cabe às autoridades de saúde (Base XIX da LBS), cuja existência, estrutura e competências são disciplinadas no DL 336/93, de 29 de Setembro.

Nos termos do artigo 3º deste diploma, as autoridades de saúde dividem-se em três níveis: nacional - o Director-Geral da Saúde²⁶ -, regional - os delegados regionais -, e concelhio - os delegados concelhios de saúde, todos na dependência hierárquica do Ministro da Saúde. As competências destas entidades vão desde a direcção e supervisão do Director-Geral de Saúde da actividade das autoridades de saúde (artigo 6º/a)), passando pela orientação, coordenação e apoio da execução dos programas das actividades dos delegados de saúde concelhios, por parte dos delegados regionais de saúde (artigo 7º/a)), até às múltiplas funções dos delegados concelhios, enumeradas nas várias alíneas do artigo 8º/1.

Como se refere no Preâmbulo do DL 336/93, “a figura da autoridade regional de saúde introduz unidade e pertinência na acção e dá oportunidade ao planeamento e à coordenação em áreas territoriais mais amplas.

(...) A articulação funcional de intersectorial ganha sobretudo com a manutenção da área administrativa mínima da autoridade de saúde ao nível do concelho. O que não restringe o estabelecimento de organização específica nos grandes aglomerados urbanos”.

Nota-se, assim, a preocupação do legislador em manter uma estrutura de acção mais específica, em função do princípio da aproximação da actuação administrativa dos problemas concretos, que corresponde aos delegados concelhios. Isto sem desprezar as necessárias unidade e coordenação de acção, asseguradas pelos delegados regionais, bem assim como o imprescindível vínculo hierárquico à Direcção-Geral da Saúde, interlocutor directo com o órgão máximo da hierarquia - o Ministro da Saúde.

b) Sequência

²⁴ Cfr. J.-MARIE AUBY, *Le Droit de la Santé*, Paris, 1981, p. 12.

²⁵ U. ALEGRETTI, *Ancora su pubblica amministrazione e valori costituzionali*, in *Amministrazione pubblica e costituzione*, Milão, 1996, pp. 227 segs, 236 .

²⁶ As atribuições da Direcção-Geral da Saúde, a sua estrutura e as competências das suas várias divisões estão previstas no DL 122/97, de 20 de Maio.

No âmbito do tema que nos propusemos abordar, as nossas breves considerações limitar-se-ão à faceta agressiva da Administração de Saúde, nomeadamente à actuação das autoridades de saúde em defesa do bem *saúde pública*, porque aí se podem gerar violações dos direitos fundamentais dos cidadãos, mais concretamente dos seus direitos de liberdade²⁷. Ainda aqui haverá que circunscrever a exposição à execução material da Administração de Saúde, deixando de fora os seus poderes normativos, de elaboração de regulamentos sanitários.

Não serão objecto da presente análise as questões relacionadas com a Bioética, ou seja, a complexa problemática gerada em torno das “intervenções sobre o homem como ser biológico à luz da ética e do direito”²⁸.

Começaremos por fazer um enquadramento genérico das principais questões que se colocam, em abstracto, potencialmente, neste domínio, avançando critérios para a sua resolução, ou, pelo menos, para a equação de soluções materialmente fundadas (II). Em seguida, apelando a uma técnica de simulação de casos da vida, tentaremos aplicar os critérios enunciados e verificar da sua idoneidade e eficácia na resolução de conflitos actuais entre os direitos de liberdade e o bem jurídico *saúde pública* (III). O passo seguinte será o de tentar estabelecer parâmetros de actuação das autoridades administrativas de saúde, na sua difícil articulação entre o interesse público e os interesses individuais dos cidadãos afectados pelas medidas de defesa da saúde pública adoptadas (IV). Terminaremos por tecer algumas considerações conclusivas sobre a temática objecto de análise (V).

II. Constituição, liberdade individual e saúde pública: conflitos potenciais

Observámos em I. a dupla faceta que a saúde assume no texto constitucional. Ela surge numa vertente privada, garantindo duplamente o direito à saúde (nas suas dimensões positiva e negativa²⁹), e dela também se extrai a valoração jusfundamental do interesse público da saúde, que é assim alcandorado a bem fundamental, cuja defesa e promoção cabem, em primeira linha, ao Estado e demais entidades públicas e, em segunda linha, ao cidadãos e pessoas colectivas de direito privado, numa tarefa comunitária de solidarização e responsabilização.

²⁷ Os direitos de liberdade equivalem a uma concepção liberal de direitos fundamentais, são os direitos, liberdades e garantias em sentido clássico - direitos de defesa do cidadão face ao Estado. Opõem-se aos direitos de igualdade, os quais surgem numa fase posterior da evolução do Estado, e se concretizam através da criação de condições de igualdade material, correspondendo aos direitos económicos, sociais e culturais. Sobre esta distinção, v. JORGE MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional**, IV, 2ª edição, Coimbra, 1993, pp. 95 segs.

²⁸ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, **Direito e Bioética**, in *Direito e Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 9 segs, 9.

²⁹ Em bom rigor, a faceta negativa do direito à saúde acaba por se reconduzir à defesa da integridade física e psíquica do cidadão contra atentados de que o seu equilíbrio vivencial possa ser alvo, quer por parte dos poderes públicos, quer de privados. Assim, teríamos o direito à saúde na sua vertente reactiva como um resultado da *concorrência* - na modalidade de acumulação (J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, 1998, p. 1136) - entre um direito ao bem-estar, físico e psico-somático, e os direitos à inviolabilidade da integridade física e psíquica.

*O bem saúde pública é, assim, reconhecido como um objecto valioso, digno de protecção jurídica e constitucionalmente garantido*³⁰. Esta asserção é suficiente para admitir, teoricamente, a possibilidade de uma **colisão** entre um bem jurídico jusfundamental e direitos fundamentais, colocando, em consequência, a questão de saber como ultrapassar, de uma forma constitucionalmente correcta, os problemas gerados³¹.

a) A colisão do bem jurídico *saúde pública* com direitos de liberdade

Os choques entre a necessidade de protecção da saúde pública e a tendencial impenetrabilidade da esfera de liberdade do cidadão podem ocorrer a vários títulos. Pense-se, por exemplo, em casos como os internamentos compulsivos para submissão a tratamento, as vacinações obrigatórias, a desinfestação de domicílios, que afrontam a liberdade individual, tutelada pelo artigo 27º da CRP, o direito à inviolabilidade da integridade física, salvo com o consentimento do titular, com sede constitucional no artigo 25º da CRP, e o direito à inviolabilidade do domicílio, previsto no artigo 34º da Lei Fundamental, respectivamente. Há aqui uma inviabilização do exercício de direitos, liberdades e garantias por parte da Administração, que deve ser materialmente fundamentada.

Mas imaginem-se também situações, tais como a suspensão de laboração de um matadouro, o encerramento de um restaurante, que laboram em condições de risco para a saúde pública, ou o aviso sobre propriedades nocivas de um medicamento³². Em qualquer um destes casos, a actuação administrativa põe em causa, por um lado, a liberdade de iniciativa privada (artigo 61º/1 da CRP) e o direito de propriedade (artigo 62º/1 da CRP) dos empresários e, por outro lado, o direito ao trabalho (artigo 58º da CRP) dos empregados das entidades visadas, direitos que, não revestindo de imediato a natureza de direitos, liberdades e garantias (porque estão fora do Capítulo I, do Título II, da Parte I, da Constituição), assumem, em função da sua potencialidade de ajudar à realização plena do indivíduo na sua vivência comunitária, a forma de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias - por força da abertura possibilitada pelo artigo 16º da CRP -, e seguem o regime daqueles em virtude da extensão operada pelo artigo 17º da Lei Fundamental³³.

³⁰ J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional...**, *cit.*, p. 1138.

³¹ Sobre a noção de colisão entre bens e direitos fundamentais, v. J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional...**, *cit.*, pp. 1138 segs.

³² Os avisos ao público, apesar de serem meras advertências, podem ter efeitos tão ou mais lesivos do que actos administrativos proibitivos, dada a lógica popular do “nunca fiando”. Por isso, a Administração deve ter uma especial atenção na sua emissão, de modo a não causar danos desnecessários, observando, nomeadamente, o princípio da boa-fé. Cfr. o nosso **Operações materiais administrativas**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1º Suplemento, Lisboa, 1998, pp. 205 segs, 221 e 226, 227. V. também o acórdão do STA, I, de 20 de Junho de 1989, in *Apêndice ao DR*, de 15 de Novembro de 1994, pp. 4384 segs.

³³ Sobre o critério de qualificação dos direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, v. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976**, reimp., Coimbra, 1987, pp. 195 segs. Para uma síntese das principais posições da doutrina portuguesa sobre a extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos fundamentais de natureza análoga, cfr. JORGE BACELAR

A disciplina constitucional das restrições a direitos, liberdades e garantias consta dos nºs 2 e 3, do artigo 18º da CRP³⁴: proibição de restrições não orientadas pela preocupação de “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”; carácter restritivo das restrições; carácter geral e abstracto das normas impositivas de restrições (ou igualdade na sua imposição por parte da Administração); proibição de restrições com carácter retroactivo; proibição de afectação do núcleo essencial do direito³⁵. Estas directrizes devem ser lidas em conjugação com o princípio ancilar em que assenta a nossa ordem jurídico-constitucional: o respeito pela dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP)³⁶.

Com efeito, é o *radical subjectivo*³⁷ da dignidade da pessoa que deve servir de norte à interpretação e concretização das normas constitucionais atributivas de direitos fundamentais. Deste imperativo de respeito pela essência da personalidade humana e pelo seu desejo de realização plena em sociedade extrai-se, como corolário, o princípio da liberdade. Sem conter, à semelhança da Lei Fundamental de Bona (1949), um direito genérico de liberdade (cfr. artigo 2), a nossa Constituição, assentando numa ordem aberta de direitos fundamentais (cfr. o artigo 16º/1), que se qualificam a partir do incontornável referencial da dignidade da pessoa, ancora-se numa ideia de liberdade, interpenetrada, obviamente, pela ideia de igualdade/solidariedade, no que revela uma aliança típica de um Estado que se assume como Social de Direito.

Este princípio de liberdade pode definir-se a partir de uma fórmula de BERLIN, que nos parece particularmente feliz: “To be free to choose, and not to be chosen for, is an inalienable ingredient in what makes human beings human”³⁸. Qualquer limitação à *autonomia vital*³⁹ individual deve ser justificada em função da necessidade de prossecução de determinados fins de interesse colectivo e não o contrário. Por outras palavras, apelando à síntese de JORGE MIRANDA, os limites devem ser funcionalizados aos direitos, não sendo admissível que os direitos quedem funcionalizados aos limites⁴⁰.

GOUVEIA, **Os direitos fundamentais atípicos**, Lisboa, 1995, pp. 415 segs.

³⁴ V., numa perspectiva comparada, P. BON, **La protection constitutionnelle des droits fondamentaux. aspects de droit comparé européen**, in *revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990, pp. 9 segs, *max.* 46 segs.

³⁵ Estes comandos são primacialmente dirigidos ao legislador, mas o seu alcance vai muito mais além, constituindo imperativos de orientação da actividade administrativa, regulamentar e material, sempre que estiverem em causa limitações ao exercício de direitos fundamentais e, claro, aos tribunais, como parâmetros aferidores da constitucionalidade das leis (em sentido formal) e da legalidade da actuação das autoridades administrativas.

³⁶ Em especial sobre o conceito de “dignidade da pessoa humana”, vejam-se I. VON MUNCH, **La dignidad del hombre en el derecho constitucional**, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, nº 3, pp. 9 segs; E. BENDA, **Dignidad humana y derechos de la personalidad**, BENDA/MAIHOFFER/VOGEL/HESSE/HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, pp. 117 segs; F. MODERNE, **La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les Constitutions portugaise et française**, in *Perspectivas Constitucionais*, I, org. de Jorge Miranda, Coimbra, 1996, pp. 197 segs.

³⁷ JORGE MIRANDA, **Manual...**, *cit.* p. 76..

³⁸ *Apud.* R. ALEXY, **Teoria de los Derechos Fundamentales**, Madrid, 1993, pp. 348

³⁹ JORGE MIRANDA, **Manual...**, *cit.*, p. 169.

⁴⁰ JORGE MIRANDA, **Manual...**, *cit.*, p. 115.

O artigo 18º/2 da Constituição não veda a possibilidade de imposição de restrições a direitos fundamentais, antes a disciplina. Nenhum direito deve ser tomado como absoluto, havendo que fazer uma leitura integrada dos vários preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, a fim de permitir, na prática, uma sã convivência entre estes.

Essa *cláusula de sociabilidade* entre os direitos, quando não expressa na Constituição, vai encontrar-se na teoria dos limites externos⁴¹. Estes surgem na doutrina e na jurisprudência constitucional germânicas, para justificar as restrições impostas a direitos, cujas normas atributivas não incluem qualquer cláusula habilitativa de restrições. A existência de um bem jurídico constitucionalmente tutelado - a saúde pública - vai servir como fundamento imanente ou implícito de restrições a direitos, liberdades e garantias, com os cuidados que se explanarão em **b**).

Uma coisa, porém, é certa: o artigo 64º da Constituição assegura um direito à saúde de cada pessoa, o qual, na vertente negativa de que nos ocupamos, permite ao cidadão exigir do Estado e demais entidades públicas que se abstenham de práticas potencial ou actualmente lesivas da sua saúde. Simultaneamente, impõe também um dever de defender a saúde e de a promover. Mas este dever tem como objecto a saúde pública, não a saúde privada; ou seja, o Estado impõe ao cidadão a obrigação de, por força da sua inserção na comunidade, tudo fazer para preservar o bom estado sanitário geral, mas não lhe impõe a obrigação de se manter, a si próprio, de boa saúde.

Esta conclusão firma-se no princípio de liberdade que enforma a matéria dos direitos, liberdades e garantias, e decorre directamente do princípio do respeito pela pessoa humana, pela salvaguarda da sua capacidade essencial de autodeterminação. O Estado defende o direito à saúde de cada um apenas negativamente, não positivamente, impondo-lhe um comportamento activo de preservação da sua saúde⁴². Num Estado de Direito, o indivíduo - pelo menos aquele que estiver na plena posse das suas faculdades - não pode deixar de ser dono de si próprio, assumindo, em liberdade, as responsabilidades da vida comunitária.

Só na medida em que o mau estado de saúde de alguém possa reflectir-se no estado sanitário comunitário é que o Estado pode intervir, impondo determinados comportamentos (ou abstenção deles) ao cidadão doente. Admitir o contrário seria desvirtuar o fundamento primeiro do nosso ordenamento jurídico constitucional, despojando o indivíduo, em nome de

⁴¹ R. ALEXY, *ob. cit.*, pp. 268 segs.

⁴² No mesmo sentido, D. VINCENZO AMATO, *Commentario dell'articolo 32, IIº comma*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bolonha, 1979, pp. 168 segs, 175 segs; da mesma autora, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, Fasc. XII, pp. 2462 segs, 2471; C. CASONATO, *Riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori in Italia e Stati Uniti: prime considerazione*, in *Diritto & Società*, 1993, nº 4, pp. 677 segs, 691, nota 43.

paternalismos⁴³ que facilmente degeneram em autoritarismo, da sua mais elementar concretização de liberdade: o direito de opção.

Dito isto, analisemos sumariamente alguns tópicos de resolução de conflitos entre bens e direitos de raiz fundamental.

b) A superação do conflito: ponderação e concordância prática. O papel do princípio da proporcionalidade

A ideia principal a reter nesta sede é a seguinte: os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*, à procura de uma optimização⁴⁴. Não devem tomar-se como absolutos, havendo antes que harmonizar a convivência dos direitos uns com os outros e também, naturalmente, com os bens jurídicos que a Constituição acolhe sobre a sua protecção.

Como explica VIEIRA DE ANDRADE, na análise de um conflito de direitos fundamentais - ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos -, a solução deve ser encontrada no quadro de *unidade da Constituição*, “tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes”. Este *princípio de concordância prática* é “apenas um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida possível”⁴⁵.

Chegar a uma solução razoável através de um *balancing process*, esse é o desafio que o aplicador do direito vai ter que enfrentar⁴⁶. Uma vez colocado perante uma situação em que a salvaguarda de um bem jusfundamental põe em risco a valência prática de um direito, em alguma das suas vertentes, o órgão aplicador do Direito - as autoridades de saúde, no nosso caso - deve, em primeiro lugar, proceder a uma tarefa de consideração dos interesses em presença⁴⁷. Ou seja, por um lado, avaliar qual o risco efectivo que a conduta do particular reveste para a saúde pública e, por outro lado, sopesar a medida em que a plena realização do direito fundamental lesa o interesse público⁴⁸. Nesta fase, a Administração avalia, ao cabo e

⁴³ Cfr. as observações de J. CASALTA NABAIS, a propósito da imposição de obrigação de uso de cinto de segurança como forma de protecção do indivíduo *contra si próprio*, em **Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais**, in *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra, 1998, pp. 965 segs, 972.

⁴⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional de conflitos e protecção de direitos fundamentais**, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3815, pp. 35 segs, 38.

⁴⁵ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais...**, *cit.*, p. 222.

⁴⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional...**, *cit.*, pp. 1109 segs.

⁴⁷ Porque a resposta que se busca é sempre *situativa*, ou seja, em função das circunstâncias do caso concreto - J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional...**, *cit.*, p. 1109.

⁴⁸ A identificação do âmbito de protecção normativa do direito (*Tatbestand*) - ou direitos - afectado é, na verdade, o primeiro passo da análise, na medida em que só depois de aferir o que aí cabe e não cabe, é que é possível - logicamente - qualificar a intervenção como restritiva ou meramente conformadora. Cfr. sobre esta operação, R. ALEXY, *ob. cit.*, pp. 292 segs; J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional de conflitos...**, *cit.*, pp. 38 segs (v. também a continuação, no nº 3821, a pp. 231 segs) e **Direito constitucional...**, *cit.*, pp. 1141 segs.

São de afastar, por isso, em nossa opinião, as teorias restritas do *Tatbestand*, que, sob a capa de limitações impostas aprioristicamente - internamente - em nome de interesses da comunidade ou de uma noção de modalidades específicas de exercício do direito, encobrem o que, na grande parte dos casos, são verdadeiras

ao resto, da verificação dos pressupostos de facto do conceito indeterminado *risco para a saúde pública*.

Em segundo lugar, e depois de constatar a inevitabilidade da actuação, deverá ponderar sobre as medidas possíveis a adoptar para pôr termo à situação de risco. Aqui, a Administração deverá eleger as formas de actuação potencialmente idóneas para fazer face à situação de risco, operação que comporta, na grande maioria dos casos, a elaboração de juízos de prognose sobre a evolução futura da situação e a sua compaginação com as medidas idealmente eleitas⁴⁹. O juízo de idoneidade deverá desdobrar-se numa tripla avaliação: espacial, material e temporal⁵⁰;

Só então, em terceiro lugar, após ter seleccionado um leque de medidas possíveis, haverá de escolher a menos lesiva para o particular⁵¹, desde que a realização do interesse público fique assegurada. Em qualquer caso, nunca a medida poderá afectar o núcleo essencial do direito do cidadão⁵².

Os passos que referimos são tradução dos critérios constitucionais de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, *rectius*, parâmetros de concretização de cláusulas restritivas do conteúdo de direitos, liberdades e garantias, plasmados nos n.ºs 2 e 3, do artigo 18.º da CRP. Trata-se de fazer actuar, de acordo com a situação concreta, o *iter* argumentativo do princípio da proporcionalidade, na sua tripla dimensão: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ou proibição do excesso⁵³.

restrições externas ao âmbito de protecção da norma, fugindo assim, quer ao princípio da reserva de lei na imposição de restrições, quer à construção de uma argumentação legitimadora destas. Para uma exposição das teorias do *Tatbestand* restrito e amplo e optando pela segunda, v. ROBERT ALEXY, *ob. cit.*, pp. 298 segs, *max.* 311 segs. Contra, optando pela teoria do *Tatbestand* restrito, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais...**, *cit.*, pp. 215 segs, *max.* 219.

⁴⁹ Neste momento, em que é chamada a fazer uma espécie de futurologia, a Administração deverá apoiar-se em dados de dois tipos: os objectivamente observáveis - os factos de que dispõe e que configuram a situação de perigo concreta - e os dados de experiência - o apelo a casos análogos cujo paralelo pode aconselhar a actuação num determinado sentido. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, **Fidelidade à República ou fidelidade à NATO?**, Coimbra, 1986, pp. 58 segs.

⁵⁰ A medida deve incidir sobre o espaço geográfico em que se verifica a situação anormal; o seu conteúdo deve ser objectivamente apto a realizar o fim em causa; a sua duração deve conter-se dentro dos estritos limites do período em que perdurar a situação de perigo - VICENTE ALVAREZ GARCÍA, **El concepto de necesidad en Derecho Público**, Madrid, 1996, pp. 469, 470.

⁵¹ Queremos referir-nos a escolhas *excludentes*, pois, na verdade, no segundo momento - o da avaliação da adequação da medida -, a Administração faz selecções de medidas a adoptar potencialmente, em função de juízos de experiência e de prognose. Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, **O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos**, Coimbra, 1992, pp. 374 segs.

⁵² A proibição de afectação do núcleo essencial do direito não é senão um limite aos limites, ou seja, uma concretização do princípio da proibição do excesso. Neste sentido, R. ALEXY, *ob. cit.*, pp. 186 segs.

⁵³ Na conhecida tripartição alemã (*Erforderlichkeit, Geeignetheit, Übermassverbot*). Esta tripartição foi ganhando forma, na doutrina e jurisprudência alemãs, na parte final do século XIX, mas foi nos anos '50 que os subprincípios foram claramente destrinchados, tendo sido abordados por Lerche no início dos anos '60, numa obra de referência (*Übermassverbot und Verfassungsrecht*, 1961). Tendo uma aplicação largamente aceite no domínio dos direitos fundamentais, nomeadamente como limite às restrições do seu conteúdo (cfr. E. PEDRAZ PENALVA/V. ORTEGA BENITO, **El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas**, in *Poder Judicial*, n.º 17, 1990, pp. 69 segs, 82 segs), discute actualmente a doutrina alemã a possibilidade da sua "macrocefalização", ou seja, a sua transformação num princípio objectivo de organização e limitação dos poderes - cfr. VITALINO CANAS, **O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações**, in *Perspectivas Constitucionais*, II, org. de Jorge Miranda, Coimbra, 1997, pp. 321 segs, 329 segs.

O respeito destes critérios permitirá justificar, de forma constitucionalmente aceitável, a restrição - se for o caso - sofrida pelos direitos individuais, e assegurar a concordância prática entre a necessidade de realização do interesse público e o respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos cidadãos, equilíbrio essencial a preservar pela Administração num Estado de Direito (cfr. artigo 266º/1, conjugado com os artigos 3º/1 e 18º/1, todos da CRP).

III. Casos da vida de um médico de saúde pública: alguns conflitos actuais

Dentro do Direito da Saúde Pública existem, como já vimos, duas vertentes, preventiva e repressiva, cuja prossecução cabe às autoridades de saúde. A actividade de polícia sanitária subdivide-se, assim, de acordo com WOLFF/BACHOF, em três realidades: a *prevenção geral* (controlo da indústria de produtos de cosmética, da publicidade de produtos que ponham em risco a saúde, como o tabaco ou o álcool), a *prevenção especial* (vigilância sobre animais ou plantas portadoras de infecções) e a *repressão* (através da aplicação de sanções administrativas e de coimas aos particulares em virtude da prática de actos que façam perigar a saúde pública⁵⁴)⁵⁵.

A dimensão repressiva é por vezes de muito difícil diferenciação da preventiva. Há situações em que a segunda é clara - a vacinação obrigatória, por exemplo -, outras em que é incontroversa a intenção repressiva - sanção aplicada a um proprietário de gado doente que tenta introduzir as reses no mercado. Porém, casos há em que ambas se misturam, embora se possa apontar uma como preponderante. *V.g.*, o encerramento de um estabelecimento que labora em condições de risco para a saúde pública tem uma componente sancionatória, mas não deixa de se apresentar como uma forma de obstar a que maiores danos ocorram (no que se revela a faceta preventiva).

A imaginação humana não tem limites e seria impensável explorar aqui todas as situações em que saúde pública e liberdade individual se podem afrontar. Optámos, por isso, por “construir” alguns casos como hipóteses de trabalho, de entre os mais vulgares apontados pela doutrina, apoiados, na medida do possível, em referências legislativas.

Assim, em **1)** analisaremos o problema de um tratador de cavalos a quem é imposta a vacinação anti-tetânica; em **2)** reflectiremos sobre a necessidade de imposição de declaração obrigatória da SIDA a um indivíduo que acabou de cumprir pena por uma série de crimes de violação, que é posto em liberdade e que contraiu a doença na prisão; em **3)** deteremos a nossa atenção sobre a legitimidade da invasão de um domicílio para efectuar uma desparasitação, na ausência de consentimento do particular; em **4)** avaliaremos da

⁵⁴ Cfr. o artigo 22º do DL 28/84, de 20 de Janeiro (abate clandestino de animais para consumo público) e os artigos 282º (corrupção de substâncias alimentares ou medicinais) e 283º (propagação de doença, alteração de análise ou de receituário) do Código Penal.

⁵⁵ H. WOLFF/O. BACHOF, *Verwaltungsrecht*, III, 4ª edição, Munique, 1978, pp. 116 segs.

legitimidade das autoridades sanitárias para barrar a entrada no país a um grupo de nómadas, de origem grega, a que foi detectada lepra; em 5) a questão será a de saber se é admissível o encerramento de um estabelecimento de restauração que labora em condições sanitárias precárias; e em 6) abordaremos o problema do internamento compulsivo de um doente mental que se auto-flagela publicamente.

1) A Portaria 19.058, de 3 de Março de 1962, impunha a obrigação de vacinação anti-tetânica a indivíduos que se dedicassem ao exercício de determinadas profissões (tratamento de animais, trabalhos agrícolas, operações de limpeza) e o artigo 5º/2/a) do DL 336/93 atribui competências à autoridades de saúde para exercer a “vigilância epidemiológica”, em cujo âmbito cabe a administração de vacinas. Se um cidadão se quiser furtar a receber uma vacina, invocando o seu direito à liberdade de receber cuidados de saúde - em última análise, o direito à inviolabilidade da sua integridade física (artigo 25º/1 da CRP) -, poderá opor-se a que a Administração lhe administre?

O direito à inviolabilidade da integridade física consta de uma norma em que não existe qualquer cláusula habilitativa de restrição. No entanto, como referimos *supra*, os direitos não devem considerar-se absolutos, e o facto de a norma não contemplar uma possibilidade de restrição explícita não significa que o direito não possa, por imperativos de convivência com o bem jurídico *saúde pública*, ver reduzido o seu âmbito de protecção.

A restrição imposta à inviolabilidade da integridade física será admissível se revestir o carácter de necessidade - se houver um risco efectivo de contracção e difusão da doença pelo indivíduo -, se a vacinação for um meio idóneo para evitar a contracção e difusão da doença - se for o mais eficaz - e se não houver outra forma de evitar a contracção da doença, com um menor sacrifício para o cidadão.

De sublinhar será a possibilidade de o cidadão escolher o médico que lhe administre a vacina - ainda que, sendo fora do serviço público, tenha que a custear -, em virtude do princípio de que, desde que o resultado se obtenha, a limitação da liberdade do indivíduo deve ser a menor possível⁵⁶. Provada a inoculação por meio de um certificado, o cidadão poderá exercer a actividade desejada, agora já sem risco de propagação da doença.

2) A hipótese de imposição da declaração obrigatória de uma doença infecto-contagiosa como a SIDA - apenas admissível de *jure condendo*⁵⁷ - põe em confronto a saúde pública com o direito à privacidade do cidadão, previsto no artigo 26º/1 da CRP, mais uma vez sem que a

⁵⁶ Cfr. J. MOREAU/D. TRUCHET, *ob. cit.*, pp. 106, 107; A. SANDULLI, **Manuale di Diritto Amministrativo**, I, Nápoles, 1989, p. 124.

⁵⁷ Isto porque a SIDA não vem mencionada na Portaria 1071/98, de 31 de Dezembro (que aprova a tabela de doenças de declaração obrigatória, ordenada de acordo com o código da 10ª Revisão da Classificação Internacional).

Constituição habilite expressamente o legislador a proceder a quaisquer restrições ao conteúdo dos direitos.

Apelemos aos critérios do princípio da proporcionalidade para resolver o caso do ex-presidiário condenado por vários crimes de violação. O risco de reincidência, com propagação da doença, poderá justificar a exigência de declaração obrigatória, com sujeição a um regime de vigilância especial. Há que ponderar aqui entre o direito à privacidade - que fica restringido, pois o cidadão é obrigado a *desnudar* a sua história clínica -, e o direito à saúde de terceiros. A medida assume-se como necessária e adequada, e a protecção do núcleo essencial terá que ficar assegurada através da garantia da confidencialidade⁵⁸.

A inserção do indivíduo na comunidade e a sua vivência normal - leia-se, sem ter que suportar o peso de uma censura ou mesmo um ostracismo por parte da comunidade -, não ficará afectada, se ele não incorrer em comportamentos de risco. Claro que a dificuldade estará em qualificar o que são comportamentos de risco numa doença de propagação sexual como a SIDA... Sempre se dirá, no entanto, que ao indivíduo não deverá ser negada a possibilidade de ter uma vida sexual, desde que fique assegurada a informação do seu parceiro sobre a doença de que é portador.

Em casos extremos, de tendência compulsiva e patológica para a sedução - até, por vezes, como forma de libertação da revolta sentida por ter contraído a doença -, o indivíduo poderá ser acusado da prática do crime de propagação de doença contagiosa, previsto e punido pelo artigo 283º/1/a) do Código Penal, e submetido a uma pena de prisão em conformidade.

3) Veio há tempos a lume uma notícia sobre uma idosa que vivia num prédio de apartamentos em condições de extrema imundície, de tal forma que os vizinhos se queixaram às autoridades sanitárias. Esta situação, a par de outras que exijam a entrada em domicílios sem o consentimento do residente por motivos de saúde pública, confronta o interesse público da saúde com o direito à inviolabilidade do domicílio, com assento constitucional no artigo 34º.

As autoridades de saúde, ao abrigo da alínea b), do nº 2, do artigo 5º do DL 336/93 (que lhes atribui competência para “determinar todas as medidas correctivas necessárias para a defesa da saúde pública”), poderão invadir o domicílio do particular, contra ou na ausência da declaração expressa de consentimento, para fazer cessar a fonte de perturbação do bem *saúde*?

A Constituição, sem tolher a possibilidade de entrada em domicílios contra a vontade do titular (salvo se de noite - nº 3 do artigo 34º), delimita cuidadosamente esta hipótese.

⁵⁸ Perante uma norma que impunha a realização de um teste de despistagem do vírus da SIDA como condição de manutenção dos contratos de trabalho, nos sectores público e privado, a *Corte Costituzionali* italiana pronunciou-se no sentido da sua inconstitucionalidade. Baseou-se no respeito pela dignidade da pessoa humana, pelo direito à privacidade e em argumentos de necessidade e de adequação, afirmando que não são admissíveis controlos sanitários indiscriminados, em massa, mas apenas e tão-só aqueles que, em função do teor da actividade exercida, sejam efectivamente imprescindíveis à prevenção da propagação da doença - N. RECCHIA, **Libertà individuale, salute collettiva e test anti-AIDS**, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, Fasc. 1, pp. 559, 563 segs.

Nomeadamente, veda a entrada de qualquer entidade num domicílio sem obtenção de prévia autorização de um juiz, “nos casos e segundo as formas previstas na lei” - a lei processual penal, concretamente o artigo 177º/1 do Código de Processo Penal.

Porém, não só o fundamento de aplicação desta exigência aos casos de entrada de funcionários administrativos em domicílios particulares parece não se verificar (pelo menos, sempre que for precedida de notificação prévia)⁵⁹, como sempre poderemos estar perante situações em que não há tempo para obter o mandado judicial (estado de necessidade administrativo⁶⁰). Pense-se, por exemplo, numa explosão no interior de uma vivenda em que estão armazenados resíduos altamente tóxicos, que acarreta o risco de propagação e intoxicação da comunidade.

A entrada em domicílios por motivos de saúde pública sem necessidade de prévia autorização judicial é, pois, admissível, desde que se verifique o pressuposto da necessidade de intrusão e depois de se tentar obter o consentimento do particular, para que o sacrifício da sua intimidade seja o menor possível.

4) A obstrução de entrada do grupo de nómadas gregos portadores de lepra não pode ser resolvida através de normas constitucionais - nomeadamente, do direito de livre circulação no território nacional reconhecido aos cidadãos de origem portuguesa (com sede no artigo 44º da CRP, conjugado com a norma de equiparação do artigo 15º/1 da CRP). Isto porque há que ter em atenção a integração de Portugal na União Europeia e a vinculação do Estado português aos princípios fundamentais da ordem comunitária - neste caso, ao princípio da liberdade de circulação de pessoas (artigo 18º do Tratado da Comunidade Europeia=TCE).

O artigo 39º/3 do TCE (e a Directiva 64/221) admite restrições à livre circulação de trabalhadores por motivos de saúde pública, facto que legitima o Estado português a adoptar fundamentos desse tipo (cujo fundamento é controlável pelo Tribunal de Justiça das Comunidades europeias⁶¹) para impedir a entrada de cidadãos de Estados comunitários no território português, mesmo que não detenham o estatuto de trabalhadores⁶².

⁵⁹ Uma fundamentação mais detalhada desta posição pode ver-se no nosso **Contributo para o estudo das operações materiais administrativas e do seu controlo jurisdicional**, Coimbra, 1999, Parte I, Cap. I, 2.4.2.3..

⁶⁰ V. *infra*, IV.

⁶¹ Pois, a não ser assim, estaria encontrada uma forma de contornar a obrigação de solidariedade comunitária (artigo 10º do TCE), possibilitando, não só o incumprimento do dever de não obstruir a livre circulação de pessoas no espaço comunitário, como também a criação de situações de discriminação encapotada.

⁶² Porque a *ratio* da norma não assenta no estatuto de trabalhador, mas sim na possibilidade de transmissão de uma doença por alguém a quem o Estado conceda permissão de entrada no seu território. À data da assinatura do Tratado de Roma, estava prevista a mera instituição de um mercado comum, sendo as liberdades clássicas (as “quatro liberdades”) desenhadas em função do *homo oeconomicus*. Com o aprofundamento da integração, a liberdade de circulação de trabalhadores foi-se estendendo a outras “categorias” de pessoas. Mesmo que, em nome de um princípio de interpretação restritiva das normas restritivas de direitos, não se fundamente a proibição de entrada a cidadãos não trabalhadores no artigo 39º do TCE, sempre se poderá reconduzir essa cláusula de salvaguarda ao que resta da soberania dos Estados, como confirmação da sua capacidade residual para autorizar a entrada de cidadãos no seu território. Sobre a excepção de saúde pública prevista no TCE, vejam-se A. GOUCHA SOARES, **A livre circulação de pessoas na Europa comunitária**, Viseu, 1990, p. 40; MARIA LUÍSA DUARTE, **A liberdade de circulação de pessoas e a ordem jurídica comunitária**, Coimbra, 1992, pp. 234 segs.

Relativamente a cidadãos não detentores da cidadania da União, sempre teria que se considerar que a extensão dos direitos fundamentais aos estrangeiros, operada pelo artigo 15º/1 da CRP (“aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal” - sublinhado nosso), e ressalvados os casos em que haja convenções internacionais a disciplinar a entrada de cidadãos de determinados Estados em território nacional⁶³, só opera se a sua entrada em Portugal se realizar de acordo com os procedimentos legalmente previstos no DL 244/98, de 8 de Agosto (regime da entrada, permanência e saída de estrangeiros em território nacional), e se a ela não se opuser o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (detentor da competência de interditar a entrada, de acordo com o artigo 18º do DL 244/98).

Esta competência de interdição de entrada, regulada no artigo 25º do DL 244/98, não contempla, na sua alínea e), a saúde pública como factor impeditivo. No entanto, a alínea e), do artigo 5º do DL 336/93, reconhece às autoridades sanitárias competência para “exercer a vigilância sanitária das fronteiras”, o que, conjugado com a cláusula geral do nº 1 - que lhes atribui poder para suspender as decisões dos órgãos executivos do Estado quando relacionadas com questões de saúde pública -, legitima a obstrução da entrada a estrangeiros cujo estado de saúde possa constituir um risco para a “saúde das pessoas ou dos aglomerados populacionais” (nº 1 do artigo 5º do DL 336/93, *in fine*)⁶⁴.

Não estando vinculada aos parâmetros do artigo 18º da CRP - pois falta o pressuposto da qualificação dos direitos dos estrangeiros como direitos, liberdades e garantias ou equiparados, para os efeitos do artigo 15º/1 da CRP -, sempre a Administração deverá, no tratamento dispensado a essas pessoas, ater-se ao princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, usando dos meios menos vexatórios.

5) O encerramento de estabelecimentos abertos ao público é uma competência das autoridades de saúde prevista no artigo 5º/2/c) do DL 336/93, bem assim como a sua vigilância ou a mera suspensão de actividade. Neste caso, a decisão administrativa põe em risco a sobrevivência económica da empresa e dos seus trabalhadores, atentando contra direitos como a propriedade e o direito ao trabalho.

A máxima de proporcionalidade, como veículo de concretização da concordância prática, volta aqui a ter grande utilidade. Em primeiro lugar, na aferição da necessidade da medida - que deve ser antecedida, salvo urgência, de advertências e até da eventual “mera” suspensão da laboração para regularização dos aspectos de funcionamento deficientes. Em segundo lugar, na adequação da decisão ao fim de interesse público a preservar - há que averiguar se, com o encerramento, se põe efectivamente fim ao problema ou se, afinal, ele não poderia ser resolvido de outro modo (por exemplo, evitando o consumo de determinados bens,

⁶³ Cfr. o artigo 1º/2 do DL 244/98, de 8 de Agosto (Regime de entrada, permanência e saída de estrangeiros em território português).

⁶⁴ V. também a Base XI da LBS.

especialmente deterioráveis). Por último, exige-se uma ponderação dos interesses em jogo, nomeadamente da gravidade da medida de encerramento perante as posições subjectivas dos particulares empresários e funcionários do estabelecimento, o que implica que se, por exemplo, se conseguir debelar o mal causado à saúde pública com o encerramento de apenas parte do estabelecimento, isso se faça.

6) A relação do internamento compulsivo - no sentido de não voluntário - de um doente mental com a temática abordada não é tão óbvia como poderia parecer a um observador menos atento. Com efeito, e de acordo com o artigo 12º/1 da Lei 36/98, de 24 de Julho (Lei da Saúde Mental = LSM), a principal razão de internamento de um portador de anomalia psíquica grave que recuse submeter-se a tratamento médico tem como pressuposto a criação, por parte do internando, de “uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial”.

Neste caso, como facilmente se reconhece, a medida não tem como fundamento a defesa da saúde pública, integrando-se antes no âmbito da segurança pública (do próprio e de terceiros, pessoal e patrimonial). Não cabe, pois, no âmbito da nossa análise.

Uma segunda situação em que o internamento pode ser decretado - nos termos dos artigos 13º segs da LSM, ou, em caso de urgência, ao abrigo dos artigos 22º segs da LSM (sempre, note-se, com intervenção, prévia ou confirmativa de um juiz) -, é aquela em que as autoridades procedem à condução do internando a estabelecimento de tratamento da sua anomalia em virtude da gravidade do seu estado, que pode até levá-lo a pôr em risco a sua integridade física (nº 2 do artigo 12º, e artigo 22º da LSM). Aqui, em bom rigor, também não é a saúde pública que está em jogo, mas sim a saúde do doente.

Assim, o internamento do doente que se auto-flagela publicamente, não se basearia em razões de saúde pública, mas sim na necessidade de proteger o indivíduo de si próprio e de o submeter a tratamento ou acompanhamento adequado. Mas, será legítimo, à luz do princípio da autonomia individual, obrigar o indivíduo a tratar-se? Ou, visto de outra perspectiva, alternativa ou cumulativa, será admissível a privação da liberdade de um indivíduo que não constitui qualquer perigo para nada nem ninguém, a não ser para si próprio?

A segunda questão, que se prendia com o carácter taxativo ou não das situações elencadas no artigo 27º/3 da CRP, foi parcialmente resolvida pelo legislador da revisão constitucional de 1997⁶⁵. Com efeito, o aditamento de uma nova alínea - a alínea h) - ao nº 3 daquela norma constitucional⁶⁶, veio resolver as dúvidas sobre a legitimidade constitucional da privação da liberdade de pessoas com anomalias psíquicas, excepcionando do âmbito do direito à

⁶⁵ Cfr. o acórdão do Tribunal Constitucional 674/98, ainda inédito.

⁶⁶ V. os comentários de A. SOUSA PINHEIRO/M. BRITO FERNANDES a esta alteração, em **Comentário à IV Revisão Constitucional**, Lisboa, 1999, pp. 120 segs.

liberdade os casos de “internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente”⁶⁷.

É constitucionalmente admissível, portanto, a detenção de um portador de anomalia psíquica. Porém, a Constituição não distingue entre situações em que o internamento é resultado de uma ofensa a bens jurídicos de terceiros ou da comunidade - em que há uma aproximação entre as alíneas do n° 3 do artigo 27º, que se referem à prática de actividades criminosas -, e entre aquelas outras em que o internamento opera em defesa do próprio doente mental - que têm similitude com a situação prevista na alínea e) do n° 3 (protecção, assistência e educação de menores).

Dir-se-á que, onde a Constituição não distingue, não cabe ao intérprete distinguir... Mas, perante o princípio de liberdade de opção que decorre do imperativo de respeito pela dignidade da pessoa humana, não será excessivo - leia-se, não afectará o núcleo essencial da autonomia individual - sujeitar o indivíduo a um estado de reclusão, obrigá-lo a tratar-se, ainda que contra a sua vontade⁶⁸?

A nossa resposta é negativa, pelo menos no caso de pessoas que sofram comprovadamente de anomalia psíquica⁶⁹. É que, nessa hipótese, é o próprio princípio da dignidade da pessoa humana que recomenda o internamento compulsivo, pois o indivíduo não se encontra em condições de exercer livremente o seu direito de optar. A reclusão e o tratamento são uma forma de salvaguardar a sua integridade para que, uma vez curado - se a cura for possível -, possa voltar a viver a sua liberdade na plena posse das suas capacidades.

Foi, precisamente, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana e da menor lesividade possível dos direitos dos cidadãos que o legislador previu:

- que a prestação de cuidados de saúde mental se promova “prioritariamente a nível da comunidade, por forma a evitar o afastamento dos doentes do seu meio habitual e a facilitar a sua reabilitação e inserção social” e que a prestação dos cuidados de saúde se faça pelo meio “menos restritivo possível” (artigo 3º/a) e b) da LSM);

- que o doente internado receba tratamento e protecção “no respeito pela sua individualidade e dignidade” e que usufrua “de condições dignas de habitabilidade, higiene, alimentação, segurança, respeito e privacidade em serviços de internamento e estruturas residenciais” (alíneas b) e f) do n° 1 do artigo 5º da LSM);

- que o internamento só seja decretado quando “for a única forma de garantir a submissão a tratamento do internado”, findando “logo que cessem os fundamentos que lhe deram causa”,

⁶⁷ Esta assimilação do internamento à aplicação de uma medida de coacção é visível na disciplina do processo de internamento compulsivo - sempre desenvolvido perante um juiz -, com a previsão do direito a *habeas corpus* (artigo 31º da LSM).

⁶⁸ O artigo 32, 2º parágrafo, da Constituição italiana, dispõe expressamente que “Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. Da legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”. Cfr. o comentário de D. VINCENZO AMATO, *Commentario...*, e *Tutela...*, *cit.*, pp. 2466 segs.

⁶⁹ No mesmo sentido, A. SOUSA PINHEIRO/M. BRITO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 120.

devendo ser “proporcionado ao grau de perigo e ao bem jurídico em causa” (artigo 8º/1 da LSM);

- que o internamento seja substituído por tratamento em regime ambulatorio, sempre que seja possível manter esse tratamento em liberdade (artigo 33º/1 da LSM),

enfim, quando o legislador, adoptando a máxima da proporcionalidade como *regra de ouro* na matéria, previu que “as restrições aos direitos fundamentais decorrentes do internamento compulsivo são as estritamente necessárias e adequadas à efectividade do tratamento e à segurança e normalidade do funcionamento do estabelecimento, nos termos do respectivo regulamento interno” (artigo 5º/4 da LSM).

Já quando a pessoa está em condições de equilíbrio mental, mas rejeita a administração de determinados cuidados de saúde, pondo em risco a sua própria vida - em nome de uma crença religiosa⁷⁰, ou independentemente dela -, não consideramos legítimo que o Estado ou qualquer outra entidade lhe imponha o tratamento, **salvo** quando a sobrevivência da pessoa padecendo da enfermidade possa pôr em risco a saúde da colectividade⁷¹.

A autonomia individual ficaria, em tal situação, afectada no seu núcleo essencial. Parece-nos ser esta, aliás, a orientação legal, ao consagrar, como direito do utente dos serviços de saúde mental, “receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros” (artigo 5º/1/c) da LSM).

Neste contexto, impõe-se uma leitura da Portaria 349/96, de 8 de Agosto, que aprova a lista de doenças crónicas que, com base em critérios médicos, obrigam a consultas, exames e tratamentos frequentes, conforme à Constituição. Este diploma tem uma exclusiva função social, isentando do pagamento de taxas moderadoras os portadoras daquelas doenças crónicas (veja-se o Preâmbulo), não impondo qualquer dever de tratamento. Ele consagra um direito à gratuitidade da administração de cuidados de saúde em que ficam investidos os portadores das doenças incluídas na lista, e não uma obrigação de tratamento por parte dos doentes.

IV. Para uma ética da prática das autoridades administrativas de saúde pública

⁷⁰ Neste sentido, D. VINCENZA AMATO, **Tutela...**, *cit.*, p. 2484; CRISTINA MONTANARO, **Considerazione in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamenti sanitari «non obbligatori»)**, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, Fasc. VI, pp. 1155 segs, 1171 segs (porém, deixa-nos algo perplexos a afirmação da autora a pág. 1173, não lhe repugnando a conformidade constitucional de uma lei que impusesse determinados tratamentos obrigatórios exclusivamente destinados a salvar a saúde individual, desde que não envolvessem sofrimentos desnecessários...)

⁷¹ A Constituição consagra o direito à saúde, não o dever de curar-se - D. VINCENZO AMATO, **Tutela...**, *cit.*, p. 2473.

No âmbito do Direito Público da Saúde, o conceito de ética deve ser adaptado, em função da problemática específica deste sub-ramo do Direito da Saúde. Queremos com isto dizer que as questões levantadas em torno do conflito entre direitos de liberdade e o interesse público da defesa da saúde pública, se bem que possam colocar perguntas de origem acentuadamente moral (v.g., pode um doente ser constrangido a curar-se, em nome do valor objectivo do bem *vida humana?*), devem obter resposta de cunho predominantemente jurídico. A objectividade da norma - que não exclui o seu fundamento ético-social - permite fundamentar soluções mais inequívocas do ponto de vista da sua aceitabilidade.

Os parâmetros que regem a actuação administrativa estão elencados no nº 2 do artigo 266º da Constituição (e artigos 3º a 12º do Código do Procedimento Administrativo = CPA). Nesta sede, aqueles que mais nos interessam são os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

O princípio da legalidade é o fundamento e o limite da actividade administrativa, é o esteio de todas as suas acções, jurídicas e materiais. Isto significa que a actuação das autoridades de polícia sanitária, especialmente agressiva, deve ater-se, em primeiro lugar, ao seu fundamento legal. Em segundo lugar, ela deve desenvolver-se de acordo com os procedimentos legalmente previstos, nomeadamente ao nível da execução administrativa (vide os artigos 149º e segs do CPA): definição prévia da obrigação a que o particular está vinculado; notificação do acto impositivo, com a indicação do comportamento a desempenhar, e do prazo para o seu acatamento; em caso de incumprimento no prazo fixado, concessão de um último prazo através da ordem de execução. Só após decorridos todos estes trâmites, podem as autoridades passar à execução coerciva, ou seja, à execução da obrigação contra a vontade do particular (obrigações infungíveis de *facere*) ou à realização subsidiária da obrigação, à custa do património daquele (obrigações fungíveis de *facere*)⁷².

Evidentemente que podem ocorrer situações em que as autoridades de saúde se vêm obrigadas a *saltar* todos estes passos, perante casos de *urgência sanitária*⁷³ (que encontra a sua sede específica no artigo 6º do DL 336/93). Estamos então no domínio do estado de necessidade administrativo, hoje previsto no artigo 3º/2 do CPA, estado de anormalidade que dispensa a observância dos procedimentos legalmente exigidos. O alargamento da vinculação da Administração ao Direito como um todo faz com que estas situações deixem de surgir como excepções ao princípio da legalidade, antes se apresentando como zonas especiais em que, em atenção a certos valores e realidades, há uma derrogação provisória do Direito estrito.

Por isso, o CPA ressalva expressamente a validade das actuações administrativas em estado de necessidade, em geral, “desde que os seus resultados não pudessem ter sido

⁷² V., sobre o procedimento de execução administrativa e as várias modalidades de execução, o nosso **Contributo...**, *cit.*, Parte I, Cap. I, 2.4.

⁷³ Sobre a noção de urgência e o seu papel na execução administrativa, v. o nosso **Contributo...**, *cit.*, Parte I, Cap. II., §3º.

alcançados de outro modo” (alusão à necessidade)⁷⁴, e especificamente, em sede do poder de execução coerciva (artigo 151º/1 do CPA), autorizando a Administração a actuar sem emissão de prévio acto habilitante⁷⁵.

Em qualquer destes casos, a actuação administrativa estará sempre sujeita ao controlo jurisdicional (cfr. os artigos 268º/4 da CRP, e 9º/3, do DI 336/93). O facto de a decisão das autoridades de saúde ser uma *decisão técnica*⁷⁶ e não uma decisão jurídica - ou seja, na integração do conceito *risco para a saúde pública* há uma grande dose de “discricionariedade” técnica⁷⁷, *rectius*, uma decisão administrativa fundada em juízos técnicos -, isso não implica a sua insindicabilidade jurisdicional. Se é verdade que o juiz não estará, em regra - nem teria que estar -, em condições de avaliar os pressupostos técnicos da actuação administrativa, poderá, não só fazer-se auxiliar por peritos (cfr. os artigos 12º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, e 14º da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos), como tem toda a legitimidade para controlar a legalidade das *franjas* da actuação administrativa que não se reconduzem aos aspectos estritamente médicos.

Estamos a referir-nos ao controlo dos critérios utilizados pela Administração na formação da decisão, nomeadamente à concretização dos parâmetros do princípio da proporcionalidade: na vertente da necessidade de actuação - avaliando da existência (mínima) dos pressupostos de facto da situação de risco sanitário -, e da proibição do excesso - certificando-se de que, em face das medidas eleitas como potencialmente idóneas para fazer face à situação de risco sanitário (cuja selecção é, além do estabelecimento dos pressupostos de facto, o reduto mais intocável da decisão) -, a Administração adoptou a menos lesiva para o particular.

A não verificação do correcto exercício das competências, quer ao nível da decisão, quer ao nível da sua execução material, pode fazer incorrer a Administração e os seus órgãos em responsabilidade por facto ilícito (artigos 22º e 271º/1 da CRP, e artigos 2º e 3º, do Decreto 48.051, de 21 de Novembro de 1967). Além desta situação, sempre haverá casos em que, provando-se a observância dos deveres de diligência por parte dos funcionários, a especial

⁷⁴ Segundo M. ESTEVES DE OLIVEIRA/P. COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, os pressupostos do estado de necessidade (que o CPA não elenca nem tinha que elencar, uma vez que nesta matéria há uma necessidade intrínseca do recurso a conceitos indeterminados a preencher em função das circunstâncias do caso concreto) são, além da impossibilidade de fazer face a um perigo através dos meios normais, a ocorrência de factos graves e anormais, a existência de perigo iminente, deles derivado, para bens de interesse público e a não proveniência do facto gerador do perigo de uma actuação administrativa - **Código do Procedimento Administrativo, Comentado**, 2ª edição, Coimbra, 1997, p. 93.

⁷⁵ Cfr. R. MACHETE, **Privilégio da execução prévia**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1992, pp. 448 segs, 464, 465; do mesmo autor, **Execução do acto administrativo**, in *Direito e Justiça*, 1992, pp. 65 segs, 77 segs.

⁷⁶ Cfr. D. TRUCHET, **La décision médicale et le droit**, in *L'actualité Juridique - Droit Administratif*, 1995, nº 9, pp. 611 segs, 611.

⁷⁷ Sobre a “discricionariedade” técnica em especial, v. MARIA CELESTE CARDONA, **O regime e a natureza da discricionariedade imprópria e da discricionariedade técnica**, in *CCTF*, nºs 289/291, 1983, pp. 155 segs, *max.* 194 segs; M. NOGUEIRA DE BRITO, **Sobre a discricionariedade técnica**, in *RDES*, 1994, nºs 1, 2 e 3, pp. 33 segs.

perigosidade da actividade justifique a aplicação do regime da responsabilidade pelo risco, se o particular tiver sofrido algum prejuízo especial e anormal (artigo 6º do Decreto 48.051)⁷⁸.

Em suma, a prática da actuação das autoridades administrativas de saúde assenta na trilogia **legalidade, proporcionalidade e responsabilidade**. A sua razão de ser é a defesa da saúde dos membros da comunidade em geral, com respeito pela dignidade da pessoa humana, pilar fundamental da actuação dos órgãos do poder público no ordenamento jurídico-constitucional português.

V. Considerações conclusivas

A actuação das autoridades de saúde pública desenvolve-se numa difícil zona em que se entrecruzam interesses públicos e privados, estes muitas vezes consubstanciando posições subjectivas jusfundamentais. É uma missão espinhosa, em que a agressividade da Administração pontua e que, por isso, há-de revestir-se de especiais cautelas.

“A *prioridade* da pessoa individual e dos seus direitos e liberdades básicos constitui pedra angular de um edifício constitucional que se pretenda legítimo”⁷⁹. O valor da dignidade da pessoa humana e o relevo que a nossa Constituição confere aos direitos fundamentais impõe uma fundamentação material credível - no sentido de constitucionalmente integrada - e socialmente justa, devendo o legislador *tomar o pulso* à sociedade civil antes de criar restrições aos direitos dos cidadãos. Mas esse respeito pela esfera individual não pode ir tão longe que comprometa os fundamentos do Estado Social - como obra de solidariedade -, ou mesmo do próprio Estado - como forma organizatória operativa tendente a proporcionar ao cidadão a sua realização pessoal em sociedade.

Por outras palavras, a salvaguarda da autonomia individual, da privacidade, da liberdade, como se preferir, deve procurar-se, mas não a qualquer custo. Nomeadamente, não a custo do sacrifício da própria ideia de vida social, que implica a defesa e realização do interesse colectivo, nas suas várias facetas. A dignidade do ser humano não pode traduzir-se numa exigência incessante de direitos sem quaisquer contrapartidas, sem responsabilidades sociais⁸⁰. A felicidade do indivíduo socialmente integrado tem um preço: a solidariedade, no sentido de assunção dos deveres que lhe advêm da sua integração social⁸¹.

Essencial é, por isso, a *ponderação equilibrada* dos interesses em jogo, não fazendo, nem do indivíduo um instrumento do Estado, nem imolando o Estado no altar dos direitos individuais. Esta ponderação cabe, em primeiro lugar, ao Estado, na sua actividade

⁷⁸ Por exemplo, no caso de efeitos colaterais imprevistos de uma vacina, ou de danos causados a um doente mental em virtude de tratamentos a que seja submetido.

⁷⁹ J. A. ALEXANDRINO, *Estatuto constitucional da actividade da televisão*, Coimbra, 1998, p. 51.

⁸⁰ Cfr. GREGORIO ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, 1992, pp. 183 segs.

⁸¹ Neste sentido, J. CASALTA NABAIS, *Algumas reflexões...*, *cit.*, p. 995.

legiferante. Mas, no plano seguinte, o da execução do Direito, e em áreas como a da saúde pública, em que os aspectos técnicos avultam e as situações assumem muitos cambiantes, à Administração deve ser concedida uma margem de livre decisão a utilizar com a máxima razoabilidade - ou proporcionalidade - possível.

Numa época em que tanto se fala de crise do Estado social⁸², como consequência da ruptura provocada pelo individualismo exacerbado que aquele fomentou - e contra o qual, curiosamente, pretendia reagir⁸³ -, é talvez tempo de reflectir sobre esta maximização do indivíduo e sobre os efeitos nefastos que ela pode ter, se mal gerida, no bom funcionamento - ou mesmo na existência - da estrutura estadual⁸⁴. Sob pena de termos que concluir que, se o Estado não morreu da doença, morrerá da cura...

Lisboa, Março de 1999

⁸² Leiam-se as reflexões de J. CASALTA NABAIS - **Algumas reflexões...**, *cit.*, pp. 977 segs.

⁸³ Numa espécie de *fenómeno Frankenstein*, em que a criatura escapa ao controlo do criador. O individualismo extremo em que se caiu no período do Estado liberal encontraria o seu contraponto no Estado (de solidariedade) Social. No entanto, os excessos de intervencionismo do Estado Providência provocaram um exagerado estado de confiança nos particulares, que se *demitem* de construir, por si e entre si, as condições de progresso económico, social e sobretudo pessoal, colocando-se na inteira dependência do Estado, julgando tudo dele poderem exigir - cfr. MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, **Organização administrativa**, in *DJAP*, IV, Lisboa, 1994, pp. 235 segs, 242 segs.

O individualismo (egoísmo) crescente que se vive no Estado Social (PIERRE ROSANVALLON, **La crisis del Estado providencia**, Madrid, 1995, pp. 31 segs, 127) é a contrapartida do regime de “tutela” a que o Estado habituou os cidadãos (J. CHEVALLIER, **L’État de Droit**, 2ª edição, Paris, 1994, p. 104).

⁸⁴ J. CASALTA NABAIS, muito sugestivamente, fala da “obesidade” do Estado Social na sua versão de Estado Providência e diagnostica a necessidade de proceder a uma “cura de emagrecimento”... - **Algumas reflexões...**, *cit.*, p. 1003.

VI. Bibliografia

ALEGRETTI, U., **Ancora su pubblica amministrazione e valori costituzionali**, in *Amministrazione pubblica e costituzione*, Milão, 1996, pp. 227 segs

ALEXANDRINO, J. A., **Estatuto constitucional da actividade da televisão**, Coimbra, 1998

ALEXY, R., **Teoria de los Derechos Fundamentales**, Madrid, 1993

ALVAREZ GARCÍA, Vicente, **El concepto de necesidad en Derecho Público**, Madrid, 1996

AMADO GOMES, Carla,

- **Operações materiais administrativas**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1º Suplemento, Lisboa, 1998, pp. 205 segs
- **Contributo para o estudo das operações materiais administrativas e do seu controlo jurisdicional**, Coimbra, 1999

AUBY, J.-Marie,

- **Le Droit de la Santé**, Paris, 1981
- **La légitimité de l'intervention publique**, in *L'actualité Juridique - Droit Administratif*, 1995, n° 9, pp. 588 segs

BACELAR GOUVEIA, Jorge, **Os direitos fundamentais atípicos**, Lisboa, 1995

BENDA, E., **Dignidad humana y derechos de la personalidad**, BENDA/MAIHOFER/VOGEL/HESSE/HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, pp. 117 segs

BON, Pierre, **La protection constitutionnelle des droits fondamentaux. aspects de droit comparé européen**, in *revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990, pp. 9 segs

CANAS, Vitalino, **O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações**, in *Perspectivas Constitucionais*, II, org. de Jorge Miranda, Coimbra, 1997, pp. 321 segs

CARDONA, Maria Celeste, **O regime e a natureza da discricionariedade imprópria e da discricionariedade técnica**, in *CCTF*, n°s 289/291, 1983, pp. 155 segs

CASALTA NABAIS, J., **Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais**, in *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra, 1998, pp. 965 segs

CASONATO, C., **Riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori in Italia e Stati Uniti: prime considerazioni**, in *Diritto & Società*, 1993, n° 4, pp. 677 segs

CHEVALLIER, J., **L'État de Droit**, 2ª edição, Paris, 1994

CHIARELLI, G.,

- **Lo Stato e l'assistenza sanitaria**, in *Scritti di Diritto Pubblico*, Milão, 1977, pp. 651 segs
- **L'autonomia del Diritto Sanitario**, in *Scritti di Diritto Pubblico*, Milão, 1977, pp. 676 segs

DE FORGES, J.-Michel, **Le Droit de la Santé**, 2ª edição, Paris, 1995

DELAPORTE, F., **Les épidémies: approche historique**, in *Actes - Les cahiers d'action juridique*, n°s 81/82, 1992, pp. 7 segs

DIAS GARCIA, Maria da Glória, **Organização administrativa**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, IV, Lisboa, 1994, pp. 235 segs

DUARTE, Maria Luísa, **A liberdade de circulação de pessoas e a ordem jurídica comunitária**, Coimbra, 1992

ESTEVES DE OLIVEIRA, M. /P. Costa Gonçalves/J. Pacheco Amorim, **Código do Procedimento Administrativo, Comentado**, 2ª edição, Coimbra, 1997

FREITAS DO AMARAL, D., **Curso de Direito Administrativo**, I, 2ª edição, Coimbra, 1994

GOMES CANOTILHO, J. J.,

- **Fidelidade à República ou fidelidade à NATO?**, Coimbra, 1986
- **Direito Constitucional de conflitos e protecção de direitos fundamentais**, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3815 e seguintes, pp. 35 segs
- **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, 1998

GOMES CANOTILHO, J. J. /Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa, Anotada**, 3ª edição, Coimbra, 1993

GOUCHA SOARES, A., **A livre circulação de pessoas na Europa comunitária**, Viseu, 1990

GREGORIO ROBLES, **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**, Madrid, 1992

MACHETE, R.,

- **Privilégio da execução prévia**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1992, pp. 448 segs
- **Execução do acto administrativo**, in *Direito e Justiça*, 1992, pp. 65 segs

MARTIN MATEO, R., **Ordenación pública del sector salud**, in *Revista de Administración Pública*, nº 81, 1977, pp. 371 segs

MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, IV, 2ª edição, Coimbra, 1993

MODERNE, F., **La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les Constitutions portugaise et française**, in *Perspectivas Constitucionais*, I, org. de Jorge Miranda, Coimbra, 1996, pp. 197 segs

MOLINA DEL POZO, C., **Hacia una concepción expansiva de la salud pública en España**, in *Revista de Derecho Público*, nova época, nº 111, 1988, pp. 351 segs

MONTANARO, Cristina, **Considerazione in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamenti sanitari «non obbligatori»)**, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, Fasc. VI, pp. 1155 segs

MOREAU, J. /D. Truchet, **Droit de la Santé Publique**, Paris, 1981

MORELL OCAÑA, L., **La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria**, in *Revista de Administración Pública*, nº 63, 1970, pp. 131 segs

NOGUEIRA DE BRITO, M., **Sobre a discricionariedade técnica**, in *RDES*, 1994, nºs 1, 2 e 3, pp. 33 segs

- OLIVEIRA ASCENSÃO, J., **Direito e Bioética**, in *Direito e Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 9 segs
- PEDRAZ PENALVA, E./V. Ortega Benito, **El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas**, in *Poder Judicial*, nº 17, 1990, pp. 69 segs
- PEREIRA, O. Gouveia, **Saúde**, in *Polis*, V, Lisboa, 1987, cc. 610 segs
- RECCHIA, N., **Libertà individuale, salute collettiva e test anti-AIDS**, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, Fasc. 1, pp. 559 segs
- ROSANVALLON, Pierre, **La crisis del Estado providencia**, Madrid, 1995
- SANDULLI, A., **Manuale di Diritto Amministrativo**, I, Nápoles, 1989
- SÉRVULO CORREIA, J. M., **Introdução ao Direito da Saúde**, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 39 segs
- SOUSA PINHEIRO, A. /M. Brito Fernandes, **Comentário à IV Revisão Constitucional**, Lisboa, 1999
- TRUCHET, D., **La décision médicale et le droit**, in *L'actualité Juridique - Droit Administratif*, 1995, nº 9, pp. 611 segs
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C.,
- **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976**, reimp., Coimbra, 1987
 - **O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos**, Coimbra, 1992
- VINCENZO AMATO, D.,
- **Commentario dell'articolo 32, II° comma**, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bolonha, 1979, pp. 168 segs
 - **Tutela della salute e libertà individuale**, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, Fasc. XII, pp. 2462 segs
- VON MUNCH, I., **La dignidad del hombre en el derecho constitucional**, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, nº 3, pp. 9 segs
- WOLFF, H./O. Bachof, **Verwaltungsrecht**, III, 4ª edição, Munique, 1978