

Reflexos legais da condição de vulnerabilidade no acesso a cuidados de saúde: o caso dos migrantes

Legal consequences of the vulnerability in access to health care: the case of migrants

Sara Vera Jardim

Legum Magister (LL.M.);

Jurista especializada na área da saúde e encarregada de proteção de dados

Resumo

A autora propõe uma reflexão sobre a relevância prática do conceito de vulnerabilidade em contexto de saúde, tomando como referência o caso dos migrantes. São exploradas as possíveis consequências de tal condição para o exercício do direito à proteção da saúde, bem como para a definição dos correlativos deveres do Estado, com base no regime jurídico português que define os termos e condições de acesso aos serviços de saúde.

Palavras Chave:

Migrantes, acesso a cuidados de saúde, condição de vulnerabilidade, princípio de vulnerabilidade, grupos vulneráveis, Lei do Asilo.

Abstract

The author proposes a reflection on the practical relevance of the concept of vulnerability in health context, taking as reference the case of the migrants. The possible consequences of this condition for the exercise of the right to health protection and for the definition of the correlative duties of the State are explored, based on the Portuguese legal regime that defines the terms and conditions of access to health services.

Key Words:

Migrants, access to health care, vulnerability condition, principle of vulnerability, vulnerable group, asylum law.

Introdução

Está provado que os problemas de saúde e a falta de acesso a serviços de saúde podem constituir um obstáculo fundamental e permanente à integração, com impacto em quase todas as áreas da vida, e influenciam a capacidade para entrar no mercado de trabalho e no sistema de ensino, aprender a língua do país de acolhimento e interagir com as instituições públicas. Estrasburgo, 2016¹

“O conceito de pátria é de data relativamente recente. Foi cunhado precisamente quando a pátria deixou de ser o sítio onde se está e indivíduos e grupos sociais inteiros se viram forçados a virar-lhe as costas e emigrar. Por isso este conceito está em relação inversa com aquilo a que se refere (...). Quanto mais se fala de pátria menos pátria há.”
W.G. Sebald, Pátria Apátrida, 2001

No dia 4 de novembro de 2015, antevendo-se a chegada de milhares de refugiados reinstalados a partir dos primeiros países de acolhimento, como a Alemanha ou a Grécia, o jornal *Diário de Notícias* anunciava que “os cerca de 4500 refugiados que Portugal se prepara para receber vão ter médico de família no prazo de uma semana e estarão isentos do pagamento de taxas moderadoras”, referindo como fonte o diretor-geral da saúde.

Os ecos de tal decisão política ressoaram prontamente na comunidade, sobressaindo a dúvida sobre a medida de justiça contida na priorização estabelecida. A desconfiança com que foi recebida a pronta disponibilização deste recurso deficitário a estrangeiros acabados de chegar não deve surpreender, dada a sobejamente conhecida desventurosa insuficiência de médicos de família e conseqüente espera de meses, e até anos, de alguns utentes pela possibilidade de programar consultas e beneficiar da regularidade de um acompanhamento médico de proximidade.

Qual a base legal habilitadora do tratamento preferencial disponibilizado aos migrantes através do reconhecimento de prioridade no acesso a médico de família? Justificar-se-á uma discriminação positiva em todos os tipos de cuidados? Deverão as medidas incidir sobre todos os migrantes, ou restringir-se a certas categorias, como os requerentes de asilo e refugiados? Como se conjuga a vulnerabilidade inerente a todas as pessoas (doentes) com as alegadas necessidades específicas de migrantes presumivelmente vulneráveis? Necessitam os migrantes de direitos especiais em contexto de saúde?

Propomo-nos refletir sobre estas questões, acolhendo a

relevância da condição de vulnerabilidade nas relações de prestação de cuidados de saúde e tomando como referência o caso dos migrantes² pela sua atualidade e premência em tempo de celebração (ensombrada) dos direitos humanos.

1 - O acesso a cuidados de saúde como fator de integração de migrantes

O afluxo de migrantes aos países da União Europeia (UE) na segunda década do século XXI coincide com uma fase de maturidade dos direitos dos doentes³, pelo menos nas sociedades ocidentais e no domínio do Direito Internacional. Torna-se mais clara, deste modo, a íntima correlação entre o direito de acesso à saúde e uma ambição de justiça social ou, noutro ângulo, a consciência de que limitações ao gozo de direitos fundamentais decorrentes unicamente do estatuto de cidadania gozado por cada um poderão plausivelmente contender com o desiderato do Estado de Bem-Estar moderno.

Ainda que as políticas sociais, em particular a política de saúde, se demorem em teoria como redutos da soberania dos Estados, chegando a granjear o estatuto de símbolos culturais, a globalização impõe-se-lhes sem freio. O movimento de prestadores e utilizadores de serviços de saúde, facilitado pelas liberdades de circulação que fundaram a UE e impulsionado pela afirmação crescente do valor económico do mercado da saúde, sobretudo quando emparelhado com o galopante desenvolvimento da inovação tecnológica, constituem os vetores económicos da internacionalização. Paralelamente, o caminho percorrido pela comunidade internacional em direção à inequívoca afirmação da universalidade do direito à proteção da saúde, reflexo porventura do grau de desenvolvimento civilizacional atingido, exige cada vez mais empenho dos sistemas de saúde na melhoria das condições de acesso por todos, no aumento da qualidade dos cuidados e no reforço

1 - COM (2016) 377 final, ponto 4.1.4. - Plano de ação sobre a integração dos nacionais de países terceiros.

2 - A definição de migrantes difere de país para país e é usada para apontar diferentes realidades e categorias de pessoas que se deslocam para um país que não o da sua origem, contribuindo para uma indesejável ambiguidade na discussão pública e mesmo no debate científico. Noutro prisma, o âmbito dos apelidados “cuidados de saúde transfronteiriços” extravasa o universo subjetivo sobre o qual se debruça o presente texto. Importa, por isso, para facilidade do leitor, clarificar que o presente excursus incide no acesso a cuidados de saúde por nacionais de países terceiros em relação à União Europeia e Espaço Económico Europeu, em situação regular e irregular, incluindo requerentes de asilo e proteção subsidiária e refugiados ou beneficiários desta proteção, a que nos referimos sob o conceito de migrantes.

3 - Para uma descrição compreensiva da evolução cronológica dos direitos dos doentes e respetiva consolidação normativa V. PEREIRA, *Os direitos dos Doentes, in: 40 Anos de Abril na Saúde* (2014), pp 143-162.

da equidade na fruição de um dos bens mais valorizados pelas pessoas, componente indispensável da sua dignidade. Inequivocamente estabelecida a centralidade do bem saúde para a realização humana, as razões próprias que precedem aos esforços despendidos para dotar os sistemas de saúde de mecanismos aptos a cuidar do acesso dos migrantes aos cuidados clínicos de que necessitam foram devidamente identificadas na literatura⁴.

Num primeiro plano, um motivo demográfico justificado pela significativa proporção de pessoas envolvidas⁵, aliado a razões de natureza social, convergem para o plausível impacto que a abordagem escolhida acarreta, não apenas para os migrantes como também para os cidadãos dos países de acolhimento.

O desígnio de proteção da saúde pública como bem coletivo constitui outra das motivações, aliás na origem de uma reação inicial mais vocacionada para a defesa sanitária face a uma possível ameaça externa, ainda que não claramente identificada⁶. O desconhecimento da carga epidemiológica dos recém-chegados e consequente receio de propagação de doenças infecciosas ou parasitárias, ou de ressurgimentos em doenças contagiosas, não foi definitivamente superado conforme atesta a possibilidade legal de realização de exames clínicos coercivos a requerentes de asilo e proteção subsidiária, nos termos legalmente estatuidos.⁷

Progressivamente, foi-se estabelecendo o pendor humanitário dos mecanismos de acolhimento, cada vez mais focalizados na promoção da saúde dos que chegam e impulsionada por juízos éticos e inquietações de ordem social⁸. A evolução verificada culminou com a atual convicção de que o acesso à saúde representa um fator indispensável para a integração dos migrantes, seja porque a saúde constitui o pressuposto de desenvolvimento de outras faculdades, como a capacidade de trabalho, de aprendizagem e de plena participação na vida social, económica e política da sociedade de acolhimento, seja porque, em diferente prisma, associados a situações de doença surgem agravados os fatores de marginalização e exclusão social a que este grupo de pessoas se presume mais suscetível, com o subsequente indesejável impacto social⁹.

O dever legal que impende sobre os Estados de plenamente respeitarem a integridade do ser humano corporiza uma última ordem de argumentos, rematada pela evidente responsabilidade ética face ao respeito pelos valores da solidariedade e da equidade, verdadeiros pilares do modelo de justiça social animados pela máxima “ninguém fica para trás”.

2 - Aproximação ao fundamento ético-normativo no acesso dos migrantes aos sistemas de saúde: interseção determinada por lei

Decorreram setenta anos desde que a Organização Mundial da Saúde, no preâmbulo da sua Constituição, declarou que “*gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição económica ou social*”, perspetivando a saúde, em uma das aceções mais disseminadas, como “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social*” que “*não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*”.

O princípio da não discriminação constitui o arquétipo do sistema de obrigações dos Estados em relação às Nações Unidas, especificamente no que tange à proteção da saúde, conforme afirmado no corpo do artigo 12.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Detalhadamente sobre o conteúdo normativo do direito ao melhor estado de saúde possível, que a todos sem discriminação deve ser reconhecido, aclara o texto do Comentário Geral n.º 14¹⁰ o seguinte:

“(…) *as instalações, os bens e os serviços de saúde devem ser acessíveis a todos, especialmente à população mais vulnerável ou discriminada, de direito e de facto, sem discriminação por nenhum dos motivos proibidos (...)*”.¹¹

4 - V. NORREDAM e KRASNIK, *Migrants access to health services in: Migration and Health in the European Union* (2011), *European Observatory on Health Systems and Policies*, p. 67 e ss.

5 - Alguns dados estatísticos disponibilizados pelo Parlamento Europeu apontam para que em 2015 e 2016, mais de 2,5 milhões de pessoas tenham pedido asilo na UE, altura em que 2,2 milhões de pessoas aqui se encontrariam de forma irregular. Este número terá caído para pouco mais de 600 mil em 2017. Em Portugal, tendo como fonte a PORDATA, no ano de 2017 cerca de 3,9% da população residente era estrangeira. A avaliação comparativa dos movimentos migratórios é dificultada pela utilização de conceitos e sujeitos de estudo distintos sob o termo comum de população estrangeira.

6 - Assim entendemos a alusão as migrações internacionais como constituindo um dos (maiores) desafios para a saúde pública reiterada em diversa literatura científica, conforme, DIAS e GONÇALVES, *Migração e Saúde*, in: *Revista migrações*, número temático *Imigração e Saúde* (2007), p. 15-27, ou Entidade Reguladora da Saúde, *Acesso a Cuidados de Saúde por Imigrantes* (2015), p. 13, disponível em rede.

7 - Cf. artigo 52.º, n.º 3, da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, alterada pela Lei n.º 26/2014, de 5 de maio.

8 - Cf. RÉCHEL *et al.*, *Migration and health in the European Union: an introduction in: Migration and health in the European Union* op.cit., p. 3-7.

9 - Sobre o impacto dos cuidados de saúde nas oportunidades dos indivíduos e enquanto ferramenta promotora da igualdade de oportunidades, V. DANIELS, *Justice, Health and Healthcare in: The American Journal of Bioethics* 1(2), (2001), p. 2-16.

10 - Adotado na vigésima-segunda sessão do Comité dos Direitos Económicos e Sociais, em 11 de agosto de 2000 (Documento E/C.12/2000/4).

11 - A extensão da proibição é desenvolvida no ponto 18 do *Comentário Geral n.º 14*, que enumera os seguintes motivos de discriminação proibidos: raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, propriedade, nascimento, deficiência física ou mental, estado de saúde (incluindo VIH/Sida), orientação sexual e civil, política, social ou outro estatuto, que tenha intenção ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade de gozo ou exercício do direito à saúde.

Trata-se de uma diretriz que perspetiva uma obrigação negativa de não discriminação, não deixando de prover por uma conduta positiva, ao instar os Estados a uma organização dos seus serviços de saúde que assegure a possibilidade de acesso dos mais vulneráveis, corrigindo desigualdades se necessário for.

Dito de outro modo, pode defender-se que reflete “a responsabilidade governamental pela saúde, na perspetiva dos direitos humanos, refere-se não somente ao dever de respeito direto pelos direitos humanos, mas também ao ónus de assegurar as condições que permitam às pessoas o seu gozo pleno”¹², numa formulação que coloca lado a lado com os mais tradicionais direitos de não ingerência os designados direitos positivos.

A essencialidade do direito à proteção da saúde como condição do respeito pela dignidade humana vem (re) afirmada em diversos catálogos de direitos humanos, revelando-se presença transversal aos compromissos assumidos pelos Estados partes em relação a grupos específicos. Atente-se, em particular, à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados¹³, de que são parte todos os Estados-membros da UE, a qual dispõe expressamente no artigo 23.º que:

“Os Estados Contratantes concederão aos refugiados que residam regularmente nos seus territórios o mesmo tratamento que aos seus nacionais em matéria de assistência e auxílio público”.

Uma aproximação juseuropeia do direito à proteção da saúde¹⁴ convoca incontornavelmente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁵ como marco fundador, seguida no trilho de uma crescente valorização pela Carta Social Europeia Revista¹⁶ e, em especial, pela Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina¹⁷. Mais recentemente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 35.º, veio confirmar que “na definição e execução de todas as políticas e ações da União, será assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana”.

O evidente comprometimento europeu com a defesa e promoção dos direitos humanos e a crescente relevância atribuída aos direitos sociais são indissociáveis do labor do Conselho da Europa, desenhando-se em lugar cimeiro a influência da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), mas também do Tribunal Europeu sobre o Funcionamento da União Europeia, instituições às quais coube a densificação de conceitos indeterminados, bem como a materialização de deveres positivos de promoção e proteção da saúde decorrentes de normas abertas, algumas sem força vinculativa.

A redação do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁸ incorporou o alargamento das competências em matéria de saúde, tendo concretizado a definitiva assimilação das políticas sociais pelos principais catálogos de direitos do projeto europeu. Neste contexto foi, entre outras medidas, conferida força jurídica ao princípio da proteção horizontal da saúde, ao mesmo tempo que a intervenção da UE se alargou a áreas que não estritamente confluentes com os objetivos de mercado.

Acompanhamos McHale¹⁹ quando sublinha o contributo inelutável do movimento dos direitos humanos para a sensibilização das comunidades sobre a necessidade de uma resposta dos sistemas de saúde estribada em juízos éticos e preocupação social e fundeada pelos valores da solidariedade e da equidade. E neste ensejo tendemos a reconhecer que a UE conserva a capacidade de influenciar o sentido das políticas de saúde nacionais face ao desafio comum da chegada de migrantes, apesar do afastamento normativo vinculativo face à organização e financiamento dos serviços de saúde dos Estados-membros.

A saúde como fator de integração dos migrantes é enunciada no Plano de Ação sobre a Integração de Nacionais de Países Terceiros em vigor²⁰, o qual acolhe a materialização do princípio da proteção horizontal da saúde²¹. No plano da execução das políticas foi, sob a alçada da Direção-geral da Saúde e Segurança dos Alimentos (DG SANTE), estabelecida a distribuição do apoio financeiro

12 - V. GRUSKIN e GRODIN *et al.*, *Approaches, Methods and Strategies in Health and Human Rights in: Perspectives on health and human rights* (2005), p. xvi.

13 - Em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 1960, aprovada pelo Decreto-lei n.º 43/201, de 1 de outubro de 1960, alterado pelo Decreto-lei n.º 281/76, de 17 de abril, publicado no Diário da República n.º 91/76.

14 - Por ser instrumental ao tema ora desenvolvido não iremos além da enumeração dos principais instrumentos a ter em conta no edifício europeu do direito à saúde.

15 - A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH).

16 - Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17 de outubro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17 de outubro.

17 - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, comumente conhecida por Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, com depósito do instrumento de ratificação por Portugal em 15 de outubro de 2001, através da Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001.

18 - Tratado de Lisboa, que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa, em 13 de dezembro de 2007, JO C 306, de 17.12.2007.

19 - V. MCHALE, *Fundamental rights and healthcare in: Health Systems Governance in Europe* (2010), pp. 282-314.

20 - *Op. cit.*, nota 1.

21 - Princípio da proteção horizontal da saúde pode ser entendido por referência ao conceito de “Saúde em Todas as Políticas” que preconiza uma estratégia política intersectorial animada pela premissa de que é necessário incorporar a saúde e o bem-estar como componentes centrais no desenvolvimento dos diferentes setores.

em torno de três objetivos paralelos: a melhoria dos cuidados de saúde dos migrantes vulneráveis, a integração dos migrantes nos sistemas nacionais de saúde e a formação dos profissionais em contexto de saúde. Entre os objetivos declarados terá sido produzido um modelo de “processo clínico individual”²², bem como um “guia para profissionais de saúde”²³, ambos destinados a coadjuvar os intervenientes na saúde a construir a história clínica de todos os migrantes e refugiados que chegam à Europa colaborando para uma desejavelmente mais célere identificação das suas necessidades imediatas.

O direito interno apresenta-se em concordância com a perspetiva internacional acabada de traçar, acolhendo a proteção da saúde enquadrada diretamente pelos direitos fundamentais à vida e à integridade pessoal, bem assim como pelos direitos de personalidade, a saber, direitos à identidade pessoal, à reserva da intimidade da vida privada, à constituição da família ou à proteção contra a discriminação.

Na sua vertente programática de direito social, o dever que sobre o Estado impende de promover e proteger a saúde resulta desenvolvido pelo artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, sendo o seu caráter universal categoricamente firmado no n.º 1 do referido preceito constitucional segundo o qual, “todos têm direito à proteção da saúde”, isto é, sem distinção de raça, religião, género ou nacionalidade.

O âmbito subjetivo do direito à proteção da saúde é complementado pelo disposto no artigo 15.º da Lei Fundamental, relativo aos direitos e deveres fundamentais de estrangeiros e apátridas. Aqui manifesta-se com evidência a afirmação de que o gozo da proteção na saúde não depende da cidadania mais se consagrando o princípio da equiparação entre os estrangeiros e os cidadãos nacionais. Quaisquer restrições a estabelecer por lei deverão ser validadas pelo crivo do princípio da proporcionalidade imposto a qualquer construção legítimas de direitos fundamentais ou de direitos análogos aos direitos fundamentais, liberdades e garantias.

Em um nível infraconstitucional, a Base XXV da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de agosto e alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro²⁴, sobre o estatuto de beneficiário do serviço nacional de saúde (SNS), reconhece-o a todos os cidadãos portugueses, aos nacionais de Estados-membros da UE, bem como aos cidadãos estrangeiros residentes em Portugal em condições de reciprocidade

e aos apátridas, numa tradução, ainda que incompleta, do postulado constitucional da equivalência de direitos. Naturalmente que a extensão com que deva ser densificado o princípio da equiparação abrange os deveres que se contraponham aos direitos em questão e depende do conteúdo essencial do direito que haja a preservar. Assim se entende, nomeadamente, que o pleno gozo do direito à proteção da saúde tenha como contrapartida a inserção do sujeito nos sistemas sociais contributivos que financiam as prestações fungíveis que preenchem as posições jurídicas subjetivas. Referimo-nos paradigmaticamente aos sistemas de saúde e de segurança social.

Quererá isto dizer que apenas deve ser viabilizado o acesso à saúde pelos migrantes que se encontrem inscritos no sistema de segurança social ou de saúde? A resposta leva-nos de volta ao fundamento primário do direito à saúde e convoca a conciliação de fatores distintos, como a responsabilidade financeira pelos encargos assumidos, o universo de cuidados abrangidos e a eventual condição de vulnerabilidade dos indivíduos, sob a orientação do postulado inelidível de que existem determinadas prestações cujo direito é incondicionalmente devido em virtude da condição humana.

O quadro legislativo, que desenvolveremos no capítulo 4, encabeça os esforços institucionais de Portugal perante a interseção da saúde com a integração dos migrantes, cuja transparência é procurada na divulgação do Manual de Acolhimento no Acesso ao Sistema de Saúde dos Cidadãos Estrangeiros, da responsabilidade da Administração Central dos Serviços de Saúde I.P e da Direção-geral da Saúde em colaboração com outras entidades²⁵, em vigor desde 1 de janeiro de 2014 e de incontestável utilidade perante um sistema normativo fragmentado.

Por sua vez, a Entidade Reguladora da Saúde em pronúncia sobre o sistema normativo e equidade no acesso a cuidados de saúde por migrantes em situação regular e irregular, emitiu oportunamente um conjunto

22 - Modelo acessível no seguinte endereço eletrónico: http://ec.europa.eu/dgs/health_food-safety/docs/personal_health_record_english.pdf

23 - https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/migrants/docs/handbook_healthprofessionals_en.pdf .

24 - A revisão da Lei de Bases da Saúde encontra-se em debate, antecipando-se na nova redação a supressão da distinção entre beneficiários e utentes do Serviço Nacional de Saúde, Optámos pela utilização dos dois termos indistintamente.

25 - Disponível em: <https://www.dgs.pt/em-destaque/manual-de-acolhimento-no-acesso-ao-sistema-de-saude-de-cidadaos-estrangeiros.aspx>.

de recomendações destinadas ao seu aperfeiçoamento. São exortadas, designadamente, melhorias no registo, tratamento e monitorização dos dados e informações reais sobre cada um dos cidadãos estrangeiros que acede aos cuidados de saúde no SNS.²⁶ Para além de constituir uma obrigação legal²⁷, cujo grau de cumprimento estará aquém do desejável, a escassez de informação obsta ao real conhecimento do fenómeno, bem assim como a uma apreciação sistemática das dificuldades sentidas pelos migrantes.

Por fim, a saúde, e em particular o reforço dos direitos relacionados com o acesso, constituem um vetor crucial do Plano Estratégico para as Migrações (2015-2020)²⁸, o qual assenta no imperativo “*health in all policies*”. Entre as medidas elencadas assinala-se o propósito de assegurar a implementação do Manual de Acolhimento no Sistema de Saúde de Cidadãos Estrangeiros junto dos serviços e dos imigrantes, a clarificação da aplicação do quadro normativo relativo ao acesso de imigrantes em situação documental irregular ao SNS, o incremento da monitorização da saúde nos imigrantes considerados como “populações vulneráveis” e o incentivo à formação e promoção de conhecimento acerca das necessidades dos migrantes na área da saúde, visando os profissionais de saúde e a reunião de dados epidemiológicos.

A criação de informação acessível sobre o sistema de saúde, nomeadamente através da elaboração de brochuras de informação, bem como da disponibilização de informação na página eletrónica da Direção-geral de Saúde e Portal da Saúde, em vários idiomas, foi talqualmente anunciada.

3 - A vulnerabilidade como princípio (biopolítico) essencial em contexto de saúde

3.1 Noção de vulnerabilidade

A noção de vulnerabilidade humana é transdisciplinar assistindo, com variações de significado, a filosofia, a ética, a bioética e o direito, com crescente vocação para utilização política em diversos contextos, com ênfase para as políticas de saúde. A ambiguidade conceptual estende-se à função ou sentido da vulnerabilidade, consoante seja entendida como característica (adjetivo), como condição ou como princípio.²⁹ Sem consenso quanto a uma definição de vulnerabilidade³⁰ é possível sintetizá-la, na sua relação com o domínio da prestação de cuidados de saúde, sob a ideia da

maior suscetibilidade de alguém, ou de um grupo de pessoas³¹, vir a sofrer um dano ou mal em função de uma resiliência ou autonomia enfraquecidas.

A compreensão do sentido legal de vulnerabilidade deve procurar-se sob a égide dos direitos humanos, comumente associada a uma “condição de risco” que suscita um especial dever de proteção. Neste contexto as conceções defendidas variam entre uma noção ampla ou universalista e conceções estritas. A primeira compreende a vulnerabilidade como inerente à condição humana, de fragilidade e finitude, apenas variando de intensidade à medida das contingências experimentadas por cada um, as segundas reconduzem-na a uma constrição do gozo de direitos ou liberdades fundamentais com causas identificáveis.

Conquanto as aceções estritas da vulnerabilidade facilitem a identificação de grupos vulneráveis específicos, determinados pela incapacidade de prestar um consentimento livre e esclarecido (como acontece no domínio da experimentação humana), ou pela incapacidade de proteção dos seus próprios interesses (acrescendo a uma incapacidade intelectual especiais relações de poder ou falta dele e até a insuficiência de recursos)³², a ideia lata da vulnerabilidade rejeita categorizações pré-estabelecidas e exige uma apreciação casuística posterior que suporte as consequências legais associadas.³³

26 - Recomendação disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/1477/Recomenda_o_ERS_imigrantes_com_anexos_novo.pdf

27 - Conforme exigido pelo n.º 6, do Despacho n.º 25 360/2001, publicado no Diário da República n.º 286/2001, Série II, de 12 de dezembro de 2001.

28 - Aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 12-B/2015, de 20 de março de 2015.

29 - Para uma perspetiva histórica que combina os três sentidos possíveis para a “vulnerabilidade” no contexto da Bioética, v. PATRÃO NEVES, Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio in: Revista Brasileira de Bioética (2006) Vol. 2, n.º 2, pp. 157-172.

30 - A utilidade ou mesmo a pertinência de um conceito único é refutada, por exemplo, no Report of the International Bioethics Committee of UNESCO (IBC) on the principle of respect for human vulnerability and personal integrity (2015), p.15.

31 - Conforme chama a atenção SOLBARKK, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos não restringe a vulnerabilidade a uma característica individual alargando-a a uma adjetivação de famílias, grupos e comunidades em Vulnerabilidade: um princípio fútil ou útil em la ética de la asistencia sanitaria? in: Revista Red-bioética/UNESCO(2011), p. 89-101.

32 - Para uma descrição mais detalhada das categorias de vulnerabilidade enquanto princípio bioético, veja-se SOLBARKK, *op. cit.*.

33 - Martha Fineman terá sido uma das impulsionadoras da relevância legal da vulnerabilidade (sem prejuízo do seu prévio desenvolvimento no domínio da experimentação humana), defendendo que a vulnerabilidade é inerente e permanente à condição humana, embora possa ser encontrada em estado latente ou realizado, dependendo do contexto sociopolítico e económico envolvente, ou mesmo da fase da vida de cada um. A doutrina de Fineman, interpretada como reação à defesa característica que o liberalismo faz da autonomia individual e da responsabilidade singular do indivíduo perante a sua sorte, prevalente na América do Norte, reforça que certos lugares, espaços ou posições do indivíduo diminuam a sua resiliência, aumentando a necessidade de apoio pelo Estado, por meio de políticas e medidas legislativas que favoreçam a recuperação da igualdade possível face a todos quantos não foram afetados por tais condições desfavoráveis.

A Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos³⁴, ferramenta primordial na reflexão sobre vulnerabilidade, consagra uma definição simbiótica entre a perspectiva lata (*vulnerabilidade humana*) e estrita de vulnerabilidade (*indivíduos e grupos particularmente vulneráveis*), num preceito que traduz com interessante acuidade normativa a validade das duas interpretações, superando o conflito descrito. Referimo-nos ao respetivo artigo 8.º que rege o seguinte:

“Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa.”

Partindo da afirmação da vulnerabilidade como apanágio do ser humano não deixa este instrumento internacional de reconhecer que a sua operacionalidade reclama maior densificação, criando uma espécie de um segundo nível de vulnerabilidade, ao qual associa a vulnerabilidade de grupo através da disseminada noção de “grupos particularmente vulneráveis”. O seu uso repetido no universo normativo e prática jurisprudencial concretiza a hipótese de que existirão algumas pessoas e alguns grupos mais vulneráveis do que outros, funcionando como condição para a habilitação de especiais medidas de diferenciação positiva.

Admitir que a vulnerabilidade é parte da condição humana é aceitar uma premissa antropológica irrefutável³⁵ que será em segunda instância esculpida pelo cinzel do direito e da ética em torno da convicção de que existem uns indivíduos mais vulneráveis do que outros em virtude dos processos de exclusão ou inclusão provocados por determinantes naturais ou sociais.

O TEDH tem sido um dos principais responsáveis pela operacionalização do conceito de vulnerabilidade sem, todavia, ter provido qualquer definição ou sequer um conjunto coerente de determinantes exatas que permitam identificar os grupos vulneráveis ou estabelecer distinções entre eles³⁶. As autoras de um estudo desenvolvido em 2013 sobre a caracterização e implicações do conceito de vulnerabilidade na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo defendem que tem vigorado o exercício de identificação casuística de indivíduos ou grupos vulneráveis. Reconhecem, porém, três características comuns ao conceito de “grupos vulneráveis” usado pelo TEDH: a natureza relacional da noção, que obriga à consideração do contexto social, histórico e institucional que molda o

grupo vulnerável em causa, o caráter particular a que obedece o preenchimento do tipo, por contraste com as teorias universalistas, que sugere a necessidade de confirmação casuística da presunção de vulnerabilidade de que goza um indivíduo em função do grupo em que se insere e, por fim, uma terceira baseada na imputação de um dano. Constituirão indicadores de vulnerabilidade os seguintes tipos de danos identificados pelo TEDH: preconceito e estigmatização histórica, desvantagem social e privação material.

3.2 A vulnerabilidade associada a requerentes de asilo e refugiados em contexto de saúde

A vulnerabilidade atribuída aos requerentes de asilo foi proclamada pela primeira vez no caso *M.S.S. v. Belgium and Greece*, de 21 de janeiro de 2011.³⁷

Esta decisão encerra uma queixa apresentada no interesse de um refugiado de nacionalidade afegã, contra os Estados grego e belga, alegando-se, entre outros, que as condições materiais em que aquele havia sido detido à chegada aos referidos países prefigurariam um tratamento degradante, desumano e cruel, proibido pelo artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁸.

A sustentação do juízo final incluiu a valorização assumida da perspectiva subjetiva do envolvido sobre os efeitos psíquicos causados pelas alegadas deploráveis condições de detenção verificadas no centro de detenção anexo ao aeroporto de Atenas, as quais seriam propensas a gerar uma perceção de arbitrariedade, inferioridade e ansiedade. Adicionalmente, consideraram os juízes que a perturbação da dignidade havia resultado acentuada pela “vulnerabilidade inerente à sua situação como requerente de asilo”.

Se bem que não sejam identificadas as determinantes específicas de vulnerabilidade atinente aos requerentes de asilo, afastando-se desse modo a possibilidade de

34 - Adotada por aclamação no dia 19 de outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO.

35 - BIRNBACHER, *Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinischen Sicht*, in: *MedRecht* (2012), p-560-565.

36 - V. PERONI, TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, (2013), disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/4/1056/698712>

37 - Acórdão do processo *M.S.S. v. Belgium and Greece* n.º 30696/09 [2011].

38 - *Op. cit.* parágrafo 233.

extrapolar a decisão do TEDH para os demais indivíduos em idênticas situações, achou-se firmada em pronúncia jurisprudencial a relação entre o estatuto de requerente de asilo e o dever de especial proteção que aos Estados se impõe ante um membro de um “grupo populacional desfavorecido e vulnerável”³⁹. Ainda de acordo com o TEDH, a vulnerabilidade desta categoria de pessoas beneficiaria de um largo consenso internacional e europeu.⁴⁰ Noutra perspetiva não deixa de merecer realce a tendência de relevar a perceção dos próprios indivíduos vulneráveis em relação ao tratamento de que são alvo.

A vulnerabilidade opera, pois, como amplificadora dos direitos daqueles a quem é atribuída, sendo a mera inação dos Estados uma forma de desrespeito pela realização da dignidade humana e pela justiça social, espinha dorsal do Estado Social de Direito.

Neste ponto, aproveitando a natureza emergente do conceito, vale a pena equacionar a vulnerabilidade como medida de justiça, componente do princípio da proporcionalidade e a montante daquela como subprincípio da equidade e da solidariedade. Independentemente do arranjo teórico que receba, a noção de vulnerabilidade constituirá, em nosso entender, uma ferramenta procedimental administrativa de auxílio à decisão (de distribuição de recursos) dotada da elasticidade inerente à categoria dos princípios.

A ainda atual Lei de Bases da Saúde, aprovada em 1990, antevê nas diretrizes previstas para a definição da política de saúde que sejam “*tomadas medidas especiais relativamente a grupos sujeitos a maiores riscos*”, como forma de garantir a igualdade no acesso a cuidados de saúde e a equidade na distribuição dos recursos (cf. Base II n.º 1, alínea c)).

Na área dos grupos dominados por maiores riscos estariam incluídos as crianças, os adolescentes, as grávidas, os idosos, os deficientes, os toxicodependentes e os trabalhadores cuja profissão o justifique. Ora, precedendo o desenvolvimento que culminou na emergência do conceito jurídico de vulnerabilidade, o axioma de justiça social como vetor essencial de uma estratégia de saúde, norteadado pelo propósito de alcançar uma igualdade substantiva no acesso aos cuidados, afirma-se há muito como razão de ser da discriminação positiva que subjaz às políticas de saúde. Ainda que na área da saúde surja tradicionalmente associada a fatores

físicos e biológicos, naturais ou adquiridos, com consequências circunscritas ao usufruto de cuidados de saúde, as determinantes de vulnerabilidade merecem uma atualização que se espera possa ocorrer com a revisão deste diploma estruturante atualmente em curso.

No caso dos requerentes de asilo e refugiados é necessário recorrer à disciplina jurídica vertical aplicável, na qual desempenha lugar cimeiro a noção de “vulnerabilidade presumida”, conforme detalharemos no capítulo seguinte. Particularmente vulneráveis são todas as “*personas com necessidades especiais, designadamente os menores, os menores não acompanhados, os deficientes, os idosos, as grávidas, os membros de famílias monoparentais com filhos menores e as pessoas que tenham sido sujeitas a atos de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual*”, cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea y), da Lei do Asilo. Ao Estado compete rastrear e identificar a natureza de necessidades especiais de acolhimento, o que poderá ser concretizado em qualquer fase do procedimento administrativo a que obedece o pedido de apoio internacional, sem prejuízo de uma avaliação inicial (cf. artigo 77.º, n.º 3 *ibid.*).

A deteção de necessidades especiais (noutras palavras, da particular vulnerabilidade) desencadeia o ónus de prestação de cuidados de saúde adequados,⁴¹ assomando o estado de saúde dos visados como determinante essencial da vulnerabilidade *in casu*. Conforme temos vindo a sublinhar, a saúde é um bem central: a sua ausência uma das principais causas de vulnerabilidade, a sua restituição afigura-se uma solução para a reposição e completa realização da dignidade humana.

Creemos assim, ser defensável que o ordenamento jurídico português admite a vulnerabilidade como ferramenta de apoio à decisão administrativa. Contudo,

39 - *Op.cit.*, parágrafo 251.

40 - Seriam objetivamente portadores destas orientações a Convenção de Genebra, o mandato e as atividades do ACNUR, bem como as orientações consagradas na Diretiva 2003/9/CE Do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados- -Membros, a qual foi transposta para Portugal pela Lei n.º 20/2006, de 23 de junho, entretanto substituída pela Lei n.º 27/2008, de 30 de junho.

41 - De modo explícito, consagram deveres acrescidos do Estado perante pessoas particularmente vulneráveis os seguintes preceitos da Lei do Asilo: artigo 35.º-B, n.º 8, relativo às condições dos centros de instalações temporárias para pedidos de reinstalação de refugiados, artigos 52.º, n.º 5 e 56.º, n.º 2, por referência às condições de acolhimento, artigo 60.º, n.º 6, sobre a redução ou cessação de benefícios das condições de acolhimento, bem como o artigo 73.º, n.º 2 e 3 *ibid.*, referente ao acesso ao SNS. O artigo 77.º resume que “tanto no procedimento de análise como na prestação das condições materiais de acolhimento, bem como dos cuidados de saúde, é tida em consideração a situação das pessoas particularmente vulneráveis (...)”.

a correlação entre a vulnerabilidade e a priorização em saúde revela-se particularmente desafiante exigindo uma ordenação entre os reflexos legais das determinantes socioeconómicas da vulnerabilidade e a presunção de vulnerabilidade em razão de determinantes biológicas que acompanham naturalmente muitos dos utentes de serviços de saúde. É o caso menos controverso dos doentes portadores do VIH/HIV e doentes do foro mental, mas também, em certas circunstâncias, dos menores, das grávidas, dos idosos com determinadas patologias crónicas. O rápido desenvolvimento da temática aliado à insuperável finitude de meios em saúde sugere o ensaio de uma solução legal mais transparente, adaptada especificamente ao contexto da prestação de cuidados de saúde que explicitamente assuma a relevância jurídica da vulnerabilidade. São vetores para a sua estruturação a fixação de presunções de vulnerabilidade claramente identificadas (incluindo determinantes biológicas ou associadas ao ciclo de vida, fragilidades na autonomia, bem como determinantes socioeconómicas), a previsão de um momento de avaliação que permita a verificação *in casu* desta vulnerabilidade (ou a respetiva refutação), acionável sempre que a vulnerabilidade não resulte de fatores objetivos, como sejam, o ciclo de vida (menores, idosos, grávidas) ou a sujeição a agressões e atos de tortura (a exemplo o que ficou plasmado no regime jurídico dos requerentes de asilo e refugiados).

Outrossim, a identificação de grupos particularmente vulneráveis poderá ser conciliada com uma hierarquização de necessidades através da identificação de níveis de cuidados essenciais por contraposição aos demais. Isto significa que o acesso a determinadas prestações poderá ser pronta e incondicionalmente garantido a determinados grupos que beneficiem de uma presunção de vulnerabilidade, aceitando-se restrições a cuidados de natureza complementar, não urgentes e até a sujeição a comprovações casuísticas. Uma álea de discricionariedade administrativa será indispensável.

Justificada a discriminação positiva exercida em relação aos requerentes de asilo e refugiados, não pode a mesma deixar de ser extensível a todos os migrantes em idênticas circunstâncias de vulnerabilidade ou mesmo de vulnerabilidade presumida, com particular acuidade para os migrantes em situação irregular. O fundamento ético-normativo ancorado nas normas relativas aos direitos humanos colmata quaisquer lacunas nas normas habilitativas, designadamente por desatualização da terminologia associada ao direito de acesso a cuidados de saúde por migrantes em condições irregulares, como de seguida veremos.

4. O direito de acesso a cuidados de saúde por migrantes residentes em Portugal e a possibilidade de consagrar direitos especiais

As condições e termos do acesso ao sistema de saúde português por cidadãos estrangeiros aqui residentes encontram-se regulados em diferentes instrumentos normativos, distinguindo-se em amplitude de direitos três patamares correspondentes aos diferentes estatutos jurídicos dos visados.

Num primeiro grupo, os cidadãos nacionais de Estados-membros da UE, do Espaço Económico Europeu⁴² e da Suíça são beneficiários de um amplo leque de direitos e deveres explicitamente consagrados em instrumentos legislativos com origem na concretização das liberdades de circulação no espaço europeu. Ancorados no princípio da equiparação e coordenação entre os sistemas de segurança social no seio da União Europeia, tendo como pano de fundo o propósito de estimular a livre circulação de pessoas, os referidos direitos não deixam de revelar firmeza no cuidado com a promoção dos direitos dos doentes europeus por influência direta do pilar europeu dos direitos sociais.

Sob as diretrizes de um segundo conjunto normativo agrupar-se-ão os cidadãos nacionais de países terceiros abrangidos pelo âmbito de acordos bilaterais de cooperação no domínio da saúde ou da Segurança Social celebrados entre o Estado português e o seu país de origem, estando nessa medida sujeitos aos exatos termos convencionados. Em um universo mutável, consoante a proximidade dos países, merecem neste contexto realce os acordos com os países africanos de língua portuguesa e com o Brasil, sendo possível acrescentar, atualmente, Andorra, Marrocos e Tunísia.⁴³

Por fim, cuida o ordenamento jurídico de todos os cidadãos nacionais de países terceiros, isto é, de nacionalidade alheia aos países que integram o Espaço Económico Europeu e a UE e que não se encontrem abrangidos por acordo bilateral celebrado por Portugal. Neste grupo distinguem-se os estrangeiros com autorização de residência, os requerentes de asilo ou de proteção

42 - Para além dos Estados-membros da União Europeia pertencem ao Espaço Económico Europeu (EEE) a Noruega, Liechtenstein e Islândia.

43 - Embora sujeitos a atualizações os acordos base existentes nesta matéria e países envolvidos encontram-se elencados no documento orientador do acesso ao sistema de saúde de cidadãos estrangeiros *op. cit.*

subsidiária, os refugiados e os beneficiários de proteção subsidiária, bem como os migrantes sem autorização de residência. Por razões lógicas distinguiremos os três subgrupos acabados de enunciar, a que correspondem distintas bases legais habilitadoras dos direitos que possuem perante a lei portuguesa e que constituem o objeto da presente exposição.

4.1. Migrantes com autorização de residência

A tutela normativa do direito à proteção da saúde conferido a migrantes com autorização de residência é coordenada pelo já referido desígnio constitucional da equiparação de direitos e deveres (artigo 15.º da Constituição da República Portuguesa) postulando-se a igualdade de tratamento em relação aos demais beneficiários do SNS, a qual é extensível à assistência medicamentosa (cf. n.º 1, do Despacho n.º 25 360/2001, de 12 de dezembro).

A fruição do acesso à generalidade dos cuidados de saúde encontra-se condicionada a uma inscrição prévia como utente do SNS, bem como à apresentação do respetivo cartão de utente ante cada utilização em moldes que não diferem dos termos exigidos aos cidadãos nacionais. Tal ónus procedimental tem motivado dúvidas em relação à sua conformação constitucional, as quais afetam de modo idêntico portugueses e estrangeiros.

A controvérsia sobre a legitimidade constitucional da sujeição do acesso à saúde ao cumprimento de uma condição formal estendeu-se ao próprio Tribunal Constitucional. Com efeito, tem tardado o consenso sobre a questão de saber se é conforme aos artigos 2.º, 18.º e 64.º da Lei Fundamental a norma extraída do artigo 2.º, n.º 3, do Decreto-lei n.º 198/95, de 29 de Julho, alterado pelo artigo único do Decreto-lei n.º 52/2000, de 7 de abril, que ordena a cobrança do valor da prestação de cuidados de saúde em estabelecimento ou serviço integrado no SNS quando o interessado, não tendo apresentado o cartão de identificação de utente, não tenha feito a prova, no prazo cominado naquela disposição (10 dias), de que é dele titular ou que requereu a sua emissão. Tendo principiado por declarar a inconstitucionalidade da norma em crise, no ano de 2007, o órgão de fiscalização da constitucionalidade convergiu posteriormente para a respetiva validação face ao ordenamento constitucional, apesar dos cinco votos de vencidos que acompanham a decisão, sustentado essencialmente pela convicção de que a norma preserva o direito aos cuidados de saúde requeridos, apenas exigindo uma contrapartida financeira pelos encargos em caso de incumprimento da formalidade.⁴⁴

Para o futuro é de antecipar o desuso deste requisito formal relativamente aos cidadãos nacionais em razão da generalização da emissão obrigatória do cartão do cidadão, documento de identificação pessoal apto ao reconhecimento perante as instituições e serviços do SNS. Caso não seja alterado o Decreto-lei n.º 198/95, de 29 de julho, manter-se-á, porém, a obrigação procedimental para os cidadãos nacionais de estados terceiros e naturalmente a validade da discussão acabada de enunciar para tal universo subjetivo. A pertinência da clarificação desta matéria surge, em nosso entender, reforçada pela distinção de facto que se antevê possa onerar os migrantes com um requisito procedimental de relevo, tanto mais quanto são precisamente estes que se debatem com as barreiras de natureza formal e burocráticas inconvenientes no acesso à saúde e mais dificilmente superáveis.

A inscrição como beneficiário do SNS por cidadãos estrangeiros requer a apresentação do título de autorização de residência emitido pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, junto dos serviços de saúde da área da respetiva área de residência (preferencialmente a unidade de cuidados de saúde primários). Os detentores de visto de residência ou estada temporária poderão exhibir o recibo de pedido ou de renovação do pedido de autorização de residência emitido pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, o qual comprova a instrução em curso de um processo tendente à obtenção ou prolongamento da residência.

A errónea convicção de que a emissão de cartão de utente dependia de uma prévia inscrição na Segurança Social constituiu durante algum tempo um obstáculo frequente ao pleno gozo do direito à proteção da saúde pelos estrangeiros, presuntivamente ultrapassado com a clarificação resultante da publicação do Manual de Acolhimento no Acesso ao Sistema de Saúde de Cidadãos Estrangeiros.⁴⁵ Logo que formalizada a inscrição no SNS, a prestação cuidados de saúde concretizar-se-á nas condições gerais legalmente previstas, pressupondo o pagamento de taxas moderadoras, salvaguardada a verificação de um motivo de isenção ou dispensa, tal como estipulados nos artigos 4.º e 8.º, do Decreto-lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, na sua versão atual.

44 - A decisão plenária de 2009 não subestima, outrossim, a possibilidade legal de regularização da situação antes da imputação definitiva dos encargos, argumentando que "a norma em causa visa instituir uma medida de política legislativa destinada, não apenas a assegurar a identificação pessoal dos cidadãos no momento em que pretendam obter a prestação de cuidados de saúde, mas também a incentivar o uso do cartão de utente por parte dos beneficiários por forma a agilizar os procedimentos de acesso ao Serviço Nacional de Saúde(...)". Cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 221/2009, publicado no Diário da República, II Série, de 15 de junho de 2009.

45 - Op.cit. nota de rodapé n.º 25.

Tal equivale a dizer que pelos encargos incorridos com a prestação de cuidados responderá o orçamento do Estado, através do SNS, ou um terceiro legal ou contratualmente responsável⁴⁶ aqui se incluindo entidades seguradoras e patronais, entre outros.

Para além do acesso a cuidados de medicina preventiva, curativa, de reabilitação e paliativos, aos cidadãos nacionais de países terceiros com autorização de residência são incondicionalmente reconhecidos os demais direitos dos utentes do SNS. Referimo-nos a um extenso conjunto de posições jurídicas subjetivas, ancoradas em disposições nacionais avulsas que tentaremos elencar sem pretensões exaustivas.

Assim, possuem os migrantes nas condições em análise o direito a serem tratados com dignidade, pelos meios adequados, com correção técnica e prontidão; o direito ao consentimento informado, que compreende a faculdade de receber ou recusar o tratamento proposto; o direito à privacidade e à confidencialidade, bem como o direito de aceder aos seus dados pessoais; o direito a receber assistência religiosa, em pleno respeito pelas convicções culturais, filosóficas ou religiosas de cada um; o direito de queixa e de associação.

Vale a pena frisar que também para os migrantes o direito de acesso é indissociável de um referencial temporal a partir do qual, em razão da situação clínica de cada um, não é legítimo ou expectável que se prolongue a espera sem o considerar preterido, conforme atualmente resulta em termos evidentes do disposto no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, relativa aos direitos e deveres do utente do SNS.⁴⁷

Avançando para as faculdades que sucedem cronologicamente ao momento de acesso, em uma representação temporal ficcionada do percurso do doente desde a procura de cuidados, ao longo da relação estabelecida⁴⁸, surgem destacados os direitos e correlativos deveres de informação e esclarecimento sempre que estejam em causa cidadãos de países terceiros, os quais são particularmente reforçados perante cidadãos que não dominem a língua portuguesa.

O princípio da autonomia, axioma medular da bioética mas também da prestação de cuidados de saúde, apresenta uma estreita correlação com a vulnerabilidade operando como terreno fértil para a demonstração do mecanismo de funcionamento da noção legal do termo. Em caso de afetação da autonomia individual (doença mental, idade ou mesmo dificuldades de comunicação) o direito corrige a fragilidade substituindo a expressão da vontade ou adensando a informação necessária a uma opção consciente e livre, sempre que exista autonomia a

preservar. Ora, o estatuto de cidadão estrangeiro poderá acarretar a afetação da autonomia, em situações de insuficiente ou inexistente fluência comunicacional e de domínio dos procedimentos de utilização dos serviços do SNS, exigindo uma correção da desigualdade gerada por parte dos intervenientes na relação da prestação de cuidados.

Concretizando, do conteúdo do direito à informação sobressaem, na vertente institucional: o direito a ser informado sobre as regras aplicáveis à escolha do prestador de cuidados de saúde, com realce para os termos em que deve ser exercida a livre escolha⁴⁹; o direito a conhecer os tempos máximos de resposta garantidos a nível nacional e aqueles que são praticados por cada instituição prestadora do SNS⁵⁰; o direito a saber em cada momento qual a posição relativa ocupada na lista de inscritos para os cuidados de saúde aguardados e o direito a conhecer as alternativas à prestação de cuidados sempre que não seja possível o cumprimento dos prazos definidos como razoáveis para a assistência requerida, nesta se incluindo a referenciação para outra entidade do SNS, entidade privada convencionada ou estrangeira.⁵¹

Ora, se a responsabilidade pela satisfação dos deveres de esclarecimento acima referidos cabe em primeira linha ao profissional de saúde envolvido, não está isento de obrigações o Estado através dos seus serviços de saúde, ao qual é imposta uma obrigação suplementar de informação relativa a esta categoria de beneficiários do SNS.⁵²

No círculo da relação médico-doente emerge o direito de cada doente ao conhecimento da sua situação clínica, alternativas de tratamento possíveis e evolução do seu estado de saúde, bem como de decidir receber ou

46 - V. Base XXXIII, n.º 1 e 2, alínea b), da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de agosto e alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro.

47 - Em conquista de relevo tem sido sucessivamente densificada a medida que serve de referência ao período de tempo considerado clinicamente aceitável, tal como preconizado pela Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do SNS, encontrando-se previstos tempos os tempos máximos de espera para os cuidados de saúde primários, primeiras consultas de especialidade hospitalar, bem assim como para procedimentos hospitalares cirúrgicos programados, no anexo I da Portaria n.º 151/2017, de 4 de maio.

48 - Trata-se de uma mera ficção apenas útil para guiar o leitor no texto que nos ocupa, na medida em que desconsidera a complexidade do estatuto de utente do SNS, bem como, dos cuidados englobados na proteção da saúde, os quais extravasam a doença relacionando-se com os cidadãos em diversas fases ao longo do ciclo de vida, incluindo cuidados preventivos e até direitos devidos aos familiares dos doentes.

49 - O novo sistema de Livre Escolha e Circulação de Doentes no Serviço Nacional de Saúde foi aprovado pelo Despacho n.º 5911-B/2016, de 3 de maio, em desenvolvimento recente da almejada liberdade de escolha acoplada ao estatuto dos utentes do SNS, conforme previsto na Base XIV, n.º 1, alínea a), da Lei de Bases da Saúde.

50 - V. Anexo III, ponto 2, da Portaria n.º 153/2017, de 4 de maio.

51 - V. Anexo III, ponto 1 e 3, *ibid.*.

52 - Atualmente encontra-se previsto um Serviço de Tradução Telefónica da responsabilidade do Alto Comissariado para as Migrações, que poderá ser utilizado por instituições públicas como as unidades de saúde.

recusar a prestação de cuidados que lhe é proposta. O conteúdo material do dever de informar e de obter o consentimento livre e esclarecido do doente não sofre alterações em virtude do estatuto jurídico do titular de direitos, contudo, também nesta sede a sua perfeita observância requer diligências adicionais ante migrantes que não dominem a língua materna nacional. Neste momento preciso da relação de prestação de cuidados é ao médico que cumpre garantir que o doente compreende a língua portuguesa e, sobretudo, que aquele apreendeu a informação veiculada de forma apta a consentir conscientemente na intervenção ou solução terapêutica proposta. Persistindo dúvidas deverá ser requerida a intermediação de um terceiro capaz de facilitar a comunicação. Em caso algum é suficiente a entrega de um folheto explicativo, ainda que em língua estrangeira acessível ao doente, ou a mera assinatura de um formulário de consentimento.

A intermediação pode ser executada por um voluntário ou por profissional, gerando neste último caso custos acrescidos. O financiamento dos serviços de intérprete caberá à entidade prestadora do serviço ou aos serviços regionais e centrais da administração da saúde. Acompanhando a tendência da jurisprudência alemã, conforme entendida por Spikhoff⁵³, o profissional de saúde a quem compete o esclarecimento do doente poderá recusar a assistência, contrariando ordens oriundas de hierarquias institucionais, caso tenha dúvidas sobre a eficácia da informação prestada e a real expressão de vontade pelo doente. Tal conduta deverá até ser encarada como dever deontológico, enquadrada em Portugal pela disciplina da objeção técnica, tal como prevista no artigo 38.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, devendo ser justificada de forma clara e por escrito. Em situações emergentes ou urgentes, sempre que a dilação da intervenção necessária ameace seriamente a saúde ou vida do doente, ou naquelas situações em que a pessoa se encontra incapaz de prestar consentimento, aplicam-se as regras gerais do “consentimento presumido” ou “consentimento implícito”.⁵⁴

Em todas as circunstâncias para as quais se encontra legalmente prevista a obrigatoriedade de prestação de consentimento por escrito⁵⁵ deverá ser disponibilizado ao doente migrante que não fale português um formulário em língua estrangeira que este compreenda, ainda que esta não seja, recorde-se, medida suficiente de *per se*.

Sobre a especificidade a que deve obedecer o

consentimento dos estrangeiros que não compreendam a língua portuguesa são omissas as diretrizes oficiais, contrariamente ao que sucede com outras possíveis situações de suscetibilidades comunicacionais como é o caso das pessoas com deficiência auditiva ou visual. Relativamente a estas últimas, dispõe o ponto 8 da Norma da Direção-geral da Saúde n.º 15/2013 que o consentimento informado, esclarecido, livre e dado por escrito, deve ser feito com recurso aos meios de comunicação adaptados a esta população (linguagem gestual ou braille) para que esta possa ser envolvida no processo de decisão. Não se anteveem motivos para que análogo raciocínio deixe de ser aplicado a estrangeiros, com recurso a técnicas de tradução adaptadas.

Em suma, o acesso à saúde pelos migrantes com autorização de residência beneficia de compreensivo reconhecimento na legislação portuguesa, decorrência imediata do princípio constitucional da equiparação de direitos. A consagração de especiais direitos para esta categoria de utentes revelar-se-ia, por conseguinte, supérflua, trazendo maiores benefícios o empenho na realização da igualdade material, sobretudo no que toca aos direitos dos utentes no decurso da relação já estabelecida com os prestadores de cuidados de saúde. Assim, compete ao Estado a correção de uma eventual assimetria de informação, bem como de uma menor aptidão para compreensão de procedimentos administrativos em uso, por serem estas desvantagens capazes de distorcer a equidade no gozo deste direito fundamental. Referimo-nos, em particular, à adoção de medidas de clarificação dos requisitos formais de acesso ao SNS, bem como à necessidade de reforçar os mecanismos de comunicação entre médicos e

53 - Cf. SPIKHOFF, *Spezielle Patienten rechte für Migranten? Juristische und rechtsethische Überlegungen in Migration und Gesundheit* (2010), *Deutscher Ethikrat*, p. 66 *ess*.

54 - Nos termos da norma da direção-geral da saúde n.º 15/2013, “*Há consentimento presumido quando as circunstâncias permitem supor que a pessoa titular teria consentido se conhecesse as circunstâncias em que o ato diagnóstico ou terapêutico é praticado*”.

55 - A saber, de acordo com o instrumento de orientação op. cit.: a) Interrupção voluntária da gravidez; b) Realização de técnicas invasivas em grávidas (nomeadamente amniocentese, biópsia das vilosidades coriônicas, cordocentese, drenagem, amniotomia); c) Esterilização voluntária (laqueação tubar e vasectomia); d) Procriação medicamente assistida (PMA); e) Colocação de dispositivos anticoncepcionais subcutâneos intrauterinos; f) Administração de gamaglobulina anti-D; g) Eletroconvulsivoterapia e intervenção psicocirúrgica; h) Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana; i) Testes genéticos identificados no número 2 do artigo 9 da Lei n.º 12/2005; j) Dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana; k) Administração de sangue, seus componentes e derivados; l) Colheita e transplante de órgãos de dador vivo; Doação de sangue; n) Videovigilância de doentes; o) Bancos de ADN e de outros produtos biológicos; p) Investigação sobre genoma q) Investigação em pessoas; r) Realização de atos cirúrgicos e/ou anestésicos, com exceção das intervenções simples de curta duração para tratamento de afeções sobre tecidos superficiais ou estruturas de fácil acesso, com anestesia local; s) Realização de atos diagnósticos ou terapêuticos invasivos maiores; t) Gravações de pessoas em fotografia ou suporte áudio ou audiovisual; u) Uso *off label* de medicamentos de dispensa hospitalar; v) Colheita, estudo analítico, processamento e criopreservação de sangue e tecido do cordão umbilical e placentar.

doentes que não compreendam a língua portuguesa. É essencial garantir que qualquer intervenção médica ou medicamentosa é precedida do consentimento livre e esclarecido, a par dos demais direitos à informação que enformam a relação médico-doente e cujo respeito reflete a autodeterminação dos seres humanos.

4.2. Requerentes e beneficiários de asilo ou proteção subsidiária.

As condições e os procedimentos relativos à concessão de asilo ou proteção subsidiária, assim como os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de beneficiário de proteção subsidiária, encontram-se definidos na Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, na redação que resultou da Lei n.º 26/2014, de 5 de maio, doravante Lei do Asilo, a qual transpõe para a ordem jurídica portuguesa as diversas diretivas europeias publicadas neste domínio. O conjunto de aspetos ali regulamentados abrange o estatuto social dos requerentes e beneficiários dos mecanismos de proteção internacional⁵⁶, mormente no que concerne ao seu direito de acesso à saúde. Vigora, deste modo, um enquadramento normativo vertical específico para migrantes que reúnam as condições aptas a requerer e beneficiar do estatuto de refugiados, o qual deve ser compatibilizado com os direitos dos doentes decorrentes da legislação geral em matéria de saúde.

Em traços muito gerais, o seu direito à proteção da saúde modela-se a partir do postulado de aproximação das condições jurídicas e sociais dos migrantes em relação àquelas de que gozam os cidadãos nacionais, por remissão para a regra que equipara o estatuto legal dos refugiados e beneficiários de proteção subsidiária ao dos demais estrangeiros com autorização de residência.⁵⁷

A responsabilidade do Estado português face às necessidades de assistência médica e medicamentosa dos requerentes de asilo inicia-se com a submissão do pedido por estes, variando de intensidade à medida que o procedimento evolui da fase de instrução para aquela que se segue a uma decisão final de deferimento, que confere ao requerente o estatuto de refugiado ou beneficiário de proteção subsidiária.

Expressamente preconizado pelo artigo 52.º da Lei do Asilo (conforme acontecia no diploma que o precedeu), o direito de acesso ao SNS pelos requerentes de asilo e respetivos membros da família encontra-se regulamentado pela portaria n.º 30/2001, de 17 de janeiro. Nesta portaria conjunta do ministério da Administração Interna e da Saúde institui-se para a fase instrutória do pedido de proteção um direito à satisfação de necessi-

dades básicas de saúde, em igualdade de circunstâncias com os cidadãos nacionais. Encontrar-se-ão incluídos no catálogo de cuidados de saúde básicos, a prevenção da doença e promoção da saúde e alguns cuidados de tipo ambulatorio (*e.g.* cuidados de clínica geral, materno-infantis e de planeamento familiar, escolares e geriátricos), os cuidados de especialidade, abrangendo nomeadamente as áreas da oftalmologia, da estomatologia, da otorrinolaringologia e da saúde mental, alguns internamentos que não impliquem cuidados diferenciados, o acesso a meios complementares de diagnóstico e terapêutica, a reabilitação, bem como os cuidados de enfermagem, abarcando nestes as visitas domiciliárias⁵⁸. Compete ainda às autoridades portuguesas assegurar todas as prestações necessárias ao eventual retorno ao país de origem, ou outro, provendo designadamente pelas condições físicas e de saúde que permitam ao visado suportar a viagem (cf. artigo 2.º *ibid.*).

Quando cotejado com as prestações estipuladas para outros grupos de migrantes, o rol de cuidados garantidos ao requerente de asilo é mais extenso do que aquele previsto para os migrantes em situação irregular e menos abrangente do que o conteúdo do direito reconhecido aos estrangeiros com autorização de residência ou com estatuto de refugiado.

Em matéria de responsabilidade financeira pelos encargos, ao mesmo tempo que a gratuidade do acesso ao SNS é expressamente estipulada na portaria n.º 30/2001, de 17 de janeiro, para efeitos de cuidados de urgência (neste se incluindo diagnóstico e terapêutica e de cuidados de saúde primários, bem como assistência medicamentosa) a Lei do Asilo preconiza a dispensa de pagamento apenas para aqueles “*que não disponham de meios suficientes para permitir a sua subsistência*” (cf. artigo 56.º, n.º 1, da Lei n.º 27/2008, de 30 de junho). Especificando que se considera não dispor de meios suficientes o requerente que careça de recursos de qualquer natureza ou de valor inferior ao subsídio de apoio social apurado nos termos da legislação aplicável, acrescentou o legislador de 2008, através do n.º 4 do artigo 56.º *ibid.*, que se o requerente dispuser de recursos suficientes poder-lhe-á ser exigida uma contribuição, total ou parcial, para a cobertura das despesas, incluindo em forma de reembolso posterior.

56 - A referência singular a requerentes de asilo ou refugiados deverá ser entendida em sentido amplo, de forma a incluir os requerentes e os beneficiários de estatuto equiparado, como seja aquele que confere o deferimento da proteção subsidiária.

57 - V. artigo 73.º, n.º 1, da Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, na sua atual versão

58 - V. Artigo 6.º, da portaria n.º 30/2001, de 17 de janeiro.

O Decreto-lei n.º 113/2011, de 29 de novembro⁵⁹, que no ano de 2014 procedeu à revisão do regime das taxas moderadoras e regula as condições especiais de acesso às prestações do SNS por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras, consagra a isenção do pagamento de taxas moderadoras para os requerentes de asilo, refugiados e respetivos cônjuges ou equiparados e descendentes diretos.⁶⁰ Se existiam dúvidas relativas à responsabilidade financeira pelos encargos incorridos com os requerentes de asilo, o paradoxo adensa-se face à isenção expressa do pagamento de taxas moderadoras sem relação com o tipo de cuidados acedidos. Não se confundindo o pagamento de uma taxa moderadora com a responsabilidade pelos encargos incorridos, o brocardo *a minori ad maius* reflete bem a dificuldade de compatibilizar a presunção de vulnerabilidade implícita ao regime jurídico de asilo, já em 2001, com a sujeição à confirmação dessa vulnerabilidade *in casu* que transparece da Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, pois quem não paga o menos (taxas moderadoras) não deverá pagar o mais (encargos relativos à prestação de cuidados). A superação definitiva da dissonância será favorecida com uma clarificação legal.

Ainda na fase instrutória do pedido vale a pena anotar a especial atenção votada aos requerentes particularmente vulneráveis, não obstante a ausência de operacionalização do conceito que torna equívoca a distinção face aos demais⁶¹ no que tange à assistência médica a que têm direito. Presume-se que possa estar essencialmente em causa o nível de prontidão com que são disponibilizados os cuidados.

Em síntese, reconhecemos como características específicas do direito à saúde dos migrantes durante a fase de instrução do pedido de asilo ou proteção subsidiária, a extensão normativa do estatuto social legalmente fixado aos familiares diretos, a especial atenção dirigida aos indivíduos “particularmente vulneráveis” e, por fim, a isenção do pagamento de taxas moderadoras, benefício que é independente da real condição de recursos de cada um.

A partir do momento em que é obtido o estatuto de refugiado ou beneficiário de proteção subsidiária vigora, após inscrição no SNS, o princípio da equiparação de direitos ainda que pontuado pelos traços distintivos associados ao princípio de presunção de insuficiência de recursos, transversal ao regime legal em matéria de asilo e refugiados e destaque de indivíduos “particularmente vulneráveis”, imbuídos na Lei n.º 27/2008, de 30 de junho.

Tendo como horizonte o tratamento legislativo dispensado às pessoas particularmente vulneráveis, olhemos com maior detalhe para o n.º 2, do artigo 73.º da Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, na sua atual versão, onde se lê:

“são assegurados cuidados de saúde adequados, incluindo tratamento de perturbações mentais, quando necessários, aos beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária que se integrem nos grupos de pessoas particularmente vulneráveis, nas mesmas condições que aos cidadãos nacionais”.

Este preceito assume no panorama jurídico português o reconhecimento de deveres especiais de proteção pelo Estado, designadamente em contexto de saúde, face a refugiados e requerentes de proteção subsidiária que por causa dessa condição sejam considerados particularmente vulneráveis. Habilita, nestes termos, a administração da saúde a conceder prioridade no atendimento em saúde a todos quantos satisfaçam as condições requeridas, tanto mais importante quando seja reclamado apoio específico na área da saúde mental. A aferição da condição de particular vulnerabilidade obedece a uma avaliação casuística, ainda que combinada com uma presunção legal de particular vulnerabilidade relativa a certas categorias de migrantes incluindo, grávidas, deficientes, vítimas de tortura, violação ou outras formas graves de violência física, psicológica ou sexual, como as vítimas de violência doméstica e as vítimas de mutilação genital feminina e os menores que sofreram qualquer forma de abuso, negligência, exploração, tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ou os efeitos de um conflito armado.

Com exceção do caso das grávidas e dos portadores de deficiência, o preenchimento da presunção de vulnerabilidade recorre a fatores relacionados com a saúde

59 - V. Artigo 4.º, n.º 1, alínea n), do Decreto-lei n.º 113/2001, de 29 de novembro, na redação que resultou da sua quarta alteração operada pelo Decreto-lei n.º 117/2014, de 5 de agosto.

60 - O reconhecimento da isenção de taxas moderadoras para os refugiados e todos quantos estivessem abrangidos pelo regime legal a estes aplicável constava inicialmente das disposições insitas na Portaria n.º 30/2001, de 17 de janeiro, em particular do respetivo ponto 5, que previa o “acesso gratuito ao Serviço Nacional de Saúde para efeitos de cuidados de urgência, incluindo diagnóstico e terapêutica, e de cuidados de saúde primários, bem como de assistência medicamentosa”. Com a entrada em vigor do novo diploma regulador do acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde (SNS), no dia 1 de janeiro de 2012, o regime de isenção de taxas moderadoras sofreu significativas alterações, não tendo sido inicialmente prevista a isenção de pagamento para os refugiados e detentores de estatuto social equiparado. Esta circunstância ocasionou a alegada cobrança de encargos moderadores por parte de algumas entidades prestadoras, suscitando, nomeadamente, a intervenção do Conselho Português para os Refugiados e do Provedor de Justiça. Por fim, optou o legislador pela clarificação da situação, explicitamente prevendo a isenção do pagamento de taxas moderadoras, por via do Decreto-lei n.º 117/2014, de 5 de agosto, que altera o Decreto-lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, ancorando a decisão na “necessidade de conferir maior proteção a determinados grupos populacionais que se encontram em condições de especial vulnerabilidade e risco”, em prol da obtenção de “maior justiça social” (V. preâmbulo do Decreto-lei n.º 117/2014, de 5 de agosto).

61 - V. Artigo 52.º, n.º 5 da Lei do Asilo.

mental, admitindo a relação direta entre a vulnerabilidade e o nível de risco de saúde ponderado.

Ocorre recordar que a discriminação positiva de indivíduos mais fragilizados foi preconizada pela Lei de Bases da Saúde ainda em vigor, através da autonomização dos chamados “grupos sujeitos a maiores riscos”, conforme já referido. Predominam neste contexto, por ora, os determinantes da vulnerabilidade de natureza biológica associados à ponderação do nível de risco em saúde ou relacionada com um ciclo de vida (grávidas, deficientes, trabalhadores de determinada profissão) e não os fatores económico-sociais, como aquele que estará na origem da particular vulnerabilidade dos migrantes.

Permitimo-nos concluir que a condição de vulnerabilidade ligada a aspetos biológicos ou clínicos dos indivíduos constitui uma condição de prioridade no acesso à saúde, muito embora o conceito que individualiza uma fragilidade socioeconómica e cultural relacionando-a com uma ponderação de risco com efeitos equiparáveis não tenha sido, até ao presente, utilizado de forma consistente e suficientemente transparente no domínio da saúde. A insuficiente inserção sistemática prejudica a resposta à questão que nos propusemos desenvolver, sugerindo o aprofundamento da reflexão sobre a forma mais adequada de concatenar com os fatores biológicos, as determinantes económicas e sociais de vulnerabilidade.

4.3. Migrantes em situação irregular

O fundamento primeiro das responsabilidades públicas face à defesa e promoção da saúde dos migrantes que não possuem título legal de permanência no país é a dignidade humana, conforme reconhecido nos instrumentos jurídicos estruturantes dos direitos humanos, sendo nesta medida prévio à determinação da cidadania. O dever de disponibilizar cuidados de saúde elementares ou vitais para garantir a dignidade e bem-estar das pessoas não é mais do que uma exigência do desenvolvimento cívico e ético das nações contemporâneas. Em Portugal, o Despacho n.º 25360/2001, de 12 de dezembro, do Ministro da Saúde, estabeleceu os procedimentos em matéria de acesso dos cidadãos estrangeiros ao SNS, explicitando o carácter absoluto, logo universal, do direito de qualquer pessoa a receber assistência médica, ainda que permanecendo em situação irregular no país.⁶² Mantendo a sua vigência atualmente, trata-se de um instrumento que garante em Portugal o direito de acesso ao SNS a todos os cidadãos estrangeiros que não possuam autorização de residência ou visto

de trabalho, desde que se encontrem no país há mais de noventa dias (cf. ponto 4. *ibid.*).

O critério temporal de residência que estabelece como requisito de acesso a comprovação de uma estadia mínima de noventa dias gera potencialmente alguma perturbação, sugerindo a possibilidade de colisão constitucional, conforme evidenciado por parte da doutrina, a qual não deixamos de acompanhar.⁶³ A dúvida reconduz-se à conciliação lógica entre o dever absoluto do Estado prestar os cuidados de saúde que se revelem indispensáveis sem condições ou reservas, por serem inadiáveis atenta a condição clínica dos visados e a aparente exclusão dos migrantes que se encontrem em Portugal há menos de três meses. Sem consequências diretas na condição temporal e com força jurídica inapta para desvirtuar o despacho n.º 25360/2001, de 12 de dezembro, veio a Direção-geral da Saúde clarificar, no ponto 6 da circular informativa n.º 12/DQS/DMD, de 7 de maio de 2009, que se o imigrante não for titular de documento comprovativo de autorização de residência ou de documento que certifique que se encontra a residir em Portugal há mais de noventa dias, deve ser encaminhado para um Centro Nacional de Apoio ao Imigrante ou para um Centro Local de Apoio à Integração dos Imigrantes mais próximo, com o propósito de regularização da sua situação. Mais esclarece que a pronta prestação de cuidados não deve ser adiada e o encaminhamento será necessariamente posterior.⁶⁴

Quanto às condições de exercício do direito de acesso a cuidados de saúde, o legislador fixou a regra geral da imputação de encargos a migrantes em situação irregular. Salvaguardou, todavia, as “*situações que ponham em causa a saúde pública*” ou razões relacionadas com fragilidade económico-social da pessoa, a aferir casuisticamente.⁶⁵

O conjunto de situações excecionais passíveis de colocar em perigo a saúde pública abrange os cuidados de

62 - Cumpre adiantar que à publicação do aludido despacho não foi alheia a intervenção do Provedor de Justiça, inicialmente motivada por uma queixa que dava conta da recusa de tratamento a um cidadão de um país africano a residir legalmente em Portugal há 18 anos. Para além da necessidade de regular as condições de acesso à saúde por migrantes regulares, foi então sustentada por aquele órgão do Estado a necessidade de garantir o acesso à saúde de migrantes em situação irregular, alegando-se motivos humanitários e de saúde pública (V. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República* (2001), p. 391).

63 - V. BRITO, *Direitos e deveres dos utentes do Serviço Nacional de Saúde* (2008), p.4, texto disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/615-922.pdf> . e MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, p.654.

64 - V. Circular informativa da direção-geral da saúde n.º 12/DQS/DMD, de 7 de maio de 2009.

65 - V. ponto 4. Despacho n.º 25360/2001, de 12 de dezembro.

saúde urgentes e vitais, as doenças transmissíveis que comportem perigo ou ameaça para a saúde pública (e.g. tuberculose ou sida), os cuidados de saúde materno-infantil e saúde reprodutiva, incluindo consultas de planeamento familiar, interrupção voluntária da gravidez, acompanhamento e vigilância na gravidez, parto e puerpério, bem como os cuidados a recém-nascidos, cuidados de saúde a menores e vacinação.

A este acrescentam os cuidados de saúde a menores que se encontrem em situação irregular, por força da aplicação do Decreto-lei n.º 67/2004, de 25 de março.

A exclusão social ou carência económica deverá ser atestada pelas entidades competentes e comprovada junto dos serviços de saúde. Se quiséssemos utilizar uma formulação lexical moderna, este conjunto de isenções à regra da imputação de encargos equiparase à identificação de situações de particular vulnerabilidade.

Pela utilização dos serviços de saúde serão devidas taxas moderadoras, cuja cobrança só será considerada e concretizada nas mesmas condições aplicáveis aos cidadãos nacionais, ou seja, na hipótese de não se verificar qualquer das isenções ou dispensa legalmente previstas.

É justo referir que o ordenamento jurídico português acolhe há vários anos o desígnio de uma sociedade aberta e tolerante, erigida sobre os vetores do respeito pela dignidade humana e da igualdade, procurando a melhor integração de todos quantos aqui chegam na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa). A execução pelos serviços e estabelecimentos de saúde das orientações normativas vigentes sofreu constrangimentos ao longo dos anos, a maioria das vezes ocasionados por obstruções de natureza procedimental e dúvidas quanto à responsabilidade financeira pelos encargos. A ausência de um número de identificação de beneficiário da segurança social por migrantes constituía um dos mais frequentes obstáculos à prestação de cuidados, sendo ainda persistentes hesitações dos prestadores face a migrantes em situação irregular, em particular fora de situações de emergência (como seja o acompanhamento durante a gravidez).

Conclusão

A intensificação dos movimentos migratórios, amplificada pela “crise dos refugiados” de 2014, veio atua-

lizar a responsabilidade das comunidades pela adoção de um sistema de acolhimento e integração social baseado nos valores da justiça, da solidariedade e da igualdade. Este vetor da internacionalização dos utentes de cuidados de saúde junta-se ao progressivo incremento da circulação de doentes impulsionada por razões económicas, cujo epíteto é representado pelo turismo de saúde. Constituem dois distintos e quase antagónicos elementos de um mesmo fenómeno (um desejado, o outro temido), o qual nunca poderá deixar de ser percebido sob a égide dos direitos dos doentes e da consolidação da saúde como valor supremo nas sociedades contemporâneas.

Se no reverso do florescimento económico, aplaudido pelos Estados, se encontram aqueles que em virtude de menor resiliência ou de circunstancialismos particulares ficam de fora do gozo das oportunidades que a saúde permite alcançar, impõe-se a formulação das políticas públicas aptas a corrigir as desigualdades e lacunas no acesso, afinal “*os cuidados de saúde têm uma relevância moral para a realização da Justiça*”.⁶⁶

Na confluência entre a saúde e os direitos humanos, cada vez mais evidente ainda que proporcionalmente mais complexa e embrenhada numa sobreposta rede de ligações consoante o ponto de partida e métodos utilizados⁶⁷, emerge como conceito prático a condição de vulnerabilidade humana.

Conforme nos ensina Patrão Neves,⁶⁸ o ensaio de uma abordagem à vulnerabilidade como hipótese de princípio tem implicações no plano prático a três níveis: começou e persiste no domínio da experimentação humana, estendeu-se à prática clínica e influencia atualmente as políticas de saúde.

Para o futuro, interessará tornar mais transparente o efeito da vulnerabilidade⁶⁹ sobre a ordem de atendi-

66 - Sobre o valor cimeiro da saúde acrescenta BARRY: “*What matters most, apart from being alive at all (and arguably matters more than that) is being in good health, in as far as this is the necessary condition for achieving many of one’s goals. It makes a difference to job opportunities, to abilities to have and raise children, and generally to the chance of enjoying life (...)*”, BARRY, *Why Social Justice Matters*, (2005), p. 72-73.

67 - O cruzamento da saúde com os direitos humanos constitui uma disciplina dinâmica em permanente evolução como retratam, entre outros, GRUSKIN e TARANTOLA, *et al.* op.cit.

68 - *Op.cit.* nota de rodapé n.º 29

69 - Não é desconhecida a discriminação positiva dos chamados “grupos de risco” ou “grupos prioritários”, naturalmente variável consoante as prestações pretendidas e possivelmente aquém da desejável transparência. É, por exemplo, o caso do acesso financiado à vacina da gripe (previsto para a época 2018/2019 na norma da Direção-geral da Saúde n.º 18/2018, de 3 de outubro), do acesso gratuito ao dispositivo de perfusão subcutânea contínua de insulina por crianças e adolescentes portadoras de diabetes mellitus tipo 1 (cfr. Despacho n.º 13277/2016, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, de 28 de outubro), ou mesmo do acesso a médico de família por grávidas, recém-nascidos ou puérperas, entre outros, definido ao nível das administrações regionais de saúde.

mento, sobre os termos em que é financiado o acesso, sobre o universo de cuidados abrangidos, qual a forma como a mesma deve ser concatenada com a consideração da condição clínica de cada um⁷⁰ e através de que ordem deve ser inserida no sistema jurídico.

Noutra perspetiva releva saber quem é vulnerável para o sistema de saúde nacional.

Por se tratar de um domínio em que coexistem fragilidades de diversas ordens, a começar por todos quantos em um momento ou durante toda a vida são afetados pela falta de saúde, afigura-se útil atualizar o elenco de categorias de pessoas particularmente mais vulneráveis, relacioná-lo com determinado risco, o qual abarca todas as determinantes da saúde e não apenas a doença, conjugadas com determinantes socioeconómicas da vulnerabilidade, e associá-lo a específicas consequências jurídicas. Em um patamar orçamental, urge garantir que os recursos existentes respondem ao aumento da procura antecipável, gerindo prioridades no acesso que possam ter sido *baralhadas* pela emergência de outros grupos vulneráveis para além dos tradicionalmente reconhecidos.

A conclusão do presente esquisso não contradiz o que

tem sido afirmado em diferentes esferas sobre a inexistência de obstáculos legais no acesso pelos migrantes que se encontrem em Portugal a adequados cuidados de saúde, no pleno respeito pela dignidade e condição humanas. Assim, somos levados a concluir pela negativa na resposta à última questão que nos propusemos desenvolver, sobre a hipótese de serem necessários especiais direitos para migrantes. Porém, existindo uma assimetria passível de afetar a autodeterminação de alguns migrantes, cabe ao Estado corrigi-la, incrementando o cumprimento dos seus deveres de informação e estudando melhor o fenómeno com o intuito de mapeamento eventuais particulares necessidades.

Em qualquer circunstância, o primado da dignidade humana obriga a privilegiar a corrigir vulnerabilidades que a plena autonomia não elimina, assumindo a saúde como instrumento fulcral de bem-estar e robustecimento do objetivo de maior justiça social.

70 - A situação mais paradigmática desta forma de compaginar a oferta com a procura, priorizando de acordo com a condição clínica, será o vulgarmente conhecido Sistema da Triagem de Manchester usado no acesso aos serviços de urgência, embora o critério da prioridade clínica esteja presidido também aos sistemas de marcação de atos clínicos subordinados ao cumprimento dos Tempos Máximos de Resposta Garantidos.