

DIREITO E SAÚDE GLOBAL

**GLOBALIZAÇÃO, UNIVERSALIZAÇÃO E MERCANTILIZAÇÃO
DA SAÚDE NUM CONTEXTO DE IMPREVISÃO**

COORDENADORAS:

Anabela Costa Leão
Rute Teixeira Pedro

DIREITO
E SAÚDE GLOBAL



COLEÇÃO COLECTIVAS

**DIREITO E SAÚDE GLOBAL
GLOBALIZAÇÃO, UNIVERSALIZAÇÃO
E MERCANTILIZAÇÃO DA SAÚDE NUM
CONTEXTO DE IMPREVISÃO**

Coordenadoras:

**ANABELA COSTA LEÃO
RUTE TEIXEIRA PEDRO**

Autores:

AA. VV.

1.ª edição, dezembro 2024

Editor:

GESTLEGAL

Av. Fernão de Magalhães, n.º 136 – Piso 2
Edifício Azul – Salas U-T
3000-171 Coimbra
+351 239 053 838
editora@gestlegal.pt
www.gestlegal.pt

Design editorial: José Soler

ISBN e-book: 978-989-9136-76-2

Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Projeto gLAWba-
lHEALTH (Direito e Saúde Global), com o apoio da Fundação
para a Ciência e a Tecnologia (FCT) — UIDB/00443/2020 (Cen-
tro de Investigação Interdisciplinar em Justiça)

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são
da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Este trabalho encontra-se publicado com a Licença Internacional
Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0

GESTLEGAL

DIREITO E SAÚDE GLOBAL

GLOBALIZAÇÃO, UNIVERSALIZAÇÃO
E MERCANTILIZAÇÃO DA SAÚDE NUM
CONTEXTO DE IMPREVISÃO

Coordenadoras:

ANABELA COSTA LEÃO

RUTE TEIXEIRA PEDRO



NOTA PRÉVIA

A obra que agora se publica surge na sequência da realização, no dia 17 de novembro de 2023, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, do Congresso “*Saúde Global e Direito. Globalização, universalização e mercantilização da saúde num contexto de imprevisão*”. Nele se integram trabalhos de alguns dos oradores que nele participaram.

O evento constituiu uma das atividades integradas no *Projeto gLAWbalHEALTH (Direito e Saúde Global) do Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça*. Este visa refletir sobre os desafios que atualmente se colocam à tutela jurídica da saúde para *a)* identificar as específicas questões jurídicas suscitadas; *b)* sistematizar as respostas existentes e *c)* identificar novas perspectivas de abordagem.

O Projeto está organizado em dois eixos: Eixo I — § Globalização, universalização e mercantilização da saúde num contexto de imprevisão e Eixo II — § Da garantia e promoção da Saúde num contexto de inovação crescente e num mundo em envelhecimento.

Consequentemente, os objetivos principais a alcançar serão:

- contribuir para o avanço da reflexão jurídica (global e, em especial, referida ao ordenamento português) sobre a matéria objeto de análise feita com o devido *apport* de outras ciências;
- disseminar conhecimento aos profissionais das áreas relevantes e à sociedade civil, contribuindo para uma mais adequada proteção e proteção da saúde em termos preventivos e restaurativos;

- contribuir para a integração de conhecimentos a nível local e global e para o diálogo de saberes.

O projeto centra-se numa perspectiva jurídica ampla, sem negligenciar a imprescindível visão interdisciplinar (da economia à bioética), nem o diálogo entre investigadores e instituições portuguesas e estrangeiras, com reflexo na equipa e parceiros propostos.

No encontro científico procurou refletir-se, muito especialmente, sobre os desafios jurídicos colocados pela regulação e tratamento jurídico da saúde global no contexto da sociedade atual de grandes avanços científicos, de crescente digitalização e utilização de novos dispositivos de Inteligência Artificial, à luz da Agenda 2030: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas.

No congresso em referência participaram investigadores do projeto, oradores convidados para trazerem a perspectiva como *stakeholders* e, ainda, oradores escolhidos na sequência de uma *call for abstracts* promovida para o efeito e que congregou investigadores externos ao projeto.

Os trabalhos aparecem ordenados de acordo com a estrutura do programa do Congresso, que se dá à estampa de seguida.

Aproveita-se o ensejo para dirigir um agradecimento a todos os oradores que participaram no **Congresso Saúde Global e Direito. Globalização, universalização e mercantilização da saúde num contexto de imprevisão** e ademais um agradecimento especial àqueles que contribuíram com o seu trabalho escrito para esta publicação.

Porto e FDUP, 31 de julho de 2024.

As Investigadoras Responsáveis,
RUTE TEIXEIRA PEDRO
ANABELA COSTA LEÃO

PROGRAMA DO CONGRESSO

Congresso "Saúde Global e Direito. Globalização, universalização e mercantilização da saúde num contexto de imprevisão"

CIJ/FDUP

Projeto gLAWbalHEALTH

17 de novembro de 2023

9h30 Mesa de abertura

Paulo de Tarso Domingues, Diretor da FDUP
Graça Enes Ferreira, Coordenadora do CIJ-FDUP

10h00 Mesa I - Saúde, participação e desenvolvimento sustentável

Luísa Neto (CIJ/FDUP e INA, IP)

A literacia para a saúde no quadro dos objetivos de desenvolvimento sustentável

Elísio Costa (FFUP e Centro de Competências em envelhecimento, UP)

Literacia digital em saúde

Ana Sampaio (Presidente da APDI - Associação Portuguesa da Doença Inflammatory do Intestino)

Participação Pública em Saúde: Literacia em Saúde e desenvolvimentos

Moderação: Graça Enes (CIJ/FDUP)

11h15 Mesa II - Risco e imprevisão

Mariana Costa (CIJ/FDUP)

Riscos de saúde a nível global e perturbações do tráfego jurídico-negocial: ensinamentos da pandemia de covid-19

Rute Teixeira Pedro (CIJ/FDUP)

Multiplicação de riscos e imprevisão em saúde como desafios à responsabilidade civil

Moderação: Tiago Ramalho (CIJ/FDUP)

12h15 Sessão de comunicações

Pausa para almoço

14h00 Mesa III - Regulação da Saúde: modelos e perspetivas

José Neves Cruz (CIJ/FDUP)

Condições causais dos níveis de despesa em cuidados de saúde nos países da OCDE

Inês Neves (CIJ/FDUP)

A concorrência como veículo de promoção-efetivação da saúde (global) (CIJ/FDUP)

Moderação: Luís Cunha Ferreira (CIJ/FDUP)



15h00 Mesa IV - Dados de saúde

Graça Enes (CIJ/FDUP)

Espaço Europeu de Dados

Sandra Oliveira e Silva (CIJ/FDUP)

Dados de saúde, *big data* e investigação criminal

Moderação: Luísa Neto (CIJ/FDUP e INA, IP)

16h00 Mesa V - Saúde e direitos humanos

Anabela Costa Leão (CIJ/FDUP)

Direito à saúde: questões de igualdade e discriminação

Tiago Morais Rocha (CIJ/FDUP)

Os migrantes e o acesso aos cuidados de saúde em Portugal

Moderação: Sandra Oliveira e Silva (CIJ/FDUP)

17h00 Sessão de comunicações

Encerramento

Organizadoras:

Anabela da Costa Leão

Rute Teixeira Pedro



CONGRESSO "SAÚDE GLOBAL E DIREITO. GLOBALIZAÇÃO, UNIVERSALIZAÇÃO E MERCANTILIZAÇÃO DA SAÚDE NUM CONTEXTO DE IMPREVISÃO"

CIJ/FDUP

Projeto gLAWbalHEALTH

17 de novembro de 2023

PROGRAMA DAS SESSÕES DE COMUNICAÇÕES

12h15 SESSÃO DE COMUNICAÇÕES

Stéfani Reimann Patz (Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra) & **Carla Barbosa** (Mestre em Direito e Bioética, Universidade de Barcelona, Investigadora do Centro de Direito Biomédico e do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

O papel da Cibersegurança no setor da Saúde

Eva Dias Costa (Professora Auxiliar da Universidade Portucalense e Investigadora Integrada do Instituto Jurídico Portucalense)

Navigating the Ethical Nexus in Xenotransplantation: Human-Animal Boundaries, Informed Consent, and Privacy

Lara Neiva (Mestranda em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

Digitalização da saúde: desafios jurídicos emergentes na proteção de dados de saúde como bem público global

Moderação: Rute Teixeira Pedro (CIJ/FDUP)



17h00 SESSÃO DE COMUNICAÇÕES

Catarina Lêdo (Advogada-Estagiária e Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho)

Inteligência Artificial ao Serviço da Medicina, o Empoderamento do Tratamento Diferenciado?

Guilherme Soares (Técnico Superior de Regulação Especialista da Entidade Reguladora da Saúde)

Plataformas digitais de prestação de cuidados de saúde – a revolução da IA e os seus desafios éticos e jurídicos

Natalia Bomfim Pereira (Mestranda em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

Desafios e oportunidades do uso de Inteligência Artificial no setor da saúde considerando os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas

Filipe Sousa (Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

A Caminho de uma Política Europeia de Saúde? Reflexões e Perspetivas

Moderação: Anabela Costa Leão (CIJ/FDUP)

Organizadoras:

Anabela da Costa Leão

Rute Teixeira Pedro



MESA I

SAÚDE, PARTICIPAÇÃO
E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL

LITERACIA DIGITAL EM SAÚDE

Digital literacy in Health

Elísio Costa *

Resumo: A literacia digital em saúde é essencial na era da transformação digital dos cuidados de saúde, onde tecnologias como inteligência artificial, telemedicina e dispositivos de monitorização estão a revolucionar o setor. A transformação digital melhora a acessibilidade e personalização dos cuidados, mas exige que os indivíduos possuam competências para navegar, avaliar e aplicar informações de saúde digital de forma eficaz. Os principais desafios incluem a divisão digital, a sobrecarga de informações e a proteção da privacidade dos dados. Profissionais de saúde e instituições têm um papel crucial na promoção da literacia digital, orientando os pacientes e implementando políticas que facilitem o uso seguro e eficaz das tecnologias digitais. A literacia digital capacita os cidadãos a tomar decisões informadas sobre a sua saúde, sendo fundamental para garantir que os benefícios da transformação digital sejam acessíveis a toda a sociedade, promovendo um bem-estar mais equitativo e integrado.

Palavras-chave: Literacia digital; Transformação digital; Telemedicina; Inteligência artificial; Privacidade de dados; Cuidados de saúde

Abstract: *Digital health literacy is essential in the era of digital transformation in healthcare, where technologies such as artificial intelligence, telemedicine, and monitoring devices are revolutionizing the sector. Digital transformation improves the accessibility and personalization of care but requires individuals to have*

* Professor Auxiliar com Agregação, Faculdade de Farmácia, CINTESIS@RISE, Centro de Competências em Envelhecimento Ativo e Saudável (Porto4Ageing), Universidade do Porto, 4050-313 Porto, Portugal. Email: emcosta@ff.up.pt. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1158-1480>.

the skills to navigate, evaluate, and apply digital health information effectively. The main challenges include the digital divide, information overload, and data privacy protection. Healthcare professionals and institutions play a crucial role in promoting digital literacy by guiding patients and implementing policies that facilitate the safe and effective use of digital technologies. Digital literacy empowers citizens to make informed decisions about their health, making it fundamental to ensure that the benefits of digital transformation are accessible to all, promoting more equitable and integrated well-being.

Keywords: Digital literacy; Digital transformation; Telemedicine; Artificial intelligence; Data privacy; Healthcare

Sumário: 1. Introdução. 2. Alterações demográficas e desafios para saúde e cuidados. 3. O Contexto e a Importância da Literacia Digital em Saúde na Era da Transformação Digital. 4. Componentes da Literacia Digital em Saúde no Contexto da Transformação. 5. Desafios da Literacia Digital em Saúde no Contexto da Transformação Digital. 6. O Papel dos Profissionais de Saúde e Instituições na Literacia Digital durante a Transformação Digital. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A literacia digital em saúde é um conceito fundamental no mundo contemporâneo, onde a tecnologia e a internet têm transformado a maneira como as pessoas acedem, compreendem e utilizam informações relacionadas com a saúde. Este conceito não se limita apenas à capacidade de procurar informações na internet, mas também envolve a compreensão crítica e a aplicação prática dessas informações para a gestão do bem-estar individual. No entanto, a literacia digital em saúde deve ser analisada no contexto mais amplo da transformação digital dos cuidados de saúde, que tem vindo a revolucionar o setor da saúde globalmente (van Kessel R, 2022).

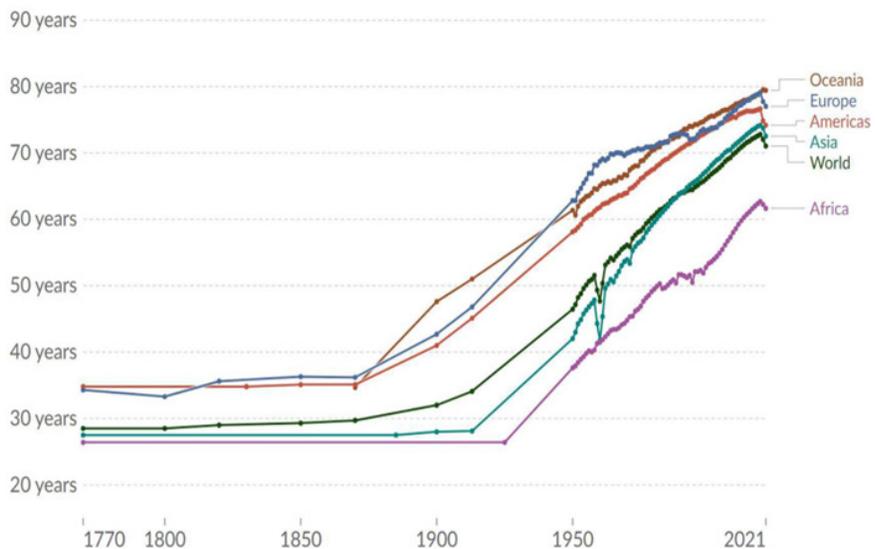
2. ALTERAÇÕES DEMOGRÁFICAS E DESAFIOS PARA A SAÚDE E CUIDADOS

A demografia global tem sido palco de transformações profundas nas últimas décadas, caracterizadas por uma notável mudança no perfil etário das populações (Fig. 1). Este fenómeno, conhecido como envelhecimento populacional, não apenas delinea os contornos

demográficos, mas também se associa a um número significativo de desafios e oportunidades singulares para sociedades em todo o mundo (United Nations Development Programme, 2005).

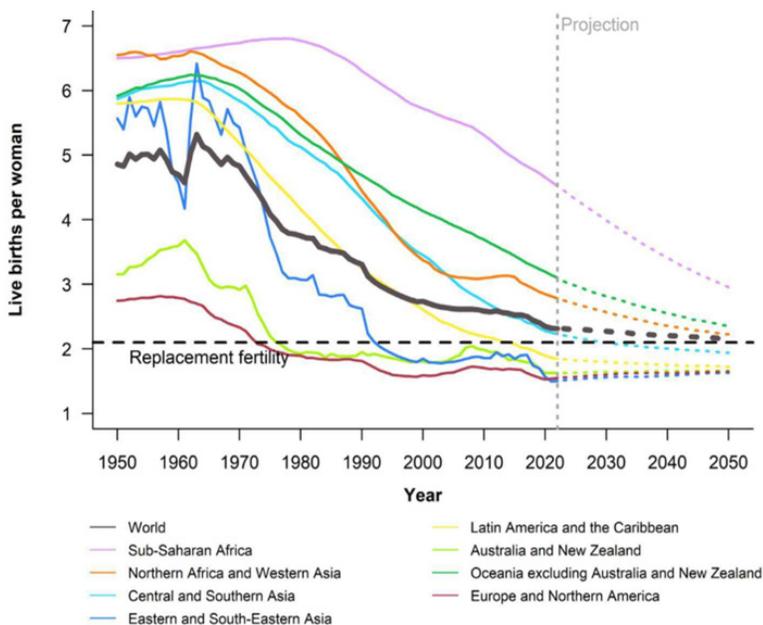
Na discussão sobre o envelhecimento populacional, é essencial situar o fenômeno dentro de um contexto histórico mais amplo. O século XX foi marcado por avanços significativos em áreas cruciais, como saúde, educação e condições de vida. A Revolução Médica, o acesso generalizado à educação e melhorias nas condições sanitárias foram pilares que contribuíram para uma redução considerável nas taxas de mortalidade e, conseqüentemente, para um aumento na esperança de vida (Tulchinsky et al., 2014). Contudo, as conquistas que sinalizaram progresso desencadearam ainda outras mudanças demográficas substanciais. A queda nas taxas de natalidade (Fig. 2) emerge como um ponto central nesse cenário, impulsionada por uma confluência de fatores, incluindo transformações nos valores sociais e maior acesso à contraceção (Bachrach et al., 2013). Famílias, cada vez mais, fazem escolhas conscientes de limitar o número de filhos, refletindo mudanças nas dinâmicas familiares, carreiras profissionais e nas questões de gênero (Anderson et al., 2015, Nargund, 2009).

FIGURA 1
ESPERANÇA DE VIDA A NÍVEL GLOBAL E POR REGIÕES



Fonte: www.ourWorldInData.org/life-expectancy.

FIGURA 2
TAXA DE FERTILIDADE TOTAL: ESTIMADA, 1950-2021,
E A MÉDIA DAS PROJEÇÕES 2022-2050



Fonte: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2022). World Population Prospects 2022: Summary of Results. UN DESA/POP/2022/TR/NO. 3.

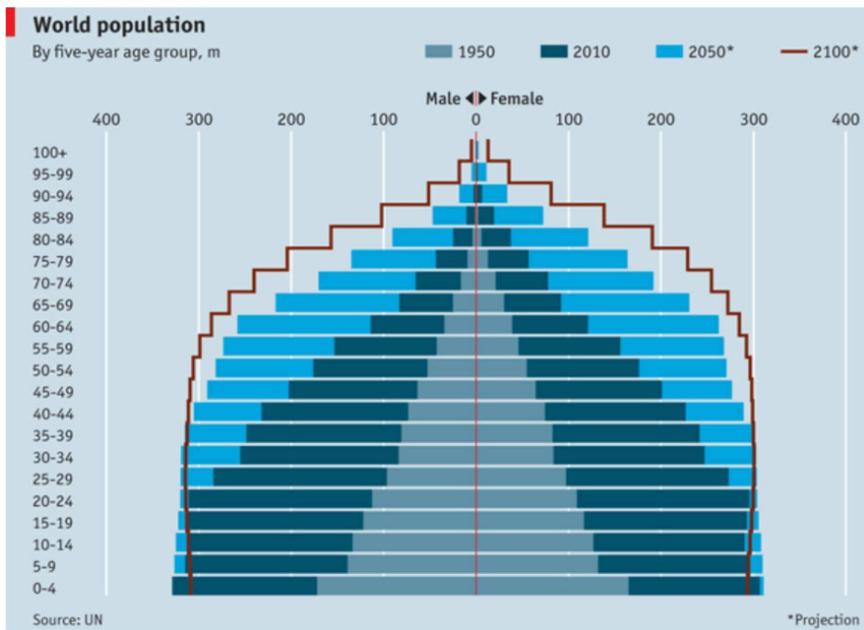
A combinação desses fatores cria um cenário demográfico complexo, caracterizado por uma inversão na pirâmide etária tradicional (Fig. 3). À medida que as taxas de natalidade diminuem e a esperança de vida aumenta, observamos uma proporção crescente de idosos em relação à população total.

A transição demográfica em direção a uma população mais envelhecida traz consigo uma série de impactos sociais e econômicos. O aumento da proporção de idosos redefine as dinâmicas familiares, com implicações significativas para a prestação de cuidados de saúde, previdência social e participação econômica (Jarzebski et al., 2021). O conceito de pensão de velhice, inicialmente concebido em um contexto demográfico diferente, enfrenta desafios de adaptação.

Assim, esta evolução demográfica dos últimos anos é um fenômeno multifacetado que exige uma compreensão profunda e respostas adaptativas. À medida que enfrentamos os desafios sociais,

econômicos e de saúde decorrentes dessa transformação, é crucial adotar uma perspectiva proativa. O envelhecimento populacional não é apenas um ajuste nas estatísticas demográficas, mas sim uma chamada para repensar estruturas, políticas e práticas, promovendo um envelhecimento saudável, participativo e digno. A colaboração global, a inovação e o compromisso com o bem-estar de todas as gerações são essenciais para moldar um futuro sustentável diante desse novo panorama demográfico.

FIGURA 3
EVOLUÇÃO DA POPULAÇÃO MUNDIAL POR SEXO
E GRUPOS ETÁRIOS



Fonte: The Economist — “The world in 2100”

3. O CONTEXTO E A IMPORTÂNCIA DA LITERACIA DIGITAL EM SAÚDE NA ERA DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

A era contemporânea testemunhou uma revolução inigualável na integração de tecnologias digitais nos mais diversos setores, com a saúde emergindo como um domínio crítico e transformador. A “Transformação Digital da Saúde e dos Cuidados” representa uma mudança

paradigmática na forma como concebemos, disponibilizamos e acedemos aos serviços de saúde. À medida que a tecnologia desempenha um papel cada vez mais proeminente na otimização de processos, personalização de cuidados e na promoção de uma saúde mais participativa, é imperativo compreendermos as complexidades inerentes a essa revolução e considerarmos as suas implicações para o futuro do bem-estar global.

Nos últimos anos, a digitalização tem reformulado radicalmente o setor da saúde. Desde os primórdios da medicina, onde diagnósticos eram feitos com base em observações clínicas e tratamentos eram limitados pelos conhecimentos disponíveis, até aos avanços do século XX, com a descoberta de antibióticos e vacinas, a saúde sempre esteve em constante transformação. Não obstante, a virada do século trouxe consigo uma revolução impulsionada pela digitalização (Stoumpos AI, 2023).

A transformação digital dos cuidados de saúde não se limita à introdução de novas tecnologias, mas envolve uma reconfiguração completa dos sistemas de saúde, tornando-os mais interconectados, eficientes e centrados no paciente. Tecnologias como a inteligência artificial (IA), a telemedicina e os dispositivos de monitorização remota não só revolucionaram a forma como os cuidados de saúde são prestados, mas também criaram oportunidades e desafios para os pacientes e profissionais de saúde (Charalambous A, 2024).

A literacia digital em saúde emerge como uma competência crítica nesse novo panorama. Para que os indivíduos possam aproveitar plenamente as vantagens oferecidas pela transformação digital, é essencial que possuam as competências necessárias para utilizar as ferramentas digitais de forma eficaz. Isso inclui a capacidade de procurar informações fiáveis, interpretar dados de saúde, comunicar com profissionais de saúde através de plataformas digitais e utilizar dispositivos de monitorização para acompanhar a sua saúde em tempo real (Fitzpatrick PJ, 2023).

A transformação digital está a criar um ambiente onde os pacientes têm um papel mais ativo e informado na gestão da sua saúde. Esta mudança para um modelo de cuidados centrado no paciente só pode ser eficaz se os indivíduos tiverem a literacia digital necessária para navegar neste novo cenário. A literacia digital em saúde capacita os indivíduos não apenas para participar ativamente na gestão da sua saúde, mas também para tomar decisões informadas que podem melhorar a sua qualidade de vida (Abernethy A, 2022).

4. COMPONENTES DA LITERACIA DIGITAL EM SAÚDE NO CONTEXTO DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

A transformação digital da saúde e dos cuidados assenta sobre três pilares fundamentais: a digitalização de dados clínicos, o desenvolvimento de tecnologias avançadas em saúde e a implementação de plataformas de saúde conectadas. Estes pilares formam a base sobre a qual se constrói a literacia digital em saúde, que envolve várias competências essenciais.

Competências de Navegação na Internet: A transformação digital trouxe consigo uma quantidade imensa de informações disponíveis online, tornando essencial a capacidade de utilizar motores de busca e navegar em websites de forma eficiente. A digitalização de dados possibilita o armazenamento, análise e partilha eficiente de informações clínicas, melhorando a tomada de decisões e a coordenação entre profissionais de saúde. A habilidade de identificar fontes de informação credíveis e distinguir entre informação baseada em evidências e outras que possam ser errôneas ou enganosas é crucial para evitar a desinformação e tomar decisões de saúde informadas (Yeung AWK, 2023).

Avaliação da Qualidade da Informação: A transformação digital permite o acesso a uma vasta gama de fontes de informação sobre saúde. Simultaneamente, tecnologias inovadoras em saúde, como inteligência artificial, telemedicina e dispositivos de monitorização remota, estão a reinventar a prestação de cuidados, tornando-os mais acessíveis e personalizados. Com o surgimento de plataformas de saúde conectadas, pacientes, profissionais de saúde e dados clínicos são integrados, criando ecossistemas interativos que promovem uma abordagem mais holística e preventiva. A avaliação crítica da qualidade da informação disponível é essencial para garantir que as decisões de saúde sejam informadas e baseadas em evidências científicas.

Interpretação e Aplicação de Informação: A transformação digital dos cuidados de saúde trouxe avanços significativos na personalização dos cuidados. A introdução de sistemas de registos eletrónicos de saúde, por exemplo, permite uma gestão mais eficiente das informações clínicas, reduzindo erros médicos e melhorando a coordenação entre diferentes profissionais. A literacia digital em saúde inclui a capacidade de interpretar corretamente as informações obtidas através de plataformas digitais, como os resultados de exames ou recomendações médicas online, e de aplicá-las ao contexto pessoal de saúde de cada indivíduo. Esta competência é essencial para

maximizar os benefícios da transformação digital, como diagnósticos mais precisos e intervenções terapêuticas personalizadas.

Utilização de Ferramentas Digitais de Saúde: A transformação digital não só trouxe novas formas de aceder a informações de saúde, mas também introduziu uma vasta gama de ferramentas digitais que permitem aos indivíduos monitorizar e gerir a sua saúde de forma mais autónoma. Algoritmos de *machine learning* aplicados à análise de grandes conjuntos de dados clínicos contribuem para diagnósticos mais rápidos e precisos, influenciando positivamente a eficácia dos tratamentos. A capacidade de utilizar estas ferramentas de forma eficaz é uma componente central da literacia digital em saúde, permitindo aos indivíduos gerir condições de saúde crónicas, monitorizar a sua saúde em tempo real e manter uma comunicação contínua com os seus profissionais de saúde.

Comunicação Digital em Saúde: A transformação digital está a mudar a forma como os pacientes e profissionais de saúde comunicam. A literacia digital em saúde inclui a capacidade de utilizar plataformas de comunicação digital, como email, aplicativos de mensagens seguras e portais de pacientes, para interagir com profissionais de saúde. Esta competência permite que os pacientes façam perguntas, esclareçam dúvidas e recebam orientações sem a necessidade de deslocamentos físicos, facilitando um acompanhamento mais contínuo e personalizado.

Proteção da Privacidade e Segurança dos Dados: Com o aumento da utilização de plataformas digitais e a digitalização de dados de saúde, a proteção da privacidade e segurança dos dados tornou-se uma questão crítica. Questões relacionadas com a segurança e privacidade de dados tornam-se cada vez mais prementes, considerando a sensibilidade das informações de saúde. A literacia digital em saúde deve incluir a educação sobre como proteger informações pessoais e de saúde, como reconhecer ameaças cibernéticas e como utilizar configurações de privacidade nas diversas plataformas digitais. Esta competência é vital para garantir que os indivíduos possam utilizar as tecnologias digitais de saúde de forma segura, minimizando os riscos associados à partilha e armazenamento de dados sensíveis.

5. DESAFIOS DA LITERACIA DIGITAL EM SAÚDE NO CONTEXTO DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

Embora a literacia digital em saúde ofereça inúmeras vantagens, também apresenta desafios significativos, especialmente no contexto da transformação digital dos cuidados de saúde. Um dos maiores

desafios é a desigualdade no acesso às tecnologias digitais, frequentemente referida como a “divisão digital”. Esta divisão pode ser observada em várias dimensões, incluindo a idade, nível socioeconômico e localização geográfica (Saeed SA, 2021).

Os adultos mais velhos, por exemplo, muitas vezes têm menos familiaridade com as tecnologias digitais, o que pode limitar a sua capacidade de acessar e utilizar ferramentas digitais de saúde. Da mesma forma, pessoas com menor nível de escolaridade ou rendimentos mais baixos podem não ter acesso regular à internet ou a dispositivos digitais, criando barreiras significativas à utilização das novas tecnologias de saúde. Esta desigualdade pode resultar em disparidades no acesso aos cuidados de saúde e na capacidade de gerir a saúde pessoal, exacerbando as diferenças existentes nos resultados de saúde entre diferentes grupos populacionais (Bertolazzi A, 2024).

Outro desafio é a sobrecarga de informação. Com a proliferação de informações de saúde online, os indivíduos são frequentemente confrontados com uma quantidade avassaladora de dados, nem sempre fáceis de compreender ou aplicar. Este fenómeno pode levar à confusão e até à adoção de práticas de saúde prejudiciais, baseadas em informações incorretas ou mal interpretadas. A transformação digital aumentou o fluxo de informação disponível, mas também criou a necessidade de desenvolver competências para filtrar, interpretar e aplicar essas informações de maneira segura e eficaz.

A privacidade e a segurança dos dados são questões críticas na literacia digital em saúde, especialmente à medida que a transformação digital avança. A digitalização dos dados de saúde aumenta a vulnerabilidade à exposição não autorizada e ao roubo de dados pessoais. Os indivíduos devem estar conscientes dos riscos associados ao uso de plataformas digitais, incluindo a potencial exposição de informações pessoais e de saúde. A literacia digital em saúde deve, portanto, incluir a educação sobre como proteger dados pessoais e reconhecer ameaças cibernéticas, garantindo que os utilizadores possam navegar com segurança no ambiente digital de saúde.

6. O PAPEL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE E INSTITUIÇÕES NA LITERACIA DIGITAL DURANTE A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

Os profissionais de saúde desempenham um papel crucial na promoção da literacia digital em saúde, particularmente no contexto da

transformação digital dos cuidados. Estes profissionais são muitas vezes a principal fonte de informação de saúde para os seus pacientes, e a sua orientação é vital para ajudar os indivíduos a navegar na vasta quantidade de informações disponíveis online. É importante que os profissionais de saúde sejam proativos na orientação dos seus pacientes para fontes de informação confiáveis e os ajudem a compreender e utilizar ferramentas digitais de forma eficaz. Além disso, os profissionais de saúde devem estar preparados para comunicar com os pacientes através de plataformas digitais. À medida que a telemedicina e outras formas de cuidados de saúde digitais se tornam mais comuns, é essencial que os profissionais de saúde desenvolvam competências digitais que lhes permitam oferecer suporte contínuo e adaptado às necessidades individuais dos pacientes. Isto inclui a capacidade de utilizar tecnologias de telemedicina, bem como plataformas de comunicação digital que permitam um acompanhamento mais próximo e personalizado (Çetin M, 2023).

As instituições de saúde e os governos também têm um papel fundamental na promoção da literacia digital em saúde. A transformação digital não redefine apenas os processos na área da saúde, mas também aprimora a qualidade dos cuidados prestados. As instituições de saúde devem implementar políticas e programas que incentivem o desenvolvimento de competências digitais entre a população, bem como criar recursos acessíveis e de fácil utilização que ajudem a educar os cidadãos sobre o uso seguro e eficaz das tecnologias de saúde. A transformação digital exige que as instituições de saúde invistam em infraestruturas tecnológicas que sejam intuitivas e acessíveis, garantindo que todos possam usufruir dos benefícios das inovações digitais (Fernandes FA, 2024).

As Nações Unidas, através dos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, traçaram diretrizes globais para a melhoria da saúde e do bem-estar, nas quais estão incluídos, por exemplo, o acesso a cuidados de saúde. Associaram-se também à Organização Mundial de Saúde no lançamento da “Estratégia Global para a Saúde Digital 2020-2025”, que descreve prioridades para a implementação de estratégias de saúde digital, incluindo a colaboração global, a implementação de estratégias digitais a nível nacional, a gestão da saúde digital na governança nacional e internacional, e a criação de sistemas de saúde centrados nas pessoas. Este tipo de abordagem, que promove a literacia digital, igualdade de género e capacitação dos cidadãos, é essencial para garantir que a transformação digital na saúde beneficie toda a sociedade.

7. CONCLUSÃO

A literacia digital em saúde é uma competência essencial numa era de transformação digital dos cuidados de saúde, onde a tecnologia desempenha um papel central na gestão da saúde. A capacidade de aceder, compreender e utilizar informações digitais sobre saúde capacita os indivíduos a tomar decisões mais informadas e proativas sobre o seu bem-estar.

No entanto, para que a literacia digital em saúde seja efetivamente integrada na sociedade, é necessário enfrentar os desafios que ela apresenta, desde a divisão digital até à proteção da privacidade dos dados. Profissionais de saúde, educadores e governos devem trabalhar em conjunto para promover e facilitar o desenvolvimento de competências digitais em saúde, garantindo que todos os cidadãos possam beneficiar das oportunidades que as tecnologias de saúde digitais oferecem.

Investir na literacia digital em saúde é investir na saúde pública, promovendo uma sociedade mais informada, saudável e capacitada para enfrentar os desafios da era digital. À medida que a transformação digital continua a moldar o futuro dos cuidados de saúde, a literacia digital em saúde emergirá como um pilar fundamental para garantir que todos possam aceder e utilizar estas inovações de forma eficaz e segura. A colaboração entre setores público e privado, o desenvolvimento de políticas regulatórias abrangentes e o investimento contínuo em pesquisa e desenvolvimento são cruciais para garantir que a transformação digital não beneficie apenas alguns, mas promova o bem-estar de toda a sociedade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abernethy A, Adams L, Barrett M, Bechtel C, Brennan P, Butte A, Faulkner J, Fontaine E, Friedhoff S, Halamka J, Howell M, Johnson K, Long P, McGraw D, Miller R, Lee P, Perlin J, Rucker D, Sandy L, Savage L, Stump L, Tang P, Topol E, Tuckson R, Valdes K. The Promise of Digital Health: Then, Now, and the Future. *NAM Perspect.* 2022 Jun 27;2022:10.31478/202206e. doi: 10.31478/202206e.
- Anderson, T., & Kohler, H. P. (2015). Low Fertility, Socioeconomic Development, and Gender Equity. *Population and Development Review*, 41(3), 381-407. <https://doi.org/10.1111/j.1728-4457.2015.00065.x>.
- Bachrach, C. A., & Morgan, S. P. (2013). A Cognitive-Social Model of Fertility Intentions. *Population and Development Review*, 39(3), 459-485. <https://doi.org/10.1111/j.1728-4457.2013.00612.x>.
- Bajwa, J., Munir, U., Nori, A., & Williams, B. (2021). Artificial intelligence in healthcare: transforming the practice of medicine. *Future Healthcare Journal*, 8(2), e188-e194. <https://doi.org/10.7861/fhj.2021-0095>.

- Bertolazzi A, Quaglia V, Bongelli R. Barriers and facilitators to health technology adoption by older adults with chronic diseases: an integrative systematic review. *BMC Public Health*. 2024 Feb 16;24(1):506. doi: 10.1186/s12889-024-18036-5.
- Çetin M, Gümüş R. Research into the relationship between digital health literacy and healthy lifestyle behaviors: an intergenerational comparison. *Front Public Health*. 2023 Nov 20;11:1259412. doi: 10.3389/fpubh.2023.1259412.
- Charalambous A. Digital transformation in healthcare: Have we gone off the rails? *Asia Pac J Oncol Nurs*. 2024 Apr 6;11(5):100481. doi: 10.1016/j.apjon.2024.100481.
- Fernandes FA, Chaltikyan G, Adib K, Caton-Peters H, Novillo-Ortiz D. The role of governance in the digital transformation of healthcare: Results of a survey in the WHO Europe Region. *Int J Med Inform*. 2024 Sep;189:105510. doi: 10.1016/j.ijmedinf.2024.105510.
- Fitzpatrick PJ. Improving health literacy using the power of digital communications to achieve better health outcomes for patients and practitioners. *Front Digit Health*. 2023 Nov 17;5:1264780. doi: 10.3389/fdgh.2023.1264780.
- Jarzebski, M.P., Elmqvist, T., Gasparatos, A., Fukushi, K., Eckersten, S., Haase, D., Goodness, J., Khoshkar, S., Saito, O., Takeuchi, K., Theorell, T., Dong, N., Kasuga, F., Watanabe, R., Sioen, G.B., Yokohari, M., & Pu, J. (2021). Ageing and population shrinking: implications for sustainability in the urban century. *npj Urban Sustainability*, 1, 17. <https://doi.org/10.1038/s42949-021-00023-z>
- United Nations Development Programme. (2005). *UN Human Development Report 2005, International Cooperation at a Crossroads-Aid, Trade and Security in an Unequal World*. Oxford University Press. ISBN: 9780195305111.
- Nargund G. (2009). Declining birth rate in Developed Countries: A radical policy re-think is required. *Facts, views & vision in ObGyn*, 1(3), 191-193.
- Saeed SA, Masters RM. Disparities in Health Care and the Digital Divide. *Curr Psychiatry Rep*. 2021 Jul 23;23(9):61. doi: 10.1007/s11920-021-01274-4.
- Stoumpos AI, Kitsios F, Talias MA. Digital Transformation in Healthcare: Technology Acceptance and Its Applications. *Int J Environ Res Public Health*. 2023 Feb 15;20(4):3407. doi: 10.3390/ijerph20043407.
- Tulchinsky, T.H., & Varavikova, E.A. (2014). A History of Public Health. *The New Public Health*, 1-42. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-415766-8.00001-X>
- van Kessel R, Wong BLH, Clemens T, Brand H. Digital health literacy as a super determinant of health: More than simply the sum of its pArts. *Internet Interv*. 2022 Feb 7;27:100500. doi: 10.1016/j.invent.2022.100500.
- Yeung AWK, Torkamani A, Butte AJ, Glicksberg BS, Schuller B, Rodriguez B, Ting DSW, Bates D, Schaden E, Peng H, Willschke H, van der Laak J, Car J, Rahimi K, Celi LA, Banach M, Kletecka-Pulker M, Kimberger O, Eils R, Islam SMS, Wong ST, Wong TY, Gao W, Brunak S, Atanasov AG. The promise of digital healthcare technologies. *Front Public Health*. 2023 Sep 26;11:1196596. doi: 10.3389/fpubh.2023.1196596.

MESA III

REGULAÇÃO
DA SAÚDE
MODELOS E PERSPETIVAS

CONDIÇÕES CAUSAIS DOS NÍVEIS DE DESPESA COM CUIDADOS DE SAÚDE NOS PAÍSES DA OCDE

Causal conditions for the level of health expenditure in OECD countries.

José Neves Cruz *

Resumo: A provisão de adequados cuidados de saúde é uma das áreas mais exigentes da governação e coloca desafios crescentes tendo em conta o envelhecimento da população e a forte inovação tecnológica, que permite uma cada vez maior aptidão para o diagnóstico e o tratamento. A escassez de recursos restringe uma resposta adequada às necessidades de saúde global. Por seu lado, o setor privado de cuidados de saúde enfrenta desafios quanto à sua articulação com o sistema público na constituição de uma resposta globalmente integrada. Este estudo pretende averiguar quais as condições necessárias e suficientes para uma elevada ou uma baixa despesa com cuidados de saúde, quer em percentagem do Produto Interno Bruto quer em termos “per capita”, nos países da OCDE, considerando o nível de riqueza nacional, a estrutura demográfica da população, o poder de influência dos profissionais de cuidados de saúde e a dimensão do setor privado. A metodologia usada é a Análise Comparativa Qualitativa “fuzzy-set”. Os resultados vão de encontro aos argumentos teóricos que sustentam os fatores integrados no estudo. Deles se podem inferir algumas orientações para o exercício de políticas no domínio dos cuidados de saúde.

Palavras-chave: Despesa com cuidados de saúde, economia da saúde, pressão política no setor da saúde, envelhecimento demográfico, organização do setor de cuidados de saúde; Análise Qualitativa Comparativa “fuzzy-set”.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e investigador integrado do Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça (CIJ) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto, Portugal. Contacto: josec@direito.up.pt ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5274-6670>.

Abstract: *The provision of adequate healthcare is one of the most demanding areas of governance and is an increasing challenge given the ageing of the population and the strong technological innovation that enables ever greater diagnostic and treatment capacity. The scarcity of resources limits an adequate response to global health needs. For its part, the private healthcare sector faces challenges when it comes to networking with the public system in order to find a globally integrated response. The aim of this study is to identify the necessary and sufficient conditions for high and low expenditure on health care in OECD countries, both as a percentage of Gross Domestic Product and “per capita”, taking into account national wealth, population demographics, the influence of health professionals and the size of the private sector. The methodology used is the “fuzzy set” Qualitative Comparative Analysis. The results are consistent with the theoretical arguments supporting the factors included in the study and are relevant for the implementation of healthcare policies.*

Keywords: *Health expenditure, health economics, lobbying by healthcare system, demographic ageing, organisation of the healthcare system; fuzzy-set Qualitative Comparative Analysis*

Sumário: 1. Introdução. 2. Condições causais, 2.1. Rendimento (PIB) “per capita”, 2.2. Dimensão da população idosa; 2.3. Procura induzida/grupo de interesse, 2.4. Dimensão do setor privado de cuidados de saúde. 3. Estudo empírico, 3.1. Questões de pesquisa; 3.2. Método, a. Procedimento; b. Modelos; c. Casos; d. Medidas; e. Calibragem dos dados, 3.3. Resultados; a. Condições necessárias; b. Condições suficientes. 4. Conclusões. 5. Bibliografia. 6. Anexo.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas assistiu-se a um substancial crescimento das despesas com cuidados de saúde em muitos países desenvolvidos e o estudo deste fenómeno tornou-se uma preocupação prioritária para investigadores e decisores políticos. A literatura sobre economia da saúde identifica vários fatores que afetam a dimensão do setor de cuidados de saúde num país, destacando-se: o rendimento “per capita”, a dimensão do emprego no setor de cuidados de saúde, o peso da população idosa e a relação entre o setor privado e o setor público de cuidados de saúde (Ang ¹, Amiri *et al.* ², Barros ⁵, Martin *et al.* ⁶, Pietro e Lago-Peñas ⁷).

¹ James B. Ang, “The determinants of health care expenditure in Australia”, in *Applied Economics Letters*, Vol. 17, N.º 7, 2010, pp. 639-644.

² Mohammad Meskarpour Amiri/Mahmood Kazemian/Zahra Motaghed/Zahleh Abdi, “Systematic review of factors determining health care expenditures”, in *Health Policy and Technology*, Vol. 10, N.º 2, 2021, 100498.

Na multiplicidade de estudos centrados na explicação dos gastos do setor de cuidados de saúde as duas variáveis (dependentes) mais estudadas são: as despesas correntes (públicas e privadas) com cuidados de saúde em percentagem do Produto Interno Bruto (PIB), por exemplo, Duba *et al.* ⁶, Jakovljevic *et al.* ⁷, Mischczynska ⁸, Warskowsky ⁹; as despesas correntes (públicas e privadas) com cuidados de saúde “per capita”, por exemplo, Barros ¹⁰, Jakovljevic *et al.* ¹¹, Mischczynska ¹². A primeira variável permite captar a dimensão do setor de cuidados de saúde na economia e a segunda o nível de despesas por habitante. Existem também estudos que fazem comparações internacionais sobre as taxas de crescimento destas variáveis. O presente estudo usará as duas variáveis de despesas com cuidados de saúde (em percentagem do PIB e em termos “per capita”). A Figura 1 mostra a despesa corrente com cuidados de

³ Pedro Pita Barros, “The black box of health care expenditure growth determinants”, in *Health Economics*, Vol. 7, N.º 6, 1998, pp. 533-544.

⁴ José J. M. Martín/M. Puerto López del Amo González/M. Dolores Cano García, “Review of the literature on the determinants of healthcare expenditure”, in *Applied Economics*, Vol. 43, N.º 1, 2011, pp. 19-46.

⁵ David Cantarero Pietro/Santiago Lago-Peñas, “Decomposing the determinants of health care expenditure: the case of Spain”, in *Journal of Health Economics*, Vol. 13, 2012, pp. 19-27.

⁶ Jacqueline Duba/Jonathan Berry/Alan Fang/Matt Baughn, “The effects of health care expenditures as a percentage of GDP on life expectancies”, in *Research in Applied Economics*, Vol. 10, N.º 2, 2018, pp. 50-65.

⁷ Mihajlo Jakovljevic/Takuma Sugahara/Yuriy Timofeyev/Nemanja Rancic, “Predictors of (in)efficiencies of Healthcare Expenditure Among the Leading Asian Economies — Comparison of OECD and Non-OECD Nations”, in *Risk Management and Healthcare Policy*, Vol. 13, 2020, pp. 2261-2280.

⁸ Katarzyna Mischczyńska, “Healthcare expenditures vs. health of the population”, *e-Finanse: Financial Internet Quarterly*, Vol. 9, N.º 2, 2013, pp. 47-56.

⁹ Mark J Warskowsky, “Projections of health care expenditures as a share of the GDP: Actuarial and macroeconomic approaches”, in *Health Services Research*, Vol. 29, N.º 3, 1994, pp. 293-313.

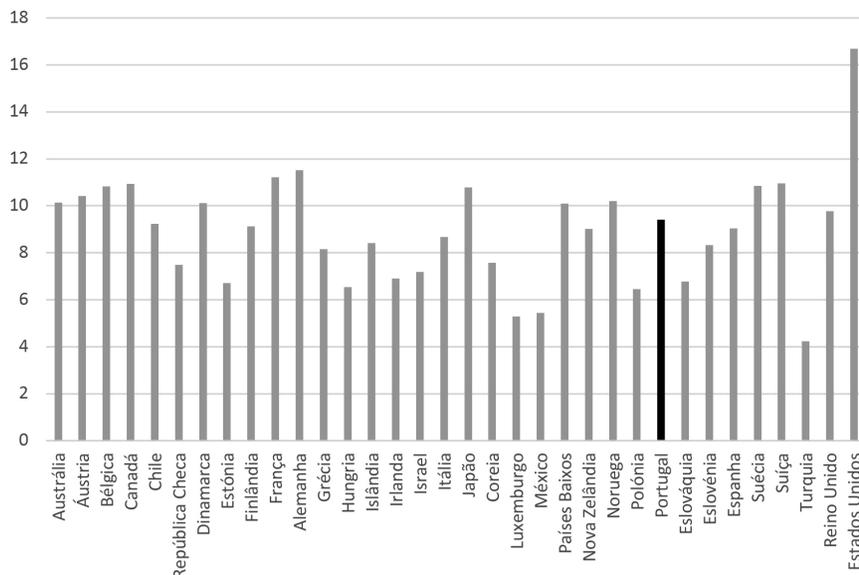
¹⁰ Pedro Pita Barros, “The black box of health care expenditure growth determinants”, *op. cit.*

¹¹ Mihajlo Jakovljevic/Takuma Sugahara/Yuriy Timofeyev/Nemanja Rancic, “Predictors of (in)efficiencies of Healthcare Expenditure Among the Leading Asian Economies — Comparison of OECD and Non-OECD Nations”, *op. cit.*

¹² Katarzyna Mischczyńska, “Healthcare expenditures vs. health of the population”, *op. cit.*

saúde em percentagem do PIB ¹³ para quase todos os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) ¹⁴, sendo que os níveis apresentados correspondem a um valor médio de 3 anos (média de valores de 2017, 2018 e 2019) ¹⁵.

FIGURA 1
DESPESA COM CUIDADOS DE SAÚDE EM % DO PIB



A Figura 2, por sua vez mostra a despesa corrente com cuidados de saúde em termos “per capita” ¹⁶ para os mesmos países, considerando também o valor médio para os mesmos anos.

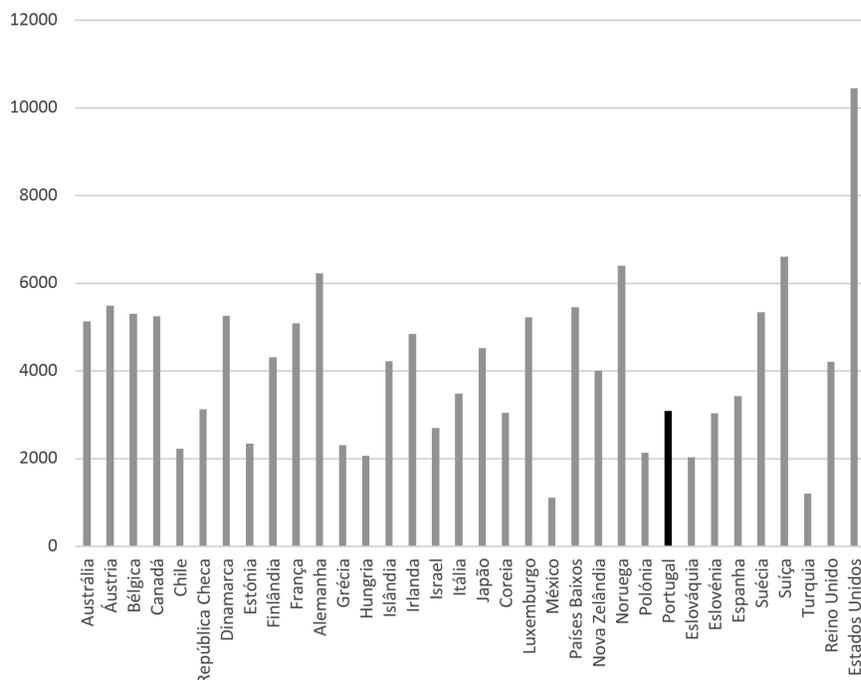
¹³ Os dados foram obtidos em “Current expenditure on health (all functions) Share on Gross Domestic Product — OECD.Stat, data set Health Expenditure and Financing: in <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=SHA> (23-04-2024).

¹⁴ Há quatro países da OCDE que não foram incluídos, uma vez que aderiram muito recentemente à organização — Colômbia (28-4-2020); Costa Rica (25-5-2021); Letónia (1-7-2016); Lituânia (5-7-2018).

¹⁵ A inclusão de vários anos permite evitar níveis atípicos devido a ocorrências atípicas. Além disso, evitou-se escolher os anos da pandemia que foram anormais em termos do funcionamento do setor de cuidados de saúde.

¹⁶ Os dados foram obtidos em “Current expenditure on health (all functions) Per capita, current prices, current PPPs — OECD.Stat, data set Health Expenditure and Financing”: in <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=SHA> (23-04-2024).

FIGURA 2
 DESPESA COM CUIDADOS DE SAÚDE "PER CAPITA
 (DÓLARES — PARIDADE DE PODERES DE COMPRA)



Quer na Figura 1 quer na Figura 2 os Estados Unidos da América (EUA), a Suíça, a Alemanha, a França e a Noruega destacam-se com os valores mais elevados e o México, a Turquia, a Estónia e a Polónia com os valores mais baixos. Tenha-se em atenção que as diferenças entre países não significam necessariamente diferenças no nível de provisão de cuidados de saúde, pois dois países com um nível de provisão de cuidados de saúde idêntico podem apresentar uma grande diferença em termos de gastos “per capita”, tendo em conta um diferenciado custo dos recursos entre os países, por exemplo em termos dos níveis salariais dos empregados no setor de cuidados de saúde.

Alguns países apresentam uma diferença substancial de posicionamento entre a Figura 1 e a Figura 2. A maior disparidade entre o posicionamento nas figuras encontra-se para Portugal, Japão, Grécia e Chile, em que os valores “per capita” são relativamente baixos face aos valores em percentagem do PIB. Assim, por exemplo, em

Portugal o setor de cuidados de saúde apresenta uma elevada dimensão (quase 10% do PIB), acima de 18 países do conjunto de países da OCDE incluídos no estudo, mas em termos de despesas com cuidados de saúde “per capita”, apenas há 10 países do conjunto com valor menor.

Este estudo pretende contribuir para a compreensão destas diferenças entre os países da OCDE, usando a metodologia “fuzzy-set Qualitative Comparative Analysis” (fsQCA) que se baseia na lógica Booleana para determinar as condições necessárias e as condições suficientes para a ocorrência de um dado resultado. Concretamente, partindo dos fatores (condições causais) identificados na literatura e já mencionados, procura-se identificar se (isoladamente ou de forma combinada) esses fatores constituem condições necessárias e/ou suficientes para elevados ou baixos ¹⁷ níveis de despesas com cuidados de saúde em percentagem do PIB ou em termos “per capita”. Na secção seguinte apresentam-se sumariamente os argumentos teóricos justificativos das condições causais, seguindo-se o estudo empírico e, finalmente, um conjunto de conclusões a partir dos resultados obtidos.

2. CONDIÇÕES CAUSAIS

2.1. Rendimento “per capita”

Um dos indicadores mais usados para inferir sobre diferenças nos níveis de desenvolvimento entre os países é o rendimento “per capita” — simplificadamente representado pelo Produto Interno Bruto (PIB) “per capita”. Trata-se de um indicador que representa uma média, pelo que é incompleto para abarcar todas as dimensões do desenvolvimento económico. Todavia, com frequência é usado para comparar os países quanto à sua dimensão económica. Concretamente, no âmbito do estudo da dimensão do setor de cuidados de saúde, o seu uso pode ser encontrado em, por exemplo, Ang ¹⁸, Barros ¹⁹,

¹⁷ Pode existir assimetria entre o que explica um elevado gasto e o que explica um baixo gasto e a metodologia fsQCA permite apreender essa assimetria.

¹⁸ James B. Ang, “The determinants of health care expenditure in Australia”, *op. cit.*

¹⁹ Pedro Pita Barros, “The black box of health care expenditure growth determinants”, *op. cit.*

Bayar *et al.* ²⁰, Martin *et al.* ²¹, Lago-Peñas *et al.* ²², Pietro/Lago-Peñas ²³.

A grande maioria dos estudos que fazem comparações internacionais conclui que o rendimento “per capita” é o determinante mais importante da despesa com cuidados de saúde “per capita” (Pietro/Lago-Peñas ²⁴), ou seja, é expectável que países com maior desenvolvimento económico apresentem uma maior despesa com cuidados de saúde por habitante. Todavia, não há acordo na literatura sobre se as despesas com cuidados de saúde são um bem de luxo ²⁵ ou um bem normal. Pietro/Lago-Peñas ²⁶ referem que há estudos que indicam que a elasticidade rendimento dos cuidados de saúde ²⁷ é superior à unidade, mas também há estudos a indicar que é inferior ou muito próximo da unidade (por exemplo, Barros ²⁸, Lago-Peñas *et al.* ²⁹). No presente estudo, no âmbito da metodologia usada, se

²⁰ Yilmaz Bayar/Marius Dan Gavriletea/Mirela Oana Pinteá/Ioana Cristina Sechel, “Impact of environment, life expectancy and real GDP per capita on health expenditures: Evidence from the EU member states”, in *International Journal of Environment Resources and Public Health*, 2021, Vol. 18, N.º 24, 13176.

²¹ José J. M. Martín/M. Puerto López del Amo González/M. Dolores Cano García, “Review of the literature on the determinants of healthcare expenditure”, *op. cit.*

²² Santiago Lago-Peñas/David Cantarero-Prieto/Carla Blázquez-Fernández, “On the relationship between GDP and health care expenditure: A new look”, in *Economic Modelling*, Vol. 32, 2013, pp. 124—129.

²³ David Cantarero Pietro/Santiago Lago-Peñas, “Decomposing the determinants of health care expenditure: the case of Spain”, *op. cit.*

²⁴ *Idem*, pp. 21-22.

²⁵ Bem que ganha peso no consumo de um indivíduo à medida que o seu rendimento aumenta.

²⁶ David Cantarero Pietro/Santiago Lago-Peñas, “Decomposing the determinants of health care expenditure: the case of Spain”, *op. cit.*, p. 21.

²⁷ Medida que indica qual o crescimento percentual da despesa com cuidados de saúde de um país por cada um por cento de crescimento do rendimento do país. Se o valor desta elasticidade for superior à unidade, isso está em consonância com a possibilidade de os cuidados de saúde serem um bem luxo, na medida em que o peso dos cuidados de saúde na economia vai crescendo à medida que o rendimento da economia aumenta (“quanto mais rico, maior a importância que se atribui ao bem”).

²⁸ Pedro Pita Barros, “The black box of health care expenditure growth determinants”, *op. cit.*, p. 539.

²⁹ Santiago Lago-Peñas/David Cantarero-Prieto/Carla Blázquez-Fernández, “On the relationship between GDP and health care expenditure: A new look”, *op. cit.*

se identificar que o rendimento “per capita” faz parte das condições causais para elevadas despesas com cuidados de saúde em percentagem do PIB, isso revela que os cuidados de saúde têm maior dimensão na economia em países com maior rendimento “per capita”, o que indicia que os cuidados de saúde poderão ser (em termos macro) um bem de luxo.

2.2. Dimensão da população idosa

No que se refere às características demográficas, o envelhecimento da população tem sido apontado como uma das causas de uma maior necessidade de gastos com cuidados de saúde. Vários autores incluem a dimensão da população idosa em estudos sobre gastos com cuidados de saúde (por exemplo, Ang ³⁰, Amiri ³¹, Barros ³², Huarngt/Yu ³³, Pietro/Lago-Peñas ³⁴).

De acordo com o modelo e as estimativas de Grossman ³⁵, a necessidade de cuidados de saúde das pessoas é crescente com a idade, sendo especialmente elevada em idade avançada. A evolução da medicina, acompanhada de um grande desenvolvimento tecnológico nos meios de diagnóstico e de tratamento, proporcionam que atualmente as doenças sejam diagnosticadas precocemente e o seu tratamento efetuado mais eficazmente. A par de outros fatores, estes elementos têm proporcionado um aumento substancial na esperança média de vida das populações. Uma das consequências é um elevado aumento das necessidades de cuidados de saúde. De facto, à medida que as pessoas envelhecem é expectável que mais

³⁰ James B. Ang, “The determinants of health care expenditure in Australia”, *op. cit.*

³¹ Mohammad Meskarpour Amiri/Mahmood Kazemian/Zahra Motaghd/Zahleh Abdi, “Systematic review of factors determining health care expenditures”, in *Health Policy and Technology*, *op. cit.*

³² Pedro Pita Barros, “The black box of health care expenditure growth determinants”, *op. cit.*

³³ Kun-Huang Huarngt/Tiffany Hui-Kuang Yu, “A new quantile regression forecasting model”, in *Journal of Business Research*, Vol. 67, N.º 5, 2014, pp. 779-784.

³⁴ David Cantarero Pietro/Santiago Lago-Peñas, “Decomposing the determinants of health care expenditure: the case of Spain”, *op. cit.*

³⁵ Michael Grossman, “1. On the concept of health capital and the demand for health”, in *Determinants of Health: An Economic Perspective*, New York Chichester, West Sussex: Columbia University Press, 2017 (1st. published in 1972), pp. 6-41.

cuidados de saúde lhes serão prestados (Barros ³⁶). Deste modo poder-se-á esperar que exista uma pressão do lado da procura para um aumento da dimensão do setor de cuidados de saúde à medida que a percentagem de população idosa cresce num país.

2.3. Procura induzida/grupo de interesse

A importância do setor de profissionais envolvidos em cuidados de saúde e serviços conexos relativamente aos demais setores de profissionais tem sido considerada como um fator de influência nos gastos com cuidados de saúde (por exemplo, Ang ³⁷, Huarngt/Yu ³⁸; Huarngt/Yu ³⁹, Pietro/Lago-Peñas ⁴⁰).

É possível encontrar alguns elementos teóricos para justificar que a dimensão do setor de profissionais em cuidados de saúde pode influenciar a dimensão do setor de cuidados de saúde. A hipótese da *procura induzida* pelo lado da oferta de cuidados de saúde postula que os prestadores de cuidados de saúde (por exemplo, os médicos) fazem expandir a procura de cuidados de saúde (Reinhardt ⁴¹). Destarte, quando o número de funcionários do setor da saúde em relação ao total de pessoas empregadas no país (ou à população) aumenta, elevar-se-á a procura por cuidados de saúde. Note-se que a decisão de *consumir* cuidados de saúde normalmente é uma decisão que não é tomada de forma solitária pelos indivíduos (principal), mas com a intervenção de um terceiro que normalmente é um profissional de cuidados de saúde (do lado da oferta) e a quem o indivíduo delega poder de avaliação e de decisão (agente), pois há uma grande assimetria de informação entre ambos (teoria da agência). De acordo com Evans ⁴², o

³⁶ Pedro Pita Barros, “The black box of health care expenditure growth determinants”, *op. cit.*, p. 535.

³⁷ James B. Ang, “The determinants of health care expenditure in Australia”, *op. cit.*

³⁸ Kun-Huang Huarngt/Tiffany Hui-Kuang Yu, “A new quantile regression forecasting model”, in *Journal of Business Research*, *op. cit.*

³⁹ Kun-Huang Huarngt/Tiffany Hui-Kuang Yu, “Healthcare expenditure with causal recipes”, in *Journal of Business Research*, Vol.68, N.º 7, 2015, pp. 1570-1573.

⁴⁰ David Cantarero Pietro/Santiago Lago-Peñas, “Decomposing the determinants of health care expenditure: the case of Spain”, *op. cit.*

⁴¹ Uwe E.Reinhardt, “The theory of physician — induced demand reflections after a decade”, in *Journal of Health Economics*, Vol.4, N.º 2, 1985, pp. 187-193.

⁴² Robert G.Evans, “Supplier-induced demand: Some empirical evidence and implications”, in *The Economics of Health and Medical Care*, M. Perlman (ed).

prestador de cuidados de saúde pode influenciar diretamente a procura do consumidor, pois altera as suas perceções quanto às suas necessidades e também sobre a capacidade da tecnologia de cuidados de saúde para as satisfazer. Além disso, no caso de cuidados de saúde privados os profissionais de saúde podem usar o poder discricionário como agentes do doente na tomada de decisão para maximizar os seus rendimentos e o das suas instituições, induzindo os pacientes a consumir mais cuidados de saúde. Acresce ainda que a existência de um maior número de médicos por habitante, em que o grau de cobertura de cuidados de saúde aumenta, facilitará o acesso a cuidados de saúde, aumentando a sua procura. Assim, a existência de mais profissionais de saúde induzirá a que se procure mais cuidados de saúde.

Um outro argumento também relacionado com o poder da oferta de cuidados de saúde assenta na *teoria dos grupos de interesse* de Olson ⁴³. Segundo esta abordagem, os profissionais de cuidados de saúde fazem pressão para que as suas condições profissionais e remuneração melhorem, sendo de relevar em especial a pressão política sobre os decisores públicos no domínio dos cuidados de saúde públicos. Uma greve ou outras formas de protesto dos profissionais de saúde têm um forte impacto mediático e afetam profundamente a vida das pessoas, dada a essencialidade deste tipo de serviços. Um clima de crispação política com os profissionais de saúde pode ter impacto sobre as eleições, designadamente levando os políticos a atender às suas exigências para evitarem a perda de eleitorado. Desta forma, este grupo de interesse, que normalmente está bem informado e tem facilidade de acesso ao poder político, diretamente ou por via da pressão nos meios de comunicação social, acaba por ter condições para conseguir decisões políticas que lhes são favoráveis. Normalmente estas têm como consequência o aumento dos gastos na área dos cuidados de saúde. Assim, quanto maior a importância do emprego no setor de cuidados de saúde maior o impacto das suas ações sobre os decisores políticos e o seu êxito em conseguirem decisões que lhes são favoráveis, as quais normalmente elevam as despesas do setor de cuidados de saúde.

London: Macmillan, 1974, pp.162-73.

⁴³ Mancur Olson, *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups*, Harvard Economic Studies CXXIV, Harvard University Press, 1971 (1st published 1965).

Um terceiro argumento em que a oferta de cuidados de saúde pode ter impacto sobre os gastos associados à procura de cuidados de saúde, só que agora em termos da sua diminuição, tem a ver com o aumento de *concorrência* entre prestadores de cuidados de saúde, ou seja, quanto maior o número de prestadores de cuidados de saúde, maior a eficiência esperada na sua provisão, pelo facto de haver maior concorrência. Assim, reduzir-se-ão os “preços” dos cuidados de saúde, baixando em consequência os gastos com cuidados de saúde. Note-se, porém, que frequentemente o peso do setor público de cuidados de saúde é bastante elevado e que o setor privado de cuidados de saúde tende a ser dominado por poucas empresas de grande dimensão (elevada concentração). Além disso, a liberdade de fixação de preços pelos profissionais de saúde é condicionada pelas ordens ou associações profissionais que os regulam. Acrescente-se ainda os referidos problemas de assimetrias de informação. Por tudo isto não será difícil perceber que é incomum que o mercado de cuidados de saúde funcione em concorrência como preconizado pela teoria neoclássica dos mercados, ou seja, não é claro que mais oferta de cuidados de saúde tenha como consequência uma diminuição do seu “preço de mercado”.

2.4. Dimensão do setor privado de cuidados de saúde

O peso do setor privado de cuidados de saúde é muito variável entre os países e essa diferença prende-se com escolhas político-ideológicas e económicas. De facto, há diferentes modelos económico-sociais que inspiraram o desenvolvimento do setor de cuidados de saúde dos países da OCDE, sendo que, do ponto de vista económico, consoante o modelo seguido, o setor privado pode cumprir diferentes funções. Independentemente do modelo, reconhece-se a sua essencialidade, uma vez que está presente em praticamente todos os países da OCDE. Vários estudos usam a dimensão do setor privado de cuidados de saúde no estudo das despesas com cuidados de saúde (por exemplo, Ang ⁴⁴, Barros ⁴⁵, Misczynska ⁴⁶).

⁴⁴ James B. Ang, “The determinants of health care expenditure in Australia”, *op. cit.*

⁴⁵ Pedro Pita Barros, “The black box of health care expenditure growth determinants”, *op. cit.*

Num dos extremos há modelos de organização de cuidados de saúde em que a interação entre o setor privado e o setor público é baixa. Nesse caso, o setor de cuidados de saúde privados irá funcionar como um *bem substituto* do setor público. Então, se num país há um elevado peso do setor privado de cuidados de saúde, haverá elevados custos de acesso a cuidados de saúde (ou seja, um elevado “preço” dos cuidados de saúde), pois um elevado peso do setor privado indicia que o setor público não responde suficientemente às necessidades de cuidados de saúde. Daí que se poderá esperar que o consumo de cuidados de saúde seja menor nos países em que os cidadãos têm de recorrer ao setor privado (pagando), ou seja, o consumo será menor nos países em que a oferta apresenta um elevado “preço” de acesso a cuidados de saúde. Assim, num modelo de *bem substituto* é exetável que um elevado peso do setor privado de cuidados de saúde esteja associado a uma baixa despesa global (privada e pública) em cuidados de saúde.

Há autores que defendem que não há uma perfeita substituíbilidade entre o setor público e o setor privado de cuidados de saúde (por exemplo, Miguel Gouveia, 1995, citado em Barros⁴⁷). Assim, pode ser considerado, num outro extremo, um modelo de organização de cuidados de saúde que coloca o setor privado numa função *complementar* aos cuidados de saúde públicos, através de uma integração por via de acordos de provisão entre o setor público e o setor privado, em que o Estado suporta diversas intervenções no setor privado. Para essas intervenções o “preço” para os utentes será igualmente baixo em ambos os setores. Então, num modelo em que o setor privado de cuidados de saúde é um *bem complementar*, o maior peso do setor privado não significa uma menor cobertura de cuidados de saúde ou uma maior dificuldade de acesso, pelo que não estará necessariamente associado a uma menor despesa global com cuidados de saúde.

3. ESTUDO EMPÍRICO

3.1. Questões de pesquisa

O objetivo deste estudo é determinar se o nível de desenvolvimento

⁴⁶ Katarzyna Miszczyńska, “Healthcare expenditures vs. health of the population”, *op. cit.*

⁴⁷ Pedro Pita Barros, “The black box of health care expenditure growth determinants”, *op. cit.*, p. 536.

económico, as características demográficas, o poder de influência dos prestadores de saúde e a dimensão do setor privado de cuidados de saúde influenciam os níveis de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB e os níveis de despesa com cuidados de saúde “per capita” nos países da OCDE. Além disso, procura-se perceber se se verifica *procura induzida* de cuidados de saúde e se o setor privado de cuidados de saúde substitui ou complementa o setor público de cuidados de saúde. Concretamente são objetivos do estudo:

- (i) determinar se o rendimento “per capita”, o peso da população idosa, a dimensão do emprego em cuidados de saúde e serviços conexos face ao emprego total no setor dos serviços e o peso da despesa com cuidados de saúde privados face à despesa total com cuidados de saúde são, individualmente ou de forma combinada, condições necessárias e/ou suficientes para a existência de elevados ou de baixos níveis de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB ou de despesa com cuidados de saúde “per capita”;
- (ii) examinar se há diferenças nos padrões de causalidade entre elevados e baixos níveis de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB ou de despesa com cuidados de saúde “per capita”;
- (iii) refletir sobre a substituíbilidade ou a complementaridade entre o setor privado e o setor público de cuidados de saúde nos países da OCDE.

3.2. Método

a. Procedimento

A metodologia usada nesta investigação é a Análise Qualitativa Comparativa “fuzzy-set” (fsQCA), descrita em Ragin ⁴⁸⁴⁹A fsQCA baseia-se na lógica Booleana para implementar princípios de comparação no estudo qualitativo de fenómenos macrossociais. Como referido atrás, com esta metodologia é possível identificar as condições necessárias e suficientes (padrões de causalidade) para a ocorrência

⁴⁸ Charles. C.Ragin, *Fuzzy-Set Social Science*, Chicago II: University of Chicago Press, 2000.

⁴⁹ Charles. C.Ragin, *Redesigning social inquiry: Fuzzy sets and beyond*, Chicago II: University of Chicago Press, 2008.

de um dado resultado. Algoritmos computacionais desenvolvidos por engenheiros de eletrônica na década de 50 do século XX proporcionam técnicas para simplificação do tratamento dos dados. Neste estudo, os dados foram trabalhados usando o software fsQCA 3.0 desenvolvido por Charles Ragin e Sean Davey, que usa o algoritmo Quine-McCluskey ⁵⁰.

A fsQCA é uma variante da Análise Qualitativa Comparativa simples (QCA), na qual os valores das variáveis (conjuntos) são transformados em variáveis categóricas com o valor um ou zero, dependendo se o caso (país da OCDE) pertence a um conjunto ou não. Na fsQCA a calibragem dos dados das variáveis é feita no intervalo entre zero e um, dando lugar a variáveis calibradas contínuas. Quanto mais próximo de um está o valor de um dado caso, maior o grau de pertença desse caso ao conjunto e quanto mais próximo de zero, menor o grau de pertença do caso ao conjunto (ou seja, maior o grau de pertença ao complemento lógico — negação do conjunto). Valores próximos de 0,5 são valores de ambiguidade quanto à pertença ou não a um dado conjunto.

Neste estudo os valores das variáveis são calibrados em valores entre zero e um usando as medidas estatísticas dos percentis: valores próximos do percentil 95 significam ser plenamente membro de um dado conjunto; valores próximos do percentil 5 indicam ser plenamente não membro de um dado conjunto (ser membro pleno da negação do conjunto); valores próximos do percentil 50 (ponto central do conjunto) são valores de ambiguidade. Como indicam Choi/Cho ⁵¹, a calibragem usando como valores-âncora os percentis 95, 50, 5 é muito usual na aplicação da fsQCA, sobretudo quando não existem orientações teóricas ou empíricas sobre que valores das variáveis devem corresponder à “zona cinzenta” que divide a pertença da não pertença a um dado conjunto. É precisamente o que acontece com as variáveis do presente estudo, pois não se sabe que valor de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB ou de despesa com cuidados de saúde “per capita” deve estabelecer a fronteira entre pertencer a uma elevada despesa com cuidados de saúde ou a

⁵⁰ <http://www.socsci.uci.edu/~cragin/fsQCA/software.shtml>. Acedido em 09 de Agosto de 2022.

⁵¹ Kyoungcho Choi/Jung Keun Cho, “Exploring fuzzy set Qualitative Comparative Analysis to health-related OECD data”, in *International Journal of Applied Engineering Research*, Vol. 13, N.º 6, 2018, p. 4417.

uma baixa despesa com cuidados de saúde (o mesmo se diga quanto às condições rendimento “per capita”, peso da população idosa, dimensão do emprego em cuidados de saúde e serviços conexos face ao emprego total no setor dos serviços e peso da despesa com cuidados de saúde privados face à despesa total com cuidados de saúde).

Note-se que a fsQCA usa o termo causalidade no contexto da lógica Booleana, ou seja, não se fazem testes estatísticos de causalidade. O procedimento é determinar em que medida um dado conjunto contém ou está contido em outro conjunto. Assim, uma condição (A) é necessária para a ocorrência de um dado resultado (R) se para os casos (países da OCDE) o grau de membro em A é *consistentemente* maior ou igual ao grau de membro em R, ou seja, R é um subconjunto de A. Por exemplo, um elevado nível do peso da população idosa será uma condição necessária para um elevado nível de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB, se para os países da OCDE o grau de membro no conjunto “elevado peso da população idosa” é *consistentemente* igual ou superior ao grau de membro no conjunto “elevado nível despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB”⁵². A *consistência* é uma medida de validação dos resultados e indica a extensão em que os casos que pertencem a um dado conjunto (por exemplo, conjunto A) também pertencem ao “resultado” (conjunto R). Se a *consistência* for baixa não se pode validar uma condição como uma condição necessária. A consistência de uma condição deve ser pelo menos de 0,9 (90%)⁵³ para que uma condição possa ser considerada uma condição necessária⁵⁴.

A condição A (ou uma combinação de condições, por exemplo, A e B) é uma condição suficiente para a ocorrência do resultado R

⁵² O conjunto com países com elevado nível de peso da população idosa é denominado “POPIDOSA” e o conjunto com países com baixo nível de peso da população idosa é a negação do conjunto “POPIDOSA”, representando-se como “~POPIDOSA”.

⁵³ Cfr. Peer C. Fiss., “Building better causal theories: A fuzzy set approach to typologies in organization research”, in *Academy of Management Journal*, Vol. 54, N.º 2, 2011, pp. 393-420.

⁵⁴ Combinações de condições não são consideradas no estudo de condições necessárias porque o “e” em termos de lógica corresponde à combinação de condições (AeB), sendo os valores do conjunto da combinação obtidos tomando a pontuação mínima de pertença de cada caso aos conjuntos que são combinados. Se as condições individuais não são condições necessárias (valores de membro em A não são consistentemente superiores aos de membro em R), logicamente também o não será qualquer combinação dessas condições.

se para os casos (países da OCDE) o grau de membro na condição A (ou na combinação de condições A e B) é *consistentemente* inferior ou igual ao grau de membro em R, ou seja, A é um subconjunto de R. Para uma condição ou uma combinação de condições ser uma condição suficiente a *consistência* deve ser no mínimo de 0,75 (75%)⁵⁵.

A fsQCA oferece três soluções para as condições suficientes: a solução complexa, a intermédia e a parcimoniosa. Uma solução consiste no conjunto de combinações causais que são validadas em termos de consistência. A solução intermédia faz parte da solução complexa e contém a solução parcimoniosa. Assim, a solução parcimoniosa representa as condições fundamentais que não podem ser omitidas de qualquer solução. A solução intermédia inclui pressupostos guiados pela teoria e deve ser usada quando há relações expetáveis entre os conjuntos de acordo com as teorias e a evidência empírica existentes. Como se viu na parte inicial, no presente estudo há dois pressupostos que são orientados pela teoria e pelos resultados de outros estudos empíricos: uma relação positiva entre o rendimento “per capita” e as despesas com cuidados de saúde em percentagem do PIB e também com as despesas “per capita” (por exemplo, Ang⁵⁶, Lago-Peñas *et al.*⁵⁷); uma relação positiva entre o peso da população idosa e as despesas com cuidados de saúde em percentagem do PIB e também com as despesas “per capita” (por exemplo, Huarngt/Yu⁵⁸, Pietro e Lago-Peñas⁵⁹). Quanto às outras duas condições causais, como a influência esperada pode ser positiva ou negativa consoante os argumentos teóricos não se estabeleceram pressupostos. Assim, apresentar-se-á a solução intermédia (que inclui pressupostos) e a solução parcimoniosa (que está contida na intermédia e permite todo o tipo de pressupostos). A solução complexa é muito limitada pois exclui todas as combinações de condições sem qualquer caso membro, o

⁵⁵ Cfr. Peer C. Fiss., “Building better causal theories: A fuzzy set approach to typologies in organization research”, *op. cit.*

⁵⁶ James B. Ang, “The determinants of health care expenditure in Australia”, *op. cit.*

⁵⁷ Santiago Lago-Peñas/David Cantarero-Prieto/Carla Blázquez-Fernández, “On the relationship between GDP and health care expenditure: A new look”, *op. cit.*

⁵⁸ Kun-Huang Huarngt/Tiffany Hui-Kuang Yu, “Healthcare expenditure with causal recipes”, in *Journal of Business Research*, *op. cit.*

⁵⁹ Santiago Lago-Peñas/David Cantarero-Prieto/Carla Blázquez-Fernández, “On the relationship between GDP and health care expenditure: A new look”, *op. cit.*

que é redutor quando o número de casos estudados é pequeno, como acontece no presente estudo.

Alguns exemplos de aplicação da fsQCA em estudos sobre a OCDE são Choi/Cho ⁶⁰, Cruz ⁶¹, Giner *et al.* ⁶² e Madanipour/Thompson ⁶³.

b. Modelos

Uma vez que a fsQCA possibilita o estudo da existência de assimetria causal, as condições necessárias e suficientes para elevados ou baixos níveis de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB e também com a despesa “per capita” são analisadas separadamente.

Os modelos são ⁶⁴:

$SAUDEPIB = f(RENDPC; POPISOSA; EMPSAUDE; DIMENPRIV)$ — (modelo de elevado peso da despesa com cuidados de saúde no PIB)

$\sim SAUDEPIB = g(RENDPC; POPISOSA; EMPSAUDE; DIMENPRIV)$ — (modelo de baixo peso da despesa com cuidados de saúde no PIB)

$SAUDEPC = h(RENDPC; POPISOSA; EMPSAUDE; DIMENPRIV)$ — (modelo de elevado nível de despesa com cuidados de saúde “per capita”)

⁶⁰ Kyoungcho Choi/Jung Keun Cho, “Exploring fuzzy set Qualitative Comparative Analysis to health-related OECD data”, *op. cit.*

⁶¹ José N. Cruz, “A fuzzy-set qualitative comparative analysis of corruption and homicide in Organisation for Economic Co-operation and Development countries through the lens of the institutional anomie theory”, *European Journal of Criminology*, Vol. 20, N.º 4, 2023, pp. 1285-1308.

⁶² Ribes G. Giner/I. Moya Clemente/R. Cervelló Royo/M. R. Perello Marin, “Well-being indicators affecting female entrepreneurship in OECD countries”, in *Quality & Quantity*, Vol. 53, 2019, pp. 915-933.

⁶³ Ali Madanipour/Michael Thompson, “Is globalization linked to low corruption in OECD countries?”, in *Crime, Law and Social Change*, Vol. 73, 2020, pp. 443-455.

⁶⁴ Em que SAUDEPIB significa peso da despesa com cuidados de saúde no PIB; SAUDEPC significa peso da despesa com cuidados de saúde “per capita” e RENDPC, POPIDOSA, EMPSAUDE e DIMPRIV significam, respetivamente, rendimento “per capita”, percentagem de população com mais de 65 anos, peso do emprego nos serviços de cuidados de saúde e conexos no total emprego no setor dos serviços, peso da despesa com cuidados de saúde no setor privado no total de despesa corrente com cuidados de saúde.

$\sim SAUDEPC = i(RENDPC; POPISOSA; EMPSAUDE; DIMENPRIV)$ — (*modelo de baixo nível de despesa com cuidados de saúde “per capita”*)

c. Casos

Este estudo inclui 34 casos, ou seja, 34 países da OCDE e os dados referem-se à média dos valores para os anos 2017, 2018 e 2019 ⁶⁵.

d. Medidas

As fontes dos dados para os conjuntos (variáveis) foram:

SAUDEPIB foi obtida em “Current expenditure on health (all functions) Share on Gross Domestic Product — OECD.Stat, data set Health Expenditure and Financing” ⁶⁶;

SAUDEPC foi obtida em “Current expenditure on health (all functions) Per capita, current prices, current PPPs — OECD.Stat, data set Health Expenditure and Financing” ⁶⁷;

RENDPC foi obtido em “Gross Domestic Product (expenditure approach) — Per head, current prices, current PPPs — OECD.Stat — Dataset Gross Domestic Product” ⁶⁸;

POPIDOSA foi obtida em “Population with ages 65 and above as a percentage of total population — OECD.Stat — Data set Historical Population” ⁶⁹;

EMPSAUDE constitui o rácio entre “Employment in services — Human health and social work activities (thousands persons)” e “Employment in services (thousands persons)” a multiplicar por cem, ambos os indicadores obtidos em “OECD dataset: Employment by activities and status” ⁷⁰;

DIMENPRIV foi obtido em “Domestic private health expenditure as a percentage of current health expenditure — World Health

⁶⁵ Como mencionado atrás há quatro países da OCDE que não foram incluídos, uma vez que aderiram muito recentemente à organização — Colombia (28-4-2020); Costa Rica (25-5-2021); Latvia (1-7-2016); Lithuania (5-7-2018).

⁶⁶ In <https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=SHA> (23.04.2024).

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ In <https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=60702> (23.04.2024).

⁶⁹ In <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=HISTPOP> (23.04.2024).

⁷⁰ In https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=ALFS_EMP (23.04.2024).

Organization (WHO) — The Global Health Observatory — Indicators in Health Expenditure” ⁷¹.

e. Calibragem dos dados

Conforme descrito atrás, os dados foram calibrados no intervalo entre zero e um, utilizando como limiares os percentis 95, 50 e 5. Os valores-âncora para a calibração dos conjuntos (variáveis) podem ser encontrados no Quadro 1.

QUADRO 1
CONJUNTO E VALORES-ÂNCORA DE CALIBRAGEM FSQCA

CONJUNTOS	MEMBRO PLENO — PERCENTIL 95	PONTO CENTRAL — PERCENTIL 50	NÃO MEMBRO PLENO — PERCENTIL 5
SAUDEPIB (%)	11,320	9,072	5,383
SAUDEPC (US\$)	6474,62	4213,58	1742,90
RENDPC (US\$)	75358,12	45364,57	27111,89
POPIDOSA (%)	22,282	18,568	10,535
EMPSAUDE (%)	22,460	14,218	8,503
DIMENPRIV (%)	49,61333333	26,12	14,90483333

Os dados dos conjuntos (variáveis) e os dados calibrados podem ser visto no Anexo.

3.3. Resultados

a. Condições necessárias

Começa-se por analisar se alguma das condições é uma condição necessária para um elevado ou um baixo nível da despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB, fazendo-se o mesmo para a despesa com cuidados de saúde “per capita”. Como mencionado atrás, para uma condição ser uma condição necessária o seu nível de consistência deve ser igual ou superior a 90% (0,9).

⁷¹ In [\(https://www.who.int/data/gho/data/indicators/indicator-details/GHO/domestic-private-health-expenditure-\(pvt-d\)-as-percentage-of-current-health-expenditure-\(che\)-\(—\)\)](https://www.who.int/data/gho/data/indicators/indicator-details/GHO/domestic-private-health-expenditure-(pvt-d)-as-percentage-of-current-health-expenditure-(che)-(—)) (23.04.2024)

QUADRO 2
CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA ALTO/BAIXO NÍVEL DE DESPESA COM CUIDADOS DE SAÚDE EM PORCENTAGEM DO PIB

CONJUNTOS	RESULTADO: ELEVADA SAUDEPIB		RESULTADO: BAIXA SAUDEPIB	
	CONSISTÊNCIA	VALIDAÇÃO	CONSISTÊNCIA	VALIDAÇÃO
(ELEVADO) <i>RENDPC</i>	0.763912	NÃO	0.487970	NÃO
(BAIXO) <i>~RENDPC</i>	0.519393	NÃO	0.822949	NÃO
(ELEVADA) <i>POPIDOSA</i>	0.685216	NÃO	0.533621	NÃO
(BAIXA) <i>~POPIDOSA</i>	0.544688	NÃO	0.718692	NÃO
(ELEVADA) <i>EMPSAUDE</i>	0.806071	NÃO	0.399136	NÃO
(BAIXA) <i>~EMPSAUDE</i>	0.444632	NÃO	0.876002	NÃO
(ELEVADA) <i>DIMENPRIV</i>	0.577291	NÃO	0.634793	NÃO
(BAIXA) <i>~DIMENPRIV</i>	0.667791	NÃO	0.634176	NÃO

O Quadro 2 mostra que a consistência de todas as condições é inferior a 0,9. Assim, nenhuma das condições ou suas combinações são uma condição necessária para um elevado ou um baixo nível de despesa com cuidados de saúde em porcentagem do PIB.

QUADRO 3
CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA ALTO/BAIXO NÍVEL DE DESPESA COM CUIDADOS DE SAÚDE “PER CAPITA”

CONJUNTOS	RESULTADO: ELEVADA SAUDEPC		RESULTADO: BAIXA SAUDEPC	
	CONSISTÊNCIA	VALIDAÇÃO	CONSISTÊNCIA	VALIDAÇÃO
(ELEVADO) <i>RENDPC</i>	0.892552	NÃO	0.417140	NÃO
(BAIXO) <i>~RENDPC</i>	0.443834	NÃO	0.895573	NÃO
(ELEVADA) <i>POPIDOSA</i>	0.653236	NÃO	0.594779	NÃO
(BAIXA) <i>~POPIDOSA</i>	0.617216	NÃO	0.656640	NÃO
(ELEVADA) <i>EMPSAUDE</i>	0.874237	NÃO	0.396141	NÃO
(BAIXA) <i>~EMPSAUDE</i>	0.427961	NÃO	0.884790	NÃO
(ELEVADA) <i>DIMENPRIV</i>	0.535409	NÃO	0.667423	NÃO
(BAIXA) <i>~DIMENPRIV</i>	0.728938	NÃO	0.578320	NÃO

Todos os valores são inferiores a 0,9, pelo que nenhuma das condições ou suas combinações são uma condição necessária para elevada ou baixa despesa com cuidados de saúde “per capita”. Todavia, note-se que um elevado rendimento “per capita” com uma consistência de 0,89552 e um baixo rendimento “per capita” com uma consistência

de 0,895573 apresentam valores de consistência muito próximos de 0,9, ou seja, quase se configuram como condições necessárias para uma elevada despesa com cuidados saúde “per capita” ou para uma baixa despesa com cuidados de saúde “per capita”, respetivamente. Note-se, porém, que a diferença de resultados entre o Quadro 1 e o Quadro 2 relativamente ao rendimento “per capita” é em certa medida expectável, uma vez que no Quadro 2 há uma comparação entre dois elementos em termos “per capita” (despesa com cuidados de saúde e rendimento (PIB), ambos em termos “per capita”), enquanto que no Quadro 1 está a ser comparado um elemento em percentagem do PIB com outro em termos “per capita” (despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB relativamente a rendimento “per capita”).

b. Condições suficientes

Apresentam-se de seguida os caminhos causais (combinações de condições) que se configuram como condições suficientes para os 4 conjuntos de resultados (*SAUDEPIB*; *~SAUDEPIB*; *SAUDEPC*; *~SAUDEPC*). As condições a negrito nos quadros são as que fazem parte da solução parcimoniosa, as quais, como mencionado atrás, fazem também parte da solução intermédia (que é apresentada no quadros). Como também mencionado, esta incorpora dois pressupostos guiados pela teoria e pelos resultados empíricos de outros estudos: uma relação positiva entre o rendimento “per capita” e a despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB e também com a despesa “per capita”; uma relação positiva entre o peso da população idosa e a despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB e também com a despesa “per capita”.

O Quadro 4 mostra a análise de condições suficientes para um país apresentar um elevado nível de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB (*SAUDEPIB*).

QUADRO 4
CONDIÇÕES SUFICIENTES PARA UM ELEVADO NÍVEL DE DESPESA COM CUIDADOS DE SAÚDE EM PERCENTAGEM DO PIB (*SAUDEPIB*)

COMBINAÇÕES CAUSAIS	CONSISTÊNCIA	CASOS MEMBROS
<i>RENDPC*EMPSAUDE</i>	0,916606	Suíça, Dinamarca, Países Baixos, Alemanha, Estados Unidos, Suécia, Bélgica, Austrália, Finlândia, Canadá, Áustria, Reino Unido, França

POPIDOSA*EMPSAUDE*~DIMENPRIV	0.941909	Finlândia, Japão Suécia Alemanha, Dinamarca, França, Bélgica, Áustria
------------------------------	----------	---

O prefixo “*” denota “e”; ‘~’ significa baixa associação com um conjunto (‘baixo’); Notas Técnicas: *Frequency Cutoff*: 1,0; *Consistency Cutoff*: 0,89932; *Solution Coverage*: 0,735807; *Solution Consistency*: 0,897805.

Como se vê no Quadro 4, a análise de suficiência, segundo a solução intermédia, identifica duas condições suficientes para que num país haja um elevado nível de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB: *i*) um elevado nível de rendimento “per capita” em combinação com um elevado peso do setor de pessoal empregado em cuidados de saúde; *ii*) um elevado peso da população idosa em combinação com um elevado peso do setor de pessoal empregado em cuidados de saúde e com uma baixa dimensão do setor privado de cuidados de saúde. Em termos da solução parcimoniosa há apenas uma condição isolada que é suficiente para um elevado nível de despesas com cuidados de saúde em percentagem do PIB num país: um elevado peso do setor de pessoal empregado em cuidados de saúde.

QUADRO 5

CONDIÇÕES SUFICIENTES PARA UM BAIXO NÍVEL DE DESPESA COM CUIDADOS DE SAÚDE EM PERCENTAGEM DO PIB (~SAUDEPIB)

COMBINAÇÕES CAUSAIS	CONSISTÊNCIA	CASOS MEMBROS
~RENDPC*~EMPSAUDE	0,839166	México, Turquia, Grécia, Polónia, Hungria, Estónia, Eslovénia, Eslováquia, República Checa, Israel, Coreia, Itália, Nova Zelândia
~POPIDOSA*~EMPSAUDE*~DIMENPRIV	0,941909	Luxemburgo, Turquia, Eslováquia, Nova Zelândia

O prefixo “*” denota “e”; ‘~’ significa baixa associação com um conjunto (‘baixo’); Notas Técnicas: *Frequency Cutoff*: 1,0; *Consistency Cutoff*: 0,816406; *Solution Coverage*: 0,853177; *Solution Consistency*: 0,842779.

O Quadro 5 revela também, segundo a solução intermédia, a existência de dois caminhos causais que são condições suficientes para que um país evidencie um baixo nível de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB. Assim, uma das condições suficientes é a combinação de um baixo rendimento “per capita” com um baixo peso do emprego em cuidados de saúde. Este resultado é simétrico ao obtido no Quadro 4, o que mostra que o rendimento “per capita” combinado com o peso do emprego em

cuidados de saúde são condições suficientes para causar uma elevada ou uma baixa dimensão do setor de cuidados de saúde na economia (simetria). A segunda condição suficiente para uma baixa dimensão do setor de cuidados de saúde na economia é a combinação de uma baixo peso da população idosa com um baixo peso do emprego em cuidados de saúde e com uma baixa dimensão do setor privado de cuidados de saúde. Curiosamente, nesta condição não se encontra simetria, pois o baixo peso da dimensão do setor privado faz parte do caminho causal para elevada dimensão do setor de cuidados de saúde e para baixa dimensão do setor de cuidados de saúde. Este resultado poderá não ser uma contradição, tendo em conta as diferentes funções que o setor privado de cuidados de saúde pode assumir em relação ao setor público, como foi indicado atrás. Este aspeto será aprofundado na secção seguinte.

Relativamente à solução parcimoniosa, apenas um baixo peso do emprego em cuidados de saúde é uma condição suficiente para uma baixa dimensão do setor de cuidados de saúde na economia. Na solução parcimoniosa há simetria entre os resultados dos quadros 4 e 5, o que revela o forte poder de influência do peso do emprego em cuidados de saúde na dimensão do setor de cuidados de saúde.

Note-se ainda que o Japão e o Luxemburgo são os únicos países que são membros apenas do caminho causal que inclui o peso da população idosa, enquanto que todos os outros países que aparecem nos quadros são membros das duas condições causais. Isto significa que o Japão, que é o país com população mais idosa do conjunto de países, e o Luxemburgo, que é um dos países com a população mais jovem do conjunto de países, têm a dimensão do setor de cuidados de saúde condicionada pela estrutura demográfica das suas populações, ou seja, a estrutura demográfica afeta a dimensão do setor de cuidados de saúde.

Relativamente ao volume de despesa com cuidados de saúde “per capita”, as condições suficientes apresentam-se nos quadros seguintes.

QUADRO 6
CONDIÇÕES SUFICIENTES PARA UM ELEVADO NÍVEL DE DESPESA
COM CUIDADOS DE SAÚDE “PER CAPITA” (SAUDEPC)

COMBINAÇÕES CAUSAIS	CONSISTÊNCIA	CASOS MEMBROS
<i>RENDPC*EMPSAUDE</i>	0,965618	Noruega, Suíça, Dinamarca, Países Baixos, Alemanha, Estados Unidos, Suécia, Irlanda, Bélgica, Austrália, Finlândia, Canadá, Áustria, França

COMBINAÇÕES CAUSAIS	CONSISTÊNCIA	CASOS MEMBROS
<i>POPIDOSA*EMPSAUDE*~DIMENPRIV</i>	0,919087	Finlândia, Japão Suécia Alemanha, Dinamarca, França, Bélgica, Áustria
<i>RENDPC*~DIMENPRIV</i>	0,895522	Luxemburgo, Noruega, Dinamarca, Alemanha, Suécia, Bélgica, Finlândia, Áustria, França

O prefixo “*” denota “e”; “~” significa baixa associação com um conjunto (‘baixo’); Notas Técnicas: *Frequency Cutoff*: 1,0; *Consistency Cutoff*: 0,896989; *Solution Coverage*: 0,883394; *Solution Consistency*: 0,883394.

O Quadro 6 revela que, segundo a solução intermédia, há três caminhos causais que são condições suficientes para que um país evidencie um elevado nível de despesa com cuidados de saúde “per capita”: *i*) a combinação de um elevado nível de rendimento “per capita” com um elevado peso do emprego em cuidados de saúde; *ii*) uma elevada percentagem de população idosa em combinação com um elevado peso do emprego em cuidados de saúde e com uma baixa dimensão do setor privado de cuidados de saúde; *iii*) um elevado rendimento “per capita” em combinação com uma baixa dimensão do setor privado de cuidados de saúde. A solução parcimoniosa revela duas condições suficientes: *i*) um elevado peso do emprego em cuidados de saúde; *ii*) um elevado rendimento “per capita”.

Os resultados, em termos das soluções intermédia e parcimoniosa, quanto às condições suficientes, são muito parecidos entre um elevado nível de despesa com cuidados de saúde “per capita” e um elevado nível de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB (ou seja, uma elevada dimensão do setor de cuidados de saúde): há duas condições suficientes idênticas, mas, no caso da despesa “per capita”, há uma terceira condição suficiente, que revela um maior poder de influência do rendimento “per capita” (aparece em duas condições causais, e faz parte da solução parcimoniosa). Como já foi mencionado, é natural que assim seja, dado que estão a ser comparados dois conjuntos expressos em termos “per capita”. Daí que, de alguma forma, poderemos interpretar estes resultados como uma confirmação das condições suficientes para uma elevada dimensão do setor de cuidados de saúde, designadamente um elevado peso do emprego em cuidados de saúde, um elevado peso da população idosa e um elevado nível de desenvolvimento do país. Fica patente na solução intermédia que as condições causais atuam em combinação (interação). Todavia, o mesmo não se verifica na solução parcimoniosa.

Não há grande variação entre o Quadro 4 e o Quadro 6 nos países membros das condições suficientes. Quanto aos países membros da terceira condição do Quadro 6 (condição apenas existente no caso da despesa com cuidados de saúde “per capita”), apenas o Luxemburgo não é membro de pelo menos uma das outras duas condições suficientes.

QUADRO 7
CONDIÇÕES SUFICIENTES PARA UM BAIXO NÍVEL DE DESPESA
COM CUIDADOS DE SAÚDE “PER CAPITA” (~SAUDEPC)

COMBINAÇÕES CAUSAIS	CONSISTÊNCIA	CASOS MEMBROS
~RENDPC*~EMPSAUDE	0,956931	México, Chile, Turquia, Grécia, Polónia, Hungria, Estónia, Eslovénia, Eslováquia, República Checa, Israel, Coreia, Itália, Portugal, Nova Zelândia
~POPIDOSA*~EMPSAUDE*~DIMENPRIV	0,863583	Luxemburgo, Turquia, Eslováquia, Nova Zelândia

O prefixo “*” denota “e”; “~” significa baixa associação com um conjunto (‘baixo’); Notas Técnicas: *Frequency Cutoff*: 1,0; *Consistency Cutoff*: 0,81775; *Solution Coverage*: 0,848468; *Solution Consistency*: 0,91103.

O Quadro 7 revela resultados idênticos aos do Quadro 5, ou seja, são iguais as condições suficientes para um baixo nível de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB e para um baixo nível de despesa com cuidados de saúde “per capita”, tanto ao nível da solução intermédia como da parcimoniosa.

Portugal aparece entre os países que cumprem a condição suficiente para um baixo nível de despesa com cuidados de saúde “per capita” que corresponde à combinação de um baixo rendimento “per capita” com um baixo peso do emprego em cuidados de saúde.

4. CONCLUSÕES

Este estudo consistiu numa aplicação da metodologia “fuzzy-set Qualitative Comparative Analysis” (fsQCA) ⁷² à compreensão das

⁷² Recorde-se que esta metodologia permite identificar as condições necessárias e as condições suficientes para a ocorrência de um dado resultado (“outcome”) de acordo com a lógica Booleana.

diferenças entre os países da OCDE na dimensão do setor de cuidados de saúde — medida pela despesa corrente (pública e privada) com cuidados de saúde em percentagem do PIB — e também das suas diferenças em termos de despesa corrente com cuidados de saúde “per capita”. Partindo de diferentes argumentos teóricos, admitiu-se como potenciais condições para influenciar essas diferenças o rendimento “per capita”, o peso do emprego na área dos cuidados de saúde, o peso da população idosa e a dimensão do setor privado de cuidados de saúde. Nenhum destes fatores, nem a sua combinação, revelou ser uma condição necessária para elevados ou para baixos níveis de despesa com cuidados de saúde (em percentagem do PIB ou em termos “per capita”). Contudo, foi possível identificar que constituem (isoladamente ou em combinação) condições suficientes para uma elevada ou uma baixa dimensão do setor de cuidados de saúde e para um elevado nível ou um baixo nível da despesa com cuidados de saúde “per capita”. A maioria dos resultados obtidos ajustou-se às expectativas teóricas. Assim, foi possível constatar que o peso do emprego na área dos cuidados de saúde é o elemento causal mais frequente nas condições suficientes para níveis elevados e baixos de despesa com cuidados de saúde (em percentagem do PIB e “per capita”). De acordo com a solução parcimoniosa, isoladamente este elemento configura uma condição suficiente para um elevado ou um baixo nível de despesa com cuidados de saúde (em percentagem do PIB e “per capita”). Este resultado dá suporte ao argumento da *procura induzida*, ou seja, a oferta cria a própria procura. O resultado está também em harmonia com a teoria dos grupos de interesse, a qual prevê que os grupos de interesse da área dos serviços de cuidados de saúde exerçam pressão política para uma expansão da despesa com cuidados de saúde.

Os resultados revelam ainda a prioridade concedida ao setor dos cuidados de saúde nos países mais ricos. De facto, o nível de rendimento “per capita” é uma condição importante na determinação dos níveis de despesa com cuidados de saúde, mas não isoladamente, atuando em interação com outras condições. A presença do rendimento “per capita” no caminho causal que configura uma condição suficiente para um elevado nível da despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB indica que os cuidados de saúde se comportam como *bem de luxo*, ou seja, são um bem que adquire maior dimensão na economia em países com nível de rendimento “per capita” mais elevado.

Uma terceira conclusão relevante é que a percentagem da população idosa de um país influencia os níveis de despesa com cuidados de saúde, quer em percentagem do PIB quer em termos “per capita”.

Esta evidência está em coerência com a expectativa de uma pressão do lado da procura sobre a oferta de cuidados de saúde.

Os resultados quanto ao peso do setor privado de cuidados de saúde são algo ambíguos, pois um menor peso do setor privado faz parte das condições suficientes quer para uma elevada quer para uma baixa despesa com cuidados de saúde (em percentagem do PIB e “per capita”). Estes resultados exigem mais investigação. O facto de um baixo peso do setor privado fazer parte das condições suficientes para uma elevada despesa com cuidados de saúde (em percentagem do PIB e “per capita”) sugere que, para o conjunto de países com elevada despesa com cuidados de saúde, o setor privado tem um papel de *substituição* do setor público. Todavia, a constatação de que um baixo peso do setor privado faz parte das condições suficientes para um baixo nível de despesa com cuidados de saúde (em percentagem do PIB e “per capita”) indicia que, para o conjunto de países com um baixo nível de despesa com cuidados de saúde (em percentagem do PIB e “per capita”), o setor privado assume um papel *complementar* ao setor público. No entanto, mais investigação deve ser realizada sobre o papel do setor privado de cuidados de saúde.

Conclui-se ainda que existe uma elevada simetria nos resultados, ou seja, o que explica uma elevada dimensão do setor de cuidados de saúde é o inverso do que explica uma baixa dimensão do setor. A exceção a essa simetria é o peso do setor privado, cuja função pode variar tendo em conta a amplitude e cobertura do setor público de cuidados de saúde.

Dirigindo a atenção para os países (casos), denota-se que os países comumente designados de *Nórdicos* (Dinamarca, Suécia, Finlândia, Noruega), assim como os países mais ricos da Europa Ocidental destacam-se por cumprirem as condições suficientes para um elevado peso do setor de cuidados de saúde na economia. Os países da Europa de Leste e os países da América do Sul cumprem as condições suficientes para um baixo peso do setor de cuidados de saúde na economia. O Japão salienta-se pela influência da população idosa (este país aparece sempre que essa condição está presente) e no lado oposto destaca-se o Luxemburgo, que é dos países da OCDE com população mais jovem.

Portugal e Chile destacam-se por um baixo nível de despesa com cuidados de saúde “per capita” (Portugal = 0,20 e Chile = 0,08 ⁷³),

⁷³ Note-se que os dados foram calibrados para valores entre zero e um, pelo que valores abaixo de 0,5 são valores considerados reduzidos de pertença a um dado conjunto.

comparativamente aos seus níveis de despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB (Portugal = 0,61 e Chile = 0,55 — ambos acima do percentil 50, o que significa que são membros do conjunto dos países com elevada despesa com cuidados de saúde em percentagem do PIB). Tal justifica-se pois em ambos o rendimento “per capita” é relativamente baixo (Portugal = 0,16 e Chile = 0,03). Para o Chile também se explica devido a uma muito baixa dimensão do emprego em cuidados de saúde (0,04). Porém, em Portugal isso já não tanto assim (0,42 — embora ainda abaixo do percentil 50), o que indica que em Portugal o problema da falta de recursos humanos na área dos cuidados de saúde não é tão evidente como no Chile, salientando-se fundamentalmente a falta de recursos económicos.

Os resultados são relevantes para algumas reflexões de política económica. Em primeiro lugar, revelam que a dimensão dos recursos humanos no setor do saúde é um elemento central, não apenas responsivo, mas também proativo no aumento da dimensão dos gastos com cuidados de saúde. Em segundo lugar, indicam que o aumento da dimensão do setor de cuidados de saúde na economia é expectável há medida que os países se desenvolvem. Em terceiro lugar, mostram que o problema do envelhecimento da população é incontornável para a dimensão do setor de cuidados de saúde e são falaciosas simples comparações diretas de dados quanto ao que a sociedade anteriormente gastava em cuidados de saúde face ao presente para, por exemplo, justificar que hoje se prioriza mais o setor. Se se tiver em conta o ritmo de crescimento das necessidades de cuidados de saúde, provavelmente a diferença entre a oferta e procura está constantemente a alargar-se e a resposta presente é mais insuficiente do que no passado. Por último, os resultados suscitam que poderá ser relevante para a melhor gestão dos recursos a afetar pela sociedade a cuidados de saúde (sabendo-se da sua escassez) proceder a uma reflexão estratégica, não demagógica e não marcadamente ideológica, sobre como se devem relacionar o setor público e o setor privado de cuidados de saúde, de modo a que, sem que cada um abdique da sua natureza e objetivos, se possa maximizar o bem-estar social com a mais alta eficiência.

Resta apontar algumas fragilidades da análise, que são relevantes para que haja alguma precaução na interpretação dos resultados e que não dispensam a continuidade de estudos nesta matéria. O estudo tem como limitação, para além das limitações da metodologia fsQCA

descritas em Roig-Tierno *et al.* ⁷⁴ a dificuldade de não generalização dos resultados para outros países não incluídos no estudo, porque a análise é qualitativa, ou seja, é baseada em casos. Além disso, todo o estudo se baseia em indicadores macro e estão ausentes características mais específicas quanto à estruturação do sistema de cuidados de saúde de cada país, à sua configuração institucional e ao contexto normativo de cada jurisdição. Estes elementos podem ser fundamentais para uma real perceção dos determinantes dos gastos com cuidados de saúde em cada país.

5. BIBLIOGRAFIA

- Amiri, Mohammad Meskarpour/Kazemian, Mahmood/Motaghed, Zahra/Abdi, Zahleh, “Systematic review of factors determining health care expenditures”, in *Health Policy and Technology*, Vol. 10, N.º 2, 2021, 100498, <https://doi.org/10.1016/j.hlpt.2021.01.004>.
- Ang, James B., “The determinants of health care expenditure in Australia”, in *Applied Economics Letters*, Vol. 17, N.º 7, 2010, pp. 639-644, <https://doi.org/10.1080/00036840802297868>.
- Barros, Pedro Pita, “The black box of health care expenditure growth determinants”, in *Health Economics*, Vol. 7, N.º 6, 1998, pp. 533-544.
- Bayar, Yilmaz/Gavrilitea, Marius Dan/Pintea, Mirela Oana/Sechel, Ioana Cristina, “Impact of environment, life expectancy and real GDP per capita on health expenditures: Evidence from the EU member states”, in *International Journal of Environment Resources and Public Health*, 2021, Vol. 18, N.º 24, 13176, <https://doi.org/10.3390/ijerph182413176>.
- Choi, KyoungHo/Cho, Jung Keun, “Exploring fuzzy set Qualitative Comparative Analysis to health-related OECD data”, in *International Journal of Applied Engineering Research*, Vol. 13, N.º 6, 2018, pp. 4415-4422, in https://www.ripublication.com/ijaer18/ijaerv13n6_172.pdf (9.05.2024).
- Cruz, José N., “A fuzzy-set qualitative comparative analysis of corruption and homicide in Organisation for Economic Co-operation and Development countries through the lens of the institutional anomie theory”, *European Journal of Criminology*, Vol. 20, N.º 4, 2023, pp. 1285-1308, <https://doi.org/10.1177/147737082111037898>
- Duba, Jacqueline/Berry, Jonathan/Fang, Alan/Baughn, Matt, “The effects of health care expenditures as a percentage of GDP on life expectancies”, in *Research in Applied Economics*, Vol. 10, N.º 2, 2018, pp. 50-65, <https://doi.org/10.5296/rae.v10i2.12654>.

⁷⁴ Norat Roig-Tierno/Tomas F. Gonzalez-Cruz/Jordi Llopis-Martinez, “An overview of qualitative comparative analysis: A bibliometric analysis”, in *Journal of Innovation and Knowledge*, Vol. 2, N.º 1, 2017, pp. 17-18.

- Evans, Robert G., “Supplier-induced demand: Some empirical evidence and implications”, in *The Economics of Health and Medical Care*, M. Perlman (ed). London: Macmillan, 1974, pp.162-73.
- Fiss, Peer C., “Building better causal theories: A fuzzy set approach to typologies in organization research”, in *Academy of Management Journal*, Vol. 54, N.º 2, 2011, pp. 393-420, <https://doi.org/10.5465/amj.2011.60263120>.
- Giner, G. Ribes/Clemente, I. Moya/Royo, R. Cervelló/Marin, M. R. Perello, “Well-being indicators affecting female entrepreneurship in OECD countries”, in *Quality & Quantity*, Vol. 53, 2019, pp. 915-933, <https://doi.org/10.1007/s11135-018-0796-4>.
- Grossman, Michael, “1. On the concept of health capital and the demand for health”, in *Determinants of Health: An Economic Perspective*, New York Chichester, West Sussex: Columbia University Press, 2017 (1st. published in 1972), pp. 6-41, <https://doi.org/10.7312/gros17812-004>.
- Huarngt, Kun-Huang /Yu, Tiffany Hui-Kuang, “A new quantile regression forecasting model”, in *Journal of Business Research*, Vol. 67, N.º 5, 2014, pp. 779-784, <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2013.11.044>.
- Huarngt, Kun-Huang /Yu, Tiffany Hui-Kuang, “Healthcare expenditure with causal recipes”, in *Journal of Business Research*, Vol.68, N.º 7, 2015, pp. 1570-1573, <http://dx.doi.org/10.1016/j.jbusres.2015.01.053>.
- Jakovljevic, Mihajlo/Sugahara, Takuma/Timofeyev, Yuriy/Rancic, Nemanja, “Predictors of (in)efficiencies of Healthcare Expenditure Among the Leading Asian Economies — Comparison of OECD and Non-OECD Nations”, in *Risk Management and Healthcare Policy*, Vol. 13, 2020, pp. 2261-2280, <https://doi.org/10.2147/RMHP.S266386>.
- Lago-Peñas, Santiago/Cantarero-Prieto, David/Blázquez-Fernández, Carla, “On the relationship between GDP and health care expenditure: A new look”, in *Economic Modelling*, Vol. 32, 2013, pp. 124-129, <https://doi.org/10.1016/j.econmod.2013.01.021>.
- Madanipour, Ali/Thompson, Michael. F., “Is globalization linked to low corruption in OECD countries?”, in *Crime, Law and Social Change*, Vol. 73, 2020, pp. 443-455, <https://doi.org/10.1007/s10611-019-09874-1>.
- Martín, José J. M./ González, M. Puerto López del Amo/García, M. Dolores Cano, “Review of the literature on the determinants of healthcare expenditure”, in *Applied Economics*, Vol. 43, N.º 1, 2011, pp. 19-46, <https://doi.org/10.1080/00036841003689754>.
- Miszczyńska, Katarzyna, “Healthcare expenditures vs. health of the population”, *e-Finanse: Financial Internet Quarterly*, Vol. 9, N.º 2, 2013, pp. 47-56, in <http://hdl.handle.net/10419/147067> (9.05.2024).
- Olson, Mancur, *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups*, Harvard Economic Studies CXXIV, Harvard University Press, 1971 (1st published 1965).
- Pietro, David Cantarero/Lago-Peñas, Santiago, “Decomposing the determinants of health care expenditure: the case of Spain”, in *Journal of Health Economics*, Vol. 13, 2012, pp. 19-27, <https://doi.org/10.1007/s10198-010-0276-9>.
- Ragin, Charles. C., *Fuzzy-Set Social Science*, Chicago II: University of Chicago Press, 2000.
- Ragin, Charles. C., *Redesigning social inquiry: Fuzzy sets and beyond*, Chicago II: University of Chicago Press, 2008.

- Reinhardt, Uwe E., “The theory of physician — induced demand reflections after a decade”, in *Journal of Health Economics*, Vol.4, N.º 2, 1985, pp.187-193.
- Roig-Tierno, Norat/Gonzalez-Cruz, Tomas F./Llopis-Martinez, Jordi, “An overview of qualitative comparative analysis: A bibliometric analysis”, in *Journal of Innovation and Knowledge*, Vol. 2, N.º 1, 2017, pp. 15-23, <https://doi.org/10.1016/j.jik.2016.12.002>.
- Warskowsky, Mark J., “Projections of health care expenditures as a share of the GDP: Actuarial and macroeconomic approaches”, in *Health Services Research*, Vol. 29, N.º 3, 1994, pp. 293-313.

6. ANEXO

DADOS CALBRADOS À DIREITA COM O PREFIXO (C).

PAÍS	SAUDEPC	SAUDEPIB	POPIDOSA	RENDPC	EMPSAUDE	DIMENPRIV	cSAUDEPC	cSAUDEPIB	cPOPIDOSA	cRENDPC	EMPSAUDE	DIMENPRIV
Australia	5190.73067	10.1943333	15.6527231	52.172.3758	17.2267007	27.8066667	0.77	0.81	0.25	0.66	0.75	0.55
Austria	5486.445	10.4066667	18.7665954	56954.6944	15.0322241	25.5966667	0.84	0.86	0.54	0.76	0.57	0.47
Belgium	5306.05867	10.8193333	18.3800006	52926.1676	19.0076222	23.8333333	0.81	0.91	0.55	0.68	0.85	0.31
Canada	5243.86567	10.94	17.923654	49380.8057	16.2401314	30.21	0.8	0.92	0.37	0.6	0.88	0.63
Chile	2232.56267	9.22666667	11.539317	2591.7784	8.2344683	49.2866667	0.08	0.55	0.07	0.03	0.04	0.95
Czech Republic	3123.42967	7.48466667	19.3994521	41407.8541	12.0865987	15.5833333	0.21	0.22	0.66	0.34	0.25	0.06
Denmark	5259.813	10.16	16.461513	57573.3192	23.131158	16.2666667	0.8	0.8	0.67	0.77	0.96	0.06
Estonia	2339.54033	6.70166667	19.6799283	36474.936	8.90211333	26.4333333	0.09	0.13	0.71	0.19	0.06	0.5
Finland	4309.79533	9.11866667	21.6055748	49651.7085	22.0984251	21.0733333	0.53	0.51	0.92	0.61	0.95	0.21
France	5086.38133	11.2173333	19.8349509	47002.8496	19.9412027	24.4466667	0.76	0.95	0.74	0.54	0.85	0.39
Germany	6228.291	11.511	21.6585613	55226.2404	19.2631897	22.67	0.94	0.96	0.92	0.73	0.81	0.28
Greece	2305.038	8.151	21.9083321	29792.7649	8.647453	48.8233333	0.09	0.32	0.94	0.07	0.05	0.95
Hungary	2066.90067	6.53533333	19.1828156	32016.8642	10.884849	3135	0.07	0.11	0.62	0.1	0.15	0.66
Iceland	422172867	8.40633333	14.1627456	57480.5323	14.57911	17.6533333	0.5	0.37	0.16	0.77	0.53	0.09
Ireland	4845.25867	6.90333333	13.8527775	64346.7244	16.467042	26.0866667	0.7	0.15	0.15	0.98	0.69	0.5
Israel	2895.04667	7.19266667	11.6674542	40032.7965	13.183392	34.0366667	0.14	0.18	0.07	0.29	0.37	0.73
Italy	3479.092	6.672	22.7826684	43726.2905	11.6210648	26.22	0.29	0.42	0.97	0.43	0.2	0.5
Japan	4525.974	10.7886667	27.9631026	42074.3106	17.3989948	16.0466667	0.6	0.91	1	0.37	0.76	0.06
Korea	3048.39833	7.571	14.2968639	42470.6134	10.9292673	41.3666667	0.2	0.23	0.17	0.38	0.15	0.88
Luxembourg	5220.24967	5.295	14.3604202	18883.802	10.3992653	13.4366667	0.79	0.04	0.17	1	0.12	0.03
Mexico	1113.02	5.42966667	7.25117204	20335.887	4.99775438	50.22	0.02	0.05	0.01	0.02	0.01	0.98
Netherlands	5459.878	10.0893333	19.0078167	57077.6589	17.954398	34.66	0.84	0.8	0.59	0.77	0.8	0.75
New Zealand	4001.66533	9.02566667	15.0295015	43277.9006	13.9184627	24.72	0.44	0.49	0.21	0.42	0.46	0.41
Norway	6401.945	10.2093333	17.089549	68252.3054	26.1956075	14.4866667	0.95	0.82	0.37	0.91	0.99	0.04
Poland	2133.91467	6.452	17.2335215	31954.8436	10.2055668	29.5233333	0.07	0.11	0.38	0.1	0.11	0.61
Portugal	3088.06633	9.411	22.0124261	35090.8338	13.5781988	38.8966667	0.2	0.61	0.94	0.16	0.42	0.84
Slovak Republic	2032.96433	6.781	15.7832838	31860.0043	12.6444788	20.9766667	0.07	0.13	0.26	0.1	0.3	0.2
Slovenia	3033.21667	8.32033333	10.6175684	39214.8585	11.5632733	27.8066667	0.19	0.35	0.7	0.27	0.2	0.55
Spain	3424.54133	9.02933333	19.285633	4117133	11.1072289	29.5633333	0.28	0.49	0.64	0.33	0.16	0.61
Sweden	5342.139	10.8526667	19.8703782	53957.9629	18.6601938	15.13	0.82	0.92	0.74	0.7	0.83	0.05
Switzerland	6609.587	10.9603333	18.3695736	7057.0243	18.351927	68.37	0.96	0.93	0.48	0.93	0.82	1
Türkiye	1204.198	4.22333333	8.66882909	281919525	8.73925514	22.4086667	0.03	0.02	0.02	0.06	0.05	0.27
United Kingdom	4205.42567	9.76166667	18.3308893	47551.4779	16.3828417	19.7566667	0.5	0.72	0.48	0.55	0.69	0.15
United States	10448.388	16.888	16.0294784	62243.0397	16.8133344	48.7	1	1	0.28	0.84	0.72	0.95

A CONCORRÊNCIA COMO VEÍCULO DE PROMOÇÃO-EFETIVAÇÃO DA SAÚDE (GLOBAL)

*Competition as a tool for (global) health
promotion and effectiveness*

Inês Neves *

Resumo: O Objetivo 3 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável visa a garantia do acesso a saúde de qualidade e a promoção do bem-estar para todos, em todas as idades. A relação do Direito da Concorrência com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável ('ODS') vem sendo perspetivada sobretudo à luz de duas posições: aquela que nele (Direito da Concorrência) descobre um obstáculo ou um corpo de regras e de princípios *indiferente* a elementos não económicos, e aquela que lhe confia um inegável papel na prossecução dos ODS. É a busca por um enquadramento menos extremado que motiva a análise em apreço, e que se desdobra em três questões de estudo. Primeira: será o Direito da Concorrência garantia de efetivação da saúde? Segunda: devem o objeto e o(s) interesse(s) protegidos pelo Direito da Concorrência (estritamente definidos) permanecer agnósticos a considerações não económicas, como o são a garantia de equidade e de acessibilidade? Terceira: em que medida pode ou deve o Direito da Concorrência ser perspetivado como veículo de promoção-efetivação da saúde (global)? Apesar das suas idiosincrasias e dos seus âmbito e escopo limitados (subjeto e objetivo), sustenta-se que o Direito da Concorrência se apresenta como um veículo inegável de promoção-efetivação da saúde (global). Para o efeito, é, porém, necessário que o enquadramento institucional em que se move seja desenhado e aplicado em termos que adequem, flexibilizem e harmonizem a concorrência com valores e interesses societais mais vastos.

* Professora Auxiliar Convidada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (U.Porto). Investigadora Integrada do Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça (CIJ) da Faculdade de Direito da U.Porto. Docente parceira/Colaboradora da Faculdade de Medicina da U.Porto — Departamento de Ciências da Saúde Pública e Forenses e Educação Médica. Rua dos Bragas 223, 4050-123 Porto. Email: ineves@direito.up.pt. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0448-2951>.

Palavras-chave: concorrência; práticas restritivas; concentrações; saúde; saúde universal; regulação.

Abstract: *Goal Three of the 2030 Agenda for Sustainable Development is to guarantee access to quality healthcare and to promote well-being for all at all ages. The relationship between competition law and the Sustainable Development Goals ('SDGs') has been analysed in the context of two opposing positions. The first position views competition law as an obstacle or a body of rules and principles indifferent to non-economic elements. The second posture gives competition law an undeniable role in the pursuit of the SDGs. This analysis, which unfolds in three study questions, is motivated by the search for a less extreme framework. Firstly, it must be determined whether competition law guarantees the realisation of health. Secondly, it must be established whether the object and interest(s) protected by competition law (strictly defined) should remain agnostic to non-economic considerations, such as the guarantee of equity and accessibility. Thirdly, it must be considered to what extent competition law can or should be seen as a vehicle for promoting the effectiveness of global health. Despite its idiosyncrasies and limited scope, it is argued that competition law is an undeniable vehicle for promoting and realising global health. To this end, however, it is necessary for the institutional framework in which it operates to be designed and applied in terms that adapt, make more flexible and harmonise competition with broader societal values and interests.*

Keywords: competition; restrictive practices; mergers; health; universal health; regulation.

Sumário: 1. Introdução, delimitação e sequência. 2. Enquadramento. 3. Da neutralidade das regras da concorrência ao potencial do respetivo enquadramento institucional. 4. Da imperatividade da internalização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável na política europeia de concorrência. 5. Manifestações do Direito da Concorrência como veículo de promoção-efetivação da saúde (global). 6. Conclusões e perspetivas de futuro. 7. Bibliografia citada. 8. Jurisprudência citada.

1. INTRODUÇÃO, DELIMITAÇÃO E SEQUÊNCIA

Entre os objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável figura, no contexto do Objetivo 3, um conjunto amplo de metas contendentes com o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e a medicamentos e vacinas essenciais para todos de forma segura, eficaz, de qualidade e a preços acessíveis (3.8). Acresce, também, o apoio à pesquisa e ao desenvolvimento de vacinas e medicamentos para doenças que afetam sobretudo os países em desenvolvimento, proporcionando o respetivo acesso a preços acessíveis (3.9b).

Em economia social de mercado, a prossecução do bem-estar não é tarefa exclusivamente estadual. Pelo contrário, para que a Agenda

2030 possa ser efetivada, é inegável o papel que os agentes económicos privados (*v. g.* empresas) são chamados a desempenhar, só assim se assegurando a prossecução da multiplicidade de objetivos e metas em questão. Sendo a concorrência princípio e aspeto essencial na *coordenação* dos planos e interesses dos diferentes agentes económicos, importa que as suas regras se encontrem desenhadas e sejam aplicadas por forma a permitir às empresas antecipar, com elevado grau de segurança jurídica, o que lhes é vedado e permitido, e, bem assim, aproveitar a abertura do que lhes é possibilitado para, precisamente, exercer a sua liberdade em termos compatíveis e, bem assim, promotores dos diferentes Objetivos de Desenvolvimento Sustentável ('ODS'). Entre estes, está o objetivo 3, relativo à saúde de qualidade.

Pese embora a legitimidade *prima facie* desta alegação, a sua possibilidade e efetividade prática resulta não raras vezes refreada pela invocação dos 'limites' das regras da concorrência e da sua inidoneidade para internalizar interesses não estritamente económicos, sobretudo em cenários de conflito ou de desalinhamento (entre a concorrência *stricto sensu* e outros bens, valores e interesses).

Com efeito, as posições relativas à relação ou ao papel do Direito da Concorrência na prossecução e realização dos ODS vêm-se reconduzindo, essencialmente, a dois principais paradigmas: a concorrência como anátema, e a concorrência como arma mágica ¹.

Esta é uma discussão que se aproxima e contende, ainda, com a busca pela "alma do Direito da Concorrência", um debate normativo, que, dependente, naturalmente, das respostas à questão prévia de saber se nela (concorrência) se incluem valores não estritamente económicos, tende a ser acompanhado de uma outra (interrogação) mais técnica e subsequente, consistente em saber como internalizar ou acomodar esses objetivos na respetiva análise ².

De um lado, estão os que consideram que as regras e o(s) interesse(s) protegidos pelo Direito da Concorrência nada têm de ver ou sempre

¹ Cf. Expert Panel on effective ways of investing in Health ('EXPH'), Competition among health care providers — Investigating policy options in the European Union, 10th Plenary Meeting, 2015, in https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-11/008_competition_healthcare_providers_en_0.pdf (28.04.2024), p. 8. Doravante aqui referido como EXPH, 2015.

² Cf., *inter alia*, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, Sustainability and Competition ('OCDE'), OECD Competition Committee Discussion Paper, 2020, in <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf> (28.04.2024).

estarão muito longe de poderem constituir uma ferramenta da prossecução dos ODS ³ e, em particular, dos objetivos, metas e prioridades contendentes com a saúde. Assim perspetivado, o Direito da Concorrência tende, antes, a ser prefigurado como obstáculo à realização dos ODS, o que será o caso, por exemplo, quando proscreve acordos entre empresas concorrentes necessários ou, pelo menos, potencialmente potenciadores da realização dos ODS. Em particular, a proibição estrita dos acordos e práticas concertadas restritivos da concorrência, conjugada com uma leitura do seu objeto circunscrita a eficiências estritamente económicas, silencia(m) as eventuais eficiências não económicas (desde logo em termos de saúde e bem-estar) potencialmente decorrentes de um acordo e prevaletentes, num juízo de ponderação casuística, sobre os efeitos restritivos da concorrência (ou respetivas dimensões económicas). A política da concorrência teria assim, por outras palavras, um “*chilling effect*” na prossecução dos ODS.

Para outras vozes, ainda que afastada esta relação conflitual, o Direito da Concorrência seria, em todo o caso, inidóneo a assegurar particulares elementos, valores e princípios comuns aos sistemas de saúde, a saber, e nos termos das Conclusões do Conselho de 2 de junho de 2006 ⁴, a universalidade, a equidade e a solidariedade. Pelo contrário — afirma-se —, a concorrência preocupar-se-ia (apenas) com a garantia dos seus postulados: multiplicidade de prestadores, ausência de barreiras à entrada, à expansão e à saída, e garantia de informação suficiente. A primeira prova dessa sua insuficiência residiria, desde logo, na circunstância de o seu âmbito subjetivo ter por referência o conceito funcional de “empresa”, inidóneo a abranger entidades não económicas, cuja atividade assenta no princípio da solidariedade e não já no da capitalização, de que são exemplo os hospitais integrantes do Sistema Nacional de Saúde. Com efeito, não abrangendo estas entidades no seu âmbito de aplicação subjetivo, a sua utilidade ficaria, desde logo, perigada por um alcance meramente

³ Cf. Walid Gani, “Exploring the nexus between competition and the sustainable development goals in OECD countries”, in *Sustainable Development*, Vol. 31, Issue 5, 2023, pp. 3721-3733. DOI: <https://doi.org/10.1002/sd.2622>.

⁴ Cf. Conselho da União Europeia, Conclusões do Conselho sobre valores e princípios comuns aos sistemas de saúde da União Europeia, 2006 (JO C 146 de 22.6.2006, p. 1), in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XG0622\(01\)&from=LT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XG0622(01)&from=LT) (28.04.2024).

parcial, e incapaz de produzir resultados efetivamente benéficos em matéria de garantia e acesso à saúde. Com base nesta e noutras insuficiências, a regulação seria, pois, caminho mais adequado do que a política da concorrência.

Em contraste com esta posição, estão os que consideram que o Direito da Concorrência assume um inegável papel na prossecução do ODS 3, aliás atestado durante a situação pandémica ⁵. Isto, a dois níveis essencialmente. Por um lado, no combate a práticas restritivas verificadas no setor da saúde (a concorrência como ‘*sword*’), sancionando, por exemplo, acordos que dificultam ou atrasam a comercialização de medicamentos genéricos (‘acordos *pay for delay*’), a manipulação de propostas ou o conluio em concursos públicos, a repartição de mercados, as restrições ao comércio paralelo ou, ainda, o abuso de posição dominante, concretizado, por exemplo, na adoção de preços excessivos. De igual modo, teria a concorrência um claro papel a desempenhar, também, em sede de controlo de operações de concentração, em resultado da internalização de preocupações para com a saúde. Finalmente, poder-se-ia nela descobrir um instrumento de promoção ou permissividade de específicas formas de colaboração (a concorrência como ‘*enablig shield*’), “possibilidade” atestada pelas várias comunicações, cartas de conforto e orientações adotadas pelas autoridades nacionais da concorrência no contexto da pandemia Covid-19 ⁶, demonstrativas da flexibilidade das suas

⁵ Cf. Ioannis Lianos, Timo Minssen e Christy L. Kollmar, “Tackling Grand Challenges with Competition Law: Lessons from the Pandemic” in (eds.) W. Sauter, M. Canoy and J. Mulder, *EU Competition Law and Pharmaceuticals*, Edward Elgar Publishing, 2022. Também disponível em SSRN (2021), in <https://ssrn.com/abstract=3985344> (28.04.2024).

⁶ Cf., *inter alia*, Comissão Europeia — Comunicado de imprensa: “Antitrust: A Comissão disponibiliza orientações sobre a possibilidade de uma cooperação limitada entre as empresas, em especial no que diz respeito aos medicamentos hospitalares críticos durante o surto de coronavírus”, 2020, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_618 (28.04.2024); e Comissão Europeia, Comfort letter: cooperation at a Matchmaking Event — Towards COVID-19 vaccines upscale production, 2021, in https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/5cfbb468-decb-4ca5-b583-f3764773209f_en?filename=comfort_letter_coronavirus_matchmaking_event_25032021.pdf (28.04.2024). Vd., também, § 4 do Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu — Atualização da aplicação das regras de concorrência no setor farmacêutico (2018-2022) Colaboração entre as autoridades europeias da concorrência para a disponibilização de medicamentos inovadores e a preços comportáveis,

regras e do caráter não absoluto das suas proibições. Assim, e em suma, o Direito da Concorrência seria, a esta luz, “*the forgotten step-child of health care quality*”⁷.

O binómio de perspetivas acabado de esboçar encontra refração particular em duas abordagens técnicas⁸. A posição mais cética afigura-se próxima da abordagem de mercado dos Estados Unidos (‘*US Market Approach*’). Já a perspetiva mais otimista aproxima-se, por seu turno, de uma ‘*Holistic Approach*’, que procede a uma leitura do *standard* de análise típico do Direito da Concorrência — o bem-estar dos consumidores ou o ‘*consumer welfare*’ — suficientemente flexível e plástica, por forma a permitir a internalização de objetivos não económicos, em particular, “sociais”. Logra-o fazer, *i*) seja através da conversão destas dimensões em facetas económicas, associando-lhes, por exemplo, um “valor económico”, medido por indicadores como o aumento da produtividade laboral ou o desenvolvimento cognitivo das crianças (ambos, resultados do incremento da saúde), *ii*) seja através da interpretação do referido *standard* como referente à sociedade em geral (e não apenas aos consumidores no mercado relevante), *iii*) seja, ainda, através da atenção à respetiva valorização pelo consumidor, como elemento de “qualidade” dos produtos e serviços que procura.

Como se antecipou, está-se perante problemática que revolve a própria alma do Direito da Concorrência. No entanto, se aí começa a respetiva complexidade, daí também parte para agregar outros fatores que lhe adensam a intensidade. A título meramente exemplificativo, basta assinalar o facto de os setores da saúde se caracterizarem por particularidades, dinâmicas, e estruturas de oferta e de procura muito variadas. E variáveis, quer entre setores (o farmacêutico, por exemplo), quer entre Estados, onde são diferentes as escolhas políticas em matéria de saúde, e, por consequência, os respetivos enquadramentos legislativos e regulamentares.

Bruxelas, 26.1.2024, COM/2024/36 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2024:36:FIN#footnoteref124> (28.04.2024), doravante ‘Relatório referente ao período 2018-2022’.

⁷ Cf. William M. Sage, David A. Hyman e Warren Greenberg, “Why Competition Law Matters To Health Care Quality”, in *Health Affairs*, Vol. 3, Issue 2, 2003, pp. 31-44. DOI: 10.1377/hlthaff.22.2.31.

⁸ Cf. Theodosia Stavroulaki, *Healthcare, Quality Concerns and Competition Law: A Systematic Approach*, Hart Publishing — Hart Studies in Law and Health, 2023, p. 59 e ss.

Considera-se, por isso, que a visão binomial da concorrência como obstáculo e como garante necessário do Objetivo 3 da Agenda 2030 ignora que a compreensão cabal da referida relação é, em verdade, dependência de um conjunto de pressupostos e condições fático-normativas, senão na origem de um abandono do problema, certamente justificativos da opção por um enquadramento (de partida e comum) suficientemente flexível, e idóneo a acomodar todos esses pressupostos e condições. Tal apenas se afigura possível à luz de premissas que surjam, também elas, suficientemente latas a ser mobilizadas, concretizadas e adequadas aos diferentes enquadramentos nacionais.

Laborando sobre este enquadramento prévio, a investigação aqui vertida assenta em três questões de estudo. As respostas, essas, logram-se avançar com relativa independência face à contingência e variabilidade inarredáveis num estudo com este objeto. Primeira questão: será o Direito da Concorrência garantia de efetivação da saúde? Segunda: devem o objeto e o(s) interesse(s) protegidos pelo Direito da Concorrência (estritamente definidos) permanecer agnósticos a considerações não económicas, como o são a garantia de equidade e de acessibilidade? Terceira: em que medida pode ou deve o Direito da Concorrência ser perspetivado como veículo de promoção-efetivação da saúde (global)?

Concluir-se-á no sentido de que, apesar dos seus particulares ou limitados âmbito (desde logo, subjetivo) e escopo, o Direito da Concorrência tem um potencial inegável enquanto veículo da promoção-efetivação da saúde (global). E isto, inclusive na ausência ou inviabilidade de uma internalização ou apropriação perfeitas ou *naturais* de dimensões não económicas, nos seus conceitos, princípios e instrumentário.

Sem prejuízo da busca por respostas suficientemente amplas, importa delimitar, na medida do possível, o objeto do presente estudo. Em primeiro lugar, pelo seu enfoque, que é eminentemente jurídico. Em segundo lugar, pelo seu horizonte geográfico — a União Europeia. A este propósito, pese embora a variabilidade de enquadramentos político-jurídicos nacionais, considera-se que a harmonização das regras de concorrência no espaço da União Europeia converte esta em espaço relativamente seguro para a análise holística que se pretende. O acervo de investigações e de práticas analisadas pelo Direito europeu da Concorrência no setor da saúde (em particular, no setor farmacêutico), a sua flexibilidade, atestada, aliás, durante a pandemia Covid-19, a que acresce, mais recentemente, a mais importante revisão da legislação farmacêutica na União desde 2004, atestam as suas valias como

delimitação geográfico-política de um estudo no qual se pretende, precisamente, concluir pelas potencialidades do Direito da Concorrência na prossecução da Agenda 2030 no domínio da saúde.

Compreendidos o objeto e o escopo, importa explicitar a sequência. Após esta Introdução, dedicar-se-á o ponto **2. Enquadramento**, à identificação de alguns atos, programas e relatórios, dos quais resulta possível extrair indicações quanto ao potencial das regras e da política de concorrência na garantia do objetivo de saúde de qualidade. Daí se partirá para as três questões de estudo aqui desenvolvidas, tratando no ponto **3. Da neutralidade das regras da concorrência ao potencial do respetivo enquadramento institucional**, da questão de saber se o Direito da Concorrência é ou não garantia de efetivação da saúde. No ponto **4. Da imperatividade da internalização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável na política europeia de concorrência**, tratar-se-á dos vícios de um agnosticismo jusconcorrencial a considerações, interesses e valores não económicos, seguindo-se, no ponto **5. Manifestações do Direito da Concorrência como veículo de promoção-efetivação da saúde (global)**, um ensaio concretizador do potencial do Direito da Concorrência como veículo de promoção-efetivação da saúde (global). Concluir-se-á o texto, com um conjunto de reflexões e de sugestões para futuro, naturalmente pensadas para o enquadramento do Direito da União (**6. Conclusões e perspectivas de futuro**).

2. ENQUADRAMENTO

Em 2014, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento chamou pela primeira vez a atenção para a relevância do Direito da Concorrência enquanto instrumento de fomento do acesso a tecnologias de saúde em países de rendimento médio-baixo, então no contexto do vírus VIH/SIDA⁹. Em 2022, adotou um suplemento a esse guia, na sequência da pandemia Covid-19¹⁰.

⁹ Cf. Frederick Abbott, Sean Flynn, Carlos Correa, Jonathan Berger e Natasha Nyak, *Using Competition Law to Promote Access to Health Technologies: A guidebook for low — and middle-income countries*, United Nations Development Programme, 2014, in <https://www.undp.org/publications/using-competition-law-promote-access-medicine-0> (28.04.2024).

¹⁰ Cf. United Nations Development Programme, *Using competition law to promote access to health technologies: A supplement to the Guidebook for low — and middle-income countries*, 2022, in <https://www.undp.org/publications/>

Admitindo como certo que o Direito da Concorrência não é, por si só, garantia dos recursos financeiros necessários, resulta dos referidos documentos de enquadramento que este poderá, ainda assim, ser mobilizado como instrumento promotor da eficiência na utilização dos recursos orçamentais, contribuindo para a redução dos preços e a aceleração da introdução de tecnologias de saúde inovadoras e melhoradas.

Na União Europeia, o painel de peritos sobre formas eficazes de investir na saúde ¹¹ apresentou, em junho de 2015, um parecer relativo ao papel da concorrência entre os prestadores de cuidados de saúde ¹², sublinhando, em particular, o seu papel enquanto instrumento potenciador da eficiência na utilização dos recursos de um sistema de saúde.

A Comissão Europeia, por seu turno, apresentou em 2019 um Relatório relativo à aplicação das regras de concorrência no setor farmacêutico ¹³, por referência aos anos 2009-2017, no qual se debruça, em particular, sobre a colaboração necessária entre as autoridades nacionais da concorrência, para a disponibilização de medicamentos inovadores e a preços acessíveis no mercado.

Em 26 de janeiro de 2024, a Comissão Europeia publicou um novo Relatório ¹⁴, desta feita referente ao período 2018-2022, e que confirma que o controlo ativo do cumprimento das regras da concorrência (quer no que se refere à proibição de práticas restritivas, quer no que respeita ao controlo de operações de concentração), continua a desempenhar um papel importante na garantia do acesso a uma escolha mais ampla de medicamentos inovadores, a preços acessíveis, e inclusive em períodos de crise (como o foi a pandemia Covid-19).

using-competition-law-promote-access-health-technologies-supplement-guide-book-low-and-middle-income-countries (28.04.2024).

¹¹ Trata-se de um grupo interdisciplinar com a missão de prestar aconselhamento independente não vinculativo sobre questões relacionadas com sistemas de saúde eficazes, acessíveis e resilientes. Conhecido como *Expert Panel on effective ways of investing in health* ('EXPH').

¹² Cf. EXPH, 2015, cit.

¹³ Cf. Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu — Aplicação das regras de concorrência no setor farmacêutico (2009-2017) Colaboração entre as autoridades europeias da concorrência para a disponibilização de medicamentos inovadores e a preços acessíveis, Bruxelas, 28.1.2019, COM/2019/17 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0017> (28.04.2024).

¹⁴ Cf. Relatório referente ao período 2018-2022, cit.

Em particular, resulta deste Relatório que o controle de práticas restritivas da concorrência — incluindo os acordos *pay-for-delay*, a utilização abusiva do sistema de patentes (e dos processos judiciais associados, através de litigância de má fé), a limitação ou interrupção do fornecimento de medicamentos essenciais, a imposição de preços de venda, a coordenação (anticoncorrencial) entre farmácias e empresas farmacêuticas, o intercâmbio de informações sensíveis, a manipulação de propostas, a repartição de mercados, ou, ainda, a aplicação de preços predatórios ou excessivos e o descrédito dos produtos de um concorrente —, garante que, ora através da aplicação de coimas, ora pela vinculação das empresas a compromissos vinculativos, se alcancem, *inter alia*, preços *mais justos* para os medicamentos.

Por seu turno, no que se refere ao controle de operações de concentração entre empresas farmacêuticas, a intervenção *ex ante* do Direito da Concorrência logra evitar potenciais efeitos negativos da concentração-consolidação, como o aumento dos preços, a limitação da oferta ou até a redução nos esforços de inovação¹⁵. Tal é possível, desde logo através da possibilidade de aplicação de medidas corretivas que, sem pôr em causa a liberdade de empresa (e a inerente liberdade de participação em operações de concentração), garantem, em contrapartida, a eliminação das preocupações em matéria de saúde e acesso à saúde.

Sem prejuízo de outros desenvolvimentos e da atualização do Relatório ao período em questão, cumpre destacar, no mais recente Relatório, a inclusão de um novo capítulo dedicado aos efeitos específicos e às circunstâncias excecionais de crise. Trata-se de um ponto particularmente atento e consciente das vantagens e da necessidade de, em contexto de crise, permitir que as empresas cooperem entre si (o que nem sempre é legitimado pelas regras da concorrência). Trata-se de um ponto que labora, em particular, sobre a experiência registada no período da Covid-19, a propósito do qual é de assinalar a adoção de

¹⁵ Sobre as vantagens do papel da concorrência na limitação da consolidação empresarial no setor da saúde, cf. John V. Jacobi, “Competition Law’s Role in Health Care Quality”, in *Annals of Health Law*, Vol. 11, Issue 1 (Article 5), 2022, pp. 44-71, in <http://lawecommons.luc.edu/annals/vol11/iss1/5>. E, em particular sobre as especificidades das concentrações envolvendo prestadores de saúde, cf. Mary Guy, *Competition Policy in Healthcare: Frontiers in Insurance-based and Taxation-funded Systems*, Intersentia, 2019.

um Quadro Temporário ¹⁶ pela Comissão, prevendo expressamente os critérios de avaliação da cooperação entre empresas, destinada a dar resposta à escassez da oferta de produtos e serviços essenciais, e mais introduzindo a figura das *cartas de conforto*, como mecanismos pelos quais se lograria a concretização da validade (e dos respetivos pressupostos) de iniciativas de empresas e de associações de empresas nesse contexto ¹⁷. No mesmo período de crise, procuraram, também as autoridades nacionais da concorrência (‘ANC’), adotar orientações e criar grupos de trabalho, com o objetivo de fornecer indicações sobre a compatibilidade das suas iniciativas com as regras da concorrência. Fizeram-no, sem, contudo, ignorar o potencial para abuso, e mantendo, por isso, uma posição veemente relativamente aos chamados ‘carteis de crise’ ¹⁸.

Retomando os Relatórios da Comissão, importa sinalizar que ambos se referem, em específico, ao setor farmacêutico. Trata-se de delimitação compreensível. Em primeiro lugar, pela respetiva importância. E em segundo lugar, por ser este um setor em relação ao qual o alcance das regras da concorrência não deixa dúvidas (por estarem em causa empresas). Em particular, é este um setor cuja atividade impacta em grande medida na prossecução das metas do Objetivo 3, revelando-se um terreno fértil para testar as possibilidades do Direito da Concorrência (e os limites de uma sua interpretação estrita), no que se refere à efetivação da Agenda 2030.

Pelos mesmos motivos e importância, a que crescem as dificuldades de um conjunto de enquadramentos normativos nacionais muito variável, resulta compreensível que o legislador europeu procure — até mobilizando a experiência da Covid-19 como elemento de contexto —, a aproximação da legislação farmacêutica ao nível da União. Foi precisamente isto que levou a Comissão Europeia a adotar, a 26

¹⁶ Cf. Comunicação da Comissão — Quadro temporário para a análise de práticas anti-trust na cooperação entre empresas em resposta a situações de emergência decorrentes do atual surto de COVID-19, 2020 (JO C 116I, 8.4.2020, p. 7-10), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0408%2804%29> (28.04.2024).

¹⁷ Durante a pandemia, foram adotadas duas cartas de conforto — cf. § 4. do Relatório referente ao período 2018-2022.

¹⁸ Cf. European Competition Network, “Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis”, in https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf (28.04.2024).

de abril de 2023, um pacote relativo aos medicamentos. Este abrange um conjunto de diferentes atos, a saber: uma proposta de Regulamento que estabelece procedimentos da União para a autorização e a supervisão de medicamentos para uso humano e que estabelece regras que regem a Agência Europeia de Medicamentos¹⁹; uma proposta de Diretiva que estabelece um código da União relativo aos medicamentos para uso humano²⁰; uma Comunicação intitulada ‘Reforma da legislação farmacêutica e medidas para combater a resistência aos antimicrobianos’²¹, e uma Recomendação do Conselho sobre a intensificação das ações da UE para combater a resistência aos antimicrobianos no âmbito da abordagem *Uma Só Saúde*²². Mais recentemente, em março de 2024, foi adotado um Regulamento delegado da Comissão, que altera o Regulamento (CE) n.º 1234/2008 no que respeita à análise das alterações dos termos das autorizações de introdução no mercado de medicamentos para uso humano²³.

¹⁹ Cf. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece procedimentos da União para a autorização e a supervisão de medicamentos para uso humano e que estabelece regras que regem a Agência Europeia de Medicamentos, que altera o Regulamento (CE) n.º 1394/2007 e o Regulamento (UE) n.º 536/2014 e que revoga o Regulamento (CE) n.º 726/2004, o Regulamento (CE) n.º 141/2000 e o Regulamento (CE) n.º 1901/2006, Bruxelas, 26.4.2023, COM/2023/193 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0193> (28.04.2024).

²⁰ Cf. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um código da União relativo aos medicamentos para uso humano e que revoga a Diretiva 2001/83/CE e a Diretiva 2009/35/CE, Bruxelas, 26.4.2023, COM/2023/192 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0192> (28.04.2024).

²¹ Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões — Reforma da legislação farmacêutica e medidas para combater a resistência aos antimicrobianos, Bruxelas, 26.4.2023, COM/2023/190 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1682665765572&curi=CELEX%3A52023DC0190> (28.04.2024).

²² Cf. Recomendação do Conselho sobre a intensificação das ações da UE para combater a resistência aos antimicrobianos no âmbito da abordagem *Uma Só Saúde* 2023/C 220/01, ST/9581/2023/INIT (JO C 220 de 22.6.2023, p. 1-20), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32023H0622%2801%29> (28.04.2024).

²³ Cf. Regulamento delegado da Comissão que altera o Regulamento (CE) n.º 1234/2008 no que diz respeito à análise das alterações dos termos das autorizações de introdução no mercado de medicamentos para uso humano, Bruxelas, 11.3.2024, C(2024) 1627 final, in <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/> (28.04.2024).

Através desta reforma compreensiva, a União Europeia pretende assegurar *i)* a criação de um mercado único dos medicamentos, garantindo a todos os pacientes, e em toda a União (independentemente, pois, do local onde vivam), o acesso a medicamentos seguros, eficazes, a preços comportáveis e em termos atempados e equitativos (combatendo-se, inclusive, a escassez crítica); *ii)* um enquadramento atrativo e amigável da inovação, sobretudo em matéria de investigação e desenvolvimento na origem da produção de medicamentos na Europa, simultaneamente recompensador das empresas que cumpram objetivos em matéria de saúde pública; *iii)* a redução dos ónus administrativos (e dos prazos) subjacentes às autorizações para a disponibilização dos medicamentos no mercado; *iv)* o combate à resistência aos antimicrobianos, e, finalmente, *v)* a garantia da sustentabilidade ambiental dos medicamentos ²⁴. Em suma, procura a legislação europeia harmonizar e *casar* a concorrência, o mercado e a inovação, com a saúde pública, a acessibilidade e a justiça social.

O enquadramento sumário aqui avançado atesta uma resposta positiva à questão de saber se o Direito da Concorrência terá, além de um qualquer efeito (positivo ou negativo), um verdadeiro papel a desempenhar em matéria de promoção de uma saúde de qualidade. Importa, porém e agora, com base neste ponto de partida, retomar as diferentes questões de estudo apresentadas *supra*, para, com base nas respetivas respostas, legitimar a concorrência como veículo de promoção-efetivação da saúde (global).

3. DA NEUTRALIDADE DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA AO POTENCIAL DO RESPETIVO ENQUADRAMENTO INSTITUCIONAL

A primeira questão para a qual se procura resposta exige averiguar se o Direito da Concorrência será ou não garantia de efetivação da saúde.

Aderindo à posição do painel de peritos sobre formas eficazes de investir na saúde ²⁵, considera-se que a concorrência, em si mesma,

²⁴ Para mais informações, cf. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/qanda_23_1844.

²⁵ Cf. EXPH, 2015, cit.

não é boa nem má, i.e., não é nem garante nem obstáculo à prossecução do ODS 3 ²⁶. Todavia, se é esta a resposta avançada, à luz de uma leitura da concorrência atomística ou agnóstica à ordem institucional em que se exerce, a resposta modifica-se (ou concretiza-se, a favor de posição favorável), uma vez *i*) perspeticuada a concorrência numa ótica instrumental, *ii*) complementada por uma costela regulatória, e *iii*) devidamente integrada ou harmonizada com outros valores.

Por outras palavras, se é certo que o contributo efetivo da concorrência em favor de dimensões essenciais do acesso à saúde, será dependência de um enquadramento normativo-regulatório capaz de assegurar o seu potencial, isto não pode obnubilar o potencial das regras da concorrência, inclusive no seu domínio particular (e estrito) de intervenção, como garantia da liberdade de escolha, da atomização, de preços mais baixos, de maior qualidade e quantidade, e, portanto, de um conjunto de postulados e de missões típicas suas, na origem de efeitos sociais mais vastos. E crê-se que tudo isto é possível, sem impactar ou sem, pelo menos, ignorar as demais dimensões de um sistema de saúde de qualidade (em particular, a universalidade, a acessibilidade e a equidade). No espaço da União Europeia, como se avançou, um tal enquadramento vem sendo construído através da busca por um *casamento sem divórcio*, através do qual se permeiam ou complementam os *deliverables* típicos da concorrência com outros objetivos e interesses, em termos que apontam para uma *harmonização facilitada* pelo legislador. Eis o caminho que se deve percorrer.

Naturalmente, não se ignoram as limitações das regras da concorrência, dos prismas subjetivo (limitação da sua aplicação a “empresas”) e objetivo (circunscrição do seu objeto a particulares comportamentos coletivos ou unilaterais). Importa, porém, desvalorizá-las como óbices inultrapassáveis, ou, e sempre, prevalecentes sobre as valias de um alcance, ainda que parcial, da concorrência.

Começando pela limitação do respetivo escopo ou âmbito subjetivo, importa salientar que, ainda quando insuscetível de captar a

²⁶ Apontando para as ambiguidades da relação da concorrência com a qualidade dos cuidados de saúde prestados, cf. Helen Schneider, “Incorporating health care quality into health antitrust law”, in *BMC Health Serv Res*, Vol. 8, n.º 89, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1186/1472-6963-8-89>. A Autora conclui, sustentando a necessidade de incorporar dimensões de qualidade na análise jusconcorrencial.

atuação de todos os operadores do complexo ecossistema da saúde ²⁷, a aplicabilidade parcial das regras da concorrência (incluindo as empresas do setor farmacêutico, além de outras entidades dos sistemas de saúde, orientadas para o mercado ou ‘mercantilizadas’) ²⁸ poderá, por si só, produzir externalidades positivas em favor de todos os demais *stakeholders*.

Por seu turno, a circunscrição do respetivo objeto ou âmbito material a práticas suscetíveis de afetar o bem-estar do consumidor no mercado relevante, será apenas um problema para os que negam a capacidade de associar à análise do Direito da Concorrência, dimensões e eficiências não económicas (em prol da sociedade em geral). Acomodação e compreensão dessas que, senão à luz de um qualquer processo de internalização, sempre se afiguram possíveis segundo princípios de harmonização-complementaridade.

A resposta aqui avançada, na verdade dependência das grandes esperanças que se depositam no enquadramento institucional concreto adotado, confronta-se, naturalmente, com dificuldades particulares, aplicada a uma lógica de saúde global ou universal, a propósito da qual resulta inviável falar num enquadramento único ou sequer comum.

Em particular, numa ótica de saúde global, e em particular no que se refere aos países de médio-baixo rendimento, concorda-se que a adoção recente de regras em matéria de concorrência não basta para que esta possa efetivamente prestar o referido contributo útil. E isto, não apenas pela heterogeneidade das políticas (entre si, e *vis-à-vis* as jurisdições de onde transplantadas), mas, e desde logo, pela respetiva efetividade.

Desde logo, para que se possam extrair vantagens de um particular enquadramento (jusconcorrencial), é necessário enfrentar pressupostos

²⁷ Sobre as incertezas da delimitação subjetiva dos prestadores de saúde abrangidos pelas regras da concorrência — cf. Bruno Nikolic, “Applicability of European Union Competition Law to Health Care Providers: The Dividing Line between Economic and Noneconomic Activities”, in *J Health Polit Policy Law*, Vol. 46, Issue 1, 2021, pp. 49-70. DOI: 10.1215/03616878-8706603.

²⁸ Sobre as divergências entre a abordagem da Comissão e do Tribunal de Justiça da União Europeia, no que se refere à delimitação da noção de ‘empresa’, em particular perante sistemas sociais de seguros de saúde — cf. Andrew J. B. Morton, “European Health Care Systems and the Emerging Influence of European Union Competition Policy *Journal of Health Politics*”, in *Policy and Law*, Vol. 46, n.º 3, 2021, pp. 467-486. DOI: 10.1215/03616878-8893557.

de efetividade e acomodar deficiências que, se é certo generalizadas aos vários ordenamentos político-jurídicos, se colocam com maior premência nestes lugares. Referimo-nos, em particular, e sem pretensão de exaustividade, às restrições orçamentais e aos recursos limitados das autoridades nacionais da concorrência (dependentes de fundos estatais); à desadequação de alguns “transplantes jurídicos” ao contexto econômico-social do país; à proximidade entre o setor público e o setor privado, e ao tratamento de favor não raras vezes dispensado a empresas públicas ou nas quais o Estado mantém participações de controlo. Para não falar, naturalmente, dos riscos da ausência de uma “cultura de concorrência”²⁹.

Considera-se, porém, que tais limitações não descredibilizam a busca por um enquadramento institucional verdadeiramente amigo e orientado para a promoção da saúde (também numa ótica global), antes exigindo a mitigação e/ou resolução dos obstáculos. Além do mais, não afastam sequer o potencial de *spillover* positivo do Direito da Concorrência, quando devidamente aplicado onde o possa ser (por exemplo, e em particular, na União Europeia).

Por outras palavras, tal como comportamentos anticoncorrenciais adotados em particulares jurisdições poderão ser escrutinados numa outra jurisdição na qual produzam efeitos, nada obsta a que a aplicação e a efetividade da política de concorrência (em particular, segundo uma *leitura conforme com os ODS*) numa particular jurisdição, possam (no respeito por princípios basilares do Direito Internacional Público), repercutir-se favoravelmente em outros espaços. Tal será possível, por exemplo, através de parcerias internacionais no domínio da saúde, ou, ainda, por força da ‘sensibilização’ das empresas com atuação global e do respetivo alinhamento pelos mesmos padrões de justiça social.

4. DA IMPERATIVIDADE DA INTERNALIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA POLÍTICA EUROPEIA DE CONCORRÊNCIA

Ultrapassada a primeira questão que, como se viu, conhece uma resposta inarredavelmente dependente do concreto enquadramento

²⁹ Cf. Relatórios do United Nations Development Programme, de 2014 e 2022, cit.

institucional e da leitura emprestadas à concorrência, importa tratar de uma segunda, contendente, em particular, com a legitimidade de um enquadramento (*in concreto*) que pretenda permanecer agnóstico a considerações não económicas. A este propósito, e sem prejuízo dos méritos de uma lógica de separação (entre a política de concorrência e a política de saúde), cumpre concretizar os *limites da separação*. Pergunta-se: deverá a mesma apontar para um cenário de *esferas separadas inconciliáveis*? Ou exigirá, antes, uma *perspectiva dialógica* que, não indo a ponto de exigir a extensão, o alargamento ou uma leitura lata do alcance dos interesses e dos valores protegidos pelas regras da concorrência, sempre exigirá a respetiva adequação-harmonização face a valores e interesses a si alheios e porventura prevalentes?

A resposta a esta segunda questão surge, em nosso ver, relativamente óbvia. E vai no sentido de afastar a legitimidade de um *design* e implementação das regras da concorrência agnóstico ou estranho aos ODS, em particular, ao ODS 3. Com efeito, independentemente do “como” da *internalização (lato sensu)* dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável na análise do Direito da Concorrência, resulta, desde logo, do princípio da coerência entre as diferentes políticas e ações da União (cf. artigo 7.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), e, em particular, dos princípios que presidem à resolução de cenários de conflito e/ou de colisão entre diferentes direitos, interesses e bens da comunidade (em posição de paridade axiológica), inaceitável um qualquer agnosticismo ou indiferença da concorrência à saúde.

Saliente-se a este propósito a adoção, pela União Europeia, de uma nova estratégia da UE para a saúde a nível mundial, alinhada com a concretização dos ODS em matéria de saúde, e impondo, precisamente, uma abordagem ‘Saúde em Todas as Políticas’³⁰. O objetivo é claro: integrar as questões intersectoriais de saúde pública em todas as políticas pertinentes, e, portanto, também na política da concorrência.

A esta luz, e retomando as duas abordagens técnicas potencialmente norteadoras deste binómio — a saber, a abordagem de

³⁰ Sobre a questão, cf. Timo Ståhl, Matthias Wismar, Eeva Ollila, Eero Lahtinen e Kimmo Leppo (eds.), *Health in All Policies: Prospects and potentials*, Ministry of Social Affairs and Health, 2006, in <https://eurohealthobservatory.who.int/publications/m/health-in-all-policies-prospects-and-potentials> (28.04.2024).

mercado e a abordagem holística —, crê-se haver suficiente espaço para uma terceira, com respaldo, aliás, no nosso Direito nacional da Concorrência, e que permite acomodar a posição daqueles que, não confiando na idoneidade substantiva do Direito da Concorrência para acolher dimensões não económicas, sempre concedem na necessidade de uma leitura e aplicação não conflituais com essoutras dimensões. Referimo-nos à abordagem regulatória ou ‘*Regulatory Approach*’³¹, segundo a qual a política da concorrência e as autoridades nacionais da concorrência deverão, ainda que *não misturar-se* com outros domínios, certamente articular-se com outros interesses e, em particular, com as autoridades reguladoras setoriais competentes em razão da matéria³². Esta articulação assume uma tríplice vantagem. *Primo*, afasta as relações de indiferença. *Secundo*, acomoda os eventuais cenários de conflito e/ou de colisão. *Tertio*, contribui para um melhor aproveitamento das potencialidades do Direito da Concorrência em prol da saúde. A esta luz, o diálogo e a cooperação serão, pois, as garantias de uma abordagem integrada, capaz de assegurar que o escrutínio de acordos, práticas concertadas e/ou comportamentos unilaterais e, bem assim, o controlo de operações de concentração entre empresas (pelas autoridades da concorrência), não é, afinal, caminho para soluções conflituais e incompatíveis com valores, interesses e objetivos legítimos, em particular, em matéria de saúde pública.

É tempo de nos focarmos, agora, na terceira questão, preocupada com a concretização da medida das possibilidades e do potencial do Direito da Concorrência como veículo de promoção-efetivação da saúde (global).

5. MANIFESTAÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO VEÍCULO DE PROMOÇÃO-EFETIVAÇÃO DA SAÚDE (GLOBAL)

O Direito da Concorrência é um veículo valioso de promoção-efetivação da saúde. Aderindo e retomando a posição da Comissão Europeia por referência ao setor farmacêutico, a utilidade da

³¹ Sobre a questão, Theodosia Stavroulaki, 2023, cit.

³² Cf. artigos 5.º, n.º 4; 35.º, 55.º, 61.º e 62.º do novo regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na redação em vigor. Entre nós, em particular, é de destacar a articulação com a Entidade Reguladora da Saúde (‘ERS’).

concorrência poderá, sobretudo, fazer-se sentir a três níveis: *i)* no contexto da monitorização de um mercado complexo, em razão da variedade de intervenientes em ambos os lados da procura e da oferta; *ii)* no combate a práticas restritivas da concorrência no setor da saúde ou nele impactantes e, como reverso, no incentivo de atividades, por exemplo de investigação e desenvolvimento, promotoras da respetiva garantia e acesso, e finalmente, também *iii)* nas suas consequências ao nível da multiplicação das possibilidades de escolha e de acesso a medicamentos, vacinas e tecnologias de saúde mais inovadoras e melhoradas.

Neste ponto, cumpre apenas concretizar estes domínios, através de exemplos.

Começando pelo combate a práticas que dificultam ou atrasam a entrada de medicamentos genéricos no mercado ou que afetam a concorrência de preços e a oferta no mercado, adquire particular importância o combate aos acordos *pay-for-delay*, traduzidos à letra como *acordos de pagamento para atrasar*, e celebrados entre fabricantes ou laboratórios de medicamentos originais, titulares de patentes, e fabricantes de medicamentos genéricos, muitas vezes no contexto da resolução amigável de litígios em matéria de patentes. Em termos simples, trata-se de acordos pelos quais as sociedades de genéricos se comprometem a adiar a respetiva entrada no mercado, em contrapartida de transferências de valores de carácter monetário ou não monetário, por parte da empresa titular da patente³³. São precedentes relevantes os acórdãos nos processos *Generics*³⁴, *Lundbeck*³⁵, *Servier*³⁶ e, mais recentemente, o acórdão do Tribunal Geral de 18

³³ Trata-se de acordos suspeitos ao abrigo do Direito da Concorrência, em razão de levarem à eliminação de um concorrente potencial da empresa incumbente, que assim preserva o respetivo poder de mercado, mantendo rendas e lucros suplementares significativos, em detrimento dos doentes e dos sistemas de saúde. De um prisma económico, importa, porém, não ignorar o *contrafactual* (o cenário na ausência do acordo).

³⁴ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 2020, *Generics (UK) e o.*, C-307/18, EU:C:2020:52.

³⁵ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de março de 2021, *Lundbeck/Comissão*, C-591/16 P, EU:C:2021:243.

³⁶ Cf. acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2018, *Servier e o./Comissão*, T-691/14, ECLI:EU:T:2018:922, estando pendentes recursos para o Tribunal de Justiça (C-176/19 P e C-201/19 P), tendo a Advogada-geral Juliane Kokott apresentado as suas conclusões, em ambos os processos, a 14 de julho de 2022 — ECLI:EU:C:2022:576 e ECLI:EU:C:2022:577.

de outubro de 2023, no processo *Teva Pharmaceutical Industries e Cephalon/Comissão* ³⁷.

Também relevante é o combate aos acordos ou práticas unilaterais consistentes na difusão de informações enganosas sobre os efeitos indesejáveis de um particular medicamento, e que visam incitar os profissionais de saúde e o grande público a renunciar prescrever e/ou a adquirir o referido medicamento, com o intuito de reduzir a pressão concorrencial resultante da utilização de outro medicamento concorrente ³⁸. De acordo com o Relatório da Comissão Europeia referente ao período 2018-2022, “Nos últimos 10 anos, as investigações sobre descrédito na indústria farmacêutica têm vindo a aumentar. Nestes casos, os operadores estabelecidos em posição dominante desacreditam (denigrem) os seus concorrentes — geralmente novos operadores — para impedir a aceitação de produtos concorrentes pelo mercado” ³⁹.

Ainda no domínio dos acordos (*lato sensu*), é de assinalar, entre nós, a atuação da Autoridade da Concorrência que, em 2022, condenou a Associação Portuguesa de Hospitalização Privada (APHP) e um conjunto de grupos de saúde privados, por uma prática concertada restritiva da concorrência, na contratação de serviços de saúde hospitalares por parte do subsistema de saúde público ADSE. Segundo a AdC, as empresas (com o apoio e intervenção da Associação) coordenaram-se entre si para, beneficiando de maior poder negocial, lograr suspender e/ou ameaçar denunciar os contratos de convenção com a ADSE ⁴⁰. No mesmo ano, a AdC sancionou, ainda, a empresa Farmodiética — Cosmética, Dietética e Produtos Farmacêuticos, S.A., por fixação e imposição de preços de venda ao público (PVP) dos seus produtos, adquiridos por distribuidores para revenda ⁴¹.

³⁷ Cf. acórdão do Tribunal Geral de 18 de outubro de 2023, *Teva Pharmaceutical Industries e Cephalon/Comissão*, T-74/21, ECLI:EU:T:2023:651.

³⁸ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de janeiro de 2018, *F. Hoffmann-La Roche e o.*, C-179/16, ECLI:EU:C:2018:25.

³⁹ Para exemplos de investigações por descrédito, cf. § 5.1.3. do Relatório referente ao período 2018-2022.

⁴⁰ Em razão do incremento do seu poder negocial face à ADSE, considerou a AdC que as empresas lograram aumentar o nível de preços das prestações de cuidados de saúde, aspeto facilitado pela participação da referida Associação, que, além de ser fórum privilegiado de conluio, interveio diretamente nas negociações com a ADSE. Cf. Ficha do processo in https://extranet.concorrenca.pt/PesquisAdC/PRC_OR_INC_OR_PCC_Page.aspx?Ref=PRC_2019_2&IsEnglish=False (28.04.2024).

⁴¹ Cf. Ficha do processo in https://extranet.concorrenca.pt/PesquisAdC/PRC_OR_INC_OR_PCC_Page.aspx?Ref=PRC_2022_1&IsEnglish=False (28.04.2024).

O Direito da Concorrência também dá cartas no setor da saúde, através da proibição do abuso de posição dominante. Além da proibição de preços predatórios e de descontos abusivos, adquire relevância a figura dos preços excessivos que, apesar de envolta em dúvidas sobre o critério do “preço justo”, não deixou de ser mobilizada durante a pandemia Covid-19 para, por exemplo, escrutinar os preços de comercialização do gel desinfetante ⁴².

Finalmente, também no controlo de operações de concentração se faz sentir o inegável papel do Direito da Concorrência. Como exemplo, importa não ignorar o relevo da saga Illumina/GRAIL, uma operação de concentração bloqueada pela Comissão Europeia, precisamente em razão de preocupações relativas à concorrência no desenvolvimento de testes de deteção precoce de cancro ⁴³. Para futuro, serão porventura os *‘digital mergers’*, sobretudo na sua modalidade de *‘data-driven mergers’* ⁴⁴, a assumir protagonismo nesta sede. Saliente-se que, pese embora o setor dos cuidados de saúde digitais esteja ainda em crescimento ⁴⁵, a Comissão teve já

⁴² Cf. Competition and Markets Authority (CMA), “Hand sanitiser products: suspected excessive and unfair pricing”, 2020, in <https://www.gov.uk/cma-cases/hand-sanitiser-products-suspected-excessive-and-unfair-pricing> (28.04.2024); Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), “Coronavirus — extra service fees”, 2020, in <https://uokik.gov.pl/download/24541> (28.04.2024); Reuters, “Italian antitrust watchdog probes Amazon, eBay over price spikes in virus crisis”, 2020, in <https://www.reuters.com/article/idUSL8N2B58M0/> (28.04.2024).

⁴³ Em traços simples, a concentração consistiria na aquisição da totalidade do capital social da GRAIL, uma empresa de cuidados de saúde, centrada no desenvolvimento de tecnologias para testes de deteção de cancro com base em Sistemas de Sequenciação da Próxima Geração (‘NGS’ de *‘next generation sequencing’*). Segundo a Comissão Europeia, em resultado da transação, e porque a Illumina seria, à data, o único fornecedor credível de uma tecnologia que permitia desenvolver e processar esses testes, esta teria incentivos para bloquear o acesso ou para, de outro modo, prejudicar os rivais da GRAIL, colocando-os numa posição desvantajosa em relação àquela.

⁴⁴ Estão em causa operações de concentração pelas quais empresas (gigantes tecnológicas, na sua maioria), poderão alcançar (ou adensar as suas) vantagens em matéria de dados de saúde, alavancando, assim, a sua posição no mercado.

⁴⁵ Nas suas prioridades para 2030, a União Europeia faz expressa referência à *“transição para um modelo mais orientado para a prevenção das doenças e a promoção da saúde, mais personalizado e capitalizador das tecnologias digitais”*, prefigurando as novas tecnologias e a transformação digital da saúde e dos cuidados de saúde como oportunidades que importa aproveitar (é claro, com a devida atenção à inflação dos custos associados às novas tecnologias

oportunidade de expor algumas preocupações quando, por exemplo, na operação de aquisição da Fitbit pela Google ⁴⁶, concluiu não ser de excluir que, em resultado, a Google viesse a adquirir a capacidade técnica de encerrar o acesso ao mercado dos *inputs* — os dados de saúde dos utilizadores da Fitbit ⁴⁷ —, motivo por que sujeitou da autorização da operação a compromissos.

O escopo das regras da concorrência é, não se nega, limitado. A sua atuação circunscreve-se a três domínios principais: a proibição de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas restritivos da concorrência; a proibição de práticas abusivas por parte de uma empresa com posição dominante no mercado; e o controlo de (algumas) operações de concentração entre empresas ⁴⁸. Já o seu alcance subjetivo é, também, e como se viu, limitado às empresas, não incluindo entidades cuja atuação se pauta por objetivos e finalidades de solidariedade *stricto sensu*.

Acredita-se, porém, que inclusive nestes seus âmbitos subjetivo e objetivo estritos, as regras da concorrência logram produzir efeitos sociais vastos. Desde logo, efeitos que extravasam o seu âmbito de aplicação objetivo, com repercussões positivas no setor da saúde e nos sistemas de saúde (públicos e privados). Em segundo lugar, efeitos que, ora por efeito-dominó, ora por efeito-ricochete, beneficiam e vinculam também aqueles que não são empresas (sejam eles

e aos respetivos riscos socioeconómicos). Cf., ANEXO I do Documento de Reflexão — Para uma Europa sustentável até 2030 — Contributo da Comissão Juncker para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, Bruxelas, 30.1.2019, COM(2019) 22 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0022&from=PT> (28.04.2024).

⁴⁶ A Comissão avaliou, em particular, os efeitos da operação nas bases de dados e nas capacidades de recolha de dados, tendo autonomizado, como mercados relevantes, além do mercado das aplicações de saúde, o mercado dos cuidados de saúde digitais, incluindo: *i*) prestação de serviços de computação em nuvem e de análise de dados, *ii*) serviços de vigilância de doentes, *iii*) fornecimento de dados para a investigação médica e as evidências da vida real, e *iv*) programas de bem-estar empresarial.

⁴⁷ Trata-se de dados apenas disponíveis através da interface de aplicação de programação ('API') da Web. A fim de eliminar as preocupações em matéria de concorrência, a operação foi autorizada sujeita ao cumprimento de compromissos, contendedores com a separação-segregação de dados e a respetiva não utilização para fins publicitários, além da garantia do acesso de terceiros aos dados corporais medidos, entre outros.

⁴⁸ A que acresce, na União Europeia, o capítulo relativo aos auxílios de Estado.

doentes, prescritores de medicamentos, hospitais públicos, organismos de reembolso nacionais, ou autoridades de saúde), sem esquecer, ainda, um crescente potencial de aplicação por força da multiplicação de agentes económicos neste setor. Finalmente, efeitos que — *i*) ora em razão da extraterritorialidade de uma aplicação com base nos efeitos, *ii*) ora por força do transplante das soluções europeias como *farol para o mundo*, *iii*) ora como produto da consciencialização das vantagens da concorrência para a promoção e efetivação da saúde (global) — se estendem além das fronteiras da União Europeia, alcançando jurisdições onde a concorrência poderá, também, provar o seu potencial. Um potencial que vai muito além dos seus postulados liberais básicos, para alcançar novas dimensões: de qualidade, equidade e acessibilidade.

Em suma: ainda que não seja garantia certa *per se* de efetivação da saúde (global), é o Direito da Concorrência veículo idóneo a assegurar a produção de resultados alinhados com as metas do ODS 3.

6. CONCLUSÕES E PERSPETIVAS DE FUTURO

Tal como a leitura e o sentido votado à fórmula “economia de mercado” evoluiu — desde o oitocentismo liberal —, para se afirmar, hoje, como “economia social [ecológica] de mercado”, é tempo de adequar a política, as regras e o próprio Direito da Concorrência a objetivos de justiça social e desenvolvimento sustentável, se necessário através da integração e da harmonização mediatizadas pela pena do legislador.

Uma vez afastada a bondade de uma relação de “pura indiferença”, e independentemente dos caminhos para lá chegar, procurou-se aqui demonstrar, através de uma tríade de interrogações, como o seu âmbito porventura limitado (problema que nem sequer é líquido, porquanto dependente da interpretação que se adote das suas noções, conceitos e instrumentos) não priva o Direito da Concorrência do seu potencial inegável enquanto veículo da promoção-efetivação da saúde (global). Em particular, não podendo é certo, ou nem sempre de forma imediata ou destacada de um enquadramento institucional, acomodar todos os valores ou princípios ínsitos à garantia do direito à saúde, confia-se que o Direito da Concorrência poderá, inclusive a nível global, prestar o respetivo contributo em matéria de preços, qualidade, quantidade e inovação no setor da saúde.

A necessidade de enquadrar e de ler a concorrência num contexto normativo-regulatório específico, desenhado e aplicado em linha com os ODS, é exigência que não se poderá, naturalmente, ignorar (tal como resulta da resposta à nossa primeira questão de estudo).

Por isso mesmo, e sobretudo em razão das respostas e das posições divergentes quanto aos objetivos do Direito da Concorrência, concretizadas em diferentes expectativas quanto àquilo que das suas regras se espera, importa que, sobretudo aqueles que a elas se veem sujeitos — as empresas — beneficiem de respostas claras quanto ao que podem ou não fazer (se e como podem ou não colaborar) ⁴⁹. Isto é particularmente premente em cenários nos quais os objetivos da concorrência (numa leitura minimalista sua) possam conflitar com o comportamento esperado das empresas, à luz da sua particular e crescente responsabilidade em matéria de ODS. Como se constatou durante a pandemia Covid-19, o enquadramento e a validade de comportamentos de empresas e de associações de empresas dirigidos à prossecução de metas associadas ao ODS 3-Saúde de Qualidade nem sempre são líquidos à luz das regras da concorrência.

Atenta a importância da responsabilidade social empresarial e dos fatores ESG na atividade das empresas, é natural que a questão se venha a replicar e a estender a *contextos de normalidade*, em termos que justificam a substituição do modelo de *conforto ad hoc*, por enquadramentos gerais e abstratos que resolvam, numa base *ex ante*, potenciais cenários de conflito-colisão, garantindo, assim, certeza quanto ao que é proibido, e, bem assim, esperado das empresas.

A (necessidade da) adoção de um enquadramento normativo harmonizador é, por isso, aqui perspetivada como exigência do Estado de Direito, e garantia da segurança jurídica que este postula.

A este propósito, considera-se que as novas Orientações da Comissão Europeia em matéria de acordos de cooperação horizontal ⁵⁰ representam já um contributo importante, desvelando um

⁴⁹ Sobre a importância de uma leitura flexível da proibição de acordos e práticas concertadas entre empresas, que garanta a colaboração que, no setor da saúde, se revela essencial para a respetiva resiliência — cf. Marco Varkevisser, Frédérique Franken, Stéphanie van der Geest e Erik Schut, “Competition and collaboration in health care: reconciling the irreconcilable? Lessons from The Netherlands” in *The European Journal of Health Economics*, Vol. 24, 2023, pp. 1019-1021. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10198-023-01619-1>.

⁵⁰ Cf. Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação

potencial de aplicação ao problema vertente, em razão da inclusão, pela primeira vez ⁵¹, de um capítulo autónomo dedicado aos acordos de sustentabilidade.

Acontece, porém, que o seu enfoque predominante nos ODS 7, 9 e 13, e a preponderância votada à sustentabilidade verde ou, talvez melhor, à dimensão verde da sustentabilidade, encerram o risco de diminuição ou silenciamento dos demais ODS, e, em particular a saúde, integrada nas dez prioridades da Comissão Europeia ⁵². Está-se, além do mais, perante Orientações com uma indeterminação particularmente lata, podendo, por isso, arriscar um verdadeiro recuo ou *machadada* na tentativa de conciliar a aplicação das regras da concorrência (*in casu*, em matéria de acordos horizontais) com os ODS. Em particular, resulta das Orientações que, para que possam ser considerados ou valorados, os potenciais ganhos de eficiência resultantes de um acordo entre empresas concorrentes deverão ser objetivos, concretos e verificáveis, qualidades que as partes terão de demonstrar, através de uma prova que poderá mesmo afirmar-se

horizontal, C/2023/4752 (JO C 259 de 21.7.2023, p. 1-125), in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52023XC0721\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52023XC0721(01)) (28.04.2024).

⁵¹ Saliente-se que as Orientações de 2001 dedicavam o seu capítulo 7 aos ‘Acordos em matéria de ambiente’, definindo-os como “*acordos nos termos dos quais as partes se comprometem a atingir uma redução da poluição, em conformidade com a legislação sobre o ambiente ou com os objetivos ambientais*” (cf. § 179). Eram, por isso, menos abrangentes — cf. Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal, 2001 (JO C 3 de 6.1.2001, p. 2-30), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32001Y0106%2801%29> (28.04.2024). Já as Orientações de 2011 não continham qualquer capítulo dedicado aos acordos em matéria de ambiente ou de sustentabilidade — cf. Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, 2011 (JO C 11 de 14.1.2011, p. 1-72), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52011XC0114%2804%29> (28.04.2024).

⁵² Cf. ANEXO I do Documento de Reflexão, cit. Estas prioridades são, depois, concretizadas, em matéria de saúde, *i*) na componente social e digital da saúde, *ii*) na adoção de regras em matéria de dispositivos médicos, e *iii*) em parcerias de investigação, por exemplo, com o continente africano, no que se refere ao combate ao vírus do VIH/SIDA, tuberculose e outras doenças infecciosas. Labrando sobre o contexto da Pandemia Covid-19 e o que então se pôde colher de relevante (quanto ao potencial e limites das regras da concorrência na promoção do acesso universal a serviços de saúde de qualidade), considera-se que é, ainda, possível fazer mais.

como uma verdadeira *probatio diabolica*. Há um outro derradeiro problema. É que a abertura das Orientações a benefícios coletivos (isto é, a benefícios para a sociedade em geral, e não apenas para os consumidores do mercado relevante) surge limitada aos casos em que se demonstre *i*) uma sobreposição substancial com os consumidores do mercado relevante, e *ii*) a compensação destes últimos pelo prejuízo sofrido.

As insuficiências das Orientações exigem que se faça *mais*. Com algumas propostas terminamos.

Desde logo, retomando a resposta à nossa primeira questão (*a concorrência, em si, não é boa nem má*), e *casando-a* com a segunda (*uma política de concorrência legítima não poderá permanecer agnóstica aos ODS*), considera-se que o enquadramento institucional em que a concorrência se move deverá ser desenhado e aplicado em termos que garantam a harmonização aqui sustentada. Em particular, o reforço da importância da consideração de questões de saúde (como dimensão *ad intra* ou *ad extra*) na análise do Direito da Concorrência, deverá ser uma prioridade de futuro.

No que se refere ao respetivo *design*, o princípio do Estado de Direito exigirá a substituição de soluções *ad hoc* por isenções específicas (gerais e abstratas) e/ou, pelo menos, por orientações capazes de dirimir eventuais dúvidas e garantir, assim, transparência quanto à permissividade de comportamentos que, pese embora restritivos da concorrência, se afigurem necessários para alcançar as metas do ODS 3. Já no plano do *enforcement*, é urgente o reforço da cooperação das ANCs com entidades reguladoras setoriais em matéria de saúde, não apenas na aplicação estrita das regras da concorrência a casos concretos, mas, e antes dela, na compreensão mútua das respetivas missões.

Trata-se de um caminho não imediato, mas necessário. Só ele evitará que as empresas se vejam reféns da bondade e das particulares políticas de priorização das autoridades da concorrência. Só ele afastará os ónus e os riscos das apreciações casuísticas, onde se inclui o perigo da contaminação da análise por opções ideológicas relativamente à (mais adequada) relação entre a política de concorrência e a gestão dos sistemas de saúde. E só ele garantirá que às empresas não sejam transmitidas mensagens contraditórias quanto ao que lhes é proibido e ao que é delas esperado.

Os ODS são responsabilidade de todos. E devem, por isso, ser considerados em todas as políticas, e por todas as autoridades (e agentes económicos). A concorrência não é, nem pode ser exceção.

7. BIBLIOGRAFIA CITADA

- Abbott, Frederick; Flynn, Sean; Correa, Carlos; Berger, Jonathan e Nyak, Natasha, *Using Competition Law to Promote Access to Health Technologies: A guide-book for low — and middle-income countries*, United Nations Development Programme, 2014, in <https://www.undp.org/publications/using-competition-law-promote-access-medicine-0> (28.04.2024).
- Gani, Walid, “Exploring the nexus between competition and the sustainable development goals in OECD countries”, in *Sustainable Development*, Vol. 31, Issue 5, 2023, pp. 3721-3733. DOI: <https://doi.org/10.1002/sd.2622>.
- Guy, Mary, *Competition Policy in Healthcare: Frontiers in Insurance-based and Taxation-funded Systems*, Intersentia, 2019.
- Jacobi, John V., “Competition Law’s Role in Health Care Quality”, in *Annals of Health Law*, Vol. 11, Issue 1 (Article 5), 2022, pp. 44-71, in <http://lawcommons.luc.edu/annals/vol11/iss1/5>.
- Lianos, Ioanni; Minssen, Timo e Kollmar, Christy L., “Tackling Grand Challenges with Competition Law: Lessons from the Pandemic” in (eds.) W. Sauter, M. Canoy and J. Mulder, *EU Competition Law and Pharmaceuticals*, Edward Elgar Publishing, 2022. Também disponível em SSRN (2021), in <https://ssrn.com/abstract=3985344> (28.04.2024).
- Morton, Andrew J. B., “European Health Care Systems and the Emerging Influence of European Union Competition Policy Journal of Health Politics”, in *Policy and Law*, Vol. 46, n.º 3, 2021, pp. 467-486. DOI: [10.1215/03616878-8893557](https://doi.org/10.1215/03616878-8893557).
- Nikolic, Bruno, “Applicability of European Union Competition Law to Health Care Providers: The Dividing Line between Economic and Noneconomic Activities”, in *J Health Polit Policy Law*, Vol. 46, Issue 1, 2021, pp. 49-70. DOI: [10.1215/03616878-8706603](https://doi.org/10.1215/03616878-8706603).
- Sage, William M.; Hyman, David A. e Greenberg, Warren, “Why Competition Law Matters To Health Care Quality”, in *Health Affairs*, Vol. 3, Issue 2, 2003, pp. 31-44. DOI: [10.1377/hlthaff.22.2.31](https://doi.org/10.1377/hlthaff.22.2.31).
- Schneider, Helen, “Incorporating health care quality into health antitrust law”, in *BMC Health Serv Res*, Vol. 8, n.º 89, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1186/1472-6963-8-89>.
- Ståhl, Timo; Wismar, Matthias; Ollila, Eeva; Lahtinen, Eero e Leppo, Kimmo (eds.), *Health in All Policies: Prospects and potentials*, Ministry of Social Affairs and Health, 2006, in <https://eurohealthobservatory.who.int/publications/m/health-in-all-policies-prospects-and-potentials> (28.04.2024).
- Stavroulaki, Theodosia, *Healthcare, Quality Concerns and Competition Law: A Systematic Approach*, Hart Publishing — Hart Studies in Law and Health, 2023.
- Varkevisser, Marco; Franken, Frédérique; van der Geest, Stéphanie; e Schut, Erik, “Competition and collaboration in health care: reconciling the irreconcilable? Lessons from The Netherlands”, in *The European Journal of Health Economics*, Vol. 24, 2023, pp. 1019-1021. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10198-023-01619-1>.

8. JURISPRUDÊNCIA CITADA

- Acórdão do Tribunal Geral de 18 de outubro de 2023, *Teva Pharmaceutical Industries e Cephalon/Comissão*, T-74/21, ECLI:EU:T:2023:651.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de março de 2021, *Lundbeck/Comissão*, C-591/16 P, EU:C:2021:243.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2018, *Servier e o./Comissão*, T-691/14, ECLI:EU:T:2018:922

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de janeiro de 2018, *F. Hoffmann-La Roche e o.*, C-179/16, ECLI:EU:C:2018:25

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 2020, *Generics (UK) e o.*, C-307/18, EU:C:2020:52.

MESA V

SAÚDE E DIREITOS
HUMANOS

DIREITO À SAÚDE QUESTÕES DE IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO *

*Right to health: assessing equality and
discrimination issues*

Anabela Costa Leão **

Resumo: O direito à saúde está consagrado em diversos textos internacionais. A proteção da saúde para todos impõe levar em consideração exigências de igualdade, combater a discriminação e proteger a vulnerabilidade no âmbito da saúde. A insuficiência de um conceito meramente formal de igualdade tem feito a proteção avançar num sentido substancial. Na sua jurisprudência, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem desenvolvido o princípio da igualdade em sentido substancial. Aplicando uma conceção complexa de igualdade à proteção da saúde, deparamo-nos com dimensões diferentes, mas complementares, de proteção, que vão para além da proibição de discriminação. Apesar de a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não proteger expressamente o direito à saúde, uma análise da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo permite ilustrar a multidimensionalidade da proteção da igualdade no âmbito da saúde.

Palavras-chave: direito à saúde; princípio da igualdade; proibição de discriminação; direitos humanos; vulnerabilidade.

Abstract: *The right to health is enshrined in several international documents. Achieving health for all requires considering equality demands, fighting against*

* Este texto tem por base a comunicação proferida pela autora em 17 de novembro de 2023 no Congresso *Saúde Global e Direito. Globalização, universalização e mercantilização da saúde num contexto de imprevisão*, organizado no âmbito do Projeto gLAWbalHEALTH do CIJ, e desenvolvida para efeitos de publicação.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). Investigadora Integrada do Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça (CIJ-FDUP). Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto. Email: aleao@direito.up.pt. ORCID iD: 0000-0001-5767-2594.

discrimination and protecting vulnerability in the field of health. The concept of equality has moved to a substantial sense due to the insufficiencies of the formal sense. The case law of the European Court of Human Rights suggests that the Court is developing an understanding of equality in a substantive sense. Applying a complex conception of equality to the protection of health, we are faced with different, but complimentary, dimensions of protection which go beyond the prohibition of discrimination. Although the European Convention on Human Rights does not expressly protect the right to health, an analysis of the case law of the Court shows the multidimensionality of the protection of equality in the field of health.

Keywords: *right to health; equality principle; non-discrimination; human rights; vulnerability.*

Sumário: 1. Da saúde ao direito à saúde: enquadramento e proposta de sequência. 2. Da igualdade formal à igualdade substancial em saúde; 2.1. O sentido da igualdade; 2.2. Igualdade complexa e proteção do direito à saúde no âmbito dos direitos humanos. 3. Ilustrando a relação entre saúde, direitos e igualdade no TEDH; 4. Conclusão. 5. Bibliografia. 6. Jurisprudência citada.

1. DA SAÚDE AO DIREITO À SAÚDE: ENQUADRAMENTO E PROPOSTA DE SEQUÊNCIA

A *Constituição* da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 1946 ¹, foi o primeiro instrumento jurídico a prever um direito à saúde ². No seu Preâmbulo, reconhece o direito fundamental de todas as pessoas ao nível mais elevado de saúde atingível, sem distinção de raça, religião, convicções políticas, condição económica e social, e a responsabilidade dos Governos na realização deste direito ³. Aí está também plasmada a famosa definição de saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença

¹ Que entrou em vigor na ordem internacional — e em Portugal — em 7 de abril de 1948, *vd.* <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/constituicao-da-organizacao-mundial-de-saude>.

² BRIGIT TOEBES/ KATHARINA Ó CATHAOIR, “The right to health. Central concepts”, *in* Brigit Toebes *et. al.*, *Health and Human Rights. Global and European Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 23-51, p. 25.

³ Preâmbulo da Constituição da OMS, disponível em <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1> e JANINA KEHR, JACINTA VICTORIA SYOMBUA MUIINDE e RUTH J. PRINCE, “Health for all? Past, presents and futures of aspirations for universal healthcare”, *in* *Social Science & Medicine*, 319, 2023, 115660, pp. 1-8, pp. 1-2.

ou enfermidade”. Esta definição, que teve o mérito de incluir dimensões psicológicas e sociais ⁴, tem sido muito discutida e criticada, designadamente pelo seu carácter absoluto e por ser impraticável ⁵. MATCHELD HUBER *et. al.* notam também a desadequação da definição à evolução demográfica e nos níveis de saúde pública, ao envelhecimento e à realidade da vida com doenças crónicas ⁶.

Logo em 1978, a *Declaração de Alma Ata* afirmou o objetivo da proteção e promoção da saúde para todos ⁷, salientou a preocupação com as desigualdades entre pessoas e países, estabelecendo a ligação entre desenvolvimento e realização do mais elevado nível de saúde para todos (§ II e III), e afirmou o direito e dever das pessoas de participar, individual e coletivamente, no planeamento e implementação de cuidados de saúde (IV), além de acentuar as responsabilidades dos Estados e a importância dos cuidados primários ⁸. Seguiu-se a *Carta de Ottawa para a Promoção da Saúde*, adotada em 1986, que, declarando o objetivo de uma saúde para todos em 2000, afirmou a centralidade das condições de saúde, por um lado, e a promoção e capacitação para a saúde, reforçando o poder das comunidades e a importância da educação em saúde, por outro ⁹.

⁴ BRIGIT TOEBES, “Introducing health and human rights”, in Brigit Toebes *et. al.*, *Health and Human Rights. Global and European Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 3-22, pp. 19-20.

⁵ BRIGIT TOEBES, “Introducing health and human rights”, *cit.*, pp. 19-20 e MACHTELD HUBER *et al.*, “How should we define health?”, in *BMJ*, 2011, 343:d4163.

⁶ MACHTELD HUBER *et al.*, “How should we define health?”, *cit.* Os autores evidenciam que a realidade demográfica e da doença mudou desde 1948, tendo melhorado as condições de saúde pública e mudado os padrões de doença, sendo necessário levar em conta a longevidade e a capacidade das pessoas para lidar com as mudanças físicas, emocionais e sociais e para viver com doenças crónicas e incapacidades.

⁷ Sobre as origens e as diferentes formas de realização do objetivo da saúde para todos, v. JANINA KEHR, JACINTA VICTORIA SYOMBUA MUIINDE e RUTH J. PRINCE, “Health for all? ...”, *cit.*

⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Regional Office for Europe. (1978). *Declaration of Alma-Ata*. World Health Organization. Regional Office for Europe. <https://iris.who.int/handle/10665/347879>. Sobre esta, JANINA KEHR, JACINTA VICTORIA SYOMBUA MUIINDE e RUTH J. PRINCE, “Health for all?...”, *cit.*, pp. 1-8.

⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Regional Office for Europe. (1986). *Ottawa Charter for Health Promotion, 1986*. World Health Organization. Regional Office for Europe. <https://iris.who.int/handle/10665/349652>. Sobre esta,

Assim, e apesar de a definição da OMS se manter a mesma, tem-se sustentado uma reformulação do conceito de saúde num sentido mais amplo e dinâmico, incluindo a capacidade para ter saúde e as condições e oportunidades para atingir um bom estado de saúde ¹⁰, a resiliência e a capacidade para lidar com a doença, a autodeterminação e a participação na sociedade ¹¹. MATCHELD HUBER *et. al.* propõem a reformulação do conceito de saúde como capacidade para se adaptar e se autogovernar (“*health as the ability to adapt and to self manage*”) ¹².

O foco na capacidade de autodeterminação de cada um em matéria de saúde não deve significar, contudo, o retorno ao sujeito liberal abstrato, autónomo, descontextualizado, “descarnado” ¹³: além de características pessoais, as diferentes circunstâncias económicas,

EMÍLIA NUNES, “Celebração do 25.º Aniversário da Carta de Ottawa”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 29(2), 2011, 200-202. Disponível em <http://hdl.handle.net/10362/19774> e JANINA KEHR, JACINTA VICTORIA SYOMBIA MUIINDE e RUTH J. PRINCE, “Health for all? ...”, cit.

¹⁰ A noção de capacidades — ou “capabilities” — foi desenvolvida por Amartya Sen e por Martha Nussbaum, em perspetivas diferentes, como central para as suas conceções de justiça (a chamada *capabilities approach*). Tem sido aplicada no âmbito da saúde por exemplo por Sridhar Venkatapuram, que propõe uma abordagem baseada na capacidade para ter saúde, reconhecendo a cada ser humano uma pretensão moral (*moral entitlement*) à capacidade para ser saudável, *vd.* BRIGIT TOEBES, “Introducing health and human rights”, cit., p. 19-20. Para maiores desenvolvimentos, SRIDHAR VENKATAPURAM, “Human Capabilities and Pandemics”, in *Journal of Human Development and Capabilities*, 21(3), 2020, pp. 280-286. <https://doi.org/10.1080/19452829.2020.1786028>. Segundo Sen, a falta de oportunidades que alguns têm de atingir um bom estado de saúde por causa de condições sociais desadequadas, ao passo que outros não têm de se preocupar particularmente com questões de saúde, deve ser vista como uma questão de justiça/injustiça, escrevem RAJAT KHOSLA/SRIDHAR VENKATAPURAM, “What is a justice-oriented approach to global health?”, in *BMJ Global Health*, 2023, 8, pp. 1-3, p. 1, e012155. doi: 10.1136/bmjgh-2023-012155. Entre nós, sobre esta questão, veja-se FERNANDO REY MARTINEZ e LUÍSA NETO (coord.), *Direito Antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 147 ss.

¹¹ MACHTELD HUBER *et al.*, “How should we define health?”, cit. e BRIGIT TOEBES, “Introducing health and human rights”, cit., p. 20.

¹² MACHTELD HUBER *et al.*, “How should we define health?”, cit.

¹³ Sobre este, com base no trabalho de Martha Fineman, remete-se para o que se escreveu em ANABELA COSTA LEÃO, “O Estado perante a vulnerabilidade: (State and vulnerability)”, *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 2022, pp. 86-107. Disponível em <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1326>.

sociais e políticas em que as pessoas se encontram influenciam, não apenas o seu estado de saúde, mas também a sua capacidade de se autogovernar em matéria de saúde ¹⁴, pelo que não dispensam a reflexão sobre o papel do Estado. A desigualdade nas condições e nas oportunidades que as pessoas têm para atingir um bom estado de saúde coloca questões de justiça e exige um “Estado responsivo” ¹⁵, que assume como tarefa e responsabilidade a saúde dos seus habitantes (ainda que em diferentes formatos) ¹⁶.

Por outro lado, a proteção da saúde é assumida como um objetivo a prosseguir em termos universais, como “saúde para todos”. Como questão de justiça implica, não apenas levar em conta dimensões locais, mas também globais. É esse, de resto, o sentido de incluir a saúde entre os *Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS)*, que podem ser vistos como um pacto mundial de justiça baseado nos direitos humanos e um fator de reforço do cumprimento, pelos Estados, das suas obrigações em matéria de direitos humanos ¹⁷. Não se trata apenas do ODS 3 (garantir o acesso à saúde de qualidade e promover o bem-estar para todos, em todas as idades), mas também de outros Objetivos, uma vez que todos estão relacionados, desde a redução da pobreza à igualdade de género e à redução de desigualdades, e em especial também do ODS 16, instituições justas para sociedades justas. Sensivelmente a meio do período de concretização do ODS, mais de metade das pessoas no mundo ainda não têm acesso a serviços essenciais de saúde, um

¹⁴ Sobre as determinantes de saúde, v. Organização Mundial de Saúde, “Determinants of Health”, 2017 <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/determinants-of-health> [20/05/2024].

¹⁵ Toma-se aqui o conceito de Estado responsivo do trabalho de Martha Fineman, remetendo para o que se escreveu em ANABELA COSTA LEÃO, “O Estado perante a vulnerabilidade...”, cit., pp. 91-93.

¹⁶ Atualmente, pode dar-se por genericamente reconhecida a necessidade de uma intervenção pública na manutenção e promoção da saúde pública para evitar ameaças à saúde e garantir o acesso de todos a cuidados de saúde, mesmo em sistemas de matriz mais individualista, como os EUA, escrevem BRIGIT TOEBES/ KATHARINA Ó CATHAOIR, “The right to health...”, cit., p. 24-25. As autoras explicam (*ob. cit., loc. cit.*) que desde as civilizações mais antigas sempre terá existido um sentido de responsabilidade — estadual ou comunitária — pela saúde das pessoas, inicialmente orientado para o controlo de doenças e mais tarde para o bem-estar.

¹⁷ Sobre esta questão, BRIGIT TOEBES/KATHARINA Ó CATHAOIR, “The right to health...”, cit., pp. 45-46.

quarto enfrenta dificuldades financeiras por despesas de saúde diretamente suportadas e os progressos no sentido da cobertura universal de saúde ¹⁸ estagnaram em muitos países ¹⁹. Na sua reunião de setembro de 2023, a Assembleia Geral das Nações Unidas abordou a situação de implementação do ODS 3 e foi adotada uma declaração política visando o reforço de medidas para atingir uma cobertura universal de saúde no plano interno dos Estados e também no plano global ²⁰.

Ora, como notam JANINA KEHR, JACINTA MUINDE e RUTH PRINCE, escrutinar em que medida o propósito universalista de uma saúde para todos está a ser alcançado conduz à análise das exclusões e discriminações ²¹ ou, por outra, à identificação de quem está a ser “deixado para trás”. A experiência da pandemia Covid-19 permitiu, de resto, ilustrar as desigualdades que comprometem a realização do objetivo da “saúde para todos” ²².

O objetivo deste texto é discutir a proteção conferida pelo princípio da igualdade e da não-discriminação no âmbito da saúde. Num primeiro momento, apresentam-se o entendimento multidimensional de igualdade jurídica adotado, em articulação com o direito à saúde. De seguida, ilustra-se a igualdade complexa em diálogo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

¹⁸ Em inglês, “*universal health coverage*”, expressão à qual corresponde a sigla “UHC”.

¹⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Universal Health Coverage*. Report by the Director-General, EB154/6, 19 december 2023, § 1, disponível em https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB154/B154_6-en.pdf. Para um ponto da situação sobre a implementação dos ODS, vd. UNITED NATIONS, *The Sustainable Development Goals Report — Special Edition*, June 2023, disponível em <https://unstats.un.org/sdgs/report/2023/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2023.pdf>.

²⁰ General Assembly of the United Nations, Resolution adopted on 5 October 2023. Political Declaration of the high-level meeting on Universal Health Coverage, A/RES/78/4. Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/4025279?v=pdf>.

²¹ JANINA KEHR, JACINTA VICTORIA SYOMBUA MUINDE e RUTH J. PRINCE, “Health for all? ...”, cit., p. 2.

²² Como escrevem Khoshla e Venkatapuram, a pandemia expôs as desigualdades e as injustiças no acesso à saúde e nas condições de saúde e, ao fazê-lo, tornou mais clara a necessidade de ter em conta de que forma estão distribuídos os recursos ou os meios para alcançar condições de saúde enquanto bem valioso para as pessoas, ou seja, de adotar uma abordagem de justiça no âmbito dos sistemas nacionais e globais de saúde, vd. RAJAT KHOSLA/SRIDHAR VENKATAPURAM, “What is a justice-oriented approach to global health?”, cit.

2. DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE SUBSTANCIAL EM SAÚDE

2.1. O sentido da igualdade

O princípio jurídico da igualdade e a proibição de discriminação estão amplamente consagrados em textos de proteção internacional de direitos humanos, constituições e legislações nacionais ²³. Sem pretensão de exaustividade, refiram-se, no plano universal, os artigos 1.º e 2.º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) e os Pactos das Nações Unidas de 1966, designadamente os artigos 1.º, 2.º e 3.º do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (PIDCP) e os artigos 2.º e 3.º do *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (PIDESC) e, no plano regional, o artigo 14.º da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (CEDH) ²⁴ e o Título III da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (CDFUE), dedicado à Igualdade (*maxime* os artigos 21.º e 26.º).

Contudo, o conceito de igualdade permanece discutido ²⁵. Diferentes entendimentos de igualdade levam a diferentes entendimentos de justiça e, conseqüentemente, a diferentes entendimentos acerca do que é uma comunidade política justa e de qual o papel a desempenhar pelo Estado ²⁶. O mesmo sucede quanto ao acesso a cuidados de saúde em condições de igualdade, entendido de forma mais ou menos ampla

²³ Para uma perspetiva comparada do princípio da igualdade, v. SUSANNE BAER, “Equality”, in Michael Rosenfeld e Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 982-1001. Entre nós, sobre o princípio constitucional da igualdade e não-discriminação (artigo 13.º da Constituição) e sua proteção, veja-se FERNANDO REY MARTINEZ e LUÍSA NETO (coord.), *Direito Antidiscriminatório*, cit., *passim*.

²⁴ O Protocolo n.º 12 à CEDH, aprovado em 2000 e em vigor na ordem jurídica internacional desde 2005, veio estabelecer uma proibição geral de discriminação. Portugal ratificou-o e entrou em vigor em 2017.

²⁵ SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, in *International Journal of Constitutional Law*, 14 (3), 2016, pp. 712-73, <https://academic.oup.com/icon/article/14/3/712/2404476>, FERNANDO REY MARTINEZ e LUÍSA NETO (coord.), *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 13 ss. e RUI NUNES, *Healthcare as a Universal Human Right: Sustainability in Global Health*, Routledge, 2021, pp. 12 ss.

²⁶ JOÃO CARDOSO ROSAS, *Conceções de Justiça*, Edições 70, 2011, pp. 11 ss.

consoante as perspetivas (liberal, libertária, utilitarista, processualista) de justiça adotadas, que podem, todavia, complementar-se ²⁷.

A chamada conceção formal de igualdade (como tratamento igual) apresenta insuficiências ²⁸, levando a interpretações mais substanciais e multidimensionais da igualdade. Não se trata, naturalmente, de dispensar a dimensão de tratamento igual. O tratamento igual perante a lei e a proibição de discriminação direta continuam a integrar a proteção conferida pelo princípio da igualdade, mas devem ser complementados com outras dimensões de proteção e com o reconhecimento da diversidade de formas que a discriminação pode assumir ²⁹.

Não há acordo quanto ao que deva entender-se por igualdade substancial ³⁰. Procurando superar as dificuldades de abordagens unidimensionais, Sandra Fredman sugere uma abordagem multidimensional, um quadro analítico que considera quatro dimensões, complementares e não excludentes, que se articulam entre si na realização da igualdade. As quatro dimensões da igualdade substancial, para a autora, são: (a) corrigir as desvantagens; (b) combater o estigma, o estereótipo, o preconceito e a violência; (c) reforçar a voz e a

²⁷ Assim, RUI NUNES, *Healthcare as a Universal Human Right...*, cit., pp. 12 ss.

²⁸ Com efeito, apesar de as pessoas serem iguais perante a lei, as desigualdades de facto subsistem; a igualdade formal não responde ao problema de fundo, que é o de saber quando é duas situações devem ser consideradas iguais para serem tratadas de igual forma; não leva em conta a necessidade de tratamento diferenciado; o tratamento igual não impede o chamado “nivelamento por baixo” (“*leveling down*”), situação em que todos são *tratados igualmente mal*, entre outras insuficiências, *vd.* SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, cit., pp. 716-720 e DANIEL MOECKLI, “Equality and non-discrimination”, in Daniel Moeckli *et al.* (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, OUP, 2022, pp. 151-167, pp. 152-154. *Vd.* ainda FERNANDO REY MARTINEZ e LUÍSA NETO (coord.), *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 13 ss.

²⁹ Sobre diversas modalidades de discriminação, veja-se FERNANDO REY MARTINEZ e LUÍSA NETO (coord.), *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 103 ss.

³⁰ Esta é frequentemente identificada com medidas destinadas a promover a igualdade de oportunidades ou a igualdade de resultados. Segundo a primeira, as pessoas deverão ser tratadas de forma igual e ter as mesmas oportunidades, removendo-se as barreiras existentes para certos grupos em posição de desvantagem. A segunda vai mais longe, tentando redistribuir bens sociais como a educação ou a saúde e garantindo a representação dos grupos desfavorecidos através de quotas ou tratamentos preferenciais, *vd.* DANIEL MOECKLI, “Equality and non-discrimination”, cit., pp. 152-154 e SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, cit., p. 720 a 724.

participação, e (d) acomodar a diferença e atingir mudanças estruturais ³¹. Para SANDRA FREDMAN, este entendimento reflete o princípio de que o direito à igualdade deve responder (ser responsivo) aos “desfavorecidos, diminuídos, excluídos ou ignorados” ³².

Continuando a acompanhar a autora ³³, a correção das desvantagens supõe, escreve, que se afaste o mandato de neutralidade (que proíbe tratamentos diferenciados com base em determinados fatores) e se adotem medidas dirigidas aos grupos que estão em posição desvantajosa ³⁴. Entre os desafios desta dimensão está o de identificar a “desvantagem relevante”: para a autora, além da desvantagem econômica, deve também atender-se à desvantagem resultante da distribuição social do poder e à desvantagem como privação de oportunidades genuínas para prosseguirmos as escolhas que entendemos valiosas e significativas, de acordo com a supra referida *capabilities approach*, e que são influenciadas pelas oportunidades econômicas, liberdades políticas, educação básica, condições de saúde, entre outras ³⁵. O combate ao estigma, aos estereótipos e à humilhação como dimensão da igualdade está ligado ao conceito de reconhecimento, pois a forma como somos (ou não) reconhecidos pelos outros afeta a nossa identidade, que é construída de várias formas, através das normas, das práticas sociais e das relações com os outros ³⁶. A dimensão participativa implica, por um lado, dar voz aos que não têm voz e aos que foram ou são excluídos das tomadas de decisões e, por outro, ver as pessoas como seres sociais, integrados numa comunidade ³⁷. Finalmente, a igualdade substancial implica acomodar a diferença, tendo em conta as características pessoais (e.g. género,

³¹ SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, cit. p. 712 e 727 ss.

³² SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, cit. p. 712.

³³ SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, cit. p. 727 ss.

³⁴ Com vantagem em relação à perspectiva da igualdade de resultados, pois proíbe o *leveling down*, escreve SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, cit., p. 729.

³⁵ Apesar da relação entre dignidade e igualdade, SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, cit., pp. 724-727, 730-3, 733. Contudo, a forma de entender esta relação depende também do entendimento de dignidade que se adote. Assim, a perspectiva das *capabilities* permite densificar o conceito de dignidade como capacitação para autonomia. V. ANABELA COSTA LEÃO, “Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos”, cit., pp. 36 ss. e bibliografia aí indicada.

³⁶ SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, cit., pp. 730-731.

³⁷ SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, cit., pp. 731-732.

idade, condição de saúde, religião) que permanecem invisíveis no entendimento formal da igualdade, levando em conta, não a diferença, mas a desigualdade que resulta da diferença³⁸. A esta dimensão a autora chama “igualdade substancial transformadora”.

Esta proposta apresenta uma leitura complexa da igualdade, que permite captá-la nas suas várias dimensões (*e.g.* individuais, de grupo, estruturais) e exigências (*e.g.* não discriminação, diferenciação, acomodação), relacionadas entre si e por vezes conflitantes³⁹. Num Estado responsivo, o papel dos poderes públicos (e, também e cada vez mais, de atores privados) será, naturalmente, diferenciado consoante a dimensão de concretização e garantia em causa. Contudo, a articulação destas quatro dimensões corresponde a um aprofundamento da proteção da igualdade num sentido mais inclusivo.

Um entendimento amplo de igualdade substancial foi — expressa e exemplarmente — sustentado pelo Comité das Nações Unidas para os Direitos das Pessoas com Deficiência. Segundo o Comité, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque)⁴⁰ baseia-se num novo modelo de igualdade — a *igualdade inclusiva* — que abrange o modelo de igualdade substantiva mas “desenvolve o conteúdo da igualdade (a) numa dimensão de *redistribuição justa* para responder a desvantagens socioeconómicas; (b) numa dimensão de *reconhecimento* para combater o estigma, estereótipo, preconceito e violência e para reconhecer a dignidade dos seres humanos e a sua interseccionalidade; (c) numa *dimensão participativa* que reafirma a natureza social das pessoas como membros de grupos sociais e o reconhecimento pleno da humanidade através da inclusão na sociedade, e (d) uma *dimensão acomodadora* que deixa espaço à diferença como exigência de dignidade humana”⁴¹. De outra perspetiva, a igualdade na Convenção é uma igualdade *complexa*, entendida não apenas em sentido

³⁸ SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, *cit.*, pp. 732-734.

³⁹ SANDRA FREDMAN, “Substantive equality revisited”, *cit.*, p. 734-738.

⁴⁰ Aprovada em Nova Iorque em 2007, de que Portugal é parte.

⁴¹ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *General Comment n. 6 (2018) on equality and non-discrimination*, CRPD/C/GC/6, p. 3, § 11 (tradução nossa). Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/1626976?v=pdf>. *Vd.* ANABELA COSTA LEÃO, “Anotação ao Artigo 5.º Igualdade e não discriminação”, *in* Joaquim Correia Gomes, Luísa Neto e Paula Távora Vítor (coord.), *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Comentário*, INCM, 2020, pp. 71-78, p. 73.

formal, mas também material (*v. supra*), vetando a discriminação sob diversas formas (alínea *b*) do artigo 3.º promovendo a igualdade de oportunidades (alínea *e*) do artigo 3.º e reconhecendo e valorizando a diferença (alínea *d*) do artigo 3.º), e impondo uma obrigação de diferenciação ⁴².

2.2. Igualdade complexa e a proteção do direito à saúde no âmbito dos direitos humanos

O direito à saúde consta hoje de vários instrumentos de direitos humanos e fundamentais, universais, como o artigo 25.º da DUDH e o artigo 12.º do PIDESC, e regionais, como o artigo 35.º da CDFUE e o artigo 11.º da *Carta Social Europeia*, e também em muitos textos constitucionais (incluindo no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa).

Tal como o TEDH tem afirmado por diversas vezes, a CEDH não consagra um direito à saúde ⁴³. Não obstante, prevê uma proibição de discriminação no exercício dos direitos previstos (artigo 14.º) e consagra direitos, como o direito à vida (artigo 2.º), o direito à proteção contra tratamentos desumanos e degradantes (artigo 3.º) e a proteção da reserva da vida privada (artigo 8.º), estreitamente ligados à saúde. Por essa via, o TEDH tem admitido e apreciado diferentes pretensões relativas à proteção da saúde, em variados domínios (*e.g.* consentimento para a realização de intervenções médicas, direitos reprodutivos, procriação medicamente assistida), reconhecendo obrigações de providenciar cuidados de saúde e proteger os direitos dos pacientes, nas relações verticais, mas também nas relações entre particulares ⁴⁴.

Online em https://imprensanacional.pt/wp-content/uploads/2022/03/Convencao_sobre_direitos_das_pessoas_com_deficiencia.pdf.

⁴² Como se escreveu já em ANABELA COSTA LEÃO, “Anotação ao Artigo 5.º...”, cit., p. 73.

⁴³ AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, “The Council of Europe”, in Brigit Toebes *et. al.*, *Health and Human Rights. Global and European Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 119-162, p. 130 e TEDH, *Caso Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, cit.

⁴⁴ AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, cit., pp. 132, 152 e FÁTIMA CASTRO MOREIRA, “Direito à saúde”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. I, Lisboa, UCP Editora, pp. 619-645.

Já a *Carta Social Europeia*, adotada no âmbito do Conselho da Europa e revista em 1996⁴⁵, contempla um vasto leque de direitos sociais e consagra expressamente no seu artigo 11.º o direito à saúde, além de conter previsões específicas para a saúde dos trabalhadores (artigo 3.º) e das crianças e jovens (artigo 7.º), para o direito a assistência social e médica (artigo 13.º), e de contemplar expressamente a proibição de discriminação no gozo dos direitos da Carta com base na saúde (artigo E), este último acrescentado em 1996⁴⁶.

O cumprimento da Carta é monitorizado por um Comité Europeu dos Direitos Sociais⁴⁷. O Comité tem dado um contributo significativo para a densificação deste direito à saúde⁴⁸. Designadamente, tem enfatizado que o acesso à saúde deve fazer-se sem discriminação⁴⁹ e que “restrições à aplicação do artigo 11.º não podem ser interpretadas de modo a impedir que grupos desfavorecidos exerçam o seu direito à saúde”⁵⁰. Ainda no plano regional europeu, merece especial referência a *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina*⁵¹, que estabelece um direito de acesso equitativo a “cuidados de saúde de qualidade apropriada” (artigo 3.º).

⁴⁵ Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/carta-social-europeia-revista-20>. A Carta vigora em Portugal desde 2002, tendo sido aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17/10 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17/10.

⁴⁶ Sobre a questão, AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, cit., pp. 153-157.

⁴⁷ Este, ao contrário do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não aprecia queixas individuais nem situações individuais.

⁴⁸ Sobre este contributo, AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, cit., pp. 153-157, e Voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque ao Acórdão do Tribunal Pleno do TEDH, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, n.º 560880/13, 19/12/2017, em especial § 24, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-179556>.

⁴⁹ AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, cit., pp. 153-157 e decisões aí referidas.

⁵⁰ Voto do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque ao Acórdão *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, cit., § 24. Veja-se ainda AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, cit., pp. 153-157 e decisões aí referidas.

⁵¹ Aprovada em 1997 no âmbito do Conselho da Europa, entrou em vigor na ordem internacional em 1 de dezembro de 1999 e, em Portugal, em 1 de dezembro de 2003. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-proteccao-dos-direitos-do-homem-e-da-dignidade-do-ser-humano-face-22>.

O direito à saúde é tipicamente identificado como um direito social e como um direito de segunda geração, um direito positivo ou a prestações do Estado, implicando custos e a realização progressiva através de políticas públicas e afetação de recursos financeiros. Tanto assim é que se encontra previsto no PIDESC e não no PIDCP. Porém, não só os direitos humanos e fundamentais são indivisíveis, não havendo direitos mais importantes do que outros, como a distinção entre direitos de primeira e segunda geração é apenas tendencial, já que, na realidade, todos os direitos implicam, em maior ou menor medida, obrigações de prestação positiva e de abstenção, bem como custos⁵². Acresce que, do prisma dos bens protegidos, a proteção da saúde acaba por se relacionar com direitos ditos de primeira geração, como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à reserva da vida privada, o que favorece uma leitura conjugada da proteção conferida por vários direitos e por várias disposições normativas.

O Comentário Geral n.º 14 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais sobre o direito ao nível mais elevado de saúde (elaborado ao abrigo do referido artigo 12.º do PIDESC)⁵³, adotado em 2000, deu um contributo importante para compreender o âmbito do direito à saúde, explicando que se trata, não de um direito a ser saudável, mas de uma expressão de síntese para algo mais complexo, que inclui liberdades e direitos⁵⁴. Também não se trata apenas de um direito a cuidados de saúde, estendendo-se às circunstâncias e às determinantes sociais da saúde, como a alimentação e a nutrição, a

⁵² Sobre esta distinção e sua relativização, *inter alia*, JORGE REIS NOVAIS, Direitos Sociais, AAFDL, 2021.

⁵³ UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment no. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/2000/4, disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/425041>.

⁵⁴ BRIGIT TOEBES/ KATHARINA Ó CATHAOIR, “The right to health...”, cit., pp. 30 ss. Como se lê no § 8, do Comentário, “[t]he right to health is not to be understood as a right to be healthy. The right to health contains both freedoms and entitlements. The freedoms include the right to control one’s health and body, including sexual and reproductive freedom, and the right to be free from interference, such as the right to be free from torture, non-consensual medical treatment, and experimentation. By contrast, the entitlements include the right to a system of health protection which provides equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable level of health”.

habitação, o acesso a água potável e segura e a saneamento, condições de trabalho seguras, e um ambiente saudável (§ 4), mostrando que as condições em que as pessoas vivem são determinantes para o seu bem-estar e nível de saúde ⁵⁵.

No § 12 do Comentário, o Comité desenvolve o conteúdo do direito à saúde, cujo cumprimento se exige aos Estados, através dos “princípios AAAQ” — *availability, accessibility, acceptability, quality*. A disponibilidade (*availability*) supõe que os cuidados públicos, estruturas, bens e serviços de saúde estejam disponíveis em quantidade suficiente (sob reserva de vários fatores, incluindo o desenvolvimento do Estado ⁵⁶), incluindo as determinantes de saúde, como água potável, saneamento, hospitais, clínicas, profissionais de saúde e medicamentos. Os cuidados de saúde, bens e serviços devem também estar acessíveis a todos sem discriminação (*accessibility*), desdobrando-se este princípio em quatro dimensões: não-discriminação, acessibilidade física, acessibilidade económica e acessibilidade da informação, com especial atenção à situação dos mais desfavorecidos e vulneráveis. Por seu turno, a aceitabilidade (*acceptability*) significa que os cuidados, bens e serviços de saúde devem respeitar a ética médica e ser “culturalmente apropriados”, ou seja, respeitar as características culturais dos indivíduos e grupos, bem como ser sensíveis ao género e aos ciclos de vida, sendo concebidos para respeitar a confidencialidade e melhorar o estado de saúde daqueles a que se dirigem. Finalmente, os cuidados, bens e serviços de saúde devem ser apropriados do ponto de vista científico e médico e de qualidade (*quality*) ⁵⁷.

O impacto da digitalização e da inteligência artificial na prestação de cuidados de saúde é, aqui como noutros domínios, ambivalente ⁵⁸. O recurso a tecnologias digitais de saúde pode favorecer a acessibilidade e a inclusão de todos, simplificar procedimentos ou

⁵⁵ BRIGIT TOEBES/KATHARINA Ó CATHAOIR, “The right to health...”, cit., pp. 30-31.

⁵⁶ Segundo RUI NUNES, Healthcare as a Universal Human Right..., cit., pp. 35 ss., a realização de um direito universal de acesso a cuidados de saúde deve levar em conta as diferentes realidades dos Estados.

⁵⁷ UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment no. 14 (2000), cit.

⁵⁸ KATHARINA Ó CATHAOIR, “Digital Healthcare Technologies and Human Rights”, in Brigit Toebes *et. al.*, *Health and Human Rights. Global and European Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 327 ss., pp. 349 ss.

mesmo tornar certos procedimentos mais objetivos, por exemplo eliminando os vieses discriminatórios nas práticas dos profissionais de saúde ⁵⁹. Contudo, são também visíveis constrangimentos à acessibilidade, por falta de acesso às tecnologias de saúde e iliteracia digital, e riscos acrescidos de discriminação, já que o recurso à inteligência artificial, apesar de aparentemente neutro, pode conduzir à reprodução e amplificação de estereótipos.

Segundo BRIGIT TOEBES e KATHARINA Ó CATHAOIR, aos quatro princípios analisados supra podem acrescentar-se ainda dois princípios, o princípio da responsabilidade (*accountability*) e o princípio da participação (*participation*), passando-se assim a uma fórmula AAAQ-AP (*availability, accessibility, acceptability, quality, accountability, participation*) ⁶⁰. O *princípio da responsabilidade* exige que os poderes públicos demonstrem e justifiquem que cumpriram as suas obrigações relacionadas com o direito à saúde ⁶¹. Esta dimensão de prestação de contas e transparência é especialmente relevante considerando as escolhas que os poderes públicos têm de fazer quanto aos cuidados prestados em contexto de escassez de recursos ⁶². O *princípio da participação* exige que as pessoas tenham uma palavra a dizer nas decisões relativas ao setor da saúde, devendo os Estados garantir a participação nas tomadas de decisão e na definição e políticas públicas de saúde ⁶³.

Esta dimensão de participação reforça a dimensão democrática do acesso à saúde e da elaboração das políticas de saúde. Trata-se de promover a participação e a inclusão na tomada de decisões relativas a saúde, como foi já enfatizado pelo Alto-Comissário das

⁵⁹ KATHARINA Ó CATHAOIR, “Digital Healthcare Technologies...”, cit., pp. 349 ss.

⁶⁰ BRIGIT TOEBES/ KATHARINA Ó CATHAOIR, “The right to health...”, cit., pp. 34-36.

⁶¹ BRIGIT TOEBES/ KATHARINA Ó CATHAOIR, “The right to health...”, cit., pp. 34-36.

⁶² O que impõe, para as autoras, a existência de informação sobre saúde para que possam ser elaboradas políticas públicas adequadas, por um lado, e para que as pessoas tenham informação relacionada com a saúde, por outro, mecanismos de *accountability* e garantias de defesa, judiciais e não judiciais (e.g. provedores de justiça de saúde), e mecanismos de supervisão. Sobre esta dimensão, também RUI NUNES, Healthcare as a Universal Human Right..., cit., pp. 9 ss. e 40 ss.

⁶³ BRIGIT TOEBES/ KATHARINA Ó CATHAOIR, “The right to health...”, cit., pp. 34-36.

Nações Unidas para os Direitos Humanos no seu Relatório (2019) sobre direitos humanos e cobertura universal de saúde ⁶⁴. A participação é vista como um imperativo do princípio democrático, segundo o qual todas as vozes devem estar representadas nos processos de tomada de decisão, devendo em especial envolver os membros da comunidade, incluindo as pessoas mais vulneráveis, como crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, pessoas em situação de pobreza, cujas perspectivas devem ser tidas em contas e consideradas prioritárias nas matérias que lhes digam especificamente respeito (§§ 43 e 44) ⁶⁵.

Nesta abordagem “AAAQ-AP” encontramos várias dimensões de uma igualdade entendida em termos substanciais no sentido amplo *supra* enunciado: não se trata apenas de não discriminar no acesso a cuidados de saúde com base numa das categorias proibidas, mas também garantir reais oportunidades de acesso, de respeitar diferenças culturais como dimensão de acessibilidade e de promover a participação em questões de saúde.

Da consagração do direito à saúde como direito humano resultam obrigações concretas para os Estados. Apesar de reconhecer que o direito à saúde está previsto no PIDESC sob reserva de recursos, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais sustenta que há obrigações de efeito imediato, como a garantia de que o direito à saúde será exercido sem discriminação e o dever de adotar medidas concretas, deliberadas e continuadas tendentes à progressiva realização do direito ⁶⁶. À luz do PIDESC, e à semelhança da generalidade dos direitos humanos, o direito à saúde impõe aos Estados obrigações de respeito, proteção e promoção ⁶⁷

⁶⁴ UN HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Report on Universal health coverage and human rights*, E/2019/52, 2019, disponível em <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/e201952-report-universal-health-coverage-and-human-rights>

⁶⁵ Isto mesmo resulta de forma particularmente nítida, para as pessoas com deficiência, do n.º 3 do artigo 4.º da Convenção de Nova Iorque. *Vd. ainda UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, General Comment No. 7 (2018) on the participation of persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations.*

⁶⁶ UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment no. 14 (2000), cit., §§ 30-32.

⁶⁷ UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment no. 14 (2000), cit., §§ 33 e ss. Sobre estas, BRIGIT TOEBES/KATHARINA Ó CATHAOIR, “The right to health...”, cit., pp. 36 ss.

que se desdobram em concretas obrigações negativas (*non facere*) e positivas (*facere*) dos Estados. Assim, os Estados deverão abster-se de práticas discriminatórias no acesso a cuidados de saúde ou de práticas nocivas para a saúde (*e.g.* poluição), mas igualmente adotar legislação que garanta o acesso igual a cuidados de saúde, adotar políticas de saúde e assegurar infraestruturas de prestação de cuidados e pessoal especializado, bem como adotar medidas positivas que promovam a participação e a realização do direito à saúde, como garantir serviços de saúde “culturalmente apropriados” e sensíveis às necessidades dos mais vulneráveis⁶⁸. O Estado tem ainda o dever de proteger as pessoas contra terceiros, assegurando que estes não põem em causa o conteúdo garantístico do artigo 12.º PIDESC (que tem, assim, eficácia horizontal, ainda que mediada pelo Estado)⁶⁹. Logo, não se pede apenas ao Estado que não discrimine, mas igualmente que proteja contra a discriminação (sancionando as discriminações) e que adote medidas de realização de uma igualdade substancial.

No âmbito regional, o TEDH — aplicando a CEDH, que, reitera-se, não protege especificamente o direito à saúde — tem entendido que da CEDH (*maxime*, do seu artigo 1.º) resultam para as autoridades nacionais obrigações negativas, pelo que devem abster-se de interferir de forma arbitrária nos direitos previstos pela Convenção, e obrigações positivas, pelo que devem, designadamente, adotar medidas adequadas para proteger ativamente e garantir o gozo dos direitos previstos na CEDH e assegurar os direitos através de um quadro legal adequado e/ou através de obrigações processuais, por exemplo investigar as alegadas violações de direitos⁷⁰. Como nota JANNEKE GERARDS, esta doutrina das obrigações positivas tem sido fundamental para o reforço da garantia geral dos direitos da CEDH, para a incorporação de direitos económicos, sociais e culturais e para o reconhecimento dos efeitos horizontais das normas da CEDH nas

⁶⁸ Estes e outros exemplos podem encontrar-se em UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment no. 14 (2000), cit., §§ 33 e ss.

⁶⁹ UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment no. 14 (2000), cit., §§ 34 e ss.

⁷⁰ KOEN LEMMENS, “General survey of the Convention”, in Peter van Dijk *et al.*, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, 2018, pp. 1-78, p. 11; AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, cit., pp. 125-126.

relações entre particulares ⁷¹. E, com efeito, o TEDH tem imposto aos Estados diversos deveres em matéria de saúde com base na doutrina das obrigações positivas ⁷².

3. ILUSTRANDO A RELAÇÃO ENTRE SAÚDE, DIREITOS E IGUALDADE NO TEDH

Cabe agora ilustrar a igualdade “complexa” ou “inclusiva” em matéria de saúde. Para o efeito, recorre-se à jurisprudência do TEDH, que exerce grande influência nas ordens jurídicas dos Estados Membros, e que, no que toca ao controlo da igualdade e da discriminação em geral, tem caminhado no sentido de uma igualdade substancial ⁷³.

Do princípio da igualdade e não discriminação ⁷⁴ resulta a proibição de discriminações no acesso a cuidados de saúde ou na realização de procedimentos de saúde com base em características proibidas, como o género, a idade, a cultura ou a própria condição de saúde. O artigo 14.º da CEDH proíbe a discriminação no “gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na (...) convenção” sendo que o artigo 1.º do Protocolo n.º 12, indo mais longe, contém uma proibição geral de discriminação ⁷⁵. Apesar da natureza “dependente” do

⁷¹ JANNEKE GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2019, p. 109-110. A afirmação destas obrigações positivas aproxima, de resto, os direitos da CEDH de direitos sociais, nota AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, cit., p. 124.

⁷² AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, cit., pp. 125 ss.

⁷³ Assim, SANDRA FREDMAN, SANDRA FREDMAN, “Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 16 (2), 2016, pp. 273—301, p. 274 e *passim*, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw001>. *Vd.* também NATALIA ALKAVIADOU e ANDREA MANOLI, *The European Court on Human Rights through the lens of gender: an evaluation*, *Goettingen Journal of International Law*, 11 (1), 2021, pp. 191-211, pp. 197 ss., https://www.gojil.eu/issues/111/ManoliAlkiviadou_Final.pdf

⁷⁴ Apesar de a CEDH e o Protocolo n.º 12 se referirem a uma “proibição de discriminação”, igualdade e não discriminação estão ligados, como se reconhece em COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Protocol no. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4/11/2020, p.3, disponível em <https://rm.coe.int/09000016800cce48>.

⁷⁵ Sobre estes, v. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of*

artigo 14.º, a verdade é que o Tribunal tem interpretado de forma alargada a relação com os direitos da CEDH, por exemplo não exigindo que haja violação do direito substantivo, mas apenas que os factos do caso se enquadrem no âmbito de um direito substantivo previsto na Convenção ou nos seus protocolos, incluindo os chamados “direitos adicionais”, para acionar a proteção do artigo 14.º ⁷⁶.

Note-se que, apesar de nem o artigo 14.º nem o artigo 1.º do Protocolo n.º 12 à CEDH referirem expressamente a condição de saúde entre as categorias proibidas, são elencos meramente exemplificativos, pelo que outras circunstâncias podem relevar nos termos da menção final “qualquer outra situação”, que o Tribunal tem interpretado com elasticidade ⁷⁷. O TEDH considerou já a que “qualquer outra situação” inclui a orientação sexual, a deficiência, a idade e a condição de saúde, incluindo ser portador de HIV ou ter uma doença mental ⁷⁸. O Tribunal tem também reconhecido eficácia horizontal à proteção contra a discriminação estabelecida no artigo 14.º da CEDH ⁷⁹.

A CEDH não define discriminação. Como escreve SANDRA FREDMAN ⁸⁰, o Tribunal começou por considerar proibidas as diferenças de tratamento sem justificação objetiva e razoável, e durante muito tempo baseou o seu entendimento da igualdade no entendimento formal e na fórmula de que “os iguais devem ser tratados de forma igual”, vindo posteriormente a admitir que a igualdade é também violada quando, sem justificação razoável e objetiva, não se

Protocol no. 12 to the Convention. Prohibition of discrimination, 29/02/2024, disponível em https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_14_art_1_protocol_12_eng#page13 (posteriormente atualizado).

⁷⁶ Assim, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 14 ..., cit., pp. 6-9 e SANDRA FREDMAN, “Emerging from the Shadows...”, cit., pp. 275 ss. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw001>.

⁷⁷ SANDRA FREDMAN, “Emerging from the Shadows...”, cit., pp. 277 ss., EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 14 ..., cit. pp. 38 ss. e COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report, cit., p. 5, § 20.

⁷⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 14 ..., cit., pp. 38 ss. Em *Kiyutin v. Rússia*, n.º 2700/10, 15/03/2011, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103904>, o TEDH sublinhou que o artigo 14.º continha uma enumeração exemplificativa e que “qualquer outra situação” abrangia a condição de saúde, incluindo a infeção por HIV (§ 56-57).

⁷⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 14 ..., cit. p. 9 e, de forma mais reticente para o Protocolo n.º 12, COUNCIL OF EUROPE, Explanatory Report, cit., §§ 27 e 29.

⁸⁰ SANDRA FREDMAN, “Emerging from the Shadows...”, cit., pp. 278-280.

diferenciam pessoas em situações significativamente diferentes ⁸¹. Assim, tem entendido que o artigo 14.º proíbe a discriminação, mas também impõe aos Estados, em certas circunstâncias, obrigações positivas para prevenir, parar ou punir discriminações, incluindo as chamadas discriminações reversas, ações positivas ou medidas de ação afirmativa estimadas a corrigir desigualdades de facto ⁸². O TEDH tem considerado que o artigo 14.º proíbe também o assédio e as instruções para discriminar, vistas como manifestações de discriminação direta, as discriminações indiretas e a discriminação por associação ⁸³. Considerou já também, no caso *Çam v. Turquia* (2016) ⁸⁴, que a recusa em providenciar acomodação razoável para permitir a uma estudante invisual a frequência de um curso de música constitui uma forma de discriminação ⁸⁵.

O Tribunal tem ainda reconhecido a coexistência de fatores de discriminação, operando de forma separada ou em interação, e.g. género e etnia ou género e idade, e o papel desempenhado pelos estereótipos na adoção de práticas e soluções legais discriminatórias ⁸⁶. O conhecido caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal* (2017) ⁸⁷ é, a este propósito, muito ilustrativo ⁸⁸. Na sua

⁸¹ No caso *Thlimmenos v. Grécia*, n.º 34369/97, 01/04/2000, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561>.

⁸² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 14 ..., cit., pp. 11 ss.

⁸³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 14 ..., cit., pp. 13-14 e SANDRA FREDMAN, “Emerging from the Shadows...”, cit., pp. 280 ss.

⁸⁴ TEDH, *Çam v. Turkey*, n.º 51500/09, 23/02/2016, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161149>.

⁸⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 14..., cit., p. 15.

⁸⁶ Para exemplos, vd. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 14 ..., cit., pp. 15-16 e 25 ss.

⁸⁷ TEDH, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, n.º 17484/15, 25/10/2017, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175659> Sobre o caso, para uma leitura interdisciplinar, MADALENA DUARTE, “Olhares feministas sobre o Direito e o TEDH: o caso Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal”, *Araucaria*, 23(46), 2021, pp. 553-570, <https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.27>

⁸⁸ Em virtude de negligência médica numa cirurgia, da qual resultaram dores, incontinência urinária e a impossibilidade de relações sexuais, foi atribuída à requerente uma indemnização por danos não patrimoniais cujo valor o Supremo Tribunal Administrativo português baixou em sede de recurso, considerando a idade da requerente (50 anos), idade em que a sexualidade já não seria tão relevante quanto em idades mais jovens, e o facto de já ter filhos crescidos e

decisão, o Tribunal reconheceu que a idade e o gênero da requerente tinham sido decisivos na decisão final do Supremo Tribunal Administrativo que baixou a indemnização que lhe tinha sido concedida pelos danos resultantes de negligência médica num cirurgia, da qual resultaram dores e incapacidade de ter relações sexuais (§ 53), havendo discriminação ao abrigo, conjugadamente, dos artigos 8.º e 14.º CEDH ⁸⁹. O TEDH evidenciou ainda o papel desempenhado pelos preconceitos e estereótipos de gênero na decisão judicial (§ 54) ⁹⁰.

Este aprofundamento da igualdade substancial tem também passado pelo recurso ao conceito de vulnerabilidade. A universalidade da vulnerabilidade como parte da nossa condição ontológica, como propõe MARTHA FINEMAN ⁹¹, não obsta ao reconhecimento de que alguns são especialmente vulneráveis, em virtude de certas características (e.g. gênero, idade, deficiência) ou das situações em que se encontram ⁹². Apesar de se tratar de categorias diferentes, a consideração

apenas precisar de cuidar do marido, não precisando de uma empregada doméstica a tempo inteiro, baseando-se em considerações genéricas sobre a importância da sexualidade para as mulheres em função da idade e desconsiderando a situação da requerente. A requerente alegou uma discriminação com base na idade e no gênero, invocando os artigos 8.º e 14.º CEDH.

⁸⁹ A natureza interseccional, que o TEDH não declarou, cruzando idadeísmo e sexismo, foi evidenciada por SENEM GUROL, “Challenging Gender Stereotyping before the ECtHR: Case of Carvalho Pinto v. Portugal”, EJIL: Talk!, 21/09/2017, disponível em <https://www.ejiltalk.org>.

⁹⁰ Vejam-se ainda as Opiniões Concorrentes da Juíza Motoc e da Juíza Yudkivska, e a crítica à decisão do Tribunal na Opinião dissidente dos juízes Ravanani and Bošnjak, em especial quanto ao teste de comparação. V. ainda, *inter alia*, LOURDES PERONI, “Age and Gender Discrimination: Laudable Anti-Stereotyping Reasoning in Carvalho Pinto v. Portugal”, Strasbourg Observers, 18/09/2017, disponível em <https://strasbourgobservers.com>.

⁹¹ Sobre o conceito de vulnerabilidade, remetemos para o que escrevemos em ANABELA COSTA LEÃO, “O Estado perante a vulnerabilidade...”, cit., e para ELENA PARIOTTI, “Vulnerability and Human Rights: Which Compatibility?”, *International Journal for the Semiotics of Law*, 36, 2023, pp. 1401—1413 (2023). <https://doi.org/10.1007/s11196-023-09977-y>.

⁹² Com base na definição proposta por JORGE GRACIA IBÁÑEZ, a *especial vulnerabilidade* é a vulnerabilidade associada a “pessoas, lugares ou comunidades que (a) experimentam desvantagens sociais; (b) adversidades específicas para controlar as forças que modelam o seu próprio destino ou para contrariar os seus efeitos sobre o bem-estar e, (c) incapacidade para aproveitar as oportunidades disponíveis nos diferentes âmbitos socioeconómicos para melhorar a sua situação de bem-estar ou impedir a sua deterioração”, *vd.* JORGE GRACIA IBÁÑEZ, “El reconocimiento de los derechos humanos de las personas

da vulnerabilidade é relevante para a proteção da igualdade substancial⁹³. O recurso à vulnerabilidade não está, contudo, isento de críticas — uma das quais, precisamente, o risco de contribuir para a perpetuação de estereótipos⁹⁴.

Na sua jurisprudência, o TEDH tem identificado pessoas e grupos vulneráveis, *e.g.* pessoas Roma, pessoas com saúde debilitada e portadores de HIV, portadores de deficiência, pessoas em situação de pobreza e menores não acompanhados⁹⁵. Segundo LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, o recurso à vulnerabilidade (que, contudo, não define em termos abstratos) permitiu ao Tribunal aprofundar a igualdade num sentido substancial, sensível às situações de assimetria e à necessidade de diferenciação, além da proteção contra a discriminação⁹⁶. Não só as características que determinam a vulnerabilidade podem estar na base de discriminações injustificadas, como a identificação de uma condição de vulnerabilidade pode determinar, para os Estados, a existência de deveres de proteção específica e acrescida, notam, e para encurtar a margem de apreciação reconhecida aos Estados na aplicação da CEDH, reforçando o escrutínio das medidas estaduais⁹⁷. Foi o que sucedeu no caso *Kiyutin v. Rússia* (2011)⁹⁸, relativo à recusa de uma autorização de residência a um estrangeiro portador de HIV, em que o TEDH considerou que o facto de se tratar de um grupo

mayores en la *sociedad edadista*. Una perspectiva española”, in F. Arlettaz e M. T. Palacios Sanabria (eds.), *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 127-157, p. 129.

⁹³ Sobre a questão, FERNANDO REY MARTINEZ e LUÍSA NETO (coord.), *Direito Antidiscriminatório*, cit., e, para uma discussão crítica sobre a relação entre igualdade e vulnerabilidade, v. ELENA PARIOTTI, “Vulnerability and Human Rights...”, cit., em especial pp. 1405-1406.

⁹⁴ ANABELA COSTA LEÃO, “O Estado perante a vulnerabilidade...”, cit., e bibliografia aí citada.

⁹⁵ O TEDH não estabeleceu, contudo, um conceito genérico de grupo vulnerável. Sobre a origem e o desenvolvimento da proteção de grupos vulneráveis pelo TEDH, *vd.* LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, pp. 1056-1085.

⁹⁶ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, “Vulnerable groups”, cit., pp. 1074 ss.

⁹⁷ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, “Vulnerable groups”, cit., pp. 1074 ss.

⁹⁸ TEDH, *Kiyutin v. Rússia*, cit.

vulnerável justificava um escrutínio estrito e uma margem de apreciação estreita do poder estadual (§ 63 e 64) ⁹⁹.

O Tribunal foi chamado a apreciar diversos casos de esterilização forçada de mulheres Roma ¹⁰⁰. Estes casos são relevantes em matéria de consentimento informado, que é uma das dimensões que o TEDH enfatiza em matéria de cuidados de saúde, mas cruzam também dimensões de discriminação étnica e proteção de grupos vulneráveis. Tomando como exemplo *V.C. contra a Eslováquia* (2011) ¹⁰¹, uma mulher de origem Roma foi esterilizada num hospital por ocasião do parto. O TEDH salientou a relevância do consentimento claro e obtido em condições adequadas, nos termos dos parâmetros internacionais ¹⁰², o que não se tinha verificado no caso, e considerou violado o artigo 3.º da CEDH ¹⁰³. O Tribunal considerou o contexto de discriminação das mulheres Roma e a sua vulnerabilidade a preconceitos e discriminação, bem como a ausência de mecanismos que garantissem o respeito pela autonomia da requerente quanto à sua saúde reprodutiva enquanto membro de um grupo vulnerável no contexto das esterilizações forçadas, afirmando ter havido violação do artigo 8.º, do qual resultam obrigações positivas de proteção da

⁹⁹ Como salienta ALEXANDRA TIMMER, “Kiyutin v. Rússia: landmark case concerning the human rights of people living with HIV”, Strasbourg Observers, 21/03/2011, disponível em <https://strasbourgobservers.com>.

¹⁰⁰ Para uma lista de casos, v. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Fact-sheet — Reproductive Rights, December 2023. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Reproductive_ENG.

¹⁰¹ TEDH, *V.C. v. Slovakia*, n.º 18968/07, 8.11.2011. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-107364> Para um comentário, LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, “Court condemns forced sterilization of Roma woman”, Strasbourg Observers, 17/11/2011. Disponível em <https://strasbourgobservers.com>.

¹⁰² Como notam LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, “Court condemns forced sterilization ...”, cit., o TEDH baseou o consentimento informado em documentos internacionais, como a *Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina* (Conv. Oviedo) e em princípios gerais como a dignidade humana, a liberdade e a autonomia.

¹⁰³ O consentimento não foi pedido previamente, mas durante o trabalho de parto, em situação em que a requerente, adulta, não estava em condições de prestar um consentimento livre e esclarecido. O TEDH considerou que, mesmo não se tendo provado a intenção da equipa médica de a tratar de forma desumana, a forma como atuou não levou em conta a sua autonomia e direito de escolha como paciente, atingindo o nível de severidade necessário para ser considerada contrária ao artigo 3.º CEDH, que proíbe tratamentos degradantes (§§ 119 e 120).

autonomia e vida privada. Contudo, não considerou autonomamente a questão da discriminação ao abrigo do artigo 14.º da CEDH, o que motivou uma opinião dissidente da Juíza Mijovic. Para a Juíza, a requerente foi submetida a esterilização por causa da sua etnia, tratando-se de uma prática associada à imagem negativa existente sobre a comunidade Roma, e essa discriminação devia ter sido autonomamente apreciada nos termos do artigo 14.º ¹⁰⁴. Em todo o caso, o Tribunal sinalizou e condenou o preconceito a que as mulheres Roma estão submetidas.

O critério da especial vulnerabilidade surgiu mais recentemente, em 2022, no caso *Y.P. v. Rússia*, também relativo a uma esterilização sem consentimento. O Tribunal entendeu haver violação do artigo 8.º da CEDH por não ter sido dado consentimento à intervenção, mas não do artigo 3.º da CEDH, por não ter havido má-fé da equipa médica e não se terem encontrado elementos adicionais, designadamente a pertença a um grupo vulnerável como as mulheres Roma, para considerar atingido o limiar de severidade necessário para haver violação do artigo referido (§ 37) ¹⁰⁵. Diferentemente, o Juiz Serghides entendeu que a vulnerabilidade situacional da requerente, resultante da sua situação de gravidez com problemas, deveria ter sido tida em conta, entendendo-se violado o artigo 3.º CEDH. Este caso ilustra as dificuldades na determinação da vulnerabilidade relevante, na ausência de uma definição genérica, e as divergências sobre a aplicação da categoria no próprio Tribunal ¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Em *I.G., M.K. e R.H. v. Eslováquia*, além de invocarem falhas na obtenção do consentimento, as requerentes invocaram que a esterilização a que foram submetidas constituía uma forma de discriminação e de violência contra as mulheres (§ 160). O TEDH considerou violados os artigos 8.º e 3.º CEDH e considerou não haver necessidade de apreciar autonomamente a questão à luz do artigo 14.º CEDH. Mais uma vez, o argumento da vulnerabilidade das mulheres de etnia Roma foi invocado pelo TEDH na sua argumentação. *Vd. TEDH, I.G., M.K. e R.H. v. Eslováquia*, n.º 15966/04,13.11.2012. disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114514>.

¹⁰⁵ Remete-se ainda, para a distinção e diferente enquadramento entre esterilizações sem consentimento com fundamento em discriminação racial e sem esse fundamento (que era o caso), para a Opinião concorrente da Juíza Elo-segui, criticando também que o TEDH não tenha enquadrado os casos de esterilização sem consentimento de mulheres Roma na Eslovénia no artigo 14.º CEDH.

¹⁰⁶ Sobre a questão, *inter alia*, ANABELA COSTA LEÃO, “Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos”, cit.

A vulnerabilidade no acesso a cuidados de saúde pode resultar da própria condição de saúde, individualmente considerada ou articulada com outras razões de vulnerabilidade. Um caso paradigmático nesta matéria é o caso *Câmpeanu v. Roménia* (2014) ¹⁰⁷. A queixa foi apresentada por uma organização não governamental (*Center of Legal Resources*) em representação de Valentin Câmpeanu, órfão, HIV positivo e sofrendo de uma deficiência mental grave, que faleceu em 2004, aos 18, anos num hospital psiquiátrico. O TEDH salientou que do artigo 2.º da CEDH resultava, para as autoridades, não apenas o dever de não tirar vidas de forma ilegal, como o dever de adotar medidas para proteger os que se encontram sob a sua jurisdição (§ 130). Estas obrigações positivas aplicavam-se no setor da saúde (§ 130), tendo os Estados Membros de garantir a proteção dos direitos dos pacientes em hospitais (públicos ou privados). O TEDH valorizou especialmente a situação das pessoas vulneráveis que estão à guarda do Estado, considerando que os Estados têm especiais deveres para com elas, e considerou violado o artigo 2.º da CEDH nas suas dimensões material, mas também processual. Assim, o TEDH considerou que as autoridades não apenas falharam na sua obrigação de colocar o Sr. Câmpeanu em estabelecimentos com capacidade para prestar cuidados adequados à sua situação, pondo a sua vida em risco ao colocá-lo no hospital psiquiátrico onde veio a falecer, como também não investigaram adequadamente as circunstâncias da sua morte (§ § 135-141).

Os casos analisados até agora dizem respeito à prestação de cuidados de saúde. Contudo, o respeito e proteção da saúde implica igualmente a realização da igualdade e a proteção contra a discriminação com base na condição de saúde fora do contexto de prestação de cuidados de saúde.

Um campo de aplicação importante diz respeito às políticas migratórias ¹⁰⁸. O TEDH já considerou que a condição de saúde pode ser um limite à expulsão ou à recusa de autorizações de residência de

¹⁰⁷ TEDH, *Centro de Recursos Jurídicos em substituição de Valentin Câmpeanu v. Roménia*, n.º 47848/08, 17/04/2014. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145577>.

¹⁰⁸ Para uma visão global, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Key theme — Immigration. Health and Immigration, 29/92/2024, disponível em <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/health-and-immigration>.

estrangeiros ¹⁰⁹. No já citado caso *Kiyutin v. Rússia* (2011) ¹¹⁰, no qual o TEDH se pronunciou pela primeira vez de forma expressa sobre a discriminação de pessoas com HIV ¹¹¹, o Tribunal foi chamado a apreciar a recusa das autoridades russas em conceder uma autorização de residência ao requerente, nacional do Uzbequistão, casado e com família na Rússia, porque testou positivo ao HIV. O requerente invocou tratar-se de uma restrição desproporcionada, não obstante o objetivo legítimo de proteger a saúde pública, e que tal tinha afetado o seu direito à vida familiar ¹¹².

O TEDH apreciou a questão ao abrigo dos artigos 8.º, que protege a vida familiar (§ 53) ¹¹³, e 14.º da CEDH, considerando que a expressão “qualquer outra situação” abrangia a condição de saúde, incluindo a infeção por HIV (§ 56-57). O Tribunal reiterou a sua jurisprudência no sentido de que, para ser legítima, uma diferença de tratamento tem de ter um fim legítimo, ser objetiva e razoável e respeitar a proporcionalidade entre meios e fins, gozando os Estados por regra de uma margem de apreciação na determinação da necessidade de diferenciações (§ 62). O TEDH acentuou o facto de os portadores de HIV serem um grupo particularmente vulnerável, sujeitos a preconceitos e estigmatização, e de, nestes casos, os Estados Membros terem apenas uma margem de apreciação estreita ¹¹⁴. Apesar de reconhecer que se visava um objetivo

¹⁰⁹ O TEDH entendeu já que o poder de expulsão de estrangeiros genericamente reconhecido aos Estados sofre limitações caso se esteja perante uma pessoa com condição de saúde particularmente grave para se considerar atingido o limiar de gravidade ultrapassado o qual existe violação do artigo 2.º da CEDH, vd. TEDH, *Paposhvili v. Belgium*, n.º 41738/10, 13/12/2016, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169662>.

¹¹⁰ TEDH, *Kiyutin v. Rússia*, cit.

¹¹¹ ALEXANDRA TIMMER, “Kiyutin v. Rússia: landmark case concerning the human rights of people living with HIV”, Strasbourg Observers, 21/03/2011, disponível em www.strasbourgobservers.com.

¹¹² O requerente invocou violação dos artigos 8.º, 13.º, 14.º e 15.º da CEDH. O Tribunal apreciou a questão ao abrigo dos artigos 8.º e 14.º da CEDH.

¹¹³ O Tribunal de Estrasburgo notou que a CEDH não garante ao estrangeiro o direito a entrar ou estabelecer-se no território de um Estado; porém, o Estado Membro deve desenhar as suas políticas de imigração de uma forma que seja compatível com os direitos humanos dos estrangeiros, em especial com o direito à proteção da vida privada e familiar e com o direito a não ser sujeito a discriminação (§ 53).

¹¹⁴ Citando o Tribunal (§ 64): “The Court therefore considers that people living with HIV are a vulnerable group with a history of prejudice and stigmatisation

legítimo, a proteção da saúde, o TEDH censurou os meios utilizados, baseando-se em diversos argumentos, designadamente no entendimento dos peritos de saúde e dos organismos internacionais no sentido de as restrições de circulação a portadores de HIV não se justificarem com base em razões de saúde pública, e não fazerem sentido no caso de HIV, dados os modos de transmissão, podendo mesmo ser contraproducentes do ponto de vista da saúde pública (convidando à permanência ilegal de pessoas sem acesso aos cuidados necessários). O Tribunal concluiu que, sendo o requerente membro de um grupo vulnerável, não havendo justificação objetiva e razoável para a proibição de residência nem tendo havido uma avaliação individualizada da situação em causa, o Estado ultrapassou a margem de apreciação estreita, tendo o requerente sido vítima de discriminação com base na sua condição de saúde (§ 74) ¹¹⁵. O Tribunal acentuou o estigma, o preconceito e a discriminação, em suma, a exclusão das pessoas portadoras de HIV/SIDA no contexto europeu, reforçada pela associação a grupos considerados como tendo comportamentos de risco, como homossexuais ou pessoas dedicadas à prostituição, reforçando por essa via os estereótipos e fenómenos de exclusão como a homofobia. Ao salientar a dimensão de exclusão causada pelos preconceitos e pelos estereótipos, o Tribunal realizou uma leitura material da igualdade ¹¹⁶.

Um entendimento substancial da igualdade supõe também diferenciação em função de determinadas características e acomodação da diferença. Em sociedades culturalmente diversificadas e plurais é possível que surjam diferentes entendimentos relativos ao exercício de direitos e aos limites à intervenção do Estado. O respeito

and that the State should be afforded only a narrow margin of appreciation in choosing measures that single out this group for differential treatment on the basis of their HIV status". Salientando este aspeto, ALEXANDRA TIMMER, "Kiyutin v. Rússia...", cit.

¹¹⁵ Em 2016, em *Novruk e outros v. Rússia*, os cinco requerentes viram ser-lhes recusado o visto de residência por o teste obrigatório ao HIV ter dado positivo. O TEDH considerou novamente haver violação conjugada do artigo 8.º e 14.º da CEDH, havendo discriminação em razão da condição de saúde, salientou a inadequação dos controlos de circulação e o consenso europeu no sentido da inadequação das restrições à entrada e circulação dos portadores de HIV do ponto de vista da saúde pública. *Vd. TEDH, Novruk e outros v. Rússia*, n.º 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 e 1817/14, 16/03/2016, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-161379>.

¹¹⁶ SANDRA FREDMAN, "Emerging from the Shadows...", cit., pp. 299-300.

pela identidade cultural e religiosa (de quem presta ou de quem recebe cuidados) pode suscitar questões no acesso a cuidados de saúde ¹¹⁷. Utilizando a jurisprudência do TEDH, os exemplos são vários, desde os obstáculos ao acesso efetivo a cuidados de saúde em virtude da língua aos casos de esterilização forçada de mulheres Roma, já referidos, e à invocação de razões religiosas como fundamento para recusar a vacinação obrigatória, receber uma transfusão de sangue ou realizar, enquanto profissional de saúde, uma interrupção de gravidez.

No caso *Rooman v. Belgium* (2019) ¹¹⁸, o Sr. Rooman, portador de doença mental grave que o tornava incapaz de controlar as suas ações, foi compulsivamente detido numa instituição especializada onde ninguém falava alemão, única língua que falava e compreendia. O alemão é uma das línguas oficiais da Bélgica, mas o hospital psiquiátrico em causa localizava-se numa zona de língua francesa não tendo pessoal médico falante de alemão. O Sr. Rooman invocou que o facto de apenas falar alemão e não ter acesso a cuidados de saúde psicológicos e psiquiátricos adequados à sua situação nessa língua levou a que, na prática, não recebesse cuidados médicos efetivos durante vários anos (13), com degradação da sua saúde mental, em violação dos artigos 3.º e 5.º da CEDH ¹¹⁹. O TEDH afirmou que a CEDH não protege o direito a receber cuidados de saúde na língua do paciente ¹²⁰, mas sustentou também que o Estado deve prestar cuidados de saúde adequados a quem se encontra em internamento compulsivo em razão de perturbação mental, removendo os obstáculos que possam resultar de o paciente e a equipa médica não

¹¹⁷ V. supra, UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment no. 14, cit.

¹¹⁸ TEDH (Tribunal Pleno), *Rooman vs. Bélgica*, n.º 18052/11, 31/01/2019. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189902> *Legal Summary* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-12319>.

¹¹⁹ O artigo 3.º estabelece a proibição de tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes. O artigo 5.º reconhece o direito à liberdade e segurança, estabelecendo que ninguém pode ser privado da sua liberdade, exceto nos casos aí previstos e de acordo com procedimento legal, sendo um dos casos o de portadores de doença psíquica previsto na alínea e) do n.º 1.

¹²⁰ Para a Juíza Nussberger, no seu voto parcialmente discordante, apesar de o negar, o TEDH afirmou neste caso o direito do doente psiquiátrico a ser tratado de acordo com a sua língua, independentemente dos recursos disponíveis, ao abrigo do artigo 3.º, não estando — assim o entende — preenchido o requisito de severidade que o artigo 3.º pressupõe.

falarem a mesma língua ¹²¹. O Tribunal notou que, nos termos da alínea *e*) do n.º 1 do art. 5.º, os Estados não estão impedidos de internar compulsivamente pessoas com deficiências ou perturbações mentais (§ 205), mas sustentou que a adequação do tratamento é essencial para considerar a detenção legal, cumprindo uma função terapêutica de prestação de cuidados médicos adequados no interesse da pessoa internada, melhorando a sua condição de saúde e, se possível, diminuindo a sua perigosidade e preparando a sua libertação (§§ 208-210) ¹²². Como até 2017 o Estado não adotou medidas de compensação ou ultrapassagem dos obstáculos linguísticos à prestação efetiva de cuidados adequados, o TEDH considerou violados os artigos 3.º e a alínea *e*) do n.º 1 do artigo 5.º da CEDH ¹²³.

A língua, uma importante dimensão da cultura e da identidade cultural, tem também uma função instrumental, permitindo a comunicação e, neste caso, o efetivo acesso a cuidados de saúde. Trata-se da chamada dimensão instrumental da proteção dos direitos linguísticos ¹²⁴. Os obstáculos linguísticos e a omissão das autoridades

¹²¹ O TEDH, decidindo como Tribunal Pleno, sustentou que da CEDH (nem do artigo 3.º, nem do artigo 5.º, nem de outro artigo) não resultava que os cuidados de saúde tivessem de ser prestados por falantes da língua do paciente (§§ 151 e 230). Entendeu que era necessário analisar se haveria outras formas de garantir a administração de tratamento médico adequado além da questão linguística, ainda que reconhecendo a relevância desta no caso de tratamentos psiquiátricos (§ 151). Dado que, entre 2004 e 2017, não houve medidas de compensação do obstáculo linguístico para garantir tratamento adequado, o que causou grande angústia ao requerente, houve violação do art. 3.º da CEDH até essa data (§§ 153-159).

¹²² Já quanto ao art. 5, o requerente alegou, designadamente, que a sua detenção tinha sido ilegal uma vez que fora internado para receber tratamento médico que não recebeu (§§ 171-179). O Tribunal reiterou que o artigo 5.º também não garante a ninguém em internamento compulsivo o direito a receber tratamento na sua língua (§ 230), mas constatou que não foram envidados esforços para que o Sr. Rooman obtivesse um tratamento adequado que lhe permitisse melhorar a sua condição, tal como exigido pela alínea *e*) do n.º 1 do artigo 5.º da CEDH. O Tribunal Pleno entendeu, afastando-se da decisão em Secção, que até 2017, e dada a falta de comprovação das autoridades da superação ou tentativa de superação dessas dificuldades, houve violação do art. 5.º CEDH.

¹²³ A partir de 2017 as autoridades definiram um novo plano de tratamentos e o Sr. Rooman passou a ter cuidados na sua língua, não havendo violação do artigo 3.º ou do artigo 5.º da CEDH.

¹²⁴ Sobre os direitos linguísticos instrumentais e não instrumentais, v. *inter alia* RUTH RUBIO-MARÍN, “Language Rights: Exploring the Competing

na sua superação puseram assim, em termos efetivos, em causa o direito a cuidados de saúde nas dimensões de acessibilidade e mesmo de aceitabilidade ¹²⁵. Apesar de a questão não ter sido enquadrada no artigo 14.º CEDH, o requerente foi discriminado em função da língua no acesso a cuidados de saúde, sendo a língua um dos motivos proibidos previsto no artigo referido. Na sua opinião parcialmente dissidente, a Juíza Nussberger enquadrou este caso como sendo um caso de discriminação de uma minoria em razão da língua (minoria belga falante de alemão), em que ao doente, que pertence a uma minoria linguística, não é disponibilizado o tratamento que é disponibilizado aos membros da maioria, sem justificação razoável, tanto mais que o alemão é uma das línguas oficiais da Bélgica. Para a Juíza, o caso deveria ter sido tratado ao abrigo do artigo 14.º em articulação com o artigo 5.º da CEDH, apesar de não ter sido enquadrado dessa forma nem pelo requerente nem pelo TEDH (§§ 3-4).

A liberdade de pensamento, de convicções e de religião é protegida pela CEDH no artigo 9.º O TEDH foi já chamado a pronunciar-se sobre a invocação de convicções religiosas como justificação para a recusa de transfusões de sangue em *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia* (2010) ¹²⁶, um caso que abrangeu várias questões associadas à dissolução desta comunidade religiosa, uma das quais a acusação de que promovia práticas danosas para a saúde como a recusa de transfusões sanguíneas. Em geral, o TEDH segue o entendimento de que uma intervenção médica apenas é permitida se baseada num consentimento livre, esclarecido e informado, sendo que reconhece a possibilidade de recusa de tratamento médico ¹²⁷. Na sua decisão, o Tribunal entendeu que a recusa de transfusões sanguíneas livremente consentidas é, em princípio, uma questão de autonomia pessoal individual protegida pelos artigos 8.º e 9.º da CEDH; que não pode ser equiparada a um suicídio, porque não se trata de uma recusa de tratamento médico em geral; que a liberdade de cada um conduzir a sua vida da forma por si escolhida inclui a liberdade

Rationales”, in Will Kymlicka and Alan Patten (eds), *Language Rights and Political Theory*, Oxford, 2003, pp. 52-79, pp. 56 ss.

¹²⁵ V. *supra*, UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment no. 14 (2000), cit.

¹²⁶ TEDH, *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, 10/06/2010, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-99221>.

¹²⁷ AART HENDRIKS, “The Council of Europe”, cit., pp. 129-130.

de prosseguir atividades percebidas como fisicamente danosas ou perigosas para si mesmo; e que, tratando-se de assistência médica, a imposição de um tratamento sem o consentimento de um paciente adulto, ainda que a sua recusa leve a um desenlace fatal, constitui interferência no direito à integridade física e afeta os direitos protegidos pelo artigo 8.º CEDH, sendo que a liberdade pessoal genuína há de implicar que os pacientes possam fazer escolhas que respeitem as suas opiniões e valores, mesmo que pareçam irracionais ou imprudentes aos olhos dos outros (§§ 131-144) ¹²⁸. No caso em apreço, o Tribunal considerou a sanção de dissolução e proibição de atividades desproporcionada, uma vez que a legislação doméstica protegia a liberdade de escolha dos pacientes adultos e os interesses dos pacientes menores (§ 159).

Razões de consciência foram também já invocadas perante o TEDH para obstar à vacinação obrigatória determinada por razões de saúde individual e de saúde pública. O Tribunal tem entendido que a vacinação obrigatória é uma interferência na integridade física, que é uma dimensão da vida privada protegida pelo artigo 8.º da CEDH ¹²⁹, e que tal interferência é justificada pela proteção da saúde do próprio e da saúde de terceiros (visando a imunidade de grupo), reconhecendo aos Estados uma ampla margem de apreciação ¹³⁰. Nestes casos, a saúde surge como uma justificação para a restrição de direitos protegidos pela Convenção, relevante nos termos do n.º 2 do referido artigo 8.º da Convenção. No *caso Boffa and others vs. San Marino* (1998) ¹³¹ a Comissão de Direitos Humanos admitiu a compatibilidade da vacinação obrigatória com o artigo 8.º da CEDH, desde que estabelecida em lei, prosseguindo um fim legítimo (a

¹²⁸ Segue-se aqui, praticamente na íntegra e traduzindo, a síntese apresentada em EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on article 9 of the European Convention on Human Rights. Freedom of thought, conscience and religion, 29/02/2024, p. 35, disponível em https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_9_eng (posteriormente atualizado).

¹²⁹ Ver, *inter alia*, TEDH, *Solomakhin vs. Ukraine*, n.º 24429/03, 15/03/2012, §§ 33 e 34, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109565>.

¹³⁰ Ver, *inter alia*, COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS, *Boffa and 13 others vs. San Marino*, n.º 26536/95, decisão de admissibilidade de 15/01/1998, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-88051> e TEDH (Tribunal Pleno), *Vavřička and others v. the Czech Republic*, Queixa n.º 47621/13 e outros, 08/04/2021, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-209039>.

¹³¹ COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS, *Boffa and 13 others vs. San Marino*, cit. A Comissão considerou a queixa inda admissível.

proteção da saúde) e necessária numa sociedade democrática, correspondendo a uma necessidade social relevante (como é o controlo da propagação de uma doença) e respeitando o princípio da proporcionalidade, para os efeitos do n.º 2 do artigo 8.º da CEDH ¹³². A Comissão entendeu ainda que o artigo 9.º da CEDH não protegia todos os atos motivados por religião ou crença e que, tal como configurada na lei, a vacinação se aplicava a todos, independentemente das convicções pessoais e religiosas, não tendo havido interferência com o artigo 9.º da CEDH (ponto 4).

Mais recentemente, em *Vavříčka and others v. the Czech Republic* (2021) ¹³³, o Tribunal voltou ao tema da (recusa de) vacinação obrigatória de crianças. Reiterando a sua jurisprudência, o TEDH analisou se a imposição de vacinação resultava da lei, se existia um fim legítimo e se a vacinação era proporcionada face ao objetivo legítimo que as autoridades pretendiam promover, que era a saúde, tendo concluído que os pressupostos estavam cumpridos e que o Estado não tinha excedido a sua margem de apreciação (§§ 265-309). Alguns dos requerentes invocaram que a aplicação de sanções à recusa de vacinação (coima e não inscrição das crianças não vacinadas na creche) violava o artigo 9.º da CEDH, invocando a sua liberdade de pensamento e de consciência (não estavam em causa convicções religiosas) para justificarem a sua perspetiva crítica perante a vacinação obrigatória. O TEDH invocou o entendimento da Comissão no caso *Boffa and others vs. San Marino*, suprarreferido, mas invocou também o caso *Bayatyan v. Arménia* (2011) ¹³⁴ sobre objeção de consciência a obrigações militares, em que o Tribunal deu relevância à natureza séria, cogente, coesa e intensa das crenças do requerente, protegidas pelo artigo 9.º, para objetar ao serviço militar (§§ 331-332).

¹³² V. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS, *Boffa and 13 others vs. San Marino*, cit. e SILVIO ROBERTO VINCETI, “COVID-19 Compulsory Vaccination and the European Court of Human Rights”, *Acta bio-medica: Atenei Parmensis*, vol. 92, Suplemento 6, e2021472, 2021, pp. 3-4, doi:10.23750/abm.v92iS6.12333. Foi também esse o entendimento do TEDH em *Solomakhin vs. Ukraine* (2012), cit.

¹³³ TEDH (Tribunal Pleno), *Vavříčka and others v. the Czech Republic*, Queixa n.º 47621/13 e outros, 08/04/2021, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-209039>.

¹³⁴ TEDH (Tribunal Pleno), *Bayatyan v. Armenia*, n.º 23459/03, 2011, 07/07/2011, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105611>.

Note-se que, apesar de proteger a liberdade de pensamento, convicções e religião (artigo 9.º), a CEDH não alude expressamente à objeção de consciência ¹³⁵. Esta traduz a recusa em cumprir um dever jurídico (designadamente, imposto por lei ou contrato) para honrar um dever de consciência fundado em convicções sérias do objeto, entre as quais convicções religiosas ¹³⁶. No caso *Bayatyan v. Arménia*, de 2011, e em jurisprudência que se lhe seguiu, o TEDH reconheceu a possibilidade de objetar ao serviço militar obrigatório por razões de consciência (sérias, cogentes, coesas e de grande importância para o indivíduo), a analisar em função das circunstâncias do caso ¹³⁷. O Tribunal tem também apreciado a recusa em cumprir obrigações por razões de consciência fora do contexto militar ¹³⁸.

No caso *Vavříčka and others v. the Czech Republic*, não obstante concluir que os requerentes não demonstrarem que as suas convicções preenchiam os requisitos para serem protegidas nos termos do artigo 9.º (§§ 335-336), o TEDH valorizou o facto de a lei prever a isenção de sanções no caso de recusa de vacinação por razões de consciência (§ 334). Tal foi também acentuado pelo Juiz Wojtyczek no seu Voto dissidente, considerando que a possibilidade legalmente prevista de invocar a objeção de consciência para recusar a vacinação obrigatória era um forte argumento a favor da compatibilidade da obrigação com a CEDH (§ 17). Para SPYRIDOULA KATSONI, tal sugere uma ligeira alteração de posicionamento do TEDH face ao entendimento da Comissão no caso *Boffa*, fazendo antever que a vacinação obrigatória possa ser questionada ao abrigo do artigo 9.º da CEDH ¹³⁹.

Finalmente, ainda no plano do cruzamento entre a proteção das convicções e a proteção da saúde, é também relevante a perspetiva

¹³⁵ Ao contrário do que sucede no n.º 2 do artigo 10.º da CDFUE e no n.º 6 do artigo 41.º da Constituição portuguesa de 1976.

¹³⁶ Para um discussão do conceito, remete-se para PAULO PULIDO ADRAGÃO e ANABELA COSTA LEÃO, “O direito à objeção de consciência por parte do Chefe de Estado, em questão”, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 133-169.

¹³⁷ Para uma lista de casos, vd. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Factsheet — Conscientious Objection, March 2024, disponível em https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Conscientious_objection_ENG.

¹³⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on article 9..., cit., pp. 27 ss.

¹³⁹ SPYRIDOULA KATSONI, “What Does the Vavříčka Judgement Tell Us About the Compatibility of Compulsory COVID-19 Vaccinations with the ECHR?”, *Völkerrechtsblog*, 21/04/2021, doi: 10.17176/20210421-100920-0.

dos profissionais de saúde. Estes podem invocar razões de consciência, religiosas ou outras, para obstar à prestação de cuidados de saúde, o que tem impacto também no acesso das pessoas aos referidos cuidados. O impacto das convicções religiosas no desempenho do trabalhador em contexto laboral não é um tema desconhecido do TEDH, que já teve de se pronunciar diversas vezes sobre, *e.g.* o uso de indumentária religiosa por professoras em escolas públicas ou por funcionárias em hospitais públicos e sobre relações de trabalho e despedimentos no seio de organizações de tendência ¹⁴⁰. Em 2020, em *Grimmark vs. Sweden* ¹⁴¹ o Tribunal voltou à temática da invocação de razões de consciência como fundamento de recusa em cumprir certos deveres profissionais. A requerente era uma enfermeira que se recusava a participar em procedimentos de interrupção da gravidez por razões religiosas e de consciência, razão pela qual, alegou, não era contratada como parteira, estando a ser discriminada com base nas suas convicções nos termos dos artigos 9.º e 14.º da CEDH ¹⁴². O TEDH reiterou que não existe um direito a ser provido ou a ocupar um posto no serviço público (§ 22). Considerou que a liberdade de consciência e religião, protegida pelo n.º 1 do artigo 9.º da CEDH, abrangia a pretensão da requerente, pelo que existia uma interferência no seu direito, mas notou também que o artigo leva em conta o impacto que a manifestação das convicções de alguém pode ter nos outros, admitindo limitações nos termos do n.º 2 (§§ 23 e 25). O Tribunal reiterou que reconhece aos Estados uma margem de apreciação para decidir se e em que medida uma interferência é necessária, o que não suprime a “supervisão de Estrasburgo” (§ 24). Analisando as exigências do artigo para a restrição, o TEDH considerou a interferência estabelecida por lei, justificada dadas as obrigações do Estado

¹⁴⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on article 9..., cit., *passim*, *maxime* pp. 37 ss., 48 ss. e 89 ss.

¹⁴¹ TEDH, *Grimmark vs. Sweden*, n.º 43726/17, 11/03/2020, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201915>. Em temos semelhantes, v. ainda *Steen vs. Sweden*, n.º 62309/17, 11/03/2020, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201732>. Para um comentário, vd. NIKLAS BARKE, “Grimmark v. Sweden and Steen v. Sweden: no right for health-care professionals to refuse to participate in abortion services, and framing strategies by anti-abortion actors”, in Strasbourg Observers, 06/04/2020. Disponível em <https://strasbourgobservers.com/>

¹⁴² Foi também invocado o artigo 10.º CEDH, mas o TEDH entendeu que as alegações ao abrigo desse direito não tinham autonomia (§§ 36 e 37).

sueco em matéria de saúde reprodutiva e o dever de proteger a saúde das mulheres que pretendam interromper a gravidez, e proporcional, considerando esses mesmos deveres positivos do Estado, a possibilidade conferida pela legislação interna ao empregador para organizar a prestação de trabalho e exigir o cumprimento, pelos seus funcionários, dos deveres inerentes à função, tendo os tribunais estatais ponderado devidamente os interesses em jogo (§§ 25 a 28). O TEDH reiterou o seu entendimento de que, para haver discriminação nos termos do artigo 14.º, teria de haver diferença de tratamento entre pessoas em situação similar sem justificação objetiva e razoável (ou seja, não prosseguindo um fim legítimo ou não respeitando o princípio da proporcionalidade entre meios e fins), reconhecendo aos Estados uma margem de apreciação. A requerente invocou que estava a ser tratada menos favoravelmente face a outras enfermeiras que, por não terem objeções religiosas à prática de interrupções de gravidez e estarem dispostas a praticar todos os procedimentos associados à função, eram contratadas como parteiras, o que constituiria discriminação, mas o Tribunal entendeu que a situação da requerente e das outras parteiras não era comparável. A queixa não foi admitida (n.ºs 3 e 4 do artigo 35.º da CEDH). A questão da discriminação indireta da requente, que foi suscitada (ainda que afastada) perante os tribunais internos, não foi discutida, nem se considerou, em sede de controlo de proporcionalidade, se não haveria meios que, permitindo cumprir os deveres estaduais para com as mulheres que procuram interrupções de gravidez, se revelassem menos gravosos para a liberdade religiosa da requerente, admitindo, por exemplo, a objeção de consciência a certos procedimentos, previamente comunicada para permitir a reorganização da prestação de cuidados. Tal traduziria uma via média entre a escolha entre a convicção e a profissão desejada ¹⁴³.

4. CONCLUSÃO

A saúde, na sua complexidade, é um bem valioso, a que corresponde a proteção de um direito à saúde em diversos instrumentos

¹⁴³ Para uma discussão paralela a propósito de acomodações razoáveis em contexto laboral, de saúde ou de prestação de exames, v. FERNANDO REY MARTINEZ e LUÍSA NETO (coord.), *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 265 ss.

internacionais, cruzando-se ainda com diversos outros direitos como o direito à autodeterminação.

A proteção da saúde está, desde cedo, associada a dimensões de igualdade e não discriminação e ao objetivo de uma saúde para todos. O princípio da igualdade, como ferramenta de realização da justiça, abrange, mas não se esgota, numa proibição de discriminação perante a lei, exigindo tratamento diferenciado e a consideração das dimensões coletivas e estruturais da desigualdade.

A jurisprudência do TEDH tem caminhado no sentido de uma igualdade substancial. Apesar de a CEDH não consagrar expressamente um direito à saúde, o TEDH tem protegido diversas dimensões da saúde ao abrigo dos artigos 2.º, 3.º e 8.º da CEDH, nalguns casos em articulação com o artigo 14.º da CEDH. O recurso à identificação de grupos vulneráveis tem, neste como noutros domínios, contribuído para a prossecução de uma igualdade substancial.

5. BIBLIOGRAFIA

- Adragão, Paulo Pulido e Leão, Anabela Costa, “O direito à objeção de consciência por parte do Chefe de Estado, em questão”, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 133-169.
- Alkaviadou, Natalie e Manoli, Andrea, “The European Court on Human Rights through the lens of gender: an evaluation”, *Goettingen Journal of International Law*, 11 (1), 2021, pp. 191-211, https://www.gojil.eu/issues/111/ManoliAlkaviadou_Final.pdf.
- Baer, Susanne, “Equality”, in Michael Rosenfeld e Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 982-1001.
- Barke, Niklas, “Grimmark v. Sweden and Steen v. Sweden: no right for healthcare professionals to refuse to participate in abortion services, and framing strategies by anti-abortion actors”, in *Strasbourg Observers*, 06/04/2020. Disponível em <https://strasbourgobservers.com/>.
- Cathaoir, Katharina Ó, “Digital Healthcare Technologies and Human Rights”, in Brigit Toebes *et. al.*, *Health and Human Rights. Global and European Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 327-357.
- Duarte, Madalena, “Olhares feministas sobre o Direito e o TEDH: o caso Carvalho Pinto de Sousa v. Portugal”, *Araucaria*, 23(46), 2021, pp. 553-570. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.27>.
- Fredman, Sandra, “Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 16 (2), 2016, pp. 273-301, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw001>
- Fredman, Sandra, “Substantive equality revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, 14 (3), 2016, pp. 712-738. <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>

- Gerards, Janneke, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2019.
- Gracia Ibañez, Jorge, “El reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores en la *sociedad edadista*. Una perspectiva española”, in F. Arlettaz e M. T. Palacios Sanabria (eds.), *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 127-157.
- Gurol, Senem, “Challenging Gender Stereotyping before the ECtHR: Case of Carvalho Pinto v. Portugal”, *EJIL: Talk!*, 21/09/2017. Disponível em <https://www.ejiltalk.org>.
- Hendriks, Aart, “The Council of Europe”, in Brigit Toebes *et al.*, *Health and Human Rights. Global and European Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 119-162.
- Huber, Machteld *et al.*, “How should we define health?”, in *BMJ*, 2011, 343, d4163 doi:10.1136/bmj.d4163.
- Katsoni, Spyridoula, “What Does the Vavříčka Judgement Tell Us About the Compatibility of Compulsory COVID-19 Vaccinations with the ECHR?”, in *Völkerrechtsblog*, 21/04/2021, doi: 10.17176/20210421-100920-0.
- Kehr, Janina, Muinde, Jacinta Victoria Syombua e Prince, Ruth J., “Health for all? Pasts, presents and futures of aspirations for universal healthcare”, in *Social Science & Medicine*, 319, 2023, 115660, pp. 1-8.
- Khosla, Rajat/ Venkatapuram, Sridhar, “What is a justice-oriented approach to global health?”, in *BMJ Global Health*, 2023, 8, pp. 1-3. e012155. doi:10.1136/bmjgh-2023-012155.
- Leão, Anabela Costa, “O Estado perante a vulnerabilidade: (State and vulnerability)”, *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 2022, pp. 86-107. Disponível em <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1326>.
- Leão, Anabela Costa, “Anotação ao Artigo 5.º Igualdade e não discriminação”, in Joaquim Correia Gomes, Luísa Neto e Paula Távora Vítor (coord.), *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Comentário, INCM, 2020*, pp. 71-78. Disponível em <https://impresanacional.pt/wp-content/uploads/2022/03/Convencaosobreosdireitosdaspeessoascomdeficiencia.pdf>.
- Leão, Anabela Costa, “Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos”, in Luísa Neto e Anabela Costa Leão (coord.), *Autonomia e capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Porto, Universidade do Porto, 2018, pp. 21-38. Disponível em: www.cij.up.pt
- Lemmens, Koen, “General survey of the Convention”, in Peter van Dijk *et al.*, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2018, pp. 1-78.
- Moeckli, Daniel, “Equality and non-discrimination”, in Daniel Moeckli *et al.* (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, OUP, 2022, pp. 151-167.
- Moreira, Fátima Castro, “Direito à saúde”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, vol. I*, Lisboa, UCP Editora, pp. 619-645.
- Novais, Jorge Reis, *Direitos Sociais*, AAFDL, 2021.
- Nunes, Emília, “Celebração do 25.º Aniversário da Carta de Ottawa”, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 29(2), 2011, pp. 200-202. <http://hdl.handle.net/10362/19774>.
- Nunes, Rui, *Healthcare as a Universal Human Right: Sustainability in Global Health* (1st ed.), Routledge, 2021. <https://doi.org/10.4324/9781003241065>
- Pariotti, Elena, “Vulnerability and Human Rights: Which Compatibility?”, *International Journal for the Semiotics of Law*, 36, 2023, pp. 1401-1413 (2023). <https://doi.org/10.1007/s11196-023-09977-y>.

- Peroni, Lourdes, “Age and Gender Discrimination: Laudable Anti-Stereotyping Reasoning in *Carvalho Pinto v. Portugal*”, in *Strasbourg Observers*, 28/09/2017. Disponível em <https://strasbourgobservers.com/>.
- Peroni, Lourdes e Timmer, Alexandra, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, pp. 1056-1085.
- Peroni, Lourdes e Timmer, Alexandra, “Court condemns forced sterilization of Roma woman”, *Strasbourg Observers*, 17/11/2011. Disponível em <https://strasbourgobservers.com>.
- Rey Martinez, Fernando e Neto, Luísa (org.), *Direito Antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL, 2021.
- Rosas, João Cardoso, *Conceções de Justiça*, Edições 70, 2011.
- Rubio-Marín, Ruth, “Language Rights: Exploring the Competing Rationales”, in Will Kymlicka and Alan Patten (eds), *Language Rights and Political Theory*, Oxford, 2003, pp. 52-79.
- Timmer, Alexandra, “Kiyutin v. Russia: landmark case concerning the human rights of people living with HIV”, in *Strasbourg Observers*, 21/03/2011. Disponível em <https://strasbourgobservers.com>.
- Toebes, Brigit, “Introducing health and human rights”, in Brigit Toebes *et. al.*, *Health and Human Rights. Global and European Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 3-22.
- Toebes, Brigit/ Cathaoir, Katharina Ó, “The right to health. Central concepts”, in Brigit Toebes *et. al.*, *Health and Human Rights. Global and European Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 23-51.
- Venkatapuram, Sridhar, “Human Capabilities and Pandemics”, in *Journal of Human Development and Capabilities*, 21(3), 2020, pp. 280-286. <https://doi.org/10.1080/19452829.2020.1786028>.
- Vinceti, Silvio Roberti, “COVID-19 Compulsory Vaccination and the European Court of Human Rights”, *Acta bio-medica: Atenei Parmensis*, vol. 92, Suplemento 6, e2021472, 2021, pp. 3-4, doi:10.23750/abm.v92iS6.12333.

6. JURISPRUDÊNCIA CITADA

- COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS, *Boffa and 13 others vs. San Marino*, n.º 26536/95, decisão de admissibilidade de 15/01/1998, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-88051>.
- TEDH (Tribunal Pleno), *Bayatyan v. Armenia*, n.º 23459/03, 2011, 07/07/2011, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105611>.
- TEDH, *Çam v. Turkey*, n.º 51500/09, 23/02/2016, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161149>.
- TEDH, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, n.º 17484/15, 25/10/2017, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175659>.
- TEDH, *Centro de Recursos Jurídicos em substituição de Valentin Câmpeanu v. Romênia*, n.º 47848/08, 17/04/2014, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145577>.
- TEDH, *Grimmark vs. Sweden*, n.º 43726/17, 11/03/2020, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201915>.

- TEDH, *I.G., M.K. e R.H. v. Eslováquia*, n.º 15966/04, 13/11/2012, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114514>.
- TEDH, *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, 10/06/2010, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-99221>.
- TEDH, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, n.º 560880/13, 19/12/2017, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-179556>.
- TEDH, *Novruk e outros v. Rússia*, n.º 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 e 1817/14, 16/03/2016, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-161379>
- TEDH, *Paposhvili v. Belgium*, n.º 41738/10, 13/12/2016, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169662>.
- TEDH, *Kiyutin v. Russia*, n.º 2700/10, 15/03/2011, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103904>.
- TEDH [GC], *Rooman v. Belgium*, n.º 18052/11, 31/01/2019, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189902>.
- TEDH, e *Steen vs. Sweden*, n.º 62309/17, 11/03/2020, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201732>.
- TEDH, *V.C. v. Slovakia*, n.º 18968/07, 8/11/2011, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-107364>.
- TEDH, *Solomakhin vs. Ukraine*, n.º 24429/03, 15/03/2012, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109565>.
- TEDH, *Y. P. v. Russia*, n.º 43399/13, 20/09/2022, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-219209>.

OS MIGRANTES E O ACESSO AOS CUIDADOS DE SAÚDE EM PORTUGAL

Migrants and access to healthcare in Portugal

Tiago Morais Rocha *

Resumo: Os fluxos migratórios representam um desafio para a saúde pública, reclamando políticas de integração e inclusão suficientemente robustas que capacitem quem enfrenta desvantagens ou se encontra em situação de vulnerabilidade. A população migrante é heterogénea, possuindo diferentes estados e necessidades de cuidados de saúde. Apesar de o direito à proteção da saúde se encontrar garantido constitucionalmente, designadamente através de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) universal, persistem barreiras e discriminações injustificadas no acesso aos cuidados de saúde por parte de certos grupos de migrantes, nomeadamente os imigrantes em situação irregular no território nacional. De facto, o alargamento subjetivo do âmbito de beneficiários do SNS operado pela Lei de Bases da Saúde de 2019 não foi acompanhado pela necessária revisão dos normativos regulamentares, tendo-se inclusive, posteriormente, consolidado a impossibilidade de os imigrantes em situação irregular acederem em condições de igualdade aos cuidados de saúde primários, situação que gera dúvidas de constitucionalidade e legalidade.

Palavras-chave: migrantes; saúde; acesso a cuidados de saúde; SNS.

* Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Investigador Colaborador do Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça. ORCID: 0000-0003-1817-997X

O presente texto corresponde, com ligeiras alterações, à comunicação oral proferida em 17.11.2023 no Congresso “Saúde Global e Direito. Globalização, universalização e mercantilização da saúde num contexto de imprevisão” realizado na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Abstract: *Migratory flows represent a challenge for public health, requiring sufficiently robust integration and inclusion policies to empower those who face disadvantages or are vulnerable. The migrant population is heterogeneous, with different health statuses and healthcare needs. Even though the right to health protection is constitutionally guaranteed, namely through a universal National Health Service (NHS), there are still unjustified barriers and discrimination in access to healthcare for certain groups of migrants, namely immigrants in irregular situations on national territory. The subjective widening of the scope of beneficiaries of the NHS brought about by the 2019 Basic Health Law was not accompanied by the necessary revision of the regulatory norms. The impossibility for immigrants in an irregular situation to access primary health care on equal terms was subsequently consolidated, raising doubts about its constitutionality and legality.*

Keywords: *migrants, healthcare, access to healthcare, healthcare national service.*

Sumário: 1. A saúde como necessidade coletiva: de ‘bem individual’ a ‘bem supraindividual’. 2. Saúde, migrações e integração. 3. O direito à proteção da saúde na perspetiva do acesso ao SNS.

«A inclusão para todos é uma questão de assegurar que todas as políticas estão acessíveis e funcionam para todas as pessoas, incluindo os migrantes e os cidadãos da UE com antecedentes migratórios. Tal significa adaptar e transformar as políticas gerais às necessidades de uma sociedade heterogénea, tendo em conta os desafios e necessidades específicos de diferentes grupos. As ações destinadas a ajudar os migrantes a se integrarem não precisam nem devem ser aplicadas em detrimento de medidas para beneficiar outros grupos ou minorias vulneráveis ou desfavorecidos. Pelo contrário, contribuem para tornar as políticas globalmente mais inclusivas»¹.

1. A SAÚDE COMO NECESSIDADE COLETIVA: DE ‘BEM INDIVIDUAL’ A ‘BEM SUPRAINDIVIDUAL’

Em algum momento das suas vidas, todas as pessoas, migrantes ou não, necessitam de cuidados de saúde. Situado na interface entre direitos fundamentais, dignidade humana, autonomia, vulnerabilidade, solidariedade, prestação social, atividade económica e decisão individual, o direito da saúde parece ter características únicas² e

¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Plano de ação sobre a integração e a inclusão para 2021-2027*, Bruxelas, 24.11.2020, COM(2020) 758 final, p. 6.

² Adaptado de TAMARA K. HERVEY; DAVID ORENTLICHER — “Introduction”. In HERVEY, T. K. & ORENTLICHER, D. (ed.) — *The Oxford handbook of*

problemas específicos, desde logo no que respeita à forma de financiamento dos sistemas de saúde e à garantia da equidade no acesso a todas as pessoas que necessitam de prestações de saúde.

A saúde começou por ser encarada pelas comunidades politicamente organizadas enquanto *bem* que dizia apenas respeito ao indivíduo, alheio à intervenção da comunidade no sentido da sua promoção e preservação³. A evolução científica e o conhecimento epidemiológico e sanitário permitiram, contudo, ultrapassar essa visão individual do *bem* saúde, para uma visão supraindividual, em que a comunidade organizada sob a forma de Estado passa gradualmente a assumir responsabilidades nas tarefas e políticas de prevenção da doença e proteção/promoção da saúde⁴. De tal modo que, atualmente, o *bem* saúde é encarado como tendo um valor intrínseco, sendo fonte de capital humano⁵ e uma condição para a coesão social⁶.

Esta mudança de paradigma na forma de encarar o *bem* saúde foi acompanhada de uma crescente intervenção do Estado, primeiro limitada à manutenção da ordem pública sanitária, no quadro de um “Estado mínimo”, depois abrangendo já a própria prestação de cuidados de saúde aos seus cidadãos, com o advento do “Estado social”, do “Estado prestador” ou do “Estado produtor”⁷.

Em homenagem a esta assinalável evolução, o conceito de saúde é apresentado em 1948 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) com um elevado grau de exigência, pressupondo mais do que a negativa ausência de doença, o positivo completo (e, portanto,

comparative health law. New York: Oxford University Press, 2022. p. 1-15.

³ MARIA JOÃO ESTORNINHO; TIAGO MACIEIRINHA — *Direito da Saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 10.

⁴ *Idem*, p. 11. Referem MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA que determinantes nesta evolução foram o reconhecimento do caráter comunitário das epidemias e da ligação causal entre condições de salubridade do espaço público, de higiene, da alimentação e da qualidade da água e do ar na incidência de certas doenças.

⁵ Sobre o conceito de capital humano *vide*, por todos, CLAUDIA GOLDIN — “Human Capital”. In DIEBOLT, C. & HAUPERT, M. (ed.) — *Handbook of Cliometrics*. Berlin: Springer, 2016. p. 55-86.

⁶ HENRIETTE ROSCAM ABBING — “Patients’ right to access to quality of healthcare throughout the European Union: the role of EU legislation”. In LOUREIRO, J., PEREIRA, A. D. & BARBOSA, C. (ed.) — *Direito da Saúde*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 39-66 (39).

⁷ MARIA JOÃO ESTORNINHO, et. al., *op cit.*, p. 10-1.

difícilmente atingível a todo o tempo) bem-estar físico, social e mental ⁸.

É hoje pacífico reconhecer a saúde enquanto um *bem* fundamental de todo o ser humano ⁹, indispensável à afirmação da sua própria dignidade, e de cuja responsabilidade a comunidade e o Estado não se podem pretender isentar ¹⁰. Como bem explica RUI NUNES, «o direito à proteção da saúde é considerado uma conquista civilizacional, o que implica que a salvaguarda deste direito é sobretudo uma responsabilidade da sociedade e das suas instituições democráticas. [...] Mais do que um direito constitucional, a proteção da saúde deve ser considerada como um dos grandes pilares de uma sociedade democrática e plural» ¹¹.

A vertente coletiva e supraindividual do bem jurídico saúde ganha ainda mais evidência quando se lhe associa o conceito de “determinantes de saúde”, ou seja, o conjunto de fatores pessoais, sociais, económicos e ambientais que influenciam a esperança de vida saudável dos indivíduos e das comunidades ¹². Como é sabido, as condições que influenciam o estado de saúde são múltiplas e interseccionais:

⁸ Vide o *Health Promotion Glossary of Terms 2021* da OMS, disponível em <https://www.who.int/publications/i/item/9789240038349> (Consult. em: 17.05.2024).

⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos pronuncia-se assim no seu artigo 25.º, n.º 1: «Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade».

¹⁰ MARIA JOÃO ESTORNINHO, et. al., *op cit.*, p. 10-1. Veja-se, a este propósito, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 39/84 que apreciou a inconstitucionalidade do art. 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de junho, que pretendia revogar grande parte da Lei n.º 56/79, de 15 de setembro, que criou em Portugal o Serviço Nacional de Saúde, e onde se refere que «se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa — a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica —, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor».

¹¹ RUI NUNES — *Regulação da Saúde*. 3.ª ed. Porto: Vida Económica, 2014, p. 29.

¹² Cfr. o *Health Promotion Glossary of Terms 2021* da OMS, disponível em <https://www.who.int/publications/i/item/9789240038349> (Consult. em: 17.05.2024).

algumas não podem ser modificadas (*v.g.*: a idade, o local de nascimento ou a herança genética), mas a maioria pode ser modificada e modelada através de comportamentos individuais (alimentação, exercício físico, etc.) ou de políticas públicas de promoção da saúde (educação, rendimento, condições ocupacionais, acesso a cuidados de saúde, etc.). As políticas de promoção da saúde procuram justamente, com base nos princípios “saúde em todas as políticas” e “uma só saúde”, encontrar e implementar estratégias e políticas que abordem os principais determinantes de saúde, criando ambientes sociais de apoio à saúde e aumentando a literacia e as *skills* em saúde.

A este propósito, a Carta da Otava de 1986 destaca que a promoção da saúde é um «*processo que visa aumentar a capacidade dos indivíduos e das comunidades para controlarem a sua saúde, no sentido de a melhorar*»¹³, colocando a tónica nos aspetos relacionais do indivíduo com a comunidade e com o ambiente que a ambos rodeia. Sob esta perspetiva, a saúde é entendida como um recurso simultaneamente público e privado, a par de tantos outros, menoriando-se a visão da saúde como um simples objetivo de vida. Ora, a saúde e o bem-estar implicam, portanto, que seja possível controlar e afetar positivamente os determinantes de saúde, os quais estão frequentemente associados a certos direitos humanos ou fundamentais, em especial aos direitos económicos, sociais e culturais. Reconhecendo esta inexorável codependência, a Carta de Otava identificou aquilo que designou por pré-requisitos para a saúde. São oito: paz, habitação, educação, alimentação, rendimento, ecossistema estável, recursos sustentáveis, justiça social e igualdade¹⁴.

2. SAÚDE, MIGRAÇÕES E INTEGRAÇÃO

Os fluxos migratórios são normalmente identificados como um desafio para a saúde pública¹⁵. Efetivamente, muitos riscos emergentes de

¹³ Carta de Otava de 1986, disponível em: <https://www.iasaude.pt/index.php/informacao-documentacao/promocao-da-saude/152-carta-de-ottawa> (Consult. em: 17.05.2024).

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ CATARINA REIS OLIVEIRA; NATÁLIA GOMES — *Migrações e Saúde em números: o caso português*. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações, 2018, p. 7. (Consult. em: 18.05.2024).

saúde pública, aliás como recentemente testemunhamos com a pandemia de COVID-19, estão associados à globalização, com destaque para as trocas comerciais, para a mundialização dos transportes e para a mobilidade planetárias das populações ¹⁶. Os fluxos migratórios afetam a saúde nos Estados de origem, de trânsito e de destino. De facto, o fluxo de populações entre locais com determinantes e resultados de saúde muito diversos e divergentes cria situações em que os riscos para a saúde pública assumem relevância não só local, regional ou nacional, mas também internacional ou global ¹⁷.

Os migrantes podem ser provenientes de áreas onde certas doenças transmissíveis são endêmicas e têm um acrescido risco de contrair estas doenças em resultado das condições, agruras e perigos das viagens até ao destino. Depois, as condições de vida e de trabalho ou a falta de acesso a cuidados de saúde nos países de origem podem determinar maiores cargas de doença. O acesso e a continuidade de cuidados, especialmente os cuidados preventivos como a vacinação e os rastreios, são mais difíceis para quem se encontre em movimento ou trânsito, sendo que a má gestão da administração de medicamentos pode facilitar o desenvolvimento de resistência aos antimicrobianos ¹⁸.

Migrantes com condições preexistentes, por exemplo doenças crónicas ou hereditárias, podem ver o seu tratamento interrompido pela deslocação e ver-se impedidos de o retomar no país de trânsito ou de acolhimento. Por outro lado, os migrantes frequentemente não se fazem acompanhar da medicação habitual, nem tampouco dos registos e dados de saúde dos países de origem ¹⁹.

Há grupos em que estes e outros riscos são particularmente graves: requerentes de proteção internacional, mulheres (principalmente no que toca à saúde sexual e reprodutiva), grávidas (no que toca aos cuidados pré e pós-natais), crianças e idosos ²⁰.

¹⁶ BD GUSHULAK; J WEEKERS; DW MACPHERSON — Migrants and emerging public health issues in a globalized world: threats, risks and challenges, an evidence-based framework. *Emerging Health Threats Journal*. Vol. 2. n.º 10 (2009). p. 1-12.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION — *Promoting the health of refugees and migrants: global action plan, 2019-2023*. Geneva: 2019. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/WHA72-2019-REC-1> (Consult. em: 26.05.2024), p. 104 e ss.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

Sem prejuízo, quer o estado de saúde dos migrantes, quer a acessibilidade e a utilização dos serviços de saúde são elementos fundamentais para a integração, a equidade e a garantia dos direitos fundamentais e humanos. Como reconhece a Comissão Europeia, a falta de saúde e de acesso a cuidados podem constituir um obstáculo fundamental e permanente à integração, com impacto em quase todas as áreas da vida destas pessoas, influenciando a sua capacidade para entrar no mercado de trabalho e no sistema de ensino, para aprender a língua do país de acolhimento e para interagir com as instituições públicas ²¹. Ora, se o trabalho e a educação são pré-requisitos da própria saúde, estamos perante círculos viciosos dificilmente quebráveis de desigualdades que se perpetuam.

Vivemos em sociedades complexas e “hiper-diversas” ²², que reclamam políticas de integração e inclusão bidirecionais suficientemente robustas que reconheçam a multiplicidade de variáveis, interseções ou correlações ²³. Essas variáveis devem ser tidas em conta na definição das necessidades de determinadas comunidades em termos de serviços públicos. De notar que a integração e a inclusão não podem ser vistas como sendo um objetivo a prosseguir apenas em relação à “migração tradicional” e já estabelecida num país, mas também relativamente à “nova imigração”, em que alguns migrantes não se fixam permanentemente num dado território e/ou têm ligação a mais do que um país.

Como advoga a Comissão Europeia, «*se pretendemos ajudar as nossas sociedades e economias a prosperar, precisamos de apoiar todos os membros da nossa sociedade, sendo que a integração é, simultaneamente, um direito e um dever de todos*» ²⁴. Tal, significa

²¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Plano de ação sobre a integração dos nacionais de países terceiros*, Estrasburgo, 7.6.2016, COM(2016) 377 final, p. 12.

²² STEVEN VERTOVEC — Super-diversity and its implications. *Ethnic and Racial Studies*. Vol. 30. n.º 6 (2007). p. 1024-1054.

²³ ANABELA COSTA LEÃO — “Novos domínios para a fiscalização concreta da constitucionalidade”. In NETO, L., LEÃO, A. C., PINTO, A. R. B., et al. (ed.) — *Estudos sobre fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade: importância, relevo e regime*. Coimbra: GESTLEGAL, 2023. p. 131-166.

²⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Plano de ação sobre a integração e a inclusão para 2021-2027*, Bruxelas, 24.11.2020, COM(2020) 758 final, p. 1.

capacitar quem enfrenta desvantagens e significa aplicar a todos o princípio da igualdade na sua total amplitude, assegurando a todos um *tratamento* como igual, ou seja, um tratamento com *justiça*, ainda (ou principalmente) quando isso implique diferenciação no quadro de uma “liberdade positiva” ou “substancial”, como diria AMARTYA SEN²⁵. A integração é, em última análise, um processo que a todos envolve e em que todos ganham.

Uma discussão pertinente e nem sempre fácil prende-se com a possibilidade de medir a integração de migrantes²⁶, aspeto sobremaneira importante para a elaboração de políticas públicas eficazes que respondam a problemas reais previamente identificados. Na Declaração de Zaragoza de 2010, a União Europeia organizou os indicadores comuns de integração de migrantes em torno de quatro dimensões: emprego, educação, inclusão social e cidadania ativa²⁷. Dentro da dimensão “inclusão social”, um dos indicadores definidos foi a “percentagem da população que autoperceciona o seu estado de saúde como bom ou precário”. Desde então que, no domínio da saúde, a integração de migrantes tem vindo a ser estatisticamente medida através da autoperceção dos seus estados de saúde e do acesso ao sistema de saúde.

Estes indicadores já foram identificados como insuficientes, não só porque não existe a nível europeu um critério único para a definição de imigrante, mas também porque estes estudos são geralmente baseados em inquéritos promovidos na língua oficial do país de acolhimento, deixando de parte justamente os indivíduos mais vulneráveis²⁸.

Em todo o caso, e se olharmos para o último relatório sobre os indicadores da integração de migrantes da OCDE e da Comissão Europeia, de 2023, os resultados são positivos²⁹. Em metade dos países,

²⁵ Cfr., por todos, FERNANDO REY MARTINEZ — “Parte Geral”. In LEÃO, A. C., CARVALHO, A. S., IBAÑEZ, J. G., et al. (ed.) — *Direito Antidiscriminatório*. Lisboa: AAFDL EDITORA, 2021. p. 18-145.

²⁶ CATARINA REIS OLIVEIRA, et. al., *Migrações e Saúde em números: o caso português*, cit., p. 9 e ss.

²⁷ Disponível em: https://migrant-integration.ec.europa.eu/library-document/declaration-european-ministerial-conference-integration-zaragoza-15-16-april-2010_en, consult. em: 26.05.2024.

²⁸ CATARINA REIS OLIVEIRA, et. al., *Migrações e Saúde em números: o caso português*, cit., p. 9 e ss.

²⁹ OCDE/EUROPEAN COMMISSION — *Indicators of Immigrant Integration 2023: Settling In*. Paris: OECD Publishing, 2023.

incluindo Portugal, os imigrantes têm a mesma ou até maior probabilidade de declarem possuir um bom estado de saúde do que os nacionais, apesar de diferenças significativas entre homens e mulheres migrantes, com estas a reportarem estados de saúde piores. A prevalência de excesso de peso é significativamente menor entre os migrantes do que entre os nacionais, embora tenda a aumentar com a duração da estadia. Na maioria dos países, os imigrantes reportam necessidades médicas não satisfeitas, e é menos provável que utilizem os serviços de saúde que os nacionais. Curiosamente, Portugal é das poucas exceções, não sendo, todavia, crível que o Serviço Nacional de Saúde (SNS) responda melhor aos migrantes do que aos nacionais.

Se deixarmos o plano comparativo, os resultados pioram significativamente, como demonstra o Eurobarómetro de 2022, em que cerca de 70% dos migrantes inquiridos referiu que o acesso à educação, saúde e proteção social são grandes obstáculos à integração, colocando-nos perto do fim da tabela ³⁰. Por outro lado, o MIPEX — *Migrant Integration Policy Index* revela que entre as dimensões analisadas, no caso português a saúde é a que, em 2019, pontuou pior, revelando que o sistema de saúde não responde suficientemente às necessidades dos imigrantes ³¹. O resultado do MIPEX deve-se à má pontuação obtida por Portugal no que toca ao acesso aos serviços de saúde por migrantes e à necessidade de capacitarmos os nossos serviços de saúde para a interculturalidade e a sensibilidade à diversidade.

Sabe-se que a população migrante é muito heterogénea, possuindo diferentes estados e necessidades de cuidados de saúde. O impacto da migração na saúde e os determinantes presentes em cada fase do processo migratório, reclamando uma abordagem ‘*whole-of-route*’, variam com o tipo de migração (regular/irregular; voluntária/forçada), o ambiente global dos países de origem, trânsito e acolhimento, as políticas de imigração adotadas no país de destino, as condições de acolhimento e integração e, ainda, o contacto mantido com o país de origem.

Em 2015, a Entidade Reguladora da Saúde identificou um conjunto de barreiras ao acesso aos cuidados de saúde por parte de

³⁰ EUROPEAN COMMISSION — *Special Eurobarometer 519. Integration of immigrants in the European Union*. Brussels: Publications Office of the European Union, 2022.

³¹ Disponível em: <https://www.mipex.eu/portugal>. (Consult. em: 26.05.2024).

migrantes ³². Antes de mais, e quando nos referimos a acesso a cuidados de saúde entendemo-lo enquanto o conjunto de condições fixadas no quadro legal e regulamentar das quais depende a prestação de cuidados de saúde. No seu estudo, a Entidade Reguladora da Saúde divide as barreiras ao acesso aos cuidados de saúde em Portugal em dois grupos: barreiras do lado da oferta de cuidados e barreiras do lado da procura por cuidados de saúde.

Do lado da oferta, existem barreiras legislativas e regulamentares, das quais se destaca, por um lado, a limitação na prestação de cuidados de saúde, e, por outro lado, a possibilidade de os profissionais de saúde e do pessoal administrativo apresentar um conhecimento limitado da legislação e/ou da sua aplicabilidade. Depois, os profissionais de saúde e o pessoal administrativo não poucas vezes se deparam com condicionantes linguísticas e culturais que prejudicam o acesso à informação e a própria utilização dos serviços de saúde e a prestação de cuidados a migrantes. Por outro lado, os problemas de financiamento do sistema de saúde podem representar um desafio adicional que desincentiva políticas abertas de acesso ao SNS e que podem condicionar a adequação das respostas às necessidades de saúde das populações migrantes ³³.

Do lado da procura, surgem barreiras à utilização dos serviços de saúde por parte dos migrantes, de entre as quais se destacam a situação laboral instável e precária, a dificuldade em obter proteção social e o custo associado aos cuidados de saúde. Os obstáculos linguísticos e culturais também podem ser um entrave à procura dos cuidados de saúde necessários por parte dos migrantes. Outros problemas podem ainda ser considerados, como sejam níveis socioeconómicos mais baixos, deficientes condições de habitação, rendimentos reduzidos, empregos precários, *stress* psicológico associado à exclusão social e à ausência de redes de apoio, todos relacionados com a saúde, contribuindo para a situação desfavorável destes grupos ³⁴.

Em particular no caso dos migrantes em situação irregular, a persistência de requisitos administrativos para o acesso aos cuidados de saúde, nomeadamente a apresentação de um atestado de residência por período superior a 90 dias, é particularmente pernicioso, não só

³² ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE — *Acesso a Cuidados de Saúde por Imigrantes*. Porto: ERS, 2015.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

porque há uma certa discricionariedade nas taxas cobradas pelas juntas de freguesia para a emissão deste atestado, como se tem observado o florescimento de verdadeiros negócios paralelos em torno da sua emissão. De facto, apesar de estar garantido legalmente o acesso à saúde pelos migrantes como um direito (independentemente da sua condição legal), persistem dificuldades práticas no acesso e utilização dos serviços de saúde por migrantes ³⁵.

A persistência destas barreiras, não só periga com o direito fundamental à proteção da saúde, como parece ser irracional do ponto de vista económico: num estudo de 2015, a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia calculou custos da exclusão dos migrantes dos cuidados de saúde, concluindo que existem ganhos, por vezes significativos, em garantir-lhes o acesso regular aos cuidados de saúde preventivos e primários ³⁶.

3. O DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE NA PERSPETIVA DO ACESSO AO SNS

Como explicam CATARINA REIS OLIVEIRA e NATÁLIA GOMES, os enquadramentos legais de acesso dos migrantes a cuidados de saúde têm um importante impacto tanto na perspetiva dos direitos fundamentais e do estado de saúde e bem-estar das populações no seu conjunto, como na perspetiva da integração das populações migrantes nos países de acolhimento. As características dos serviços nacionais

³⁵ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS — *Migrants in an irregular situation: access to healthcare in 10 European Union Member States*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011, p. 34.

³⁶ «As conclusões deste modelo sugerem que numa situação em que 100% das mulheres migrantes grávidas em situação irregular acedem aos cuidados pré-natais pode gerar poupanças até 48% na Alemanha e na Grécia e até 69% na Suécia (o que equivale a cerca de 56 €, 52 € e 177 € por mulher, respetivamente) ao longo de dois anos. A prestação de cuidados pré-natais pode, de facto, ser metade do custo do tratamento do baixo peso à nascença, em consequência da falta de acesso a cuidados durante a gravidez. Além disso, os casos de baixo peso à nascença também podem ser evitados através da prestação de cuidados pré-natais, variando entre quatro casos por 1 000 mulheres na Alemanha, cinco casos na Grécia e seis na Suécia». Cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS — *Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015, p. 34.

de saúde dos Estados podem interferir também na evolução das migrações, tanto na sua componente da imigração (entrada de doentes estrangeiros por razão de saúde ou permanência de imigrantes com necessidades de cuidados de saúde como uma dimensão da sua vida em contextos de acolhimento, entrada e inserção de profissionais de saúde estrangeiros no sistema de saúde), como na sua componente da emigração (saída de doentes nacionais por razões de saúde e saída de profissionais de saúde portugueses para se inserirem em outros sistemas de saúde) ³⁷.

Sem pretensões de exaustão, o direito à proteção da saúde encontra-se previsto em inúmeras fontes internacionais, regionais, europeias e nacionais, numa verdadeira teia de tutela multinível. Desde logo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos refere no seu art. 25.º, n.º 1 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, principalmente quanto [...] à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos [...]*». Já o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais estabelece no n.º 1 do art. 12.º que «*os Estados Partes [...] reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir*», descrevendo no n.º 2 os objetivos que os Estados devem alcançar neste domínio, tais como a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, o são desenvolvimento das crianças, o melhoramento das condições sanitárias e ambientais, a profilaxia, tratamento e controlo de doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras, e a criação de condições próprias para assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.

Já a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, apesar de não conter nenhuma referência explícita ao direito à proteção da saúde, tutela-o implicitamente por via das referências ao direito à vida (art. 2.º), à proibição da tortura (art. 3.º) e ao direito ao respeito pela vida privada e família (art. 8.º), do qual se retira o respeito pela integridade física e psíquica. Ainda no contexto do Conselho da Europa, a Carta Social Europeia Revista contempla expressamente no art. 11.º o direito à proteção da saúde, nos seguintes termos:

³⁷ CATARINA REIS OLIVEIRA, et. al., *Migrações e Saúde em números: o caso português*, cit., p. 34.

«com vista a assegurar o exercício efetivo do direito à proteção da saúde, as Partes comprometem-se a tomar, quer diretamente, quer em cooperação com as organizações públicas e privadas, medidas apropriadas tendentes, nomeadamente: 1) a eliminar, na medida do possível, as causas de uma saúde deficiente; 2) a estabelecer serviços de consulta e de educação no que respeita à melhoria da saúde e ao desenvolvimento do sentido da responsabilidade individual em matéria de saúde; 3) a prevenir, na medida do possível, as doenças epidémicas, endémicas e outras, assim como os acidentes». Finalmente, a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina prevê no art. 3.º que as Partes tomem, tendo em conta as necessidades e de saúde e os recursos disponíveis, as medidas adequadas com vista a assegurar um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada.

No âmbito da União Europeia, o art. 35.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, com o mesmo valor jurídico que os Tratados (art. 6.º, n.º 1 do Tratado da União Europeia), consagra também o direito à proteção da saúde, indicando que «todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais», sendo que na definição e execução de todas as políticas e ações da União Europeia deve ser assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana, aliás como decorre do n.º 1 do art. 168.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

No plano interno, a Constituição da República Portuguesa, no âmbito dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, consagra no art. 64.º não só o direito à proteção da saúde («todos têm o direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover»), como o caderno de encargos do Estado nesta matéria, explicitando que o direito à proteção da saúde é realizado «através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito», incumbindo ao Estado, com prioridade, «garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação».

A Lei de Bases da Saúde, aprovada em anexo à Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, esclarece na Base 1 que o direito à proteção da saúde corresponde ao «direito de todas as pessoas gozarem do melhor estado de saúde físico, mental e social, pressupondo a criação e o desenvolvimento de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam níveis suficientes e saudáveis de vida, de

trabalho de lazer», mais acrescentando que o direito à proteção da saúde constitui uma responsabilidade conjunta das pessoas, da sociedade e do Estado e compreende o acesso, ao longo da vida, à promoção, prevenção, tratamento e reabilitação da saúde, a cuidados continuados e a cuidados paliativos. Segundo o n.º 4 da mesma Base, o Estado «*promove e garante o direito à proteção da saúde através do Serviço Nacional de Saúde (SNS), dos Serviços Regionais de Saúde e de outras instituições públicas, centrais, regionais e locais*». No mesmo sentido vai o n.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 52/2022, de 4 de agosto, na sua redação atual, que aprovou o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde enquanto conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos, dirigido pelo Ministério da Saúde, que efetiva a responsabilidade que cabe ao Estado na proteção da saúde. Os direitos e deveres do utente dos serviços de saúde vêm consolidados na Lei n.º 15/2014, de 21 de março, na sua redação atual.

Conforme resulta dos normativos citados, o direito à proteção da saúde previsto na Constituição, na sua vertente positiva ou de prestação, que obriga o Estado a assegurar a criação e a manutenção de um serviço nacional de saúde universal e geral, é reconhecido a «*todos*», sem nenhuma distinção aparente, designadamente em razão da nacionalidade. Aliás, essa extensão sempre parece igualmente decorrer da «*ampla proteção constitucional (geral e especial) de estrangeiros e imigrantes em matéria de direitos fundamentais*»³⁸ que resulta do princípio da universalidade e do princípio da equiparação, previstos respetivamente nos artigos 12.º e 15.º da Constituição.

De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, essa equiparação aplica-se tanto aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos económicos, sociais e culturais, como aos direitos previstos na legislação infraconstitucional³⁹, estando ou não

³⁸ ANABELA COSTA LEÃO, “Novos domínios para a fiscalização concreta da constitucionalidade”, cit., p. 137 e ss.

³⁹ Veja-se, *inter alia*, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 72/02, onde se sintetizam as seguintes ideias centrais: «o artigo 15.º n.º 1 da Constituição, garantindo aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal os direitos e deveres do cidadão português, consagra o princípio do tratamento nacional; embora a Constituição consinta que a lei reserve certos direitos exclusivamente aos cidadãos portugueses (artigo 15.º n.º 2 in fine) não pode fazê-lo de forma arbitrária, desnecessária ou desproporcionada, sob pena de

o migrante em situação regular no território nacional (pelo menos no que toca a um núcleo de direitos, designadamente os associados à dignidade da pessoa humana). A este propósito, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 296/2015, afirma que o «*princípio da equiparação vale para todos os estrangeiros, e não apenas para aqueles que se encontrem em situação regular dentro do território nacional, pelo menos no que respeita a um «conjunto nuclear de direitos (universais) de fonte constitucional ou internacional. No primeiro caso — direitos de fonte constitucional — com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e que correspondem, pelo menos, àqueles que a Constituição elenca, no n.º 6 do artigo 19.º, como sendo, em qualquer circunstância, insuscetíveis de afetação pela declaração do estado de sítio ou do estado de emergência — e porventura a outros que radiquem na dignidade da pessoa humana».* [...] *Enquanto exceção ao princípio da equiparação, a exigência de residência legal no País ou, por maioria de razão, de períodos mínimos de residência legal, nem sempre será admissível, devendo a sua conformidade constitucional ser apreciada em função dos direitos concretos em causa e do alcance restritivo dos especiais requisitos fixados para a sua concessão, à luz de outros princípios constitucionais eventualmente mobilizáveis*». Na mesma senda, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 96/2013 refere que qualquer exceção ao princípio da equiparação terá de passar o teste da proporcionalidade imposto pelo art. 18.º da Constituição: «*quanto às exceções admitidas — aquelas que o legislador ordinário pode estabelecer —, é aceite que a possibilidade de que este em geral beneficia de colocar autonomamente sob reserva da nacionalidade o gozo de determinados direitos, para além dos contemplados na Constituição, se encontra, ela própria, sujeita a diversos parâmetros condicionadores (...). Entre tais parâmetros avulta — uma vez que as exceções legais em causa restringem o princípio da equiparação — a sujeição ao regime do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição das leis que, no todo ou em parte, excluem da titularidade de determinados direitos os estrangeiros e apátridas presentes ou residentes em Portugal (cfr. o Acórdão n.º 345/2002). Assim, qualquer restrição legal do princípio da*

inutilização do próprio princípio da equiparação; os direitos referidos no artigo 15.º n.º 1 da Constituição não são apenas os direitos fundamentais, os direitos, liberdades e garantias ou os direitos constitucionalmente garantidos, mas também os consignados aos cidadãos portuguesas na lei ordinária».

equiparação só será constitucionalmente legítima, se for exigida pela salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, e se se limitar ao necessário para assegurar tal salvaguarda». Assim, qualquer medida restritiva tem necessariamente de se subordinar ao princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo, com as suas três dimensões — necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito, «daqui resultando que, quanto aos direitos que a Constituição consente que possam ser colocados pelo legislador ordinário sob reserva da nacionalidade, tal reserva não poderá ser desnecessária, arbitrária ou desproporcionada, sob pena de esvaziamento e inutilização do próprio princípio da equiparação consagrado no n.º 1 do artigo 15.º».

Deste modo, decorre quer do direito pátrio, quer do direito internacional dos direitos humanos, que qualquer diferença de tratamento entre migrantes e nacionais deve ser baseada no direito, proporcional e destinada à prossecução de objetivos legítimos⁴⁰. Nesta senda, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já considerou que um Estado tem de apresentar razões legítimas para restringir a utilização de serviços públicos escassos em recursos — tais como serviços de saúde — por imigrantes de curta duração e imigrantes em situação irregular, que, em regra, não contribuem para o seu financiamento, e que também pode, em determinadas circunstâncias, diferenciar justificadamente entre diferentes categorias de estrangeiros que residem no seu território⁴¹.

Ao definir as formas de efetivação do direito à proteção da saúde, o legislador constitucional determinou que ao Estado incumbe organizar um serviço nacional de saúde, igualmente conformando certas características desse serviço, *maxime* a sua universalidade. A universalidade significa que todos os indivíduos são titulares do direito acesso ao Serviço Nacional de Saúde (SNS) em condições de igualdade, aqui

⁴⁰ Vide a Resolução adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 2018, “Pacto Global para as Migrações Seguras, Ordenadas e Regulares”, p. 23-4.

⁴¹ Cfr., *inter alia*, a decisão de 21 de junho de 2011 no caso Ponomaryovi v. Bulgária, § 53 e ss.: «[...] the Court starts by observing that a State may have legitimate reasons for curtailing the use of resource-hungry public services — such as welfare programmes, public benefits and health care — by short-term and illegal immigrants, who, as a rule, do not contribute to their funding. It may also, in certain circumstances, justifiably differentiate between different categories of aliens residing in its territory».

por força do art. 13.º da Constituição. Evidentemente que a universalidade do SNS tem de ser compreendida à luz do princípio da equiparação, aplicando-se igualmente aos estrangeiros que se encontrem ou residam em território nacional.

Este comando constitucional encontra-se atualmente vertido na Lei de Bases da Saúde, que, na Base 21, procede ao recorte subjetivo dos beneficiários do SNS, referindo no n.º 1 que são beneficiários do SNS todos os cidadãos portugueses, e acrescentando no n.º 2 que são **igualmente beneficiários do SNS os cidadãos, com residência permanente ou em situação de estada ou residência temporárias em Portugal**, que sejam nacionais de Estados-Membros da União Europeia ou equiparados, nacionais de países terceiros ou apátridas, requerentes de proteção internacional e migrantes **com ou sem a respetiva situação legalizada**, nos termos do regime jurídico aplicável.

Este recorte subjetivo é coerente com a forma como a alínea *a)* do n.º 2 da Base 20 da Lei de Bases da Saúde descreve o princípio da universalidade do SNS, referindo que o mesmo tem de garantir a *«prestação de cuidados de saúde a todas as pessoas sem discriminações, em condições de dignidade e de igualdade»*.

A atual redação contrasta com a anterior Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto), que, na sua Base XXV, estabelecia que, além dos cidadãos portugueses (n.º 19, eram então também beneficiários do SNS os cidadãos nacionais de Estados-Membros das Comunidades Europeus, nos termos das normas comunitárias aplicáveis (n.º 2), e ainda os cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, em condições de reciprocidade, e os cidadãos apátridas residentes em Portugal (n.º 3).

A constitucionalidade do n.º 3 da Base XXV da Lei de Bases da Saúde de 1990 foi colocada em causa por vários autores, designadamente no segmento que exigia a condição de reciprocidade aos estrangeiros residentes em Portugal para serem beneficiários do SNS. Segundo MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *«coloca-se assim o problema de saber como articular a exigência de ser residente em Portugal, prevista na Base XXV, n.º 3, como condição da qualidade de beneficiário do SNS, e a circunstância de a Constituição exigir apenas, em termos mais amplos, que os estrangeiros ou apátridas se encontrem em Portugal como condição de aplicação a eles, em geral, dos direitos do cidadão português. É, na verdade, em relação às categorias de beneficiários previstas na Base XXV, n.º 3, da LBS, [...] que se podem suscitar problemas de constitucionalidade. [...] A nossa Constituição, cuja perspectiva universalista é louvada como sendo*

*desconhecida de Constituições anteriores e de outros países, não estabelece qualquer cláusula de reciprocidade para os direitos em causa, nem tão pouco parece admitir a consagração de períodos temporais de residência como condição da atribuição da qualidade de beneficiário»*⁴². Para TIAGO VIANA BARRA, «no quadro do Direito da Saúde, os princípios da não discriminação e da igualdade de oportunidades são particularmente acentuados. A rede de cuidados de saúde deve, por conseguinte, poder ser acedida por todos, sem discriminações ilegítimas, tendo em conta a igualdade do tratamento de oportunidades no Direito da Saúde. Ninguém se torna imigrante por vontade própria [...]. [...] Embora o direito à Saúde seja universal, as restrições impostas aos imigrantes em situação irregular podem revelar-se um constrangimento no acesso aos cuidados de saúde, nomeadamente em sede de prevenção, diagnóstico, tratamento e cuidados de saúde»⁴³. Finalmente, de acordo com MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, «[...] as cláusulas de reciprocidade — que limitam o acesso das prestações de saúde aos cidadãos dos países que asseguram o mesmo tratamento aos portugueses — traduzem violação do princípio geral de equiparação, na medida em que sujeitam os estrangeiros à sorte das escolhas políticas adotadas nos seus Estados de origem — sobre as quais, diga-se, podem não ter qualquer influência —, introduzindo uma discriminação injustificada entre estrangeiros e cidadãos portugueses, que não encontra apoio na prossecução de qualquer fim constitucionalmente legítimo»⁴⁴.

Consciente ou não destas críticas, facto é que o legislador de 2019 alargou na nova Lei de Bases da Saúde o âmbito subjetivo dos beneficiários do SNS, deixando cair o requisito da reciprocidade para os cidadãos de Estados Terceiros. Por outro lado, deixou expresso que são beneficiários do SNS quer os estrangeiros residentes, quer os estrangeiros que se encontrem temporariamente em Portugal, tenham ou não a respetiva situação regularizada. Este novo recorte subjetivo

⁴² MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO — *Direitos e Deveres dos Utentes do Serviço Nacional de Saúde*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/615-922.pdf> (Consult. em: 29.05.2024), p. 5 e ss.

⁴³ TIAGO VIANA BARRA — Breves considerações sobre o Direito à Proteção da Saúde. *O Direito*. Ano 144.º, II (2012), p. 411-445 (p. 426. e ss.).

⁴⁴ MARIA JOÃO ESTORNINHO, et. al., *op cit.*, p. 52.

parece-nos totalmente consentâneo com a Constituição e com as recomendações internacionais nesta matéria.

Todavia, aquilo que importa saber é se o âmbito subjetivo de beneficiários definido pela Lei de Bases da Saúde encontra respaldo noutros normativos infralegais e na própria prática do SNS. E, neste âmbito, a resposta nem sempre será afirmativa. Em primeiro lugar, importa perceber que as condições de acesso ao SNS variam em função do grupo de migrantes em causa, por força dos concretos regimes jurídicos aplicáveis. Assim, é possível distinguir pelo menos sete categorias ou grupos de migrantes com diferentes condições de acesso ao SNS, em função da respetiva base jurídica:

1. Cidadãos nacionais dos Estados-Membros da União Europeia, Espaço Económico Europeu e Suíça;
2. Cidadãos de países terceiros ou apátridas com estatuto de refugiado ou requerentes de proteção internacional;
3. Cidadãos nacionais de países terceiros abrangidos por acordo internacional celebrado entre Portugal e um país terceiro, incluindo os Acordos de Cooperação no Domínio da Saúde;
4. Cidadãos nacionais de países terceiros ou apátridas titulares de autorização de residência;
5. Cidadãos nacionais de países terceiros ou apátridas em situação regular no território nacional;
6. Cidadãos nacionais de países terceiros ou apátridas em situação irregular no território nacional com permanência de duração inferior a 90 dias;
7. Cidadãos nacionais de países terceiros ou apátridas em situação irregular no território nacional com permanência de duração igual ou superior a 90 dias.

Como se disse, as condições em que cada uma destas categorias de migrantes pode aceder ao SNS variam, designadamente no que toca aos tipos de cuidados garantidos e à entidade financeira responsável pelo pagamento desses cuidados.

De todas estas categorias centrar-nos-emos apenas nos migrantes de Estados terceiros à União Europeia sem acordo internacional celebrado com Portugal. No caso de migrantes com autorização de residência, a lei concede igualdade de tratamento, sendo beneficiários do SNS nos mesmos termos que os cidadãos portugueses, tendo acesso a todos os níveis de cuidados (cfr. art. 83.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, na sua redação atual). Porém, tratando-se de migrantes em

situação de estada ou residência temporária, apenas estão garantidos os cuidados clinicamente necessários para evitar o regresso ao país de origem, sendo que os encargos são suportados pelo próprio, a menos que disponha de seguro de saúde.

No caso de migrantes em situação irregular em território nacional há mais de 90 dias (o critério definido como delimitador da residência permanente no país e que exige a apresentação de um comprovativo da junta de freguesia), só em casos muito específicos o acesso é feito a expensas do SNS, i.e., do Orçamento do Estado. Esses casos estão descritos num Despacho do Ministro da Saúde de 2001 (Despacho n.º 25360/2001, de 12 de dezembro). Nos termos desse Despacho, conjugado com uma circular informativa da DGS de 2009⁴⁵, a cargo do SNS ficam apenas os cuidados urgentes e vitais e os cuidados em situações que ponham em risco a saúde pública. Incluem-se nestes dois grupos, as doenças transmissíveis, os cuidados materno-infantis, a vacinação e os cuidados a cidadãos em situação de exclusão social ou carência económica comprovada pela Segurança Social.

Ainda na vigência da anterior da Lei de Bases da Saúde, a constitucionalidade daquele Despacho era já duvidosa. Atualmente, o problema será mesmo de legalidade. De facto, a alteração da Lei de Bases da Saúde, com o alargamento do âmbito subjetivo de beneficiários do SNS, não foi acompanhada da alteração dos diplomas regulamentares que definem as condições de acesso (no que toca ao tipo de cuidados prestados e a quem os suporta financeiramente), como se impunha, gerando uma situação paradoxal: todos aqueles que permanecem em Portugal são, de acordo com a lei, beneficiários do SNS, mas as concretas condições para o exercício dos direitos inerentes a esse estatuto divergem de grupo para grupo, penalizando sobretudo os cidadãos mais vulneráveis.

Acrescente-se que não só os normativos anteriores à Lei de Bases da Saúde de 2019 não foram ainda objeto de alteração, como novas regulamentações introduzidas posteriormente agravaram o problema. A este propósito, o Despacho n.º 1668/2023, de 2 de fevereiro, que define as regras de organização e os mecanismos de gestão referentes ao Registo Nacional de Utentes (RNU), assim como as regras de registo do cidadão no Serviço Nacional de Saúde e de inscrição nos

⁴⁵ Disponível em: <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/orientacoes-e-circulares-informativas/circular-informativa-n-12dqsdmd-de-07052009.aspx> (Consult. em: 29.05.2024).

cuidados de saúde primários, veio impedir que os cidadãos estrangeiros em situação irregular (independentemente de se encontrarem em território nacional há mais de 90 dias) possam ter um “registo ativo” no RNU (artigos 3.º e 4.º) e ser inscritos nos cuidados de saúde primários (art. 8.º, n.º 2), presumindo-se sempre que os encargos gerados pelas eventuais prestações de cuidados de saúde são assumidos pelos próprios cidadãos de acordo com a tabela de preços do SNS (art. 6.º).

Atentos estes dados, o tratamento atualmente dispensado aos migrantes residentes em situação irregular no país no acesso aos cuidados de saúde não parece ser conforme nem com a Lei de Bases da Saúde nem com a Constituição. É certo que há vários argumentos que geralmente são avançados para defender esta diferenciação e que podem, em teoria, ser utilizados como objetivos legítimos a prosseguir pelos Estados na reserva de certos serviços públicos aos seus cidadãos. Desde logo, os limitados recursos financeiros e humanos do SNS, com o conseqüente imperativo de organização ou de gestão racional dos serviços públicos e das prestações sociais. Por outro lado, a eventual não participação destes migrantes no esforço coletivo de financiamento dos serviços públicos, nomeadamente através do pagamento de impostos e contribuições, argumento que, todavia, é largamente contrariado pelo enorme saldo positivo das contribuições para a Segurança Social dos migrantes em Portugal. É ainda comumente invocado o combate à imigração ilegal, evitando-se tornar o país atrativo, por via de favores e prestações sociais, à imigração indesejada, porque economicamente menos interessante.

Todavia, serão estes argumentos compatíveis com uma república baseada na dignidade da pessoa humana, dignidade essa que não deve conhecer desvios fundados em razões de natureza organizativa, financeira ou outras? Mais: respeitarão estas restrições à universalidade do SNS as exigências decorrentes da proporcionalidade e da não discriminação, decorrentes da Constituição?

Parece-nos relativamente pacífico que possam existir condições de acesso ao SNS diversas para os estrangeiros que, necessitando de cuidados de saúde, se encontrem em Portugal, mas sem que com o nosso país estabelecerem um vínculo estável, designadamente sujeitando-os ao pagamento dos preços tabelados para a prestação de cuidados, sem que isso, contudo, coloque em causa a prestação de cuidados urgentes e vitais.

Mas relativamente aos migrantes em situação irregular com residência em Portugal, temos já reservas que assim possa ou deva ser

ou mesmo que à luz da Lei de Bases da Saúde seja hoje possível, não tanto quanto à condição pagamento (ressalvados os casos de carência), mas sobretudo quanto à impossibilidade de aceder plenamente a todos os níveis de cuidados, nomeadamente aos cuidados de saúde primários.

Na nossa perspetiva, o direito à proteção da saúde e o direito de acesso ao SNS, para ser verdadeiramente universal, deve desligar-se, como bem consagrou a Lei de Bases da Saúde, da situação jurídica do migrante face à legislação que regula a entrada e a permanência de estrangeiros em Portugal. Falta ainda que esse princípio seja verificado para os regulamentos que condicionam na prática o acesso e a prestação de cuidados no SNS.

Aliás, só assim Portugal poderá dizer-se respeitador, como se espera e quer, dos quatro princípios que a Organização Mundial da Saúde vem definindo como essenciais a uma política pública de saúde para os migrantes ⁴⁶: (1) devem ser evitadas disparidades entre imigrantes e não imigrantes quanto ao estado de saúde e de acesso aos cuidados de saúde; (2) deve ser garantido o direito à proteção da saúde dos migrantes, reduzindo a discriminação e as barreiras que possam existir ao acesso dos imigrantes à saúde; (3) deve ser reduzida a mortalidade e morbilidade das populações migrantes; e (4) devem minimizar-se os impactos negativos do processo migratório, e que nomeadamente induzem a uma maior vulnerabilidade e riscos de saúde dos migrantes, independentemente do contexto de acolhimento ⁴⁷.

⁴⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION — *Health of migrants: the way forward — report of a global consultation*. 2010. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/health-of-migrants-the-way-forward> (Consult. em: 29.05.2024).

⁴⁷ Estava já este trabalho no prelo quando, em dezembro de 2024, e envolto em polémica, foram discutidas na Assembleia da República e aprovadas na generalidade duas Propostas de Lei que alteram a Base 21 da Lei de Bases da Saúde a pretexto do combate ao designado “turismo de saúde”, fenómeno cuja dimensão e impacto no SNS é largamente desconhecido (e que se encontra a ser avaliado), circunstância que não impediu os partidos de, sem qualquer evidência, tentar legislar. Malgrado objetivo, a proposta dos partidos que suportam o governo, a ser aprovada e promulgada, não terá, ao contrário do pretendido, nenhum efeito prático, visto que se limita a formalizar a prática regulamentar já vigente. No mais, os pressupostos deste texto mantêm-se inalterados.

BIBLIOGRAFIA

- ABBING, HENRIETTE ROSCAM — “Patients’ right to access to quality of healthcare throughout the European Union: the role of EU legislation”. In LOUREIRO, J., PEREIRA, A. D. & BARBOSA, C. (ed.) — *Direito da Saúde*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 39 — 66.
- BARRA, TIAGO VIANA — Breves considerações sobre o Direito à Proteção da Saúde. *O Direito*. Ano 144.º, II (2012), p. 411-445.
- BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE — *Direitos e Deveres dos Utentes do Serviço Nacional de Saúde*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/615-922.pdf> (Consult. em: 29.05.2024).
- COMISSÃO EUROPEIA — Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Plano de ação sobre a integração dos nacionais de países terceiros*, Estrasburgo, 7.6.2016, COM(2016) 377 final.
- , Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Plano de ação sobre a integração e a inclusão para 2021-2027*, Bruxelas, 24.11.2020, COM(2020) 758 final.
- ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE — *Acesso a Cuidados de Saúde por Imigrantes*. Porto: ERS, 2015.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO; MACIEIRINHA, TIAGO — *Direito da Saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.
- EUROPEAN COMMISSION — *Special Eurobarometer 519. Integration of immigrants in the European Union*. Brussels: Publications Office of the European Union, 2022.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS — *Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS — *Migrants in an irregular situation: access to healthcare in 10 European Union Member States*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011.
- GOLDIN, CLAUDIA — “Human Capital”. In DIEBOLT, C. & HAUPERT, M. (ed.) — *Handbook of Cliometrics*. Berlin: Springer, 2016. p. 55-86.
- GUSHULAK, BD; WEEKERS, J; MACPHERSON, DW — Migrants and emerging public health issues in a globalized world: threats, risks and challenges, an evidence-based framework. *Emerging Health Threats Journal*. Vol. 2. n.º 10 (2009). p. 1-12.
- HERVEY, TAMARA K.; ORENTLICHER, DAVID — “Introduction”. In HERVEY, T. K. & ORENTLICHER, D. (ed.) — *The Oxford handbook of comparative health law*. New York: Oxford University Press, 2022. p. 1-15.
- LEÃO, ANABELA COSTA — “Novos domínios para a fiscalização concreta da constitucionalidade”. In NETO, L., LEÃO, A. C., PINTO, A. R. B., et al. (ed.) — *Estudos sobre fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade: importância, relevo e regime*. Coimbra: GESTLEGAL, 2023. p. 131-166.
- MARTINEZ, FERNANDO REY — “Parte Geral”. In LEÃO, A. C., CARVALHO, A. S., IBÁÑEZ, J. G., et al. (ed.) — *Direito Antidiscriminatório*. Lisboa: AAFDL EDITORA, 2021. p. 18-145.
- NUNES, RUI — *Regulação da Saúde*. 3.ª ed. Porto: Vida Económica, 2014.
- OCDE/EUROPEAN COMMISSION — *Indicators of Immigrant Integration 2023: Settling In*. Paris: OECD Publishing, 2023.

- OLIVEIRA, CATARINA REIS; GOMES, NATÁLIA — *Migrações e Saúde em números: o caso português*. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações, 2018, p. 7. (Consult. em: 18.05.2024).
- VERTOVEC, STEVEN — Super-diversity and its implications. *Ethnic and Racial Studies*. Vol. 30. n.º 6 (2007). p. 1024-1054.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION — *Promoting the health of refugees and migrants: global action plan, 2019—2023*. Geneva: 2019. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/WHA72-2019-REC-1> (Consult. em: 26.05.2024).

COMUNICAÇÕES APRESENTADAS NAS SESSÕES DE COMUNICAÇÕES

O PAPEL DA CIBERSEGURANÇA NO SETOR DA SAÚDE

The role of cybersecurity in the healthcare sector

Carla Barbosa *

Stéfani Reimann Patz **

Resumo: A cibersegurança no setor de saúde desempenha um papel crucial devido à natureza altamente sensível e pessoal das informações médicas e à crescente dependência tecnológica para fornecer cuidados de saúde eficazes. Nessa medida, o texto analisa como os dados relativos à saúde contêm informações confidenciais que precisam ser protegidas para garantir a privacidade e a segurança dos utentes. Além disso, observa como o setor de saúde enfrenta ameaças crescentes de cibercriminosos, incluindo ataques de *ransomware*, que podem resultar em roubos de dados, interrupções nos serviços de saúde e danos às instituições.

Palavras-chave: Cibersegurança; Dados pessoais; Saúde.

Abstract: *Cybersecurity in the healthcare sector plays a crucial role due to the highly sensitive and personal nature of medical information and the increasing technological reliance to provide effective healthcare. In this context, the text examines how health-related data contains confidential information that needs to be protected to ensure the privacy and security of patients. Additionally, it observes how the healthcare sector is facing growing threats from cybercriminals, including*

* Investigadora, Centro de Direito Biomédico e Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1845-9253>.

** Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, Portugal. Investigadora, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6375-2942>. E-mail: stefani.patz@hotmail.com.

ransomware attacks, which can result in data breaches, disruptions to healthcare services, and harm to institutions.

Keywords: *Cybersecurity; Personal data; Health.*

Sumário: Introdução. 1. Os impactos das novas tecnologias no setor da saúde. 2. Cibersegurança no setor da saúde: Análise de casos; 2.1. Vazamentos de dados; 2.2. Ataques de Negação de Serviço Distribuído (DDoS); 2.3. *Ransomware*. 3. Arcabouço jurídico europeu. 4. Como mitigar os danos? A partir de uma boa estratégia de cibersegurança. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas; a. Obras doutrinárias e outras publicações; b. Legislações.

INTRODUÇÃO

A cibersegurança no setor de saúde emerge como uma questão de extrema relevância nos dias de hoje, não apenas devido à natureza altamente sensível e pessoal das informações médicas, mas também pela crescente dependência tecnológica para a prestação de cuidados de saúde eficazes. Com a digitalização e o armazenamento eletrônico de dados de utentes, a proteção dessas informações tornou-se essencial para garantir a privacidade e a segurança dos indivíduos.

O setor de saúde, em particular, enfrenta um cenário desafiador, onde as ameaças cibernéticas estão em constante evolução. Dados médicos, por sua própria natureza, contêm informações confidenciais que necessitam de uma proteção robusta contra acessos não autorizados e violações de privacidade. A crescente incidência de ciberataques, incluindo ataques de *ransomware*, tem mostrado a vulnerabilidade das instituições de saúde a cibercriminosos, resultando em potenciais roubos de dados, interrupções nos serviços de saúde e, conseqüentemente, danos significativos às instituições e aos utentes que delas dependem.

Neste contexto, o artigo pretende explorar a cibersegurança no setor da saúde recorrendo a uma análise multifacetada. Inicia-se pela discussão dos impactos das novas tecnologias na saúde, destacando como a digitalização e a inovação tecnológica transformaram o setor. Em seguida, examina-se a cibersegurança especificamente no setor de saúde, utilizando estudos de casos para ilustrar as ameaças e vulnerabilidades atuais. A análise jurídica se aprofundará no arcabouço normativo vigente na União Europeia, fornecendo uma visão detalhada das regulamentações que buscam proteger os dados de saúde contra ciberameaças.

Além disso, o artigo propõe estratégias para mitigar os riscos associados à cibersegurança, oferecendo uma visão abrangente de boas práticas e medidas preventivas que as instituições de saúde podem adotar para reforçar sua segurança cibernética. Por fim, nas considerações finais, sintetizam-se os pontos discutidos e reflete-se sobre as futuras direções que o setor de saúde deve seguir para enfrentar os desafios cibernéticos de maneira eficaz e segura. A compreensão e a implementação de uma estratégia sólida de cibersegurança no setor de saúde não é apenas uma necessidade técnica, mas também um imperativo legal e ético, visando proteger a integridade e a privacidade dos dados médicos, garantindo assim a confiança dos utentes e a continuidade dos serviços de saúde.

1. OS IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO SETOR DA SAÚDE

As novas tecnologias estão a redefinir o setor da saúde, impulsionando uma transformação digital que promete melhorar a qualidade e a eficiência dos cuidados prestados. Com o avanço das soluções digitais, torna-se possível integrar dados de diferentes fontes para criar abordagens mais personalizadas e acessíveis, beneficiando milhões de cidadãos. Neste contexto, um estudo desenvolvido pela Deloitte, em parceria com a Roche e o MUDA — Movimento para a Utilização Digital Ativa, analisou os impactos da adoção de serviços digitais na saúde em Portugal, destacando as oportunidades e desafios que acompanham esta evolução. Os dados recolhidos para a análise do estudo foram obtidos através de um questionário online, respondido por cerca de 50 executivos e gestores, maioritariamente pertencentes ao setor da saúde ¹.

As principais conclusões do estudo indicam que a transformação digital e as tecnologias emergentes serão as grandes responsáveis por uma mudança radical no setor da saúde. Até 2040, fluxos de dados de saúde de várias fontes unir-se-ão para criar um quadro multifacetado e altamente personalizado para o bem-estar

¹ Fonseca, Alexandre; Oliveira, Joaquim; Vasconcelos, André, Digitalização no setor da saúde: Estudo sobre os serviços digitais no setor da saúde em Portugal, 2021, in: <https://www2.deloitte.com/pt/pt/pages/life-sciences-and-healthcare/articles/digitalizacao-no-setor-da-saude.html>. (20.03.2024).

de todos os consumidores. Além disso, as soluções digitais de cuidados de saúde têm o potencial para reduzir as desigualdades e aumentar o bem-estar de milhões de cidadãos. Se forem concebidas com propósito e implementadas de uma forma articulada, podem alterar radicalmente a forma como os serviços de cuidados de saúde são prestados aos utentes ².

2. CIBERSEGURANÇA NO SETOR DA SAÚDE: ANÁLISE DE CASOS

A cibersegurança designa o conjunto de meios e tecnologias que visam proteger, de danos e intrusão ilícita, programas, computadores, redes e dados. Conforme André Zúquete, estamos perante um conjunto de práticas e estratégias que visam proteger as infraestruturas críticas contra ataques cibernéticos e ações de guerra digital ³. Essas infraestruturas abrangem sistemas vitais, como energia, telecomunicações, transporte, saúde e finanças. O objetivo da cibersegurança é garantir a integridade, confidencialidade e disponibilidade desses sistemas, prevenindo e mitigando ameaças que possam comprometer seu funcionamento ⁴. Isso inclui a implementação de medidas técnicas, como firewalls, criptografia e detecção de intrusões, além de políticas e procedimentos que promovam a conscientização e a responsabilidade dos utilizadores.

Na visão de Gonçalo Rochete e Afonso Lopes Correia, a crescente interconexão e digitalização das infraestruturas modernas aumentam a vulnerabilidade a ataques cibernéticos e potenciais conflitos digitais, tornando a cibersegurança uma preocupação crucial para governos, empresas e organizações em todo o mundo ⁵. Portanto, proteger essas infraestruturas críticas não apenas garante o funcionamento

² Fonseca, Oliveira, Vasconcelos, 2021.

³ Zúquete, André, Segurança em Redes Informáticas, 2018, 5.^a Edição. Lisboa: FCA.

⁴ Laudon, C. Kenneth; Laudon, Jane P, Management Information Systems. United States of America: Pearson, (2014), in: https://repository.dinus.ac.id/docs/ajar/Kenneth_C.Laudon,Jane_P_.Laudon_-_Management_Information_Sysrem_13th_Edition_.pdf. (20.03.2024).

⁵ Rochete, Gonçalo; Correia, Afonso Lopes, A Cibersegurança, privacidade de digital e o Cibercrime em Portugal, 2024, in: https://www.researchgate.net/publication/380569252_A_Ciberseguranca_privacidade_de_digital_e_o_Cibercrime_em_Portugal. (25.05.2024).

da sociedade moderna, mas também é fundamental para a segurança nacional e a estabilidade global.

A cada 39 segundos, ocorre pelo menos um ciberataque, e cerca de 95% das infrações digitais resultam de erros humanos. De acordo com o primeiro-ministro da Albânia, o cibercrime poderá atingir US\$ 10 mil milhões em 2025, equivalendo à terceira maior economia do mundo. Nesse cenário, Eduardo Magrani destaca que a indústria de crimes cibernéticos cresce à medida que organizações criminosas evoluem, profissionalizando o desenvolvimento de atividades maliciosas, como *ransomware* e *phishing* ⁶.

No mercado clandestino, dados médicos valem 10 vezes mais do que informações de cartão de crédito. Em outras palavras, o setor de saúde oferece alto lucro para os cibercriminosos. As informações de saúde do paciente e, portanto, os dados de identificação pessoal estão crescendo exponencialmente ⁷.

Mas por que os dados da saúde são tão críticos? A resposta pode ser compreendida a partir de três dimensões: *a)* Tecnológica; *b)* Operacional; e *c)* Humana. Na dimensão tecnológica, os dispositivos médicos enfrentam vulnerabilidades significativas, há um elevado número desses dispositivos em uso, e muitos deles utilizam tecnologia obsoleta. Na dimensão operacional, o acesso remoto por colaboradores, a necessidade de consulta e partilha de informação, e o fato de que até mesmo as organizações menores enfrentam riscos são fatores importantes. Na dimensão humana, o valor dos dados de saúde é elevado, há resistência dos colaboradores em adotar novas tecnologias e práticas de segurança, e as equipas geralmente têm pouca formação em segurança da informação.

O setor da saúde é o que contém diversas informações: desde o contacto e morada do utente a resultados de exames e informações detalhadas sobre o seu estado de saúde (estas últimas pertencentes a categorias especiais). Ao conseguirem aceder a Dispositivos Médicos como desfibriladores e máquinas de hemodiálise, os hackers podem afetar o seu normal funcionamento e até interromper

⁶ Magrani, Eduardo, Cibersegurança em Portugal: tendências e compliance, (30.11.2023), in: <https://www.cca.law/pt/insights-and-media/newsletters/Ciberseguranca-em-Portugal-Tendencias-e-Compliance/9147/>. (20.03.2024).

⁷ Humer, Caroline; Finkle, Jim, Your medical record is worth more to hackers than your credit card, (24.09.2014), in: <https://www.reuters.com/article/idUSKC-N0HJ21I/>. (20.03.2024).

temporariamente as operações, com todas as consequências que tal terá para o utente. Conforme Carolina Baltazar, muitos sistemas operativos em funcionamento nos hospitais e organizações de saúde portuguesas são “antiquados” (alguns já deixaram de ser suportados pela Microsoft em 2006) e podem ser explorados por cibercriminosos. Mais do que a privacidade de dados, os ciber-ataques podem ter “impactos fatais” nos utentes ⁸.

A cibersegurança no setor da saúde, portanto, refere-se às medidas, práticas e tecnologias implementadas para proteger os dados considerados sensíveis, os sistemas e as redes das organizações de saúde, contra ameaças cibernéticas. Inclui estratégias para proteger os processos clínicos, os dispositivos, infraestrutura digital e garantir a conformidade com os requisitos legais, assegurando a confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados de saúde. Todo o processo de transformação digital na área da saúde, a telemedicina, a interligação dos dispositivos médicos, provocou o aumento exponencial dos ataques.

No primeiro semestre de 2023, o setor de saúde registrou um aumento de mais de 50% nas violações de dados, especialmente nos Estados Unidos e na Europa. Estas violações, na sua maioria, resultaram de ataques a fornecedores de serviços de TI para hospitais. O relatório “*Threat Landscape 2023*” alerta para a crescente exposição do setor da saúde às ameaças cibernéticas, com 22 violações de dados no primeiro semestre de 2023. Cerca de metade dessas violações tiveram origem em fornecedores externos das organizações de saúde, que foram inicialmente alvo de ataques cibernéticos. Entre esses fornecedores estão empresas de software e tecnologia, cujas ferramentas externas são exploradas por cibercriminosos para realizar ataques maliciosos ⁹.

Hugo Nunes, da equipa de *Intelligence* da S21sec em Portugal, destaca a necessidade de barreiras de segurança no setor da saúde para proteger a integridade e a privacidade dos utentes. Com o

⁸ Baltazar, Carolina, Hospitais portuguesas são vulneráveis a ciberataques. Em casos extremos, podem resultar na morte dos pacientes, (23.03.2023), in <https://cnnportugal.iol.pt/ciberataques/hospitais/hospitais-portugueses-sao-vulneraveis-a-ciberataques-em-casos-extremos-podem-resultar-na-morte-dos-pacientes/20230323/63d806600cf28f3e15c9cd9c>. (20.03.2024).

⁹ S21sec, Threat Landscape Report, 2023, in: https://www.s21sec.com/wp-content/uploads/2023/07/S21sec_Thales_ThreatLandscapeReport_2023_EN.pdf. (20.03.2024).

aumento dos ataques cibernéticos, torna-se fundamental implementar medidas eficazes de segurança cibernética ¹⁰.

À medida que o setor de saúde procura aprimorar os seus serviços através de novas tecnologias, criminosos e ameaças cibernéticas exploram as suas vulnerabilidades. A indústria da saúde enfrenta uma série de desafios relacionados com a cibersegurança, desde *malware* até ataques de negação de serviço distribuídos (DDoS), que podem ter consequências graves para a segurança dos utentes.

De acordo com o relatório “*Threat Landscape Report: Second Semester 2023*”, que analisou as ameaças ao setor de saúde e destacou a atividade de grupos de Ameaças Persistentes Avançadas (APT), existe uma crescente ameaça de *ransomware* no setor. Grupos como APT41, APT10, APT18 e APT22 representam sérias ameaças, utilizando técnicas como *phishing* e roubo de credenciais para ciberespionagem e exfiltração de dados ¹¹.

Conforme o relatório desenvolvido pela *European Union Agency for Cybersecurity* (2024), as principais ameaças previstas para 2030 incluem o comprometimento da cadeia de abastecimento de *softwares*, a escassez de capacidades e competências das organizações, erros humanos, a exploração de sistemas desatualizados, a utilização abusiva de tecnologia de vigilância, e a atuação de fornecedores de TIC de serviços críticos que operam além das fronteiras nacionais ¹².

Neste contexto, os próximos tópicos analisarão casos de ataques cibernéticos ao setor da saúde, com foco em vazamentos de dados, Ataques de Negação de Serviço Distribuído (DDoS) e *Ransomware*, observando como o aumento da sofisticação desses ataques destaca a necessidade urgente de medidas de segurança cibernética robustas no setor da saúde.

2.1. Vazamentos de dados

Parece que todos os dias outro hospital está nas notícias como vítima de um vazamento de dados. De acordo com o “*Data Breach*

¹⁰ S21sec, 2023.

¹¹ S21sec, Threat Landscape Report: Second Semester 2023, in: https://www.s21sec.com/wp-content/uploads/2024/02/S21sec_Thales_ThreatLandscapeReport_2023_H2_EN.pdf. (20.03.2024).

¹² Enisa, Foresight Cybersecurity Threats for 2030 — Update. Executive Summary, (27.03.2024), in: <https://www.enisa.europa.eu/publications/foresight-cybersecurity-threats-for-2030-update-2024-executive-summary>. (30.03.2024).

Investigations Report” da Verizon, a indústria da saúde vivencia mais vazamentos de dados do que qualquer outro setor ¹³. Embora possa haver algum potencial de viés nessa afirmação, devido aos requisitos de relatórios bem definidos e legalmente obrigatórios da Lei de Portabilidade e Responsabilidade do Seguro de Saúde (HIPPA) nos Estados Unidos. A lei torna mais provável que vazamentos de dados na área da saúde sejam relatados em comparação com vazamentos em outros setores.

Os vazamentos são amplamente observados no setor de saúde. Eles podem ser causados por muitos tipos diferentes de incidentes, incluindo malware de roubo de credenciais, um insider que divulga dados do paciente intencionalmente ou acidentalmente, ou laptops perdidos ou outros dispositivos.

As informações pessoais de saúde são mais valiosas no mercado paralelo do que credenciais de cartão de crédito ou informações pessoais identificáveis comuns. Portanto, há um incentivo maior para cibercriminosos visarem bancos de dados médicos. Eles podem vender as informações e/ou usá-la para ganho pessoal. O custo médio de um vazamento de dados incorrido por uma agência não relacionada à saúde, por registro roubado, é de \$158. Para agências de saúde, o custo é em média de \$355. As informações de cartão de crédito e dados pessoais são vendidas por \$1-\$2 no mercado clandestino, mas os dados de saúde podem ser vendidos por até \$363, de acordo com o relatório sobre o prejuízo de um vazamento de dados, desenvolvido pela IBM Security.¹⁴ Isso ocorre porque o histórico de saúde pessoal, incluindo doenças, enfermidades e cirurgias não pode ser alterado, ao contrário das informações de cartão de crédito ou outros documentos.

Os dados de saúde são valiosos porque os criminosos podem usá-los para direcionar vítimas com fraudes e golpes que se aproveitam das condições médicas da vítima ou acordos de vítimas. Também podem ser usados para criar reclamações falsas de seguro, permitindo a compra e revenda de equipamentos médicos. Alguns

¹³ Verizon, Data Breach Investigations Report (DBIR), 2023, in: <https://www.verizon.com/business/resources/reports/2023-data-breach-investigations-report-dbir.pdf>. (20.03.2024).

¹⁴ IBM, Relatório sobre o prejuízo de um vazamento de dados, 2020, in: <https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2021/01/relatorio-sobre-o-prejuizo-de-um-vazamento-de-dados.pdf>. (20.03.2024).

criminosos usam os dados de saúde para obter ilegalmente acesso a receitas médicas para seu uso próprio ou revenda.

Nesse contexto, algumas recomendações surgem, entre elas, a segurança adequada de aplicativos e de rede cujo primeiro objetivo é o de evitar um comprometimento. A criptografia é uma das melhores formas de proteger os dados do paciente de serem acessados uma vez que alguém tenha encontrado seu caminho nos sistemas de saúde.

É importante que a criptografia seja implementada tanto em repouso quanto em trânsito, e que terceiros e fornecedores que tenham acesso a redes ou bancos de dados de saúde também estejam manipulando adequadamente os dados do paciente. O treinamento sobre o uso e tratamento adequado dos dados de saúde é recomendado para reduzir os vazamentos de dados causados por erros dos funcionários, como um dispositivo perdido ou divulgação acidental.

Também a tecnologia *blockchain* é cada vez mais utilizada na área da saúde com o objetivo de proteger grandes quantidades de dados. Esta tecnologia é um mecanismo de banco de dados avançado que permite uma partilha transparente de informações na rede de uma determinada entidade. Um banco de dados *blockchain* armazena dados em blocos interligados numa cadeia. Os dados são cronologicamente consistentes porque não é possível excluir nem modificar a cadeia sem que exista um consentimento da rede. Esta tecnologia usa mecanismos integrados que impedem entradas não autorizadas.

2.2. Ataques de Negação de Serviço Distribuído (DDoS)

Os ataques de negação de serviço distribuído (DDoS) são uma tática, técnica e procedimento (TTP) popular usada por *hacktivistas* e cibercriminosos para sobrecarregar uma rede a ponto de torná-la inoperável. Isso pode representar um problema sério para os provedores de saúde que precisam de acesso à rede para fornecer atendimento adequado aos pacientes ou precisam de acesso à internet para enviar e receber e-mails, prescrições, registros e informações. Embora alguns ataques DDoS sejam oportunistas ou até mesmo acidentais, muitos visam vítimas por uma causa social, política, ideológica ou financeira com as quais os atores de ameaças cibernéticas não se identificam.

Este foi o caso do Hospital Infantil de Boston em 2014. O grupo *Anonymous* (um conhecido grupo *hacktivista*) direcionou um ataque

DDoS ao Hospital Infantil de Boston após o hospital recomendar que um de seus pacientes, uma menina de 14 anos, fosse admitida e a sua tutelada fosse transferida para o Estado, sendo conseqüentemente a custódia retirada aos seus pais. Os médicos acreditavam que o problema da criança na verdade era um distúrbio psicológico e que os pais estavam a pressionar que fossem ministrados tratamentos desnecessários para um distúrbio que a criança não tinha ¹⁵.

O debate sobre a representação legal colocou o Hospital Infantil de Boston no meio desse caso controverso, e alguns, incluindo membros do *Anonymous*, viram isso como uma violação dos direitos da criança. O grupo *Anonymous* conduziu vários ataques DDoS contra a rede do hospital, o que fez com que outros naquela rede, incluindo a Universidade de Harvard e todos os seus hospitais, perdessem o acesso à Internet também. As redes sofreram interrupções durante quase uma semana, e alguns pacientes médicos e pessoal médico não puderam usar suas contas online para verificar consultas, resultados de testes e outras informações dos seus casos, de acordo com o *Boston Globe*. Como resultado, o hospital gastou mais de \$300.000 respondendo e mitigando os danos desse ataque, de acordo com o depoimento de prisão do agressor. ¹⁶

Os ataques DDoS ocorrem de várias maneiras, e entender qual tipo de ataque está ocorrendo é uma parte importante para ser capaz de mitigar adequadamente o ataque. No Guia da MS-ISAC para Ataques DDoS, é possível encontrar uma explicação dos diferentes tipos de ataques (incluindo os múltiplos tipos de ataques DDoS padrão e de reflexão), seguido de recomendações específicas únicas para cada tipo de ataque.¹⁷ Recomendações gerais para defesa contra-ataques DDoS incluem manter uma parceria eficaz com seu provedor de serviços de rede *upstream*, bem como estabelecer parcerias com empresas que oferecem serviços de mitigação de DDoS.

¹⁵ Farrell, Michael B; Wen, Patricia, Hacker group Anonymous targets Children's Hospital, (14.04.2014), in: <https://www3.bostonglobe.com/business/2014/04/24/hacker-group-anonymous-targets-children-hospital-over-justina-pelletier-case/jSd3EE5VVHbSGTJdS5YrfM/story.html?arc404=true>. (20.03.2024).

¹⁶ Farrell, Wen, 2014.

¹⁷ MS-ISAC, MS-ISAC Guide to DDos Attacks, 2024, in: https://learn.cisecurity.org/ms-isac-guide-to-ddos-attacks?_gl=1*1noowd3*_ga*OTgyOTI1MzEuMTcxNjk3MjMxOQ*_ga_3FW1B1JC98*MTcxNjk3MjMxOS4xLjAuMTcxNjk3MjMxMi4wLjAuMA*_ga_N70Z2MKMD7*MTcxNjk3MjMxOS4xLjAuMTcxNjk3MjMyMi41Ny4wLjA. (20.04.2024).

2.3. Ransomware

É difícil ignorar o aumento recente de relatos de hospitais vitimizados por *ransomware*. O *ransomware* é um tipo de *malware* que infecta sistemas e arquivos, tornando-os inacessíveis até que um resgate seja pago. Quando isso ocorre na saúde, os processos críticos são desacelerados ou tornam-se completamente inoperáveis. Os hospitais são então forçados a voltar a usar papel e caneta, retardando o processo médico e absorvendo fundos que poderiam ter sido alocados para a modernização do hospital. Normalmente, o *ransomware* infecta máquinas vítimas de uma das três maneiras: *a)* Por meio de e-mails de *phishing* contendo um anexo malicioso; *b)* Ao clicar em um link malicioso; *c)* Ao visualizar um anúncio contendo *malware* (*malvertising*).

Variantes em constante evolução e táticas, técnicas e procedimentos (TTPs) tornam difícil para os especialistas em segurança acompanharem. Além disso, plataformas como o *ransomware* como serviço (RaaS) facilitam para qualquer pessoa, com pouco ou nenhum conhecimento técnico, lançar ataques de *ransomware* contra vítimas de sua escolha.

A série norte-americana “*Grey’s Anatomy*”, conhecida pelos fãs como uma narrativa sobre residentes, estagiários e médicos que trabalham na ala cirúrgica do fictício *Grey Sloan Memorial Hospital*, normalmente apresenta situações que, embora entretenham, não representam exatamente a realidade de um hospital. Entretanto, nos episódios 8 e 9 da temporada 14, a trama retrata uma situação dolorosamente real para profissionais da saúde, demonstrando os danos e interrupções que um ciberataque pode causar a um provedor de serviços médicos¹⁸.

Nesses episódios, o sistema de computadores do hospital é infectado por *ransomware*, que criptografa e mantém reféns todos os registros dos pacientes até que um resgate seja pago em *Bitcoin*, equivalente a \$20 milhões de dólares. O ataque fictício de *ransomware* não apenas tirou o acesso do hospital aos registros eletrônicos dos pacientes, basicamente levando os médicos de volta à Era da Pedra em termos de trabalho com registros em papel e anotações sobre a

¹⁸ Cyberdefense, Serial hackers: Grey’s Anatomy, (02.09.2020), in: <https://www.orange cyberdefense.com/global/blog/ethical-hacking/serial-hackers-greys-anatomy>. (20.03.2024).

atividade do paciente, mas também tornou inacessíveis os sistemas físicos do hospital controlados pelo sistema de computadores agora criptografado, como os suprimentos de sangue e medicamentos. Enquanto a solução eventual para *Grey Sloan* é fictícia, o ataque em si e as ramificações iniciais e as respostas ao ataque de *ransomware* são totalmente realistas.¹⁹

Nesse contexto, questiona-se quão realista pode ter sido a série. Contudo, o episódio foi para o ar, originalmente, em 16 de novembro de 2017, e no mesmo dia em que a segunda parte do episódio foi para o ar, em 18 de janeiro de 2018, a *Allscripts*, uma empresa de registros de saúde eletrônicos (EHR) que fornece serviços de registros de saúde eletrônicos baseados em nuvem para sistemas de saúde, sofreu um ataque surpreendentemente semelhante. O ataque resultou no desligamento de algumas aplicações da empresa, incluindo as suas plataformas *cloud PRO EHR* e *Electronic Prescriptions for Controlled Substances* (EPCS), que foram as mais afetadas pelo ataque²⁰.

Embora os efeitos na *Allscripts* não tenham sido semelhantes aos do *Grey Sloan*, as semelhanças tiveram consequência para os clientes que a *Allscripts* fornece os seus serviços em nuvem. Para avaliar o alcance das interrupções e impactos, a base de clientes da *Allscripts* inclui 180.000 médicos em quase 45.000 instalações ambulatoriais, 2.500 hospitais e 17.000 organizações pós-agudas. O ataque impediu que muitos clientes da *Allscripts* acessassem registros de pacientes, prescrevessem eletronicamente medicamentos e, em última instância, muitos clientes enfrentaram deficiências operacionais graves e paralisantes devido à inacessibilidade aos dados necessários do paciente, forçando alguns a essencialmente encerrar as atividades e aguardar que a *Allscripts* fornecesse uma solução para as proibições de acesso causadas pelo ataque.

A *Allscripts* já foi processada pela *Surfside Non-Surgical Orthopedics* em nome de todos os seus clientes impactados pelo ataque de *ransomware* e foi acusada de não garantir e auditar os seus sistemas, o que causou a interrupção do sistema por cerca de uma semana e

¹⁹ Cyberdefense, 2020.

²⁰ Brook, Chris, Healthcare Providers Still Paralyzed Following Allscripts Ransomware Attack, (25. 06.2018), in <https://www.digitalguardian.com/blog/healthcare-providers-still-paralyzed-following-allscripts-ransomware-attack>. (20.03.2024).

alegradamente causou “interrupção significativa dos negócios” e “perda de receitas” para seus clientes.

Já em setembro de 2020, as autoridades alemãs afirmaram que um ataque de *ransomware* aparentemente equivocado causou a falha nos sistemas de TI de um grande hospital em Düsseldorf, e uma mulher que precisava de admissão urgente morreu depois de ter sido levada para outra cidade para tratamento.

Os sistemas da Clínica Universitária de Düsseldorf foram interrompidos durante uma semana. O hospital disse que os investigadores descobriram que a origem do problema foi um ataque *hacker* a um ponto fraco, não identificado, no “software adicional comercial amplamente utilizado”. Como consequência, os sistemas falharam gradualmente e o hospital não conseguiu aceder aos dados; pacientes de emergência foram encaminhados para outros locais e operações foram adiadas. O hospital disse que “não houve uma demanda de resgate concreta”. Acrescentou que não houve indicações de que os dados tivessem sido perdidos de forma irrecuperável e que os seus sistemas de TI foram sendo reiniciados gradualmente ²¹.

Um relatório do ministro da Justiça do estado da Renânia do Norte-Vestfália afirmou que 30 servidores do hospital foram criptografados e uma nota de extorsão foi deixada em um dos servidores (de acordo com a agência de notícias AP News). ²² A nota — que pedia para os destinatários entrarem em contato, mas não mencionava nenhum valor — foi endereçada à Universidade Heinrich Heine, à qual o hospital de Düsseldorf está afiliado, e não ao hospital em si.

A polícia de Düsseldorf estabeleceu contato e informou os perpetradores que o hospital, e não a universidade, havia sido afetado, colocando em perigo os pacientes. Os perpetradores então desistiram da tentativa de extorsão e forneceram uma chave digital para descriptografar os dados. Segundo o relatório do ministro da Justiça, os perpetradores não foram identificados. ²³

²¹ Silomon, Jantje, The Düsseldorf Cyber Incident, (30.09.2020), in: <https://ifsh.de/en/news-detail/the-duesseldorf-cyber-incident>. (20.03.2024).

²² AP, German hospital hacked, patient taken to another city dies, (17.09.2020), in <https://apnews.com/article/technology-hacking-europe-cf8f8eee1adcec69bc864f2c4308c94>. (20.03.2024).

²³ AP, 2020.

Os promotores iniciaram uma investigação contra autores desconhecidos sob suspeita de homicídio culposo, porque uma paciente em condição de risco de vida, que deveria ter sido conduzida para aquele hospital foi enviada para um hospital em Wuppertal, a cerca de 32 quilômetros de distância. Os médicos não puderam começar o tratamento dela no tempo recomendado e ela faleceu. O episódio ficou conhecido como o primeiro caso de homicídio causado (ainda que indiretamente) por um ataque informático ²⁴.

Em Portugal, a situação é particularmente preocupante. O grupo de piratas informáticos HIVE, que visava (entre outras entidades) unidades hospitalares e empresas de análises laboratoriais, foi desmantelado pela Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica (UNC3T) da Polícia Judiciária em janeiro de 2023 (em parceria com 13 outros países) ²⁵.

Este grupo usava o método da dupla extorsão, i.e., antes de cifrar os dados, o grupo exfiltrava dados sensíveis da rede da vítima. Após cifragem, exigiam um resgate para que os dados fossem descriptados e a informação exfiltrada não fosse publicada no sítio do grupo HIVE, alojado na *Dark Web*. São boas notícias, mas é apenas um grupo entre tantos que usam o mesmo *modus operandi*. CUF, Hospital Garcia de Orta, Laboratórios Germano de Sousa: nos últimos anos, algumas das principais instituições de saúde nacionais *foram vítimas de ransomwares* que, em certos casos, obrigaram à interrupção de consultas e exames. Contudo, em agosto de 2023, um ciberataque malicioso forçou a suspensão de atividade clínica no Serviço de Saúde da Madeira ²⁶.

3. ARCABOUÇO JURÍDICO EUROPEU

A segurança da informação é um campo que evoluiu ao longo dos séculos, adaptando-se às mudanças tecnológicas e à necessidade de proteger dados e comunicações ²⁷. Com números e impactos

²⁴ AP, 2020.

²⁵ Polícia Judiciária, Desmantelamento das operações do grupo de ransomware HIVE, (26.01.2023), in: <https://www.policiajudiciaria.pt/desmantelamento-das-operacoes-do-grupo-de-ransomware-hive/>. (20.03.2024).

²⁶ Polícia Judiciária, 2023.

²⁷ Trata-se de um processo organizado e estruturado que permite preservar a confidencialidade, integridade e a disponibilidade da informação. Os objetivos da segurança da informação são: a) Proteger os ativos de informação, de forma a

significativos, uma das principais preocupações e prioridades da União Europeia nos últimos anos é justamente a cibersegurança e isso refletiu-se na elaboração de novas estratégias e regulações que têm vindo a ser aprovadas e discutidas ao longo dos últimos anos no sentido de garantir uma Europa mais segura, mais conectada e mais digital.

Enfrentar os desafios de segurança digital no setor da saúde em Portugal exige uma abordagem multifacetada que abrange desde a avaliação contínua de riscos até a conformidade com a Constituição Portuguesa, que no seu Artigo 35.º trata da proteção dos dados pessoais, além de regulamentações específicas, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)²⁸ e a sua lei de execução em Portugal (Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto)²⁹.

O Regulamento (UE) 2016/679 é uma legislação fundamental que aborda a proteção de dados pessoais e a livre circulação desses dados na União Europeia. Este Regulamento desempenha um papel crucial no fortalecimento dos direitos fundamentais das pessoas na era digital, ao mesmo tempo que facilita a atividade comercial. Ele alcança isso esclarecendo as normas aplicáveis às empresas e organizações públicas no mercado único digital. Ao unificar as diretrizes, ele também visa eliminar a fragmentação atual causada pela diversidade de sistemas nacionais e reduzir os encargos administrativos. O RGPD entrou em vigor em 24 de maio de 2016 e iniciou a sua aplicação a 25 de maio de 2018. Para empresas e cidadãos, há mais informações disponíveis para orientação sobre conformidade e práticas adequadas de gestão de dados.

Em 6 de julho de 2016 entrou em vigor a primeira lei da União Europeia sobre segurança cibernética, a Diretiva NIS³⁰, que ajudou

assegurar a continuidade do negócio; *b*) Assegurar a confidencialidade e privacidade; e *c*) Gerir e controlar o processamento, armazenamento, partilha e divulgação dos ativos de informação.

²⁸ União Europeia, Regulação (EU) 2016/79 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

²⁹ Diário da República, Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

³⁰ União Europeia, Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União.

a alcançar um nível comum de segurança de rede e sistemas de informação em toda a UE. De forma complementar, a Lei de Cibersegurança da UE, em vigor desde 2019, equipou a Europa com uma estrutura de certificação de cibersegurança de produtos, serviços e processos e reforçou o mandato da Agência para a Cibersegurança na UE (ENISA).

A Diretiva NIS foi transposta para a Lei portuguesa em 13 de agosto de 2018 (Lei n.º 46/2018),³¹ estabelecendo o regime jurídico da segurança do ciberespaço. O Centro Nacional de Cibersegurança (CNCS) ficou responsável pela supervisão da implementação da Diretiva NIS, enquanto as entidades são obrigadas a cumprir os requisitos de segurança da informação e as instruções do CNCS, além de notificar incidentes de segurança relevantes.

Em 30 de julho de 2021, o Decreto-Lei n.º 65/2021³² regulamentou o regime jurídico do ciberespaço e definiu requisitos para as entidades. Este decreto impõe várias obrigações, como identificar e comunicar ao CNCS o ponto de contato permanente e o responsável pela segurança, notificar o CNCS sobre todos os incidentes com impacto relevante ou substancial, elaborar e manter atualizado um plano de segurança, inventariar e comunicar ao CNCS a lista de ativos essenciais, elaborar um relatório anual com descrição das atividades realizadas, informações e estatísticas de incidentes e recomendações de melhoria, e realizar uma análise de risco aos ativos que garantem a continuidade do funcionamento das redes e dos sistemas de informação e a prestação dos serviços.

Nunca, contudo, o âmbito de aplicação destas regras foi tão abrangente como a Diretiva NIS 2 (Diretiva 2022/2555)³³, que entrou em

³¹ Diário da República, Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto, estabelece o regime jurídico da segurança do ciberespaço, transpondo a Diretiva (UE) 2016/1148, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União.

³² Diário da República, Decreto-Lei n.º 65/2021, de 30 de julho, regulamenta o Regime Jurídico da Segurança do Ciberespaço e define as obrigações em matéria de certificação da cibersegurança em execução do Regulamento (UE) 2019/881 do Parlamento Europeu, de 17 de abril de 2019.

³³ União Europeia, Diretiva (UE) 2022/2555 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de cibersegurança na União que altera o Regulamento (UE) n.º 910/2014 e a Diretiva (UE) 2018/1972 e revoga a Diretiva (UE) 2016/1148 (Diretiva SRI 2) (Texto relevante para efeitos do EEE).

vigor em 2023. Este novo documento revoga a Diretiva NIS (Diretiva 2016/1148/EC) e melhora a gestão de riscos de segurança cibernética introduzindo obrigações de relatórios em setores específicos. O seu objetivo principal é a aplicação de medidas que garantam um alto nível de cibersegurança comum em toda a União Europeia. Existe hoje, portanto, uma concordância geral sobre a necessidade de uma aplicação eficaz de medidas efetivas de Cibersegurança em cada um dos países.

A NIS 2 obriga as organizações abrangidas a aumentar o nível de resiliência das suas infraestruturas de TI e tecnologias operacionais. Com a Diretiva, as entidades devem, no mínimo, abordar diversos aspectos essenciais para garantir a segurança cibernética. Isso inclui a análise dos riscos e de segurança, o tratamento de incidentes e a continuidade das atividades. Além disso, é fundamental avaliar a eficácia das medidas de gestão dos riscos de cibersegurança, adotar práticas básicas de ciberhigiene e fornecer formação em cibersegurança. Também é necessário implementar criptografia, quando aplicável, e garantir a segurança da cadeia de abastecimento e dos recursos humanos. A segurança na aquisição, desenvolvimento e manutenção de sistemas deve ser priorizada, assim como a utilização de soluções de autenticação multifator ou de autenticação contínua.

Em Portugal, o governo tem adotado estratégias de cibersegurança contra essas ameaças. O país já possui uma estratégia nacional voltada para a cibersegurança desde 2015. Esta estratégia foi revista em 2019 dando origem à Estratégia Nacional para a Segurança do Ciberespaço.

Conforme informação do governo português, a execução desta estratégia tem como objetivo tornar Portugal um país mais seguro, por meio de uma ação inovadora, inclusiva e resiliente, que preserve os valores fundamentais do Estado de Direito democrático e garanta o regular funcionamento das instituições face à evolução digital da sociedade. Nesta linha, o Centro Nacional de Cibersegurança está também encarregado de coordenar a elaboração, o acompanhamento da execução e a revisão do Plano de Ação da Estratégia Nacional para a Segurança do Ciberespaço em cooperação com todas as entidades responsáveis pela segurança do ciberespaço no país.

Quanto à saúde estas regulamentações legais tratam os prestadores como essenciais o que implica a adoção de medidas reforçadas. Um prestador essencial é uma entidade pública ou privada que presta um serviço essencial, no âmbito dos seguintes setores: energia

(subsetores: eletricidade, petróleo e gás) transportes (subsetores: transporte aéreo, transporte ferroviário, transporte marítimo e por vias navegáveis interiores, bem como, transporte rodoviário), bancário, infraestruturas do mercado financeiro, saúde (subsetor: instalações de prestação de cuidados de saúde), fornecimento e distribuição de água potável e infraestruturas digitais. De acordo com o Artigo 29.º da Lei 46/2018, de 13 de agosto, o CNCS constitui e atualiza anualmente a lista dos operadores de serviços essenciais ³⁴.

4. COMO MITIGAR OS DANOS? A PARTIR DE UMA BOA ESTRATÉGIA DE CIBERSEGURANÇA

Muitos dos casos que envolvem a cibersegurança estão relacionados com técnicas de manipulação de indivíduos, refletindo uma falta de cultura em prevenção de cibercrime. Nesse sentido, as medidas e boas práticas em segurança da informação abrangem várias áreas fundamentais. Na gestão do risco e conformidade, é essencial realizar auditorias de segurança e avaliações de risco regulares, gerir ativos de forma eficiente e conduzir análises de impacto no negócio. A avaliação contínua de riscos permite identificar e mitigar vulnerabilidades emergentes, garantindo a proteção contínua dos sistemas.

A defesa em profundidade envolve o controle e a gestão de acessos, além do uso de criptografia para proteger dados sensíveis. Para formação e sensibilização, é importante promover sessões de sensibilização e formação contínuas, bem como desenvolver materiais de referência rápida para os membros da equipa. A gestão de identidade e acesso, com o uso de autenticação multifator e controles rigorosos de acesso, ajuda a garantir que apenas pessoas autorizadas acessem informações sensíveis ³⁵.

Na preparação e resposta a incidentes, a criação de um plano de resposta a incidentes é crucial, juntamente com um protocolo de comunicação eficiente e a gestão adequada de incidentes de segurança.

³⁴ CNCS, Âmbito e definições — Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto 2024, in: <https://www.cncs.gov.pt/pt/faq/#collapse1Four>. (31.05.2024).

³⁵ Gonçalves, Amanda, Desafios do setor da saúde em cibersegurança, (29.01.2024), in: <https://www.saudebusiness.com/ti-e-inovacao/desafios-do-setor-da-saude-em-ciberseguranca>. (20.03.2024).

Monitorar continuamente a rede e responder rapidamente a incidentes é essencial para limitar danos e restaurar a normalidade rapidamente.

A resiliência e recuperação inclui a implementação de processos robustos de *backup* e recuperação de dados, a gestão eficaz de terceiros, e a adoção do modelo de segurança Zero Trust, que se baseia na filosofia de que nenhum acesso deve ser concedido a pessoas ou dispositivos sem necessidade explícita.

Na área de tecnologia e inovação, é vital realizar atualizações regulares de software e gestão de *patches*, além de adotar tecnologias avançadas para manter a segurança dos sistemas de TI. Manter o antivírus atualizado, implementar filtragem de e-mails adequada e manter backups atualizados e armazená-los offline são algumas das recomendações dos especialistas para fortalecer a organização contra a ameaça do *ransomware*.

Parcerias estratégicas com especialistas em segurança cibernética e fornecedores de tecnologia podem fornecer suporte adicional e *insights* valiosos. A conformidade com regulamentações da UE, como o RGPD e as demais Diretivas, é fundamental para evitar penalidades legais e proteger a privacidade dos utentes. A segurança dos dispositivos móveis e *IoT* deve ser uma prioridade, dado o aumento do uso dessas tecnologias no setor da saúde. Além disso, uma avaliação rigorosa de terceiros e da cadeia de suprimentos garante que parceiros e fornecedores sigam práticas robustas de segurança, reduzindo riscos adicionais ³⁶.

As organizações do setor da saúde também devem estar atentas e dispostas a investir nesta área para proteger os dados dos seus utentes, gerar confiança, evitar danos financeiros e de reputação, e garantir a conformidade com os regulamentos existentes. Em Portugal, o investimento em cibersegurança alcançou 250 milhões de euros em 2024, demonstrando a prioridade que as empresas e organizações dão a esta área devido ao crescente risco e sofisticação dos ataques informáticos ³⁷.

Nesse contexto, uma boa estratégia de cibersegurança deve começar com um mapeamento adequado das regulações existentes como

³⁶ Gonçalves, 2024.

³⁷ IT Security. Investimento em cibersegurança em Portugal deverá chegar aos 250 milhões de euros, (31.10.2024), in: <https://www.itsecurity.pt/news/analysis/investimento-em-ciberseguranca-em-portugal-devera-chegar-aos-250-milhoes-de-euros>. (10.11.2024).

forma de *compliance* e um programa de gestão de dados e conscientização apropriado para o setor da saúde. O desenho de um programa de segurança da informação deve considerar fundamentalmente três pilares: governança, tecnologia e cultura. Estes pilares desdobram-se em ações como: identificação e prevenção de riscos, detecção de incidentes, resposta e recuperação de ativos, entre outros. A governança está relacionada com estruturas de liderança e responsabilidade estabelecidas para garantir a implementação e gestão das políticas e práticas de segurança da informação. O pilar da tecnologia refere-se ao conjunto de ferramentas e sistemas utilizados para proteger a informação. Por fim, o pilar cultural remete ao conjunto de valores, crenças e comportamentos que promovem a segurança da informação ³⁸.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço tecnológico tem sido impressionante e amplamente reconhecido. As organizações devem, portanto, gerir o paradoxo entre os sistemas de Inteligência Artificial e a cibersegurança de maneira eficiente, garantindo a proteção de seus ativos enquanto acompanham a inovação tecnológica. Na área da cibersegurança, mesmo com todos os cuidados, não há garantias absolutas de que as organizações não serão atacadas, pois as pessoas continuam sendo a principal vulnerabilidade.

Nesse contexto, os dados de saúde são extremamente valiosos para hackers, seja com a finalidade de disponibilizar esses dados a entidades terceiras seja para obter contrapartidas econômicas para “devolver” esses dados. Portanto, é crucial implementar processos de segurança que protejam esses dados, além de estabelecer um controle rigoroso e levar em consideração o fator humano, que é o mais frágil. A adoção correta de procedimentos preventivos, a formação e sensibilização contínua das equipas, a atualização constante de conhecimentos e o desenvolvimento de planos de recuperação são elementos indispensáveis para enfrentar os desafios da cibersegurança no setor da saúde. Esses passos são essenciais para garantir a proteção dos dados de saúde e a integridade dos serviços prestados.

É fundamental que as organizações do setor da saúde implementem uma governança adequada, com indicadores de risco precisos e

³⁸ Magrani, 2023.

uma forte capacidade de defesa de contra-ataques e gerenciamento de crises. Essas entidades devem ter objetivos e estruturas claras e bem implementadas para garantir uma resposta competente e rápida aos novos desafios da cibersegurança, promovendo o direito à saúde e prevenindo danos aos utentes.

Por fim, não deixará de ser interessante assistir aos desenvolvimentos na Europa na área da saúde nos próximos tempos. O objetivo da criação de um espaço comum de dados de saúde à escala europeia levantará inúmeros desafios, nomeadamente na área da cibersegurança. Aliás, este espaço comum e a respetiva regulamentação do Espaço Europeu de Dados de Saúde, um pilar fundamental, baseia-se no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) e na Diretiva NIS 2 (e ainda no *Data Act* e no *Data Governance Act*). Sendo um objetivo fundamental a criação deste espaço comum — aliás, a saúde é o primário a ganhar “vida” — será que, também, conseguiremos uma harmonização real no território europeu quanto à adoção de medidas de cibersegurança na saúde? O desafio está lançado e não é pequeno, veremos se conseguiremos ter a capacidade de responder adequadamente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a. Obras doutriniais

- Laudon, C. Kenneth; Laudon, Jane P, Management Information Systems. United States of America: Pearson, (2014), in: https://repository.dinus.ac.id/docs/ajar/Kenneth_C.Laudon,Jane_P.Laudon_-_Management_Information_System_13th_Edition_.pdf. (20.03.2024).
- Rochete, Gonçalo; Correia, Afonso Lopes, A Cibersegurança, privacidade de digital e o Cibercrime em Portugal, (05.2024), in: https://www.researchgate.net/publication/380569252_A_Ciberseguranca_privacidade_de_digital_e_o_Cibercrime_em_Portugal. (25.05.2024).
- Zúquete, André, Segurança em Redes Informáticas, 2018, 5.^a Edição. Lisboa: FCA.

b. Legislações

- Diário da República, Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto, estabelece o regime jurídico da segurança do ciberespaço, transpondo a Diretiva (UE) 2016/1148, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União.
- Diário da República, Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e

do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

União Europeia, Regulação (EU) 2016/79 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

União Europeia, Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União.

União Europeia, Diretiva (UE) 2022/2555 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de cibersegurança na União que altera o Regulamento (UE) n.º 910/2014 e a Diretiva (UE) 2018/1972 e revoga a Diretiva (UE) 2016/1148 (Diretiva SRI 2) (Texto relevante para efeitos do EEE).

c. Outras publicações

AP, German hospital hacked, patient taken to another city dies, (17.09.2020), in <https://apnews.com/article/technology-hacking-europe-cf8f8eee1addec69bc-c864f2c4308c94>. (20.03.2024).

Baltazar, Carolina, Hospitais portugueses são vulneráveis a ciberataques. Em casos extremos, podem resultar na morte dos pacientes, (23.03.2023), in https://cnnportugal.iol.pt/ciberataques/hospitais/hospitais-portugueses-sao-vulneraveis-a-ciberataques-em-casos-extremos-podem-resultar-na-morte-dos-pacientes/20_230323/63d806600cf28f3e15c9cd9c. (20.03.2024).

Brook, Chris, Healthcare Providers Still Paralyzed Following Allscripts Ransomware Attack, (25. 06.2018), in <https://www.digitalguardian.com/blog/healthcare-providers-still-paralyzed-following-allscripts-ransomware-attack>. (20.03.2024).

CNCS, Âmbito e definições-Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto 2024, in: <https://www.cncs.gov.pt/pt/faq/#collapse1Four>. (31.05.2024).

Cyberdefense, Serial hackers: Grey's Anatomy, (02.09.2020), in: <https://www.orangecyberdefense.com/global/blog/ethical-hacking/serial-hackers-greys-anatomy>. (20.03.2024).

Enisa, Foresight Cybersecurity Threats for 2030-Update. Executive Summary, (27.03.2024), in: <https://www.enisa.europa.eu/publications/foresight-cybersecurity-threats-for-2030-update-2024-executive-summary>. (30.03.2024).

Farrell, Michael B; Wen, Patricia, Hacker group Anonymous targets Children's Hospital, (14.04.2014), in: <https://www3.bostonglobe.com/business/2014/04/24/hacker-group-anonymous-targets-children-hospital-over-justina-pelletier-case/jSd3EE5VVHbSGTJdS5YrfM/story.html?arc404=true>. (20.03.2024).

Fonseca, Alexandre; Oliveira, Joaquim; Vasconcelos, André, Digitalização no setor da saúde: Estudo sobre os serviços digitais no setor da saúde em Portugal, (11.2021), in: <https://www2.deloitte.com/pt/pt/pages/life-sciences-and-healthcare/articles/digitalizacao-no-setor-da-saude.html>. (20.03.2024).

Gonçalves, Amanda, Desafios do setor da saúde em cibersegurança, (29.01.2024), in: <https://www.saudebusiness.com/ti-e-inovacao/desafios-do-setor-da-saude-em-ciberseguranca>. (20.03.2024).

- Humer, Caroline; Finkle, Jim, Your medical record is worth more to hackers than your credit card, (24.09.2014), in: <https://www.reuters.com/article/idUSKCN-0HJ21I/>. (20.03.2024).
- IBM, Relatório sobre o prejuízo de um vazamento de dados, 2020, in: <https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2021/01/relatorio-sobre-o-prejuizo-de-um-vazamento-de-dados.pdf>. (20.03.2024).
- IT Security. Investimento em cibersegurança em Portugal deverá chegar aos 250 milhões de euros, (31.10.2024), in: <https://www.itsecurity.pt/news/analysis/investimento-em-ciberseguranca-em-portugal-devera-chegar-aos-250-milhoes-de-euros>. (10.11.2024).
- Magrani, Eduardo, Cibersegurança em Portugal: tendências e compliance, (30.11.2023), in: <https://www.cca.law/pt/insights-and-media/newsletters/Ciberseguranca-em-Portugal-Tendencias-e-Compliance/9147/>. (20.03.2024).
- MS-ISAC, MS-ISAC Guide to DDos Attacks, 2024, in: <https://www.cisecurity.org/insights/white-papers/ms-isac-guide-to-ddos-attacks>. (20.04.2024).
- Polícia Judiciária, Desmantelamento das operações do grupo de ransomware HIVE, (26.01.2023), in: <https://www.policiajudiciaria.pt/desmantelamento-das-operacoes-do-grupo-de-ransomware-hive/>. (20.03.2024).
- S21sec, Threat Landscape Report, 2023, in: https://www.s21sec.com/wp-content/uploads/2023/07/S21sec_Thales_ThreatLandscapeReport_2023_EN.pdf. (20.03.2024).
- S21sec, Threat Landscape Report: Second Semester 2023, in: https://www.s21sec.com/wp-content/uploads/2024/02/S21sec_Thales_ThreatLandscapeReport_2023_H2_EN.pdf. (20.03.2024).
- Silomon, Jantje, The Düsseldorf Cyber Incident, (30.09.2020), in: <https://ifsh.de/en/news-detail/the-duesseldorf-cyber-incident>. (20.03.2024).
- Verizon, Data Breach Investigations Report (DBIR), 2023, in: <https://www.verizon.com/business/resources/reports/2023-data-breach-investigations-report-dbir.pdf>. (20.03.2024).

DIGITALIZAÇÃO DA SAÚDE DESAFIOS JURÍDICOS EMERGENTES NA PROTEÇÃO DE DADOS DE SAÚDE COMO BEM PÚBLICO GLOBAL

Health digitalization: emerging legal challenges in protecting health data as a global public good

Lara Neiva Araújo **

Resumo: A inovação na área da saúde, impulsionada pela crescente “dataficação” e pelo advento do Big Data no contexto da coleta de dados clínicos, de práticas médicas e de informações ambientais, genéticas e patológicas, obtidos por sistemas médicos ou dispositivos conectados, traz tanto benefícios para a sociedade quanto desafios jurídicos relacionados à proteção de dados de saúde. Diante da dualidade de benefícios e riscos trazidos pela digitalização da saúde, há uma proposta para reconhecer os dados de saúde como um bem público global. Esse caminho já começou a ser traçado, em nível regional, com a criação do Espaço Europeu de Dados da Saúde. Ante a abrangência e complexidade do tema, o presente estudo analisa aspectos da digitalização da saúde, no contexto de uma economia digital de dados, como as normas de proteção e os desafios transfronteiriços para essa tutela jurídica. Também examina como a proteção dos dados de saúde, reconhecidos como um bem público global, pode ser fortalecida por meio da implementação de ações de governança, garantindo a prevenção de prejuízos individuais e sociais, especialmente em segmentos mais vulneráveis, além de abordar os desafios inerentes a esse reconhecimento no cenário atual.

Palavras-chave: proteção de dados; digitalização da saúde; saúde global; economia digital baseada em dados; Espaço Europeu de Dados de Saúde; bem público global.

Abstract: *Innovation in healthcare, driven by increasing “datafication”, by the advent of Big Data in the context of the collection of collecting clinical data,*

* Mestranda em Direito (Ciências Jurídico-Civilísticas) na Faculdade de Direito da Universidade do Porto-FDUP (2023/25). Contacto: laraneiva@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6225-5397>.

medical practices, and environmental, genetic, and pathological information obtained by medical systems or connected devices (IoT), brings both benefits to society and legal challenges related to the protection of health data. Given the duality of benefits and risks brought by the digitalization of health, there is a proposal to recognize such health data as a global public good. This path has already begun to be traced, at the regional level, with the creation of the European Health Data Space. Given the scope and complexity of the topic, this study analyzes aspects of the digitalization of health, in the context of a digital data economy, such as protection standards and cross-border challenges for this legal protection. It also verifies how the protection of health data, recognized as a global public good, can be strengthened through the implementation of governance actions, ensuring the prevention of individual and social harm, especially in more vulnerable segments, in addition to addressing the challenges inherent to this recognition in the current scenario.

Key words: *data protection; digitalization of health; global health; data-driven digital economy; European Health Data Space; global public good.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Dados de Saúde e a sua digitalização na Era do *Big Data*; 2.1. Definição de “dados de saúde”; 2.2. A digitalização da saúde e a economia digital centrada nos dados: um cenário de benefícios e riscos. 3. Tutela jurídica dos dados da saúde na União Europeia; 3.1. A circulação e a proteção de dados da saúde na União Europeia; 3.2. Enfoque da digitalização da saúde no contexto transfronteiriço. 4. Dados de saúde como um bem público global; 4.1. Uma resposta global para desafios globais; 4.2. Os espaços comuns europeus de dados: novos caminhos para uma governança global de dados da saúde; a. A estratégia da União Europeia para a criação de um Espaço Europeu de Dados de Saúde: principais aspectos; b. Potenciais vantagens do Espaço Europeu de Dados de Saúde. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O espaço digital de saúde, por influência do avanço tecnológico, tem desenvolvido novas áreas como a interoperabilidade de dados, o uso de registros eletrônicos de saúde, o desenvolvimento de portais para os pacientes e a adoção da telemedicina. Atualmente, Portugal encontra-se numa dimensão de *cross-border data*, com práticas que asseguram a transferência segura e automática de dados de pacientes para redes transnacionais ¹. Esses progressos são indicativos do

¹ Cátia Sousa Pinto e João Pedro Martins, Henrique Martins, “From Big Data to Smart Health: putting data to work for the public’s health” in *Data Strategy for Next Generation Portuguese National Health Service. Advanced Analytics and Intelligence Unit, Shared Services of the Ministry of Health*, 2019, in <https://>

compromisso dos Estados em aproveitar as tecnologias digitais para promover uma saúde mais acessível, eficiente e equitativa.

A digitalização dos dados de saúde na era do *Big Data* tem sido um tema de destaque e traz consigo a dualidade entre as vantagens e os riscos no tratamento de dados de saúde. O complexo e especializado contexto em que se coloca reclama uma análise do arcabouço jurídico de proteção subjacente aos dados de saúde existentes nos diferentes Estados.

Para analisar a complexa interseção entre os dados de saúde, sua digitalização e a proteção jurídica a eles conferida, será necessário, primeiramente, examinar a natureza dos dados de saúde e seu papel na era digital, com especial atenção à sua definição e características. Em seguida, será discutida a digitalização da saúde e sua relação com a economia digital centrada em dados, destacando os benefícios e riscos associados a essa transformação.

No capítulo seguinte, será abordada a tutela jurídica dos dados de saúde na União Europeia (EU), com foco na circulação e proteção dessas informações dentro do bloco e em um contexto transfronteiriço. Serão analisadas as principais medidas e os instrumentos legais adotados pela UE para garantir a segurança e privacidade dos dados de saúde de seus cidadãos.

Em seguida, será analisada a concepção dos dados de saúde como um bem público global, considerando tanto as respostas internacionais aos desafios da gestão desses dados quanto os esforços para criar espaços comuns de compartilhamento de dados de saúde. Especificamente, será abordada a Proposta da Comissão Europeia para a criação do Espaço Europeu de Dados de Saúde (EEDS), destacando potenciais vantagens e impactos no cenário global da saúde digital.

Por meio dessa abordagem abrangente, o estudo visa fornecer uma visão detalhada e crítica sobre a digitalização dos dados de saúde, sua proteção legal e a potencial transformação dos dados da saúde em um bem público global, com ênfase nas iniciativas e políticas da União Europeia.

A análise que a seguir se apresenta pautou-se na comunicação dedicada ao tema Direito e Saúde Global, no Congresso “Saúde Global e Direito: Globalização, universalização e mercantilização da saúde num contexto de imprevisão”, em 2023, referente do Projeto

www.spms.min-saude.pt/wp-content/uploads/2020/07/Data-Strategy_VERSAO-FINAL_07.01.2020.pdf (30.04.2023).

desenvolvido pelo CIJ-FDUP ², e não tem como escopo exaurir a matéria.

2. DADOS DE SAÚDE E A SUA DIGITALIZAÇÃO NA ERA DO *BIG DATA*

A inovação na área da tecnologia pela inteligência artificial (IA), impulsionada pela crescente “dataficação”, impacta diretamente a área de proteção de dados pessoais, em especial os dados da saúde, no contexto da coleta de dados clínicos, práticas médicas, informações ambientais, genéticas e patológicas, seja por sistemas médicos ou por dispositivos conectados. Essa evolução tecnológica também traz consigo uma série de desafios relacionados à proteção dos dados pessoais e à garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

É relevante iniciar esta investigação definindo os dados de saúde, fundamentais para entender a dinâmica da economia digital baseada em dados impulsionada pelo Big Data. Essa definição permitirá delinear tanto os benefícios quanto os riscos relacionados à disponibilidade, ao compartilhamento, ao uso e ao armazenamento dos dados de saúde em sistemas digitais.

2.1. Definição de “dados de saúde”

É essencial estabelecer o enquadramento conceitual daquilo que o ordenamento jurídico considera como “dados” e, em seguida, avançar para a definição de dados de saúde, sua origem e sua peculiaridade em relação aos dados pessoais em geral.

Surge inicialmente o desafio de estabelecer uma definição precisa ou uniforme do termo, uma vez que as diversas normas que tratam da proteção de dados — como aqueles referentes a dados pessoais, não pessoais e abertos — não apresentam uma definição padronizada.

Ao contrário do conceito adotado nas Ciências da Computação, nas quais ‘dados’ são entendidos como um conjunto de elementos

² Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça (CIJ) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, *Congresso — Saúde Global e Direito. Globalização, Universalização E Mercantilização Da Saúde Num Contexto De Imprevisão, 2023*, in <https://cij.up.pt/pt/client/skins/geral.php?id=1624&share=true> (26.04.2024).

binários manipulados e transmitidos eletronicamente, numa perspectiva jurídica, os dados não se limitam apenas àqueles tratados por meios digitais, podendo estar armazenados em suportes físicos ou não, ou sequer estar registrados em qualquer tipo de suporte.

Embora o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) tenha se referido aos dados pessoais como “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular de dados)”, no Regulamento Governança de Dados ³ e no Regulamento dos Dados (RD) ⁴ o legislador se refere aos “dados” como “qualquer representação digital de atos, factos ou informações e qualquer compilação desses atos, factos ou informações, nomeadamente sob a forma de gravação sonora, visual ou audiovisual”.

Já a Diretiva Dados Abertos (RDA) ⁵, após definir “documento” como qualquer conteúdo, independentemente de seu suporte, ou qualquer parte desse conteúdo, passa a referir-se a tipos específicos de dados, quais sejam: dados dinâmicos, dados de investigação e conjuntos de dados de elevado valor, como tipos de documentos.

Tal Diretiva se preocupa em autonomizar o conceito de dados dinâmicos, dados de investigação e conjuntos de dados de elevado valor, os quais se distinguem quanto à natureza e ao propósito dos dados.

Os “dados dinâmicos” referem-se a documentos em formato digital que estão sujeitos a atualizações frequentes ou em tempo real, devido à sua volatilidade ou rápida obsolescência. Geralmente, esses dados são gerados por sensores e podem variar rapidamente ao longo do tempo devido a mudanças no ambiente ou condições específicas. São exemplos comuns de dados dinâmicos aqueles provenientes de sensores de temperatura, umidade, pressão, entre outros, que são frequentemente utilizados em sistemas de monitoramento e controle.

Os “dados de investigação” consistem em documentos em formato digital, com exceção das publicações científicas, que são coletados

³ Regulamento (UE) 2022/868 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2022 relativo à governança europeia de dados e que altera o Regulamento (UE) 2018/1724.

⁴ Regulamento (EU) 2023/2854 do do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2023, relativo a regras harmonizadas sobre o acesso equitativo de dados e a sua utilização e que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Dados).

⁵ Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público (reformulação).

ou produzidos durante atividades de pesquisa científica e são utilizados como elementos de prova no processo de investigação. Esses dados são considerados essenciais para validar os resultados da pesquisa e são frequentemente compartilhados entre membros da comunidade científica para fins de colaboração e verificação.

Como “conjuntos de dados de elevado valor”, a Diretiva considera documentos cuja reutilização esteja associada a benefícios significativos para a sociedade, o meio ambiente e a economia. Esses conjuntos de dados são considerados valiosos devido à sua capacidade de criar serviços, aplicativos e empregos de alta qualidade e com valor agregado. A reutilização desses conjuntos de dados pode levar ao desenvolvimento de soluções inovadoras e ao avanço de setores específicos, contribuindo para o progresso social e econômico.

Quanto à definição de dados de saúde, o RGPD ⁶, por sua vez, considera como dados de saúde “todos os dados relativos ao estado de saúde de um titular de dados que revelem informações sobre a sua saúde física ou mental no passado, no presente ou no futuro”, incluídos “qualquer número, símbolo ou sinal particular atribuído a uma pessoa singular para a identificar de forma inequívoca para fins de cuidados de saúde”, bem como “as informações obtidas a partir de análises ou exames de uma parte do corpo ou de uma substância corporal, incluindo a partir de dados genéticos e amostras biológicas”; e “informações sobre, por exemplo, uma doença, deficiência, um risco de doença, historial clínico, tratamento clínico ou estado fisiológico ou biomédico do titular de dados, independentemente da sua fonte, por exemplo, um médico ou outro profissional de saúde, um hospital, um dispositivo médico ou um teste de diagnóstico *in vitro*” ⁷.

Ainda, o art. 4.º do RGPD condensou tal noção ao definir os “dados relativos à saúde” como “dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde”.

Dessa percepção, depreende-se que o registro não determina a classificação dos dados, mas sim sua natureza. No contexto da saúde,

⁶ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

⁷ Considerando n.º 35, RGPD.

independentemente de estar registrado ou não, se um dado é do conhecimento do profissional de saúde, deve ser considerado como dado pessoal de saúde, especialmente para fins de sigilo profissional ⁸.

O RGPD estabelece os dados de saúde como uma categoria especial, merecendo uma proteção mais rigorosa do que outros dados pessoais, com fundamentos de licitude específicos e um regime próprio (art. 9.º). A natureza sensível dos dados de saúde reside no potencial de violação dos direitos fundamentais ⁹, especialmente no contexto do uso de inteligência artificial, um domínio de alto risco.

É importante ressaltar que os dados de saúde não se limitam apenas aos registros médicos, mas também incluem informações inferidas de outros dispositivos conectados. Por exemplo, os dispositivos de relógios inteligentes (*smartwatches*) podem monitorar continuamente a frequência cardíaca dos usuários, alertá-los em caso de irregularidades e até mesmo entrar em contato com serviços de emergência em situações críticas. Além disso, tais dispositivos podem realizar diversas outras funções, como ecocardiogramas, detecção de fibrilação atrial, análise de ciclos de sono e até mesmo despertar o usuário no momento mais adequado para um despertar agradável ¹⁰. Todas essas funcionalidades são possíveis graças aos dados coletados pelo usuário, que alimentam o sistema e permitem tais realizações.

2.2. A digitalização da saúde e a economia digital centrada nos dados: um cenário de benefícios e riscos

É certo que a digitalização de prontuários médicos ou históricos clínicos e o crescente recolhimento de dados a cada vez que um paciente está assistido por serviços médicos, por si só já representam uma enorme quantidade de dados da saúde, mas o advento da Internet das Coisas (IoT) ¹¹, com o uso de aparelhos conectados e dispositivos

⁸ Sérgio Deodato, *A proteção dos dados pessoais de Saúde*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 13.

⁹ Miriam Rocha, “Virtualidades e limites do direito face ao potencial discriminatório do uso da inteligência artificial na saúde”, in *Inteligência Artificial e Robótica: Desafios para o Século XXI*, ano III, Coimbra, GestLegal, 2022, p. 87.

¹⁰ Miriam Rocha, *cit.*, p. 88.

¹¹ Cfr. definição da Internet das Coisas (IoT): “tecnologia basada em la conexión de objetos de todo tipo a Internet que intercambian, agregan y procesan información sobre su entorno físico para proporcionar servicios de valor añadido a los

móveis aplicativos (*apps*) que rastreiam dados de saúde de seus usuários, assim como a publicação de dados em mídias sociais, contribuíram para o aumento incalculável do volume de informações disponíveis acerca da saúde das pessoas.

O *Big Data*, entendido como um vasto e diversificado conjunto de dados obtidos por diversos dispositivos que se conectam com a *Internet*, é marcadamente um fator sem precedentes que torna possível a coleta, a intensa análise e a posterior comercialização de dados em massa e de difícil controle.

Observa-se uma crescente tendência de utilização dos processos automatizados para a coleta e o tratamento de dados pessoais com desígnios comerciais, o que implica riscos também cada vez mais elevados para a proteção desses dados. Isso implica dizer que as novas ferramentas tecnológicas que se utilizam da inteligência artificial, em especial a aprendizagem automática para conversão de uma grande quantidade de dados em informação, conseguem alcançar, quantitativa e qualitativamente, resultados exponenciais; ao tempo em que despertam novos desafios à proteção de dados pessoais.

Embora deva ser enfatizada, a maior atenção não deve recair tanto na quantidade de dados, mas sim na forma como eles são tratados pelas grandes corporações públicas e privadas, bem como nas intervenções regulatórias do Estado para salvaguardar relações jurídicas específicas e proteger os direitos fundamentais dos titulares de dados.

Tão importante quanto a disponibilização de dados, estimativas e previsões oportunas, confiáveis e detalhadas para orientar políticas e ações em todos os níveis, é a garantia de uma gestão adequada desses dados, com o objetivo de maximizar os ganhos em saúde e eliminar as desigualdades.

Vive-se uma realidade em que a utilização da inteligência artificial se estende a um amplo espectro de serviços médicos: diagnósticos, previsões de riscos médicos, tratamento ou cirurgia, fornecimento de informações e conselhos médicos, monitorização de pacientes e até mesmo administração hospitalar ¹².

usuários finais” em Moisés Barrio Andrés, *Internet de las Cosas*, 3.^a ed., Madrid, Reus Editorial, 2022.

¹² Gary Chan Kok Yew, “Medical AI, Standard of Care in Negligence and Tort Law”, in *AI, Data and Private Law*, Hart Publishing, Oxford; New York, 2021, pp. 173-198.

No contexto, a digitalização dos registros de saúde dos pacientes e a subsequente criação dos chamados “registros de saúde eletrônicos” implicam uma série de benefícios, incluindo a redução de erros e melhoria da segurança do paciente, aprimoramento dos cuidados preventivos, aumento da adesão dos médicos às diretrizes e precisão da documentação, reduzindo as disparidades de saúde, melhorando os cuidados disponíveis aos pacientes em áreas mais remotas, reduzindo o tempo que os médicos gastam revisando as informações dos pacientes e o risco de perder informações importantes ¹³.

O fenômeno dos megadados, inaugurado em 2011, pôs a aprendizagem automática no plano central do futuro da economia global ¹⁴, e, portanto, o êxito da economia, incluído o acesso a produtos de qualidade a preços acessíveis, passou a depender da qualidade dos algoritmos de aprendizagem, os quais demandam uma quantidade considerável de dados para funcionar adequadamente.

Ao transpor esse fenômeno para o campo da saúde, percebe-se que os dados se tornaram uma matéria-prima valiosa em um mercado bilionário que envolve setores como medicina, farmácia, cosméticos e *fitness*. Nesse cenário, os interesses econômicos de diversas corporações não podem depender unicamente da “mão invisível” do mercado, exigindo supervisão e controle por parte de autoridades competentes para garantir a proteção desses dados.

As arquiteturas públicas de compartilhamento de dados de saúde estão sujeitas a vulnerabilidades, especialmente quando dependem de empresas estrangeiras para desenvolver pesquisas baseadas em *Big Data*. Isso resulta em desafios relacionados à autonomia social, à eficácia na inovação pública e à equidade no acesso à saúde, principalmente em países que não implementam uma agenda de desenvolvimento de sistemas digitalizados de dados de saúde e de proteção desses dados ¹⁵, tornando-os ainda mais suscetíveis ao extrativismo de informações.

¹³ Albert Ruda, “Legal and Ethical Implications of eHealth Big Data — A Comparative Perspective between Japan and Catalonia”, in *Legal Challenges in the New Digital Age*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2021, pp. 126-159.

¹⁴ Pedro Domingos, *A Revolução do Algoritmo-Mestre*, 1.^a ed., Lisboa, Editora Manuscrito, 2024.

¹⁵ Sobre a vulnerabilidade pelo extrativismo de dados nos países menos desenvolvidos, “O caso GenBank mostra como sequências de genes de países do Sul Global, compartilhadas em repositórios de livre acesso (*open access*) online, são usadas por empresas farmacêuticas do Norte Global para construir linhas

A comercialização dos dados de saúde acarreta riscos, como a discriminação e o aumento das desigualdades no acesso aos cuidados de saúde, tanto em nível social quanto individual ¹⁶. Isso implica que, em as áreas com grande potencial de mercado, como a indústria de “eVigilância” e a de promoção da saúde por meio de aplicações de inteligência artificial, verificam-se os maiores riscos. Quando “os algoritmos de aprendizagem se tornam os intermediários, o poder concentra-se neles” ¹⁷, e, onde há poder, há também a necessidade de sua regulação.

A digitalização dos dados de saúde levanta preocupações significativas sobre disponibilidade, compartilhamento, uso, reutilização, armazenamento e possível viés na análise desses dados. A vulnerabilidade informacional decorre da fragilidade dos titulares diante do uso e tratamento de seus dados de saúde, agravada pela falta de transparência e controle sobre esse processo. Essa vulnerabilidade vem reforçada pelas complexidades em torno do consentimento informado, que visa garantir que os indivíduos tenham pleno conhecimento e exata compreensão sobre como suas informações de saúde serão utilizadas, compartilhadas e armazenadas.

Existem lacunas significativas na eficácia desse consentimento, frequentemente atribuídas à falta de transparência das instituições de saúde e das empresas que lidam com esses dados, bem como à opacidade dos algoritmos de inteligência artificial utilizados no tratamento das informações de saúde ¹⁸. Em razão dessa opacidade, os sistemas de inteligência artificial utilizados para efeitos de diagnóstico, por exemplo, podem ser maliciosamente sabotados, através da manipulação dos seus algoritmos, com efeitos potencialmente fatais.

Além disso, há o risco de comprometimento da autonomia do indivíduo, tanto em estágios pré-sintomáticos quanto durante a fase sintomática. Os sistemas digitais de saúde influenciam decisões sobre

de tratamento patenteadas, sob regras de direito internacional incapazes de garantir a repartição justa e equitativa dos benefícios com as comunidades de origem”, em Gurumurthu, Anita e Chami, Nandini, “Protegendo os dados de saúde como um bem público global: considerações cruciais para a equidade” *in Direito à Saúde e Proteção de Dados Pessoais: desafios e potencialidades contemporâneas*. Idec — Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor Água Branca, 2022, pp. 10-12.

¹⁶ Miriam Rocha, *cit.*, pp. 83-101.

¹⁷ Pedro Domingos. *cit.*

¹⁸ COM(2020) 65 final, “Livro Branco sobre a inteligência artificial — Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança”, Bruxelas, 2020.

condutas e orientações preventivas, como estilos de vida e medicação preventiva, exercendo uma influência que é difícil de ser resistida. Além disso, o elevado grau de confiabilidade dos tratamentos recomendados reduz a margem para a consideração de tratamentos alternativos ou mesmo para uma recusa “razoável” dos tratamentos ¹⁹.

Portanto, é necessário reconhecer a importância não apenas do consentimento para a coleta dos dados de saúde, mas também do controle sobre esses dados, incluindo a possibilidade de modificação e exclusão (conhecida como portabilidade de dados ²⁰). Caso esses direitos não sejam garantidos, os indivíduos perdem a “autodeterminação informacional” ²¹, que é “o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em simples objeto de informação” ²².

Embora existam muitos riscos — e acredita-se que muitos deles ainda são desconhecidos — não se pode ignorar que a “promessa de Prometeu” do uso do Big Data na saúde reside na melhoria dos cuidados de saúde, na prevenção de doenças e na gestão da saúde. A utilização de Big Data permite a integração de conjuntos de dados que antes estavam dispersos ou isolados, oferecendo aos profissionais de saúde um recurso novo e valioso ²³.

3. TUTELA JURÍDICA DOS DADOS DA SAÚDE NA UNIÃO EUROPEIA

Os desafios emanados da digitalização da saúde demandam uma resposta coordenada entre os países, visando superar os obstáculos

¹⁹ André Dias Pereira, “O Médico-Robô e os Desafios para o Direito da Saúde: entre o algoritmo e a empatia”, in *Gazeta de Matemática*, ed. 189, Lisboa, 2019, p. 30-34.

²⁰ Em relação à portabilidade, entende-se que “quanto mais difícil for para um indivíduo mover seus dados, maior é o poder de mercado detido pelo fornecedor, o que gera dificuldades e impossibilita o sucesso de novos entrantes” Cfr. Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Martins e José Luiz de Moura Faleiros Júnior, “A consolidação legislativa da proteção de dados no Brasil: comentários às alterações da Lei no 13.853/2019 à LGPD” in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 76, 2020, pp. 105-117.

²¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. 1, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

²² Gomes Canotilho, Vital Moreira, *cit.*

²³ Albert Ruda, *cit.*, pp. 126-159.

e maximizar os benefícios da inteligência artificial na utilização de dados de saúde, enquanto se reduzem os riscos associados.

A União Europeia (UE) representa um exemplo máximo de uma abordagem multinível para lidar com questões organizacionais complexas, buscando harmonizar as normas entre os Estados-membros para promover e proteger um mercado único. Por isso, nesta seção serão analisados documentos que regulam a proteção dos dados pessoais na União Europeia, que possui como escopo a uniformização das normas nos diferentes Estados-Membros, para impulsionar e proteger um mercado único.

Não obstante o volume de normas existentes sobre privacidade e proteção de dados pessoais, serão examinadas a circulação e proteção dos dados da saúde no âmbito da União Europeia, delineando as políticas e regulamentações que orientam essa esfera complexa e cada vez mais crucial.

Inicialmente, será verificada a abordagem adotada pela UE para lidar com a circulação de dados da saúde dentro de suas fronteiras, destacando os principais instrumentos legais e diretrizes que regem essa questão. Em seguida, será analisado o desafio da proteção de dados de saúde no contexto transfronteiriço, considerando as nuances e implicações legais envolvidas na troca de informações entre os Estados-Membros da UE e países fora de suas fronteiras.

A seção objetiva, portanto, fornecer uma compreensão abrangente das políticas e práticas destinadas a salvaguardar a privacidade e a segurança dos dados da saúde na UE, enquanto trata sobre as complexidades inerentes à circulação desses dados em um contexto globalizado e digitalmente interconectado.

3.1. A circulação e a proteção de dados da saúde na União Europeia

Ao integrar-se na economia digital orientada por dados, a União Europeia incluiu em sua agenda, a partir de 2014, a implementação de uma abordagem regulatória e revisora dos sistemas jurídicos vigentes relativos à proteção de dados, com foco particular nos dados pessoais.

No âmbito da saúde, embora prevaleça o princípio da livre circulação de serviços e dados na União Europeia, observa-se uma proteção rigorosa dos dados na prestação desses serviços. Vale destacar que a política de saúde é uma competência primordial dos Estados-Membros,

exercida de forma partilhada ²⁴, o que leva à conclusão de que os desafios relacionados à segurança dos dados em saúde pública também são divididos entre eles.

Em 2016, surgiu o RGPD, que estabelece as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que tange ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Esse regulamento representou um marco importante ao conceber o tratamento de dados pessoais com o objetivo de servir as pessoas, garantir o equilíbrio com outras leis fundamentais e proteger seus direitos tanto dentro quanto fora da União Europeia. Além disso, busca harmonizar e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros, desde que o tratamento ocorra de forma lícita e justificada ²⁵.

A proteção conferida pelo Regulamento aplica-se a todas as pessoas singulares, independentemente de sua nacionalidade ou local de residência, bem como a pessoas estrangeiras que forneçam seus dados para tratamento na União Europeia, não importando se esses dados são tecnologicamente armazenados dentro ou fora do território da União.

Além de definir os dados relativos à saúde, o RGPD prevê um regime próprio de tratamento, juntamente com outros dados de categoria especial, segundo está disposto em seu art. 9.º.

Destaca-se que o principal fundamento para o tratamento de dados de saúde pelos estabelecimentos de saúde encontra-se no art. 9.º, n.º 2, alínea h, do RGPD. Esse dispositivo reflete o reconhecimento da necessidade de tratar dados de saúde para a prestação de cuidados aos pacientes, garantindo a proteção do direito à vida, à saúde e à integridade física, além de assegurar a segurança do paciente, a qualidade do atendimento e o adequado funcionamento e gestão dos serviços de saúde ²⁶.

Em áreas como a medicina e a saúde pública, o RGPD concede aos Estados-Membros uma certa flexibilidade para aprofundar sua aplicação, sendo que, nesses casos, a atuação dos Estados-Membros

²⁴ Cfr. Art. 4.º, n.º 2 al. *k*) e 168.º TFUE

²⁵ Veja-se: considerando n.º 14 do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril.

²⁶ Cláudia Monge, “Proteção de dados e tratamento de dados de saúde — algumas questões” *In Direito da proteção de dados: perspectivas públicas e privadas*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 349-402.

é duplamente condicionada pelo: *i*) cumprimento dos requisitos da Carta de Direitos Fundamentais, observando os limites estabelecidos pelo RGPD que tem por base a Carta; e pela *ii*) não interferência com a livre circulação de dados pessoais na UE ²⁷. Nessa matéria, portanto, a margem de apreciação de cada Estado-Membro prevalece sobre o escopo de uniformização que guia genericamente o Regulamento.

O RGPD estabelece as regras que asseguram que o tratamento e a troca de dados de saúde sejam realizados de forma lícita e confiável em toda a União. Estas regras também se aplicam ao acesso de terceiros aos dados médicos dos pacientes, incluindo os dados contidos no seu histórico médico, em suas receitas eletrônicas e, a longo prazo, nos seus registros de saúde eletrônicos completos; bem como se aplicam à respectiva utilização para fins de investigação científica ²⁸.

Seguidamente, veio o Regulamento (UE) 2018/1725, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais especificamente pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados.

Já o Regulamento (UE) 2018/1807, posterior aos dois primeiros, referente a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia, não faz qualquer referência à saúde.

Em 2018, a Comissão Europeia apresentou uma Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões sobre a viabilização da transformação digital dos serviços de saúde e de prestação de cuidados no Mercado Único Digital, com foco na capacitação dos cidadãos e na construção de uma sociedade mais saudável ²⁹.

Em 2019, adveio a Diretiva Dados Abertos ³⁰, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público, mas os dados de saúde não se encontram previstos entre os “dados de elevado valor”.

Conforme o Parlamento Europeu e o Conselho, a continuidade dos cuidados de saúde transfronteiriços depende da transferência de dados pessoais sobre a saúde do doente. Esses dados pessoais deverão poder

²⁷ COM(2019) 374 final.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ COM(2018) 233.

³⁰ Diretiva (EU) 2019/1024.

circular entre os Estados-Membros, mas, simultaneamente, deverão ser salvaguardados os direitos fundamentais das pessoas ³¹.

A utilização da inteligência artificial estende-se a um amplo espectro de serviços médicos, como já dito: diagnósticos, previsões de riscos médicos, tratamento ou cirurgia, fornecimento de informações e conselhos médicos, monitorização de pacientes e até mesmo administração hospitalar ³² e todos estes serviços implicam o recolhimento de dados de saúde.

Nesse contexto, em abril de 2021, a Comissão apresentou uma proposta de regulamento sobre inteligência artificial, adotando uma abordagem baseada em códigos de conduta para sistemas, conforme o grau de risco. Nos termos da aludida proposta, os sistemas de inteligência artificial aplicados aos dados de saúde são considerados de alto risco devido ao seu potencial impacto negativo nos direitos fundamentais.

Para mitigar esses riscos, são necessários requisitos e avaliações de conformidade prévias. Por exemplo, os sistemas de IA de alto risco que utilizam dados para treinamento devem seguir práticas adequadas de governança e gestão de dados, incluindo a detecção de vieses. Mesmo após serem lançados no mercado, devem ser implementados mecanismos para mitigar viés resultante de *feedback*. Além disso, são necessários mecanismos de avaliação e verificação de conformidade pós-implementação, supervisionados pelas autoridades competentes ³³.

3.2. Enfoque da digitalização da saúde no contexto transfronteiriço

Por óbvio, as referências à proteção de dados, sobretudo as de natureza genérica, não traduzem adequadamente as necessidades e exigências específicas relacionadas à privacidade nos cuidados de saúde transfronteiriços. Tampouco os desafios transfronteiriços em matéria de saúde serão solucionados pelos Estados, isoladamente uns dos outros.

³¹ Diretiva 2011/24/EU, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços na Comunidade Europeia.

³² Gary Chan Kok, *Yew Medical AI, Standard of Care in Negligence and Tort Law in AI, Data and Private Law*, Hart Publishing, Oxford; New York, 2021, pp. 173-198.

³³ Miriam Rocha, *cit.*, pp. 83-101.

Os desafios primordiais enfrentados pela proteção de dados de saúde, especialmente no contexto da utilização de inteligência artificial, estão intrinsecamente ligados à confiança e ao controle dos dados.

A salvaguarda dos direitos dos titulares dos dados, conforme estabelecido pelo RGPD, representa um padrão fundamental. Isso inclui o fortalecimento do poder decisório dos pacientes, ampliando a capacidade regulatória dos cidadãos sobre seus próprios dados de saúde.

O acesso controlado em ambientes federados, sem a necessidade de transmissão dos dados, permite que eles permaneçam seguros e protegidos, mesmo durante sua análise e seu processamento por sistemas de inteligência artificial.

As demandas por armazenamento nacional também surgem como um desafio significativo. Alguns países buscam reter os dados de saúde dentro de suas fronteiras por motivos de segurança nacional e regulatória, o que pode complicar a colaboração e o compartilhamento de dados em escala global.

A necessidade de conciliar a proteção dos dados com os interesses comerciais é outro aspecto crucial. As organizações enfrentam pressões para garantir a segurança dos dados enquanto buscam inovar e explorar oportunidades de negócios na área da saúde digital.

Em suma, enfrentar esses desafios requer uma abordagem multifacetada que equilibre a proteção dos direitos individuais, a segurança dos dados, a colaboração internacional e as demandas comerciais.

No que diz respeito à proteção e à melhoria da saúde humana, é sabido que a União Europeia dispõe apenas de competências de apoio e coordenação (artigo 6.º, alínea a, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia-TFUE) e está adstrita à realidade regional do bloco de países que integram o seu mercado interno. No entanto, a crescente interconexão global levanta questões sobre a possibilidade de expandir a influência da UE em uma escala global no campo da digitalização da saúde, bem como de reconhecer a proteção de dados de saúde como um bem público global.

4. DADOS DE SAÚDE COMO UM BEM PÚBLICO GLOBAL

Este capítulo objetiva demonstrar a necessidade de gestão e governança dos dados da saúde em níveis global e europeu, considerando tanto os desafios quanto as oportunidades apresentadas por esse contexto em constante evolução.

Inicialmente, será examinada a proposta de adoção dos dados da saúde como um bem público global, buscando compreender os potenciais benefícios dessa abordagem para a saúde pública em escala mundial. Em seguida, serão analisados os esforços recentemente empenhados para estabelecer espaços comuns europeus de dados, em especial o Espaço Europeu de Dados de Saúde, com o intuito de promover uma governança mais coordenada e eficaz dos dados da saúde dentro da União Europeia.

Por fim, será abordada a gestão de dados em um ambiente digital de dados, explorando as diretrizes e os principais desafios associados à proteção, compartilhamento e uso ético dos dados da saúde em uma realidade cada vez mais interconectada.

4.1. Uma resposta global para desafios globais

Em termos de digitalização da saúde, o estudo dos modelos de eSaúde realizado em diversos países do mundo ³⁴ aponta a enorme semelhança de vantagens e desafios subjacentes à utilização de inteligência artificial na saúde, especialmente no que tange à confiança, certeza e segurança, em razão do conflito de interesses existentes no desenvolvimento dos programas de saúde digitais.

Os desafios impostos pelo uso da inteligência artificial na saúde são variados e, por isso, exigem uma resposta global e integrada, de modo a maximizar os benefícios dessa tecnologia e minimizar seus riscos ³⁵.

Nesse sentido, em 2021, a Organização Mundial de Saúde (OMS) chamou atenção para a necessidade de considerar os dados da saúde como um bem público global (traduzido da expressão *global public goods* — GPG), ou seja, um bem “cuja gestão exige cooperação e liderança a nível mundial e nos países para fazer face à fragmentação” ³⁶.

Essa abordagem busca maximizar os benefícios e minimizar os danos associados aos dados de saúde, contando com a cooperação

³⁴ Cfr. Albert Ruda, *cit.*, pp. 126-159.

³⁵ Miriam Rocha, *cit.*, pp. 83-101.

³⁶ World Health Organization, *Health Data as a global public good — a call for Health Data Governance 30 September, 2021*, in <https://www.who.int/news-room/articles-detail/health-data-as-a-global-public-good-a-call-for-health-data-governance-30-september> (28.04.2024).

internacional para enfrentar desafios como a segurança cibernética, a privacidade dos dados e o acesso equitativo à saúde. Ao tratar os dados como um bem público global, a OMS (2021) ³⁷ enfatiza a importância da transparência, responsabilidade e colaboração entre os países e as partes interessadas.

Tal regime de governança de dados transversal, voltado para a promoção de uma repartição justa e equitativa dos benefícios, concretiza, em última análise, o paradigma da dignidade da pessoa humana em sua dimensão comunicativa e relacional ³⁸, ao considerar a dignidade não como um elemento intrínseco e abstrato, mas que necessita de um reconhecimento por outros.

Um quadro de governança de dados deve apoiar e fortalecer os indivíduos e as comunidades, para que tenham controle e possam se beneficiar de seus próprios dados de saúde. Isso pode ser alcançado por meio da clarificação e do reforço das proteções jurídicas contra o uso indevido ou abusivo de dados relacionados à saúde, além de envolver as comunidades na cocriação de mecanismos de gestão desses dados e eventual responsabilização.

A proteção dos dados de saúde como um bem público global, juntamente com o apoio ao alinhamento de boas práticas e aos princípios identificados na governança de dados de saúde, ajudará a construir confiança para maximizar os benefícios e minimizar os danos.

Ao convocar a Cimeira sobre Governança de Dados de Saúde em 2021, a OMS enfatizou a importância de estabelecer um novo consenso global sobre a governança de dados de saúde, apoiado por um conjunto central de princípios orientadores, para garantir que os dados de saúde sejam usados para benefício de todos, especialmente das “comunidades deixadas para trás” ³⁹.

Nesse sentido, a OMS reconhece, em especial, que os dados para melhorar os resultados de saúde virão de múltiplas fontes e que os dados de saúde deverão ser integrados em práticas mais amplas de governança de dados multissetoriais, a fim de gerar sinergias, descobrir novas perspectivas e desenvolver aplicações.

³⁷ World Health Organization, “Health Data as a global public good...”, *op. cit.*

³⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, “As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível” *in Revista brasileira de direito constitucional*, São Paulo, v. 5, n. 9, p.361-388, jan./jun. 2007, in <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27252> (29.04.2024).

³⁹ World Health Organization, “Health Data as a global public good...”, *op. cit.*

Não obstante, a falta de dados de saúde de qualidade e a fragmentação na governança dos dados dificultam a utilização eficaz desses dados como um bem público global. Os dados de saúde são simultaneamente um ativo estratégico e um bem público, cuja gestão exige cooperação e liderança a nível mundial e nos países para enfrentar a fragmentação ⁴⁰ e outros obstáculos à fruição dos benefícios decorrentes do avanço da tecnologia.

Em meio a um contexto mais amplo de fragmentação, a Comissão Europeia vislumbra a necessidade de adotar medidas para facilitar o intercâmbio de dados relacionados à saúde entre os Estados-Membros. Esses dados, que são sensíveis e estão protegidos pelo RGPD, adquirem importância crescente no domínio da saúde pública por razões de interesse geral.

Observa-se, atualmente, a emergência de uma nova estratégia europeia para os dados, nomeadamente o Regulamento Governança de Dados ⁴¹, que visa aumentar a confiança na partilha de dados, reforçar os mecanismos para melhorar a disponibilidade de dados e superar os obstáculos técnicos à sua reutilização. Isso inclui a criação dos Espaços Europeus de Dados, destacando-se o Espaço Europeu de Dados de Saúde, com o objetivo de promover a saúde e realizar investigações.

4.2. Os espaços comuns europeus de dados: novos caminhos para uma governança global de dados da saúde

A transição para o reconhecimento dos dados de saúde como bens públicos globais depende de dois fatores essenciais que estão intrinsecamente conectados entre si: um de ordem subjetiva, que envolve a confiança e o compartilhamento dos dados pelos seus titulares, e outro de ordem objetiva, que consiste na implementação de plataformas (ou infraestruturas) comuns.

Para se alcançar a confiabilidade, é essencial que os responsáveis pelo tratamento de dados, bem como toda a cadeia de subcontratantes, adotem práticas seguras e conformes ao regime jurídico e às

⁴⁰ World Health Organization, “Health Data as a global public good...”, *op. cit.*

⁴¹ Comissão Europeia, COM(2022) 197, “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao Espaço Europeu de Dados de Saúde”, Estrasburgo, 2022.

garantias fundamentais no tratamento de dados de saúde. Tais medidas devem inspirar confiança nos titulares dos dados, sendo exemplos disso os resultados positivos em avaliações de impacto sobre a proteção de dados, a realização de auditorias, a implementação de medidas de pseudonimização ou anonimização, além de mecanismos em tempo real para a rastreabilidade dos dados e/ou identificação dos utilizadores.

Para além de tais mecanismos, incumbe aos responsáveis pelo manejo dos dados promover uma cultura de responsabilidade nas instituições de saúde, com especial atenção à preservação da confidencialidade dos dados.

A confiança também está associada a um regime reforçado de consentimento durante todo o tratamento dos dados, inclusive com garantia de portabilidade, além de prezar por uma partilha de dados de saúde oportuna e tão aberta, transparente e inclusiva quanto possível.

Embora o quadro legal sugira a possibilidade de flexibilidade quanto à exigência de consentimento, conforme critérios de saúde pública, parece que o programa pode utilizar dados de pacientes que não consentiram e que talvez nem saibam disso, pois nunca foram informados. Ocorre que os pacientes geralmente consentem com o uso de seus dados para o acesso a serviços de saúde, mas não necessariamente para fins de pesquisa. Portanto, é crucial proteger os direitos dos pacientes, garantindo que apenas dados anonimizados sejam utilizados.

Acerca da implementação de uma infraestrutura compartilhada de dados de saúde, esta depende de outro conjunto de fatores, sendo os mais importantes a adoção de normas comuns e a interoperabilidade.

A fragmentação na legislação e na aplicação das medidas de proteção pode resultar em lacunas de segurança e dificuldades operacionais que comprometem a eficácia das políticas de proteção de dados em um contexto globalizado. Portanto, uma cooperação internacional mais estreita é essencial para garantir que os dados de saúde sejam protegidos de maneira consistente e abrangente, promovendo ao mesmo tempo a inovação e o acesso equitativo aos avanços da eSaúde em todo o mundo. A título de exemplo, a legislação japonesa considera a possibilidade de conflito de interesses entre detentores, titulares e utilizadores de dados da saúde, proporcionando ao paciente que deu seu consentimento inicial para a coleta dos dados o direito de optar pelo *opt-out* do esquema ou programa

de investigação, ao passo que nada é fornecido a esse respeito no caso Catalão, na Espanha ⁴².

A criação de espaços comuns de dados surge como uma medida para impulsionar grandes repositórios interoperáveis em importantes domínios, entre eles o da saúde.

a. A estratégia da União Europeia para a criação de um Espaço Europeu de Dados de Saúde: principais aspectos

A fim de explorar todo o potencial dos dados de saúde, a Comissão Europeia propôs, em 3 de maio de 2022, um regulamento para criar o Espaço Europeu de Dados de Saúde ⁴³. Essa proposta também contou com o contributo de uma Ação Conjunta para o Espaço Europeu de Dados de Saúde, que trata da utilização secundária (ou reutilização) dos dados de saúde.

Segundo a Comissão Europeia, a “saúde é uma área que em muito pode beneficiar com o sucesso desta estratégia”. Assim, a “reutilização dos dados de saúde para investigação científica e para a inovação pode aumentar a qualidade dos cuidados de saúde e diminuir os custos”. Além disso, “a disponibilidade de dados da saúde pode ajudar os Estados a tomar decisões mais fundamentadas para melhorar o acesso, a eficácia e a sustentabilidade dos sistemas de saúde nacionais” ⁴⁴.

Importa, portanto, destacar aspectos primordiais da iniciativa do EEDS, como as dimensões de utilização dos dados, os objetivos e princípios do EEDS, bem como a previsão de acesso e os mecanismos de controle de dados.

O EEDS compreende duas dimensões principais: a utilização primária e a utilização secundária dos dados de saúde eletrônicos. A primeira abrange o tratamento de dados de saúde eletrônicos pessoais para a prestação de serviços de saúde, como a avaliação, manutenção ou restabelecimento do estado de saúde da pessoa a quem esses

⁴² Albert Ruda, *cit.*

⁴³ Comissão Europeia, COM(2022) 197, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao Espaço Europeu de Dados de Saúde*, Estrasburgo, 2022, in https://health.ec.europa.eu/publications/proposal-regulation-european-health-data-space_en?prefLang=pt (29.04.2024).

⁴⁴ Graça Canto Moniz, *A Estratégia da UE para os Dados: que contributos para a regulação dos dados?*, Coimbra, Edições Almedina, 2024, p. 29.

dados se referem; além de atividades como prescrição, dispensa e fornecimento de medicamentos e dispositivos médicos, bem como serviços de segurança social, administrativos ou de reembolso ⁴⁵. Na dimensão secundária, os dados de saúde eletrônicos são tratados “para outros fins que possam beneficiar a sociedade, designadamente a investigação, a inovação, a elaboração de políticas, a segurança dos doentes, a medicina personalizada, as estatísticas oficiais ou as atividades de regulamentação”. Isso inclui o uso de dados de saúde eletrônicos pessoais inicialmente coletados no contexto da utilização primária, bem como dados de saúde eletrônicos coletados especificamente para fins de utilização secundária ⁴⁶.

No âmbito da utilização primária, destaca-se o *MyHealth@EU*, a plataforma que promove a continuidade no acesso e compartilhamento de dados entre pacientes e profissionais de saúde em toda a União Europeia. Atualmente funciona com recursos como o Resumo de Saúde do Paciente e a *ePrescription*, operando em um regime voluntário, e está previsto para ser implementado progressivamente em 25 países da UE até ao final de 2025 ⁴⁷.

Na utilização secundária, o *HealthData@EU* permite o uso dos dados dos pacientes por pesquisadores, decisores políticos e pela indústria, com a permissão de uma autoridade nacional. Este sistema visa facilitar a pesquisa, a formulação de políticas e o desenvolvimento industrial com base nos dados de saúde eletrônicos disponíveis ⁴⁸.

O EEDS é um ecossistema específico composto por regras, padrões e práticas comuns, infraestruturas e um quadro de governança, e parte da iniciativa “União Europeia da Saúde” ⁴⁹. Como tal, possui como objetivos: *i*) empoderar os indivíduos, fortalecendo o acesso digital e o controle sobre seus dados eletrônicos de saúde, tanto em

⁴⁵ Comissão Europeia, COM(2022) 197.

⁴⁶ Comissão Europeia, COM(2022) 197 final.

⁴⁷ Comissão Europeia, “*MyHealth@EU*” — *Flyer addressed to patients and health professionals* in https://health.ec.europa.eu/other-pages/basic-page/myhealtheu-flyer-addressed-patients-and-health-professionals_en?prefLang=pt (29.04.2024).

⁴⁸ Comissão Europeia, *Data sharing through eDelivery in the HealthData@EU, 2022*, in <https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/sites/pages/viewpage.action?pageId=592643692> (29.04.2024).

⁴⁹ Comissão Europeia, *Espaço Europeu de Dados de Saúde* in https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/european-health-data-space_pt (29.04.2024).

âmbito nacional quanto europeu; *ii*) promover a criação de um mercado único para sistemas de registros de saúde eletrônicos, dispositivos médicos e sistemas de inteligência artificial de alto risco; *iii*) fornecer uma infraestrutura eficiente e confiável para o uso de dados de saúde em pesquisa, inovação, formulação de políticas e atividades regulatórias (uso secundário dos dados) ⁵⁰.

É possível afirmar que o EEDS se baseia em uma série de princípios para garantir sua eficácia e integridade, entre os quais é importante destacar o da abertura e uniformidade. Nomeadamente, a abertura relaciona-se com a possibilidade de acesso para o uso secundário dos dados de saúde por parte de países terceiros, desde que seja feito de acordo com os padrões e regulamentos estabelecidos pelo EEDS. A uniformidade exige que todos os Estados-Membros participem obrigatoriamente da infraestrutura de dimensão secundária do EEDS, garantindo assim padronização e consistência na gestão dos dados de saúde em toda a UE.

O EEDS estabelece mecanismos para garantir o controle dos titulares de dados sobre suas informações de saúde. Isso significa que os titulares têm acesso gratuito aos seus dados de saúde em formato eletrônico, podendo decidir sobre o compartilhamento, as finalidades e restrições relacionadas a esses dados. Além disso, os Estados-Membros garantem que resumos de saúde dos doentes, receitas eletrônicas, imagens e relatórios, resultados laboratoriais e relatórios de alta sejam emitidos em um formato europeu comum ⁵¹.

A interoperabilidade e segurança dos sistemas de registro eletrônico são asseguradas por meio da padronização. Os Estados-Membros devem designar autoridades nacionais de saúde digital para garantir o funcionamento adequado da infraestrutura transnacional.

O EEDS também se preocupa com as condições para o acesso aos dados de saúde, visando beneficiar pesquisadores, empreendedores, instituições públicas e a indústria, contribuindo para o aprimoramento de produtos, tratamentos e sistemas de saúde mais resilientes.

⁵⁰ Veja-se: The European Health Data Space (EHDS) in <https://www.european-health-data-space.com/> (29.04.2024).

⁵¹ Comissão Europeia, *Espaço Europeu de Dados de Saúde: acesso aos teus dados de saúde em toda a UE, 2023*, in <https://www.europarl.europa.eu/topics/pt/article/20231207STO15736/um-espaco-europeu-para-acederes-aos-dados-de-saude-na-ue> (29.04.2024).

Para o acesso aos dados, é necessária a autorização de uma autoridade de acesso aos dados de saúde estabelecida pelos Estados-Membros. Um regime simplificado permite que solicitações sejam feitas diretamente aos detentores dos dados. No entanto, o acesso é sempre condicionado a um uso específico e ocorre em ambientes seguros que garantem a privacidade do titular dos dados. Além disso, são proibidos usos que violem os direitos fundamentais e interesses do titular, como, por exemplo, aumentar o prêmio do seguro.

b. Potenciais vantagens do Espaço Europeu de Dados de Saúde

A criação do EEDS trará consigo diversas vantagens significativas, arriscando-se dizer, rumo ao reconhecimento dos dados da saúde como bem público global. Essa iniciativa visa proporcionar melhores cuidados de saúde em todo o território da União Europeia, garantindo continuidade nos serviços de saúde, independentemente da localização do paciente. Isso significa que os pacientes poderão acessar seus dados de saúde em qualquer lugar da UE, o que é especialmente útil em casos de emergências ou durante viagens.

Além disso, o EEDS facilitará a atividade clínica, permitindo um acesso mais rápido e eficiente às informações de saúde dos pacientes. Com isso, os profissionais de saúde poderão tomar decisões mais informadas e precisas, com diagnósticos mais rápidos e tratamentos mais eficazes.

Outra vantagem importante será a promoção da pesquisa e desenvolvimento (I&D), especialmente através do acesso de dados de saúde reais, coletados durante a prática clínica, que fornecem subsídios valiosos sobre a eficácia dos tratamentos e terapias, ajudando os pesquisadores a desenvolver novas abordagens para a saúde.

Por fim, o EEDS estimulará a competitividade na indústria, especialmente no campo da inteligência artificial. Ao fornecer acesso a grandes conjuntos de dados de saúde, o EEDS possibilita o treinamento de algoritmos e o desenvolvimento de soluções inovadoras para diagnóstico, tratamento e prevenção de doenças, impulsionando assim o progresso tecnológico e econômico na União Europeia.

A par dos benefícios referidos, o EEDS promete trazer consigo um potencial econômico considerável, conforme indicado por diversas estimativas e projeções. De acordo com um estudo de suporte à Avaliação de Impacto das opções políticas para uma iniciativa da UE sobre um Espaço de Dados de Saúde Europeu, o valor dos dados de saúde foi estimado em mais de €120 milhões em 2023,

com previsão de ultrapassar os €180 milhões até 2030. Além disso, estima-se que o valor anual da reutilização desses dados atinja entre €25 a €30 bilhões, podendo chegar a cerca de €50 bilhões em uma década ⁵².

Outro aspecto promissor é o estímulo ao desenvolvimento de novos produtos e tratamentos médicos. Com acesso a uma quantidade vasta e diversificada de dados de saúde, os pesquisadores e profissionais de saúde terão uma base sólida para inovar e criar soluções médicas avançadas, beneficiando assim tanto os pacientes quanto a indústria médica como um todo ⁵³.

Por fim, é relevante destacar o impacto do EEDS em relação aos direitos fundamentais. O acesso e controle das pessoas aos seus dados de saúde registrados eletronicamente é um direito fundamental, embora sua efetivação ainda seja limitada e diferenciada entre os Estados-Membros da União Europeia. Reconhece-se que os cidadãos devem ter o direito de acessar e controlar suas informações de saúde, garantindo assim sua autonomia e capacidade de tomar decisões informadas sobre sua própria saúde.

Uma das metas estabelecidas pela “Bússola Digital” para o ano de 2030 é garantir que todos os cidadãos tenham acesso aos seus registros médicos digitais ⁵⁴. Essa iniciativa busca promover a transparência, a igualdade de acesso e o respeito aos direitos dos indivíduos em relação às suas informações de saúde, contribuindo assim para uma sociedade mais justa e informada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente importância dos dados de saúde no contexto da digitalização na área da saúde em todo o mundo expõe questões de governança de dados, incluindo desafios relacionados à propriedade

⁵² European Commission, *Directorate-General for Health and Food Safety, Study supporting the impact assessment of policy options for an EU initiative on a European health data space — Final report, Publications Office of the European Union, 2022, p. 306, in <https://data.europa.eu/doi/10.0000/320027> (30.04.2024).*

⁵³ M. Boyd, M. Zimeta, J. Tennison e M. Alassow, “Secondary use of health data in Europe” in *Open Data Institute, Roche, 2021.*

⁵⁴ Comissão Europeia, *Europe’s Digital Decade: digital targets for 2030, in https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_en (29.04.2024).*

intelectual, ao acesso desigual, ao compartilhamento de dados e a possíveis preconceitos na análise desses dados.

No cenário, os Estados devem tomar medidas ativas para criar um quadro no qual o acesso aos dados de saúde seja viável, sendo fundamental para isso uma abordagem colaborativa e, quando possível, unificada na regulamentação da proteção desses dados.

Embora os dados de saúde não sejam (ainda) reconhecidos como um bem público, seu valor e potencial para beneficiar a sociedade como um todo são inquestionáveis e já fazem parte da agenda de alguns países e comunidades internacionais. Propõem-se, nesse âmbito, diversas medidas para aprimorar a gestão dos dados de saúde, incluindo a criação de um quadro regulatório que preveja decisões conjuntas em nível europeu, especialmente em relação à interoperabilidade e segurança dos sistemas de saúde eletrônicos.

A fim de explorar todo o potencial dos dados de saúde, a criação de espaços comuns de dados surge como uma medida para impulsionar a existência de grandes repositórios interoperáveis em grandes e importantes domínios, entre eles a saúde.

Assim, o Espaço Europeu de Dados de Saúde, proposto pela Comissão Europeia, busca aprimorar a gestão dos dados de saúde na UE, que, por meio de iniciativas como o *MyHealth@EU*, promove o acesso e compartilhamento de dados entre pacientes e profissionais de saúde, bem como o uso desses dados para pesquisa e inovação. Baseado em princípios como a transparência e a uniformidade, o EEDS garante que os titulares de dados mantenham controle sobre suas informações. Entre seus benefícios estão a melhoria na prestação de serviços de saúde, o estímulo à pesquisa e à inovação e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Embora não seja uma iniciativa propriamente global, a nova estratégia europeia para os dados tem o potencial de abrir caminhos para o reconhecimento dos dados de saúde como um bem público global, com uma infraestrutura aberta e interoperável com os países do mundo. Ela visa aumentar a confiança na troca de dados, reforçar os mecanismos para ampliar a disponibilidade de dados e superar os obstáculos técnicos rumo a um acesso justo e equitativo aos serviços de saúde no mundo.

6. BIBLIOGRAFIA

Andrés, Moisés Barrio, *Internet de las Cosas*, 3.^a ed., Madrid, Reus Editorial, 2022.

- Boyd, M., Zimeta/M., Tennison, J./Alassow, M., “Secondary use of health data in Europe”, in *Open Data Institute*, Roche, 2021.
- Canotilho, Gomes/Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- Comissão Europeia, COM(2018) 233, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, Ao Conselho, Ao Comité Económico E Social Europeu E Ao Comité Das Regiões sobre a viabilização da transformação digital dos serviços de saúde e de prestação de cuidados no Mercado Único Digital, a capacitação dos cidadãos e a construção de uma sociedade mais saudável, Bruxelas, 2018.
- Comissão Europeia, COM(2019) 374 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho “As regras de proteção de dados como instrumento gerador de confiança dentro e fora da UE — ponto da situação”, Bruxelas, 2019.
- Comissão Europeia, COM(2020) 65 final, “Livro Branco sobre a inteligência artificial — Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança”, Bruxelas, 2020.
- Deodato, Sérgio, *A proteção dos dados pessoais de Saúde*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.
- Domingos, Pedro, *A Revolução do Algoritmo-Mestre*, 1.ª ed., Lisboa, Editora Manuscrito, 2024.
- European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety, Study supporting the impact assessment of policy options for an EU initiative on a European health data space — Final report, Publications Office of the European Union, 2022. p. 306. Disponível em: [https://data.europa.eu/doi/10.0000/320027\(30.04.2024\)](https://data.europa.eu/doi/10.0000/320027(30.04.2024)).
- Gurumurthu, Anita/Chami, Nandini, “Protegendo os dados de saúde como um bem público global: considerações cruciais para a equidade” in *Direito à Saúde e Proteção de Dados Pessoais: desafios e potencialidades contemporâneas*. Idec — Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Água Branca, 2022, pp. 10-12.
- Martins, Guilherme Magalhães/Longhi, João Victor Rozatti/Júnior, José Luiz de Moura Faleiros, “A consolidação legislativa da proteção de dados no Brasil: comentários às alterações da Lei no 13.853/2019 à LGPD” in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n.º 76, 2020, pp. 105-117.
- Monge, Cláudia, “Proteção de dados e tratamento de dados de saúde — algumas questões” In *Direito da proteção de dados: perspectivas públicas e privadas*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 349-402.
- Moniz, Graça Canto, *A Estratégia da UE para os Dados: que contributos para a regulação dos dados?*, Coimbra, Edições Almedina, 2024.
- Pereira, André Dias, “O Médico-Robô e os Desafios para o Direito da Saúde: entre o algoritmo e a empatia”, in *Gazeta de Matemática*, ed. n.º 189, Lisboa, 2019, pp. 30-34.
- Rocha, Miriam, “Virtualidades e limites do direito face ao potencial discriminatório do uso da inteligência artificial na saúde”, in *Inteligência Artificial e Robótica: Desafios para o Século XXI*, ano III, Coimbra, GestLegal, 2022, pp. 83-101.
- Ruda, Albert, “Legal and Ethical Implications of eHealth Big Data — A Comparative Perspective between Japan and Catalonia”, in *Legal Challenges in the New Digital Age*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2021, pp. 126-159.
- Sarlet, Ingo Wolfgang, “As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível” in *Revista brasileira de direito constitucional*, São Paulo, v. 5, n. 9, 2007, pp. 361-388.

World Health Organization, *Health Data as a global public good — a call for Health Data Governance* 30 September, 2021, in <https://www.who.int/news-room/articles-detail/health-data-as-a-global-public-good-a-call-for-health-data-governance-30-september> (28.04.2024).

Yew, Gary Chan Kok, “Medical AI, Standard of Care in Negligence and Tort Law in AI”, *Data and Private Law*, Hart Publishing, Oxford; New York, 2021, pp. 173-198.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL AO SERVIÇO DA MEDICINA, O EMPODERAMENTO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO?

*Artificial Intelligence at the Service of Medicine, The Empowerment
of the Differentiated Treatment?*

Catarina Lêdo *

Resumo: No mundo, a saúde tem-se tornado cada vez mais o centro do palco internacional. Por isso, não se demonstra totalmente descabido que se queira reinventar e melhorar um dos maiores sistemas sociais do mundo e, com ele, garantir uma maior dignidade da pessoa e na vida. Em virtude de novos programas, novos conceitos, novos utensílios levam a que uma sociedade se construa mais ambiciosa na procura de um maior desenvolvimento económico e social. E, será na área da saúde que as tecnologias assumem um relevante papel. Desta forma, deve-se empoderar uma nova conceção de tecnologia que não vem substituir a tomada de decisão de profissionais de saúde de forma arbitrária e discriminatória, mas sim, para combater o tendencial julgamento do ser humano e ajudar naquela que é a finalidade do Direito, da ética, da saúde na sua promoção e tratamento.

Palavras-Chave: Igualdade, Inteligência Artificial, Direitos, Saúde, Cooperação, Ética.

Abstract: *In our world, health is increasingly taking the centre in the international scene. Therefore, it isn't entirely unreasonable to want to reinvent and improve one of the world's greatest social systems and, with that, ensure greater dignity for people and life. Due to the new programmes, new concepts, and new tools the society becomes more ambitious in its quest for greater economic and social development, and, in the health sector, technology is playing a particularly important role. In this way, a new concept of technology must be empowered, one that does not replace the decision-making of health professionals in an arbitrary and discriminatory way, but*

* Mestranda na Escola de Direito, Universidade do Minho; Advogada. Email de contacto: catarina_ledo9@hotmail.com.

rather to combat the inherent human judgment and assist in the pursuit of the purpose of law, ethics, and health, in its promotion and treatment.

Keywords: *Equality, Artificial Intelligence, Rights, Health, Cooperation, Ethics*

Sumário: 1. Introdução. 2. Os Direitos Fundamentais dos Utentes: breve referência; 2.1. O Direito à Saúde na Constituição; 2.2. O Direito à Saúde — Plano Supranacional; 2.3. A Igualdade de Tratamento e Proibição de Discriminação. 3. A Nova Era: Inteligência Artificial; 3.1. Conceito e aplicação da IA; 3.2. IA na Saúde — Vantagens; 3.3. IA na Saúde — A discriminação; 3.4. IA na Saúde — Tópicos a desenvolver. 4. Propostas de Melhoria. 5. Conclusões. 6. Bibliografia. 7. Jornais generalistas. 8. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

Com o crescente desenvolvimento da tecnologia, várias são as formas, matérias, situações e circunstâncias que numa sociedade se pode verificar a presença de mudança. Desta forma, diversos são os campos que necessitam e reclamam para si constante cuidado e ponderação no tratamento das matérias que invocam, nomeadamente, a área da saúde.

Na verdade, a par da sociedade da informação ¹ e da nova geração de digitais, os cidadãos vêm, progressivamente, ganhando uma consciência dos seus direitos fundamentais, passo que a reivindicação de melhores condições e tratamentos de saúde cresceram — e crescem — a par de tal consciencialização. E, tal perceção do estado do corpo e da mente caminhou, também e paralelamente, aos meios de comunicação social e à navegação nas plataformas digitais, ampliando conhecimentos e entendimentos sobre o que é a saúde, o que dela se exige, quais as suas perspetivas e de que modo pode um sujeito atuar no (seu) sistema — e neste novo sistema.

Em virtude de novos programas, conceitos e utensílios tecnológicos, que inerentemente chamam a si qualquer pessoa, singular e/ou coletiva, vem-se construindo uma sociedade cada vez mais ambiciosa na procura de um maior desenvolvimento económico e social, nas suas vertentes culturais, de domínio, de criação, de conhecimento ². E, será na área da saúde que as tecnologias assumem um relevante e

¹ Elsa Costa e Silva, “Desafios sociais e políticos do Mercado Único Digital e da crescente conectividade: literacia digital e poder de rede”, in UNIO — EU Law Journal, vol.4, n.º 2, 2018, p. 44, in <https://doi.org/10.21814/unio.4.2.4> (25.04.2024).

² Idem, *Ibidem*.

marcante papel, desde uma fase legislativa imposta às entidades nacionais e internacionais, passando pela praticidade nas relações médico-paciente até à pessoa coletiva que a cria e coloca no mercado um conjunto variantes que mudam a realidade dada como adquirida.

Não obstante as notáveis e incalculáveis vantagens que as mesmas trouxeram e continuarão a proporcionar ao ser humano, como, e de destacar, a concretização do bem-estar da população numa dimensão ainda não alcançada, não se poderá olvidar que com elas também advieram diversos pontos negativos, muitas vezes sob os holofotes e hiperbolicização de ideais políticos populistas que, no momento, conquistam o pensamento da comunidade e equivocam as interpretações das correntes que trazem novas perspetivas dos direitos humanos e daquilo que se dar-se-ia, noutros tempos, como inato e inquestionável.

Aliás, na sociedade portuguesa, paira uma atitude de desconfiança e insatisfação com as ofertas e resultados do estado da arte do sistema de saúde, em concreto, dos hospitais públicos, dos profissionais de saúde que o compõem e dos mecanismos e/ou utensílios utilizados ao dispor e para a promoção do bem-estar, passo que os meios de comunicação social incitam essa posição com as recorrentes notícias de instabilidade na logística e gestão hospitalar e com as trágicas histórias de negligência médicas, discriminação, assédio, violência, e demais associadas ³.

Por estes motivos, terá o Direito de acompanhar uma realidade que possa respeitar e seguir disposições que rumam a um caminho seguro, um efetivo direito à doença, a ter saúde, à estabilidade, ao progresso científico e tecnológico e, sobretudo, à acessibilidade e equidade na prestação de serviços e cuidados médicos, independentemente de como e por quem esses serviços são prestados.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS UTENTES: BREVE REFERÊNCIA

2.1. O Direito à Saúde na Constituição

O direito à saúde, na Constituição da República Portuguesa ⁴, tem ao longo dos tempos alterado a sua configuração, ainda que de

³ Jorge Simões, Retrato político da saúde, Coimbra, Almedina, 2005, p. 174.

⁴ Doravante “CRP”.

modo subtil. Em virtude de revisões constitucionais, a lei fundamental sofre uma nova reflexão neste âmbito sendo que, neste momento, no artigo 64.º, dispõe que *todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover* [número 1.], que este direito à proteção da saúde é realizado *a partir da criação de um serviço de saúde nacional*, tendo em conta *as condições económicas e sociais dos cidadãos* [número 2., alínea a)], da *criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável* [número 2., alínea b)]. No mesmo sentido que as redações anteriores, atribuiu-se à pessoa coletiva Estado o papel principal de assegurar este direito, garantindo o seu acesso a *todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação* [número 3., alínea a)], disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a *assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade* [número 3., alínea d)], a produção, a distribuição, a comercialização e o *uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico* [número 3., alínea g)].

Posto tal consciencialização da CRP, cabe indicar que o direito à saúde é configurado como um direito social ⁵ e que detém sobre si uma componente positiva e negativa. Se, por um lado, o Estado tem

⁵ Neste sentido, compartilha-se o entendimento que, aferindo casuisticamente, “[e]mbora o direito à proteção da saúde (...) não beneficie do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, não sendo, à partida, diretamente aplicável e impondo ao legislador uma obrigação de prestação de facto infungível, isto não significa, atenta a conjugação entre o direito à proteção da saúde e outros direitos de liberdade e a interconexão entre os direitos sociais e os direitos, liberdades e garantias, que não seja possível, em relação a algumas pretensões específicas que podem ser extraídas do direito à saúde, descortinar, no plano estrutural, uma natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias”. Desta forma, encontra o direito à saúde uma íntima relação com outros fundamentais tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o direito à integridade física e moral, o direito à igualdade de tratamento, entre outros. Cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1310.

de promover e defender este direito concretizando, materialmente ⁶, as condições de acesso à prevenção e tratamento da doença, por outro lado, tem o órgão estatal de se abster de práticas que possam interferir direta e negativamente com a saúde dos cidadãos ⁷.

Ora, este direito apresenta uma grande característica ⁸ que se demonstrará fulcral na análise do presente debate: a universalidade. Isto é, a saúde e a concretização desta na esfera dos cidadãos, está dirigida, de um modo objetivo e generalizado, a toda e qualquer pessoa não permitindo exclusões sob forma de discriminação, privilégio, condição socioeconómica, localização geográfica no país, sexo, entre outros.

Neste sentido, apesar de no direito à saúde não integrar o direito à igualdade, por este já ter a sua consagração constitucional no artigo 13.º autonomamente, invoca, inequivocamente, através da universalidade *supra* mencionada, o princípio geral da igualdade. Por isso, a saúde, a sua promoção e proteção envolvem todas as pessoas, não só com o respeito à igualdade de tratamento como pelo reflexo do princípio basilar do ordenamento jurídico português, a dignidade da pessoa humana, incluindo em todos os seus normativos e derivados a população idosa, os doentes mentais, os marginais, as mulheres, estrangeiros e apátridas, entre outros ⁹.

Apesar de a CRP não definir, em concreto, o que é a saúde, deixando ao legislador ordinário um certo espectro de escolha nesse âmbito, a verdade é que se há quem discuta que não se possa, em qualquer momento, associar tal nomenclatura a uma conceção ampla que englobe o bem-estar físico, mental e social, no caso, tendemos a

⁶ Aqui encontra-se enquadrada a temática da previsão da reserva do financeiramente possível em que, tais prestações materiais para a concretização do direito à saúde, diga-se, dos direitos sociais em geral, não podem ser exigidas isoladamente num tribunal pois estão sob a “observância das dimensões fáticas e jurídicas, (...) na medida em que a distribuição dos recursos públicos disponíveis (...) deve ser feita pelo legislador, não podendo ser decidida por um tribunal”. Cfr. António Dantas de Oliveira Junir, “O Direito Constitucional à Saúde e as Suas Peculiaridades: da Fundamentalidade à Reserva do Possível”, in Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1, n.º 3, 2015, p. 240, in https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0237_0315.pdf.

⁷ J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 342.

⁸ Este direito é configurado como universal, geral e tendencialmente gratuito.

⁹ Jorge Miranda/Rui Medeiros, *op. cit.*, p.1311.

discordar em parte ¹⁰. Ora, e salvo maior desenvolvimento ao longo da presente exposição, quando alguém se confronta com a violação ao seu direito à saúde por, por exemplo, discriminação em função de alguma das suas características, vê não só a sua condição física ser afetada por um mau diagnóstico ou tratamento, mas também a sua condição mental se ver privada de um bom atendimento e acompanhamento, sentindo-se marginalizada perante aquele profissional de saúde ¹¹. A mencionada situação poderá, efetivamente, gerar repercussões sociais que devem também ser acauteladas e previstas. Portanto, tem sim, o Estado, se tal se demonstrar e reclamar, de a todas as pessoas que nele se apoiam e necessitam, protegê-las nas várias ações e garantir o direito à saúde nas suas variadas vertentes.

Contudo, o direito à saúde e a sua concretização prática estão dependentes de vários fatores, designadamente, os recursos humanos, utensílios, tecnologia e da boa vontade estatal de realizar prestações de facto fungíveis sob a forma financeira sob pena de cair na máxima *ultra posse nemo obligatur* ¹². Passo que, pode existir aqui uma diferenciação em relação à qualidade e ao modo de serviços disponíveis num determinado estabelecimento hospitalar que, inevitavelmente, demonstra uma prontidão diferente no tratamento em diferentes doenças. Assim, o que se pretende não é que sob qualquer condição fática se cumpra os desígnios e ambições deste direito, mas que se tiverem de ser adotadas diferenciações de tratamento de

¹⁰ Neste sentido, há autores que entendem que o Estado não se encontra vinculado a garantir a todos um acesso a cuidados de saúde numa “ação amplíssima” que comporta a saúde à ideia de bem-estar físico, mental e social. Cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 1312.

¹¹ Profissional de saúde que deve, também, promover e defender a saúde.

¹² Tal como anteriormente referido, esta máxima significa que ninguém é obrigado a dar mais do que aquilo que tem, ou seja, o Estado apenas pode promover tal direito se tiver condições para o promover e assegurar. Tal como o Tribunal Constitucional alemão indicou na sua jurisprudência, «a “reserva do possível” que afetava os direitos sociais os limitava àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade» e, na verdade, todos os direitos sociais têm sob si um véu da reserva do financeiramente possível que se assume pela “dimensão de direitos a prestações fáticas” e que, por isso, “todos os direitos sociais, na sua dimensão principal, são entendidos como intrinsecamente condicionados por aquela reserva, mesmo que o legislador constituinte não o refira explicitamente”. Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 92, 100-101.

doenças e doentes, estas “não sejam arbitrárias e sejam baseadas em critérios objetivos, previamente estabelecidos e conformes ao princípio da dignidade da pessoa humana e às suas diversas manifestações”¹³, havendo uma justificação de tal atuação através de outros argumentos como a *supra* mencionada reserva do financeiramente possível. Aliás, a privação de tal direito não pode ser realizada de forma absoluta sendo que, nesse caso, estamos perante uma proibição que “só incide sobre retrocessos (...) que afetem o conteúdo dos direitos em causa, que sejam desproporcionados ou desrazoáveis, ou que afetem a proteção da confiança, a igualdade ou a dignidade da pessoa humana”¹⁴, por irem contra o próprio *ser* da pessoa sem qualquer justificação.

Tais práticas do foro da saúde devem, contudo, terem sobre si o véu do princípio da proporcionalidade, em conjugação com outros princípios fundamentais se assim se reclamarem ao caso em concreto. Por exemplo, no meio laboral, o direito à segurança e à saúde estão interligados. Assim, é necessário que, face a determinadas circunstâncias, se deva aferir a aptidão de uma pessoa para alocar a um determinado cargo ao analisar a sua situação clínica pois, naquela específica situação, a especificidade da atividade a praticar envolve a exigência de um particular cuidado visual, de maior esforço físico que não se coaduna com o estado de uma grávida, entre outros¹⁵.

Pelo exposto, verifica-se que o direito à saúde engloba e invoca variados direitos como o direito de acesso, liberdade de escolha, direito à autonomia e informação, direito à privacidade, direito ao acompanhamento, direito a tratamento em prazo clinicamente razoável, direito a procedimento de queixa¹⁶. Será, sobretudo, no direito à saúde e o direito à igualdade que pretendo debruçar o presente artigo.

Para dar concretização a tal preceito constitucional, foi criada a Lei de Bases da Saúde, na sua mais recente redação na Lei n.º 95/2019, de 04 de setembro, em que, na sua Base 2 com a epígrafe “Direitos e deveres das pessoas” indica, de entre vários, que todos têm direito *à proteção da saúde com respeito pelos princípios da igualdade, não discriminação, confidencialidade e privacidade [alínea a)], a aceder*

¹³ Jorge Miranda/Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 1313.

¹⁴ Jorge Reis Novais, *op. cit.*, p. 245.

¹⁵ Jorge Miranda/Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 1321.

¹⁶ J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *op. cit.*, p. 831.

aos cuidados de saúde adequados à sua situação, com prontidão e no tempo considerado clinicamente aceitável, de forma digna, de acordo com a melhor evidência científica disponível e seguindo as boas práticas de qualidade e segurança em saúde [alínea b)], à promoção do bem-estar e qualidade de vida durante o envelhecimento, numa perspetiva inclusiva e ativa que favoreça a capacidade de decisão e controlo da sua vida, através da criação de mecanismos adaptativos de aceitação, de autonomia e independência, sendo determinantes os fatores socioeconómicos, ambientais, da resposta social e dos cuidados de saúde [alínea l)], englobando neste preceito as pessoas com deficiência com as suas adaptações.

2.2. O Direito à Saúde — Plano Supranacional

O direito à saúde é considerado um direito fundamental em vários instrumentos internacionais pelo que, não se poderá olvidar de mencionar algumas das suas configurações que visam garantir a sua proteção e promoção.

A CEDH ¹⁷ não tem atribuído nenhum artigo autónomo e claro a um direito à saúde. Pelo contrário, a DUDH ¹⁸ apresenta tal direito estipulado no artigo 25.º ¹⁹. E ainda, na CDFUE ²⁰, apresenta o direito de acesso aos cuidados de saúde através do seu artigo 35.º. No PIDESC ²¹, no artigo 12.º, refere especificamente o direito à proteção da saúde e a assistência, prevenção na doença, promoção e melhoria na saúde ²². No que a alguns grupos diz respeito, em relação ao direito à saúde das mulheres, pode-se mencionar a

¹⁷ Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

¹⁸ Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹⁹ “1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma proteção social.”

²⁰ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

²¹ Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

²² Cláudia Monge, “Profissionais de Saúde”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 2911.

Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, nomeadamente, no se artigo 10.º, 11.º, 12.º e 14.º. Quanto às pessoas com deficiência conta-se com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial, no seu artigo 25.º. Contudo, o TEDH ²³ não se tem inibido perante tal omissão de redação da CEDH, invocando tal direito, sobretudo e mais comumente realizado, através dos artigos 2.º, 3.º, 8.º e 14.º da Convenção, designada e respetivamente, o direito à vida, proibição da tortura, direito ao respeito pela vida privada e familiar e a proibição de discriminação.

Posto isto, importa destacar que o Gabinete do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, referiu que o direito à saúde terá de ser perspetivado como um direito no qual se tem de ter algumas preocupações apesar de estar tão bem assegurado em vários instrumentos legislativos, nomeadamente, na análise dos grupos mais vulneráveis aquando uma tomada de decisão e aplicação deste. São estes as mulheres, crianças, deficientes, migrantes ²⁴.

2.3. A Igualdade de Tratamento e Proibição de Discriminação ²⁵

Cada vez mais, para que possam aceder à Justiça e vê-la realizada, os sujeitos deparam-se com processos longos e demorados e, na verdade, este prolongamento no tempo resulta num certo dano, especialmente quando se depara com decisões mal fundamentadas e injustas. A questão levanta ainda mais discussão quando se referem direitos que influenciam, diretamente, a pessoa, podendo a falta de sensibilidade levar a estados de existência irreparáveis, incluindo a

²³ Tribunal europeu dos Direitos do Homem.

²⁴ Fátima Castro, “Direito à saúde”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 620.

²⁵ A igualdade de tratamento significa que todas as pessoas devem ser tratadas de igual forma perante a lei, tendo os mesmos direitos e deveres, independentemente das suas características como o sexo, idade, condição socioeconómica, raça, etnia, entre outros. No contexto da saúde, envolve que todos os utentes tenham os mesmos serviços e prestações de saúde, independentemente dos fatores mencionados. A discriminação refere-se ao tratamento igual às condições que são iguais e diferente quando assim se justifica. Assim, ao tratar-se situações iguais como iguais as pessoas não devem ser discriminadas por terem uma das características acima descritos, em que, na saúde, todos os profissionais de saúde devem tratar os utentes de forma igual, sem qualquer discriminação.

própria vida — ou a noção do que é ter o mínimo de controle e definição desta.

Aliada às várias formas e âmbitos em que a discriminação se pode manifestar, a condição de ser mulher, ser idoso, ter uma determinada cor de pele, pertencer a uma determinada etnia, padecer de deficiência, entre outros, acelera as desigualdades sociais que se vêm sentindo. Desta forma, a junção de várias destas características na mesma pessoa, leva a um estado e fenómeno denominado por “multidiscriminação”²⁶ ou “discriminação múltipla”²⁷, elevando e aprofundando o preconceito relativamente a um sujeito, por se basear em mais do que um motivo discriminatório. E, na verdade, este combate à multidiscriminação, a promoção da igualdade de tratamento e de justiça igual, reflete-se numa “liberdade da pessoa e o respeito pela sua dignidade perante múltiplas formas de opressão social”²⁸.

Na nossa CRP o direito à igualdade de tratamento encontra-se no seu artigo 13.º Na CDFUE encontra-se nos seus artigos 20.º a 26.º, na CEDH refere-o no artigo 14.º e ainda através do seu Protocolo n.º 12, no seu artigo 1.º Ademais, também a Organização Mundial da Saúde estipula e reconhece a igualdade de tratamento e não discriminação como uma vertente na existência de um direito à saúde²⁹.

Neste sentido, e com o crescente debate e exposição do conceito de discriminação, foram tecidas duas vertentes junto do TEDH, de difícil delimitação prática: a discriminação direta e a discriminação indireta. A discriminação direta, seguindo a corrente do TEDH³⁰,

²⁶ Mariana Medeiros Dantas, *Os Direitos das Mulheres no Tribunal Europeu de Direitos Humanos: Uma Análise dos Casos Admitidos de Violações aos Direitos com Base no Género*, Lisboa, 2017, pp. 25, 53, in <http://hdl.handle.net/10451/37133> (21.04.2023).

²⁷ Ana Maria Guerra Martins, “Direitos Humanos e Desigualdades na Europa Um Olhar de Estrasburgo”, In *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2021, p. 18, in <https://portal.ao.pt/media/133301/ana-guerra-martins.pdf>.

²⁸ José Joaquim Gomes, “Igualdade”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 21.

²⁹ Neste sentido, consultar: Organização Mundial da Saúde, *Diretrizes da OMS sobre política e apoio sistémico para a otimização de programas de agentes comunitários de saúde*, 2019, in <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/275474/9789248550362-por.pdf>.

³⁰ Conselho da Europa, *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, pp. 24, 32, in <https://fra.europa.eu/pt/publication/2021/manual-sobre-legislacao-europeia-antidiscriminacao-edicao-de-2018>.

existirá quando a diferença tem por base um “critério proibido”, ou seja, dos mencionados no artigo 14.º da CEDH. Neste caso, apenas a pessoa discriminada sentirá o impacto por não serem assegurados os seus direitos. Por outro lado, há lugar à discriminação indireta quando está em causa o emprego de uma medida ou política que pende sobre um critério neutro. Isto é, o sujeito é colocado na mesma situação dos demais mas, por condições biológicas, étnicas, religiosas associadas ao grupo a que pertence, o resultado da aplicação daquela norma demonstra-se insuportável, incompatível e incorportável para todas as pessoas do grupo ³¹.

Quanto ao elemento probatório destes tipos, sumariamente, prevê-se que na discriminação direta será necessário realizar uma tarefa de comparação ³² entre a utilização do critério proibido e o prejuízo sofrido pela sua aplicação ³³, num cenário entre dois casos concretos e similares, em que são apresentados indivíduos de distintas categorias. Por conseguinte, na discriminação indireta o processo comparativo entre grupos afere-se estatística e sociologicamente passo que, a parte afetada, na comunidade, é recorrentemente abordada e tratada não equitativamente por se inserir numa determinada categoria de pessoas ³⁴.

Apesar dos grandes contributos internacionais que se têm dado na temática da igualdade e não discriminação, com a inserção de novas variantes na sociedade como a tecnologia e a Inteligência Artificial ³⁵, novos modos de averiguar, provar, definir a discriminação envolverão um longo labor neste sentido. Assim, se tal trabalho não for realizado, poder-se-á cair num fosso em que se perpetua sistemas discriminatórios e desiguais.

3.1. Conceito e aplicação da IA

Aqui chegado, cumpre mencionar o cerne deste debate: o futuro na área da saúde nas suas mais variadas considerações. Inequivocamente, são várias as disfuncionalidades inerentes à organização do

³¹ Ana Maria Guerra Martins, *op. cit.*, p. 17.

³² Dulce Lopes, “A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Vista à Luz do Princípio da Não Discriminação”, in Revista Julgar, n.º 14, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 57, in <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/03-JULGAR-Dulce-Lopes-Igualdade-e-não-discriminação-na-CE.pdf>.

³³ *Idem*, p. 138.

³⁴ Para um maior desenvolvimento, consultar: LOPES, Dulce — *op. cit.*, pp. 57-58.

³⁵ Doravante “IA”.

sistema de saúde e a vinda da tecnologia, em concreto, da IA, veio trazer avanços e algumas seguranças em certos âmbitos. A IA pode ser considerada, de forma simplista e resumida, como “um ramo das ciências da computação que, através da inclusão de determinados algoritmos, consegue, por via de captação de estímulos externos, responder eficazmente a um determinado problema/situação”³⁶.

Assim, por um lado poderemos olhar para uma melhoria nos recursos humanos, numa nova ótica de formação e investimento do pessoal no setor da saúde, na aposta de novas vertentes e áreas do saber, num novo fator na melhoria das condições de vida dos cidadãos pela sua celeridade e fluidez de resposta, na diminuição da margem de erro se devidamente configurada, numa otimização do valor e poupança dos recursos económicos. Ora, quando referimos um suporte de melhorias de condições através da tecnologia, em especial, retomamos à ideia de IA e de este sistema informático poder auxiliar no processo de garantia a “criar resultados, tais como conteúdos, previsões, revisões, recomendações ou decisões”³⁷.

Contudo, e por outro lado, tal não tem sido amplamente considerado no que toca à discriminação por parte dos sistemas de IA, o que eleva o debate entre a paragem ou a continuação na aposta desta nova forma de encarar a tecnologia e a sua construção. Existem um conjunto de desvantagens associadas, nomeadamente, a “potencial discriminação algorítmica (...), intrusão da privacidade dos cidadãos, recolha ilegal de dados pessoais, manipulação de decisões individuais”³⁸.

Na verdade, a IA utilizada em determinadas questões pode “contribuir de modo significativo para essas decisões [mas] pode redundar na ocorrência de danos na esfera jurídica das pessoas e de outros

³⁶ Patrícia Sousa Borges, “A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA JUSTIÇA AOS OLHOS DA PROPOSTA DE REGULAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA”, in *Inteligência Artificial e Robótica — Desafios Para o Direito do Século XXI*, 1.ª Edição, Coimbra, Gestegal Editora, novembro 2022, p. 289.

³⁷ Maria Elisabete Ramos, “CORPTECH E DESAFIOS AOS DEVERES DE CUIDADO DOS ADMINISTRADORES”, in *Inteligência Artificial e Robótica — Desafios Para o Direito do Século XXI*, 1.ª Edição, Coimbra, Gestegal Editora, 2022, p. 232.

³⁸ *Idem*, p. 233.

resultados não desejados”³⁹ em que há determinados setores da vida dos sujeitos, nomeadamente, saúde, assistência social, emprego, entre outros, e aqui este instrumento a que devem uma especial atenção a sua utilização porque são “áreas especialmente sensíveis, [e] têm em si mesmos uma natureza altamente perigosa”⁴⁰.

E esta tem sido amplamente utilizada fora do campo médico. Por exemplo, foi criado um algoritmo que previa a reincidência no âmbito do Direito Penal. Contudo, este apresentou casos de discriminação em relação a pessoas de pele negra, considerando que estes teriam maior probabilidade de reincidirem duas vezes mais do que réus com pele diferente, sem qualquer base factual. No mesmo sentido, já na área laboral, a empresa Amazon aplicou um sistema de IA no recrutamento de trabalhadores que assumiu um tratamento discriminatório em relação às pessoas do sexo feminino, excluindo-as das suas escolhas⁴¹. Ainda sob a sombra do mundo do trabalho, a Hewlett-Packard introduziu IA para prever quando é que os seus trabalhadores teriam uma maior probabilidade de se demitir, ou quando poderiam demiti-los, com base nos seus comportamentos, nomeadamente, o número de dias de baixa, os seus dados de estado civil como o divórcio e casamento, histórico de doenças graves, comportamento com os restantes colegas⁴².

Um caso sentido em massa, mas que não tem sido recebido com a maior popularidade, ocorreu com a introdução dos sistemas de IA na comunidade chinesa. A China engenhou a implementação de um sistema de crédito em que seria possível pontuar os seus cidadãos com base no seu comportamento, constantemente vigiado. Com a avaliação da sua população em todas as vertentes da sua vida, o governo conseguiria aferir quem são as pessoas mais confiáveis, quem pode ter determinada habitação, emprego, saúde, transporte e, no limite, parceiros amorosos⁴³.

³⁹ Luís Barreto Xavier, “Notas Sobre Regulação da Inteligência Artificial: Da Ética ao Direito”, inn Católica Talks — Direito e Tecnologia, Lisboa, Universidade Católica Editora, março 2021, p. 122.

⁴⁰ Idem, p. 119.

⁴¹ Sharona Hoffman/ Andy Podgursky, Artificial Intelligence and Discrimination in Health Care. Case Western Reserv University, school of Law, 2020, p. 5, in <https://ssrn.com/abstract=3747737> (20.04.2023).

⁴² Mason Marks, Algorithmic Disability Discrimination. Cambridge University, 2020, p. 244, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3338209 (18.04.2023).

⁴³ Idem, p. 244.

3.2. IA na Saúde — Vantagens

Já existem aplicativos que analisam a “atividade física, dispositivos como como glicosímetro, balanças eletrônicas e outros”⁴⁴ e que permitem ao utente fornecer às entidades informações sobre o seu estado de vida e o quotidiano. Neste processo, e com vista ao seu melhoramento, “[o]s cidadãos têm a oportunidade de se tornarem mais ativos na gestão dos seus próprios cuidados, através de ferramentas digitais geridas pessoalmente que suportam a interoperabilidade e aplicações de eHealth centradas no cidadão”⁴⁵.

Na verdade, uma pesquisa concluída em 2020 pela KPMG veio apresentar um estudo que indica que 89% dos empreendedores na área da indústria da saúde consideram que a IA tem trazido muitas vantagens na eficiência médica e 90% acredita que melhorou a qualidade de serviço dado aos utentes⁴⁶.

A utilização de sistemas de IA não é descabida de inúmeras vantagens. Também este novo método de utilização na saúde promove e renova a investigação e as considerações e posições a serem tomadas a nível político. Concretamente, pode a IA ajudar a determinar quais os melhores utentes para o desenvolvimento de um novo estudo numa determinada doença porque uma pessoa apresenta características raras que podem demonstrar ser o caminho para a solução que até ao momento não tinha sido ponderada. Por outro lado, podem também as políticas públicas serem auxiliadas, por exemplo, quando enfrentadas por uma grande pandemia, com respostas que sabem que a IA poderá responder, nomeadamente, a detetar pessoas infeciosas^{47 48}.

⁴⁴ Dimitrios G. Katakis/ Angelina Kouroubali, “The new European interoperability framework as a facilitator of digital transformation for citizen empowerment”, in *Journal of Biomedical Informatics*, 2019, p. 3, in <https://doi.org/10.1016/j.jbi.2019.103166> (14.04.2023).

⁴⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁶ “A KPMG survey of hundreds of business decision makers found that eighty-nine percent of respondents from the health-care industry believed that AI has already generated efficiencies in medical care, and ninetyone percent believe it has enhanced patients’ access to care”. Cfr. Sharona Hoffman/ Andy Podgurski, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁷ Idem, pp. 10-11.

⁴⁸ Apesar de que um estudo indicou que 226 sistemas de IA aplicados na monitorização da doença Covid19 indicaram que 97% dos resultados eram discriminatórios e que cerca de 42% deles era fruto de os dados que serviram de origem ao algoritmo não serem representativos de toda a população.

Além do exposto, ainda se poderá colocar em perspectiva que esta nova realidade poderá auxiliar na determinação ou diminuição de forma significativa a discriminação natural, característica do ser humanos que, na assistência e colaboração com a IA, ficam vedados de apresentar um diagnóstico arbitrário, indo para além dos sintomas que veem e configurando um tratamento com base na sua subjetividade. Assim, certos preconceitos enraizados em virtude da formação e educação de alguns médicos são combatidos e excluídos através da assistência de sistemas inteligentes que impedem e interrompem esse ciclo discriminatório ⁴⁹.

3.3. IA na Saúde — A discriminação

O tópico da discriminação na IA e a sua evolução e conquista na área da saúde tem sido uma temática relevante e debatida. Aliás, quando analisamos a extrema hipótese de a IA substituir a tomada de decisão de um médico, por exemplo, naquela que é a sua integral, legal, ética e médica perspectiva, é importante considerar várias componentes da deliberação e perceber de que modo o sistema está a usar e a aplicar os considerandos e algoritmos a que foi submetido.

Primeiramente, poder-se-á diferenciar entre a discriminação intencional e não intencional e os seus efeitos podem ser individualizados ou sistémicos ⁵⁰. Um algoritmo pode ser configurado com determinadas premissas que não tenham a intenção de serem discriminatórias. No entanto, com a sua aplicação e a densidade da informação

Explicação de: “More recently, COVID-19 prompted a flood of new AI applications to provide insights into its clinical management, prevention, and disease severity likelihoods for certain patient populations, e.g., those with specific comorbidities.⁴⁰ Yet, one study that examined 226 COVID-19 AI models found that 97% were a high risk of bias, and with 42% of those the risk sprang from the fact that the training data was not representative of the intended patient population”. Cfr. Bradley Henderson/ Colleen M. Flood/ Teresa Scassa, “Artificial Intelligence in Canadian Healthcare: Will the Law Protect Us from Algorithmic Bias Resulting in Discrimination?”, in *Canadian Journal of Law and Technology*, vol. 19, n.º 2, 2022, p.483, in <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cjlt/vol19/iss2/10/> (17.04.2023).

⁴⁹ HOFFMAN, Sharona; PODGURSKI, Andy — *op. cit.*, p. 14.

⁵⁰ Por exemplo, uma discriminação intencional e sistémica pode ocorrer quanto a tecnologia de IA faz recomendações com base em fatores de género ou raça. Cfr. Bradley Genderson/Colleen M. Flood/Teresa Scassa, *op. cit.*, p. 476.

que possui pode prejudicar desproporcionalmente uma determinada parcela da população.

Podemos, ainda, dividir três grandes preocupações quando confrontados com os dados de saúde e algoritmos a eles associados que são introduzidos nos sistemas da IA. Primeiramente, que os próprios dados estejam, *ab initio*, inseridos incorretamente e com carga discriminatória. Seguidamente, que os dados só sejam relativos a um conjunto específico de pessoas, por exemplo, homens brancos. Por fim, que os dados que vão sendo pesquisados pelo sistema ao longo da sua utilização tenham por base critérios e informações históricas que remetam à discriminação. Todas estas inserções de códigos levam a que, claramente, se perpetue o tratamento desigual quando aplicado tal sistema no atendimento médico ⁵¹.

Ora, a questão dos dados oferece várias implicações e perspectivas. A verdade é que as minorias, muitas vezes, não são neles representados ⁵². Assim, pessoas que são economicamente desfavorecidas, que não possuem um seguro médico e não frequentam qualquer serviço médico, devido a tais circunstâncias, criam-se barreiras que impedem o alcance e consciência de que são também indivíduos com direito à saúde na ótica do algoritmo ⁵³. Assim, é facilmente entendido que os dados colocados nos sistemas não os representem

⁵¹ Este fenómeno é denominado *feedback loop bias*. Cfr. Sharona Hoffman/Andy Podgurski, *op. cit.*, p. 12.

⁵² No entanto, poderá haver o caso de sobre-representação das próprias minorias. Exemplificando, se determinadas forças policiais enviarem reforços humanos para bairros constituídos por pessoas pertencentes a determinado grupo minoritário porque consideram que têm uma maior taxa de crime, com uma maior presença de profissionais policiais, a descoberta de mais crimes e a apreensão de pessoas serão maiores porque também há um maior controlo e incisão apenas naquela área. Noutros locais pode existir uma maior taxa de crime, no entanto, como tal não é explorada, não há como verificar. Assim, pode o algoritmo de “quem tem mais propensão de crime” facilmente se configurar que todas as pessoas que vivem naquela zona geográfica cometem crimes, fazendo assim uma recomendação discriminatória que pode perpetuar indefinidamente no tempo. Neste sentido: Sharona Hoffman/Andy Podgurski, *op. cit.*, p. 15.

⁵³ “As pessoas em situação de pobreza estão limitadas na sua capacidade de reivindicar os seus direitos e é conhecida a correlação positiva entre riqueza e saúde”. Neste sentido: Paulo Albuquerque/Paula Albuquerque, “Os Estatutos Especiais de Proteção — Idosos”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 2799.

porque elas não contribuíram para que os criassem ou que houvesse em escala suficientemente significativa para as ter em conta.

Neste sentido, sabe-se que pessoas com menores capacidades financeiras não frequentam os serviços de saúde pela incapacidade de deslocação, difícil acesso a transportes, impossibilidade de pagamento, entre outros. Consequentemente, contraem e detêm mais doenças como hipertensão grave, diabetes, insuficiência renal, anemia, colesterol, que não lhe são diagnosticadas. Assim, ficou comprovado que um algoritmo indicou as pessoas com maiores poderes económicos associadas a terem mais necessidades e atenção médica. Ora, tal resultado surge porque, efetivamente, os dados recolhidos se cingiram a quase 200 milhões de pessoas que são socialmente mais favorecidas e, portanto, gera-se um algoritmo baseado no registo do número de doenças apenas quanto a esse grupo ⁵⁴.

Ainda na mesma ótica, entende-se que as pessoas neste grupo apresentam maiores dificuldades na hora da deslocação aos estabelecimentos hospitalares ou detêm problemas no momento de sair mais cedo dos seus postos de trabalho, sob pena de isso implicar uma diminuição na sua retribuição. Neste sentido, a Epic, a maior vendedora de sistemas de informação em saúde, criou IA que identificava quais os pacientes que tinham maior probabilidade de faltar ou de chegarem a tempo a uma consulta médica. O que se verificou foi que, devido a tais problemas de atraso nos transportes, este grupo desfavorecido economicamente ficou considerado como não assíduo e, consequentemente, quando havia um mínimo atraso à hora da consulta, já estaria outra pessoa no seu lugar. Acontecia que o sistema colocava as duas pessoas para o mesmo horário pela alta probabilidade de ausência da primeira. Ainda, e caso chegasse a tempo do horário de consulta, como a marcação era dupla *ab initio* pela probabilidade de falta, verificar-se-ia a uma menor dedicação e atenção por parte do profissional de saúde pela redução de tempo da consulta, o que resultava num diagnóstico inadequado e negligenciado ⁵⁵.

Um caso concreto de um grupo que inúmeras vezes é pouco referido são as pessoas portadoras de alguma deficiência. Ora, não se vislumbra um disperso debate no que refere a colocar um algoritmo de proibição de consumo de álcool com menos de 18 anos ou a cobrança de um seguro maior para as pessoas com um vasto histórico de acidentes

⁵⁴ Sharona Hoppman/ Andy Podgurski, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁵ Sharona Hoppman/ Andy Podgurski, *op. cit.*, p. 18.

rodoviários. Mas, o mesmo não se afere quando se colocam limitações e impedimentos a uma pessoa apenas pela deficiência que padece.

“[A]ccording to the social model of disability, there is nothing inherently negative or disabling about having physical or mental impairments. It is within the context of society, where the physical surroundings and social environment shape the experiences of people with impairments, that people’s impairments become disabling and affect their participation in society. The social model has changed the way people with mental and physical impairments view themselves” ⁵⁶.

Em 2011, estimava-se que cerca de 15% da população mundial apresentava algum tipo de deficiência, ou seja, na União Europeia, 1 em cada 6 pessoas seria portadora de tal ⁵⁷. Nesse mesmo ano, ainda mundialmente, a percentagem subiu para 16% ⁵⁸. Portanto, devem os Estados assumir uma posição ativa e “cumprir a sua obrigação de remover as barreiras que impedem ou dificultam às pessoas com deficiência assumir o controlo das suas vidas” ⁵⁹.

Em particular, cabe reforçar a importância que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui enquanto centralidade de proteção dos direitos fundamentais de muitas pessoas e na sua reiterada invocação, pois as pessoas com deficiência constituem a maior minoria discriminada do mundo ⁶⁰.

⁵⁶ Mason Marks, *op. cit.*, p. 247.

⁵⁷ Rute Saraiva/Ana Pinto, “Pessoas com deficiência”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, volume III, p. 2859.

⁵⁸ Tiago Fortuna, “A forma como os censos foram conduzidos ainda é um resquício de domínio da maioria silenciosa. Precisamos de continuar a combater estas correntes e, na questão fundamental dos dados, investir num estudo de caracterização desta população”, in Jornal Expresso, artigo de opinião, 2023, in <https://expresso.pt/opiniaio/2023-01-03-Desapareceram-700-mil-pessoas-com-deficiencia-ou-incapacidade-nos-censos-2021-42957367> (02.05.2023).

⁵⁹ Rute Saraiva/Ana Pinto, *op. cit.*, p. 2862.

⁶⁰ “Estima-se que 20% das pessoas mais pobres do mundo sejam pessoas com deficiência; 98% das crianças com deficiência nos países em desenvolvimento não frequentam o ensino; estima-se que 30% das crianças que vivem na rua, em todo o mundo, têm uma deficiência”. Tal como mencionado em: Da Exclusão à Igualdade Reconhecendo os direitos das pessoas com deficiência, Lisboa, 2010, p. 1.

No Brasil, foi através do Decreto n.º 7.612, de 17 de novembro de 2011, que foi definido o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência — Plano Viver sem Limite e criado o Comité Interministerial de Tecnologia Assistiva. O principal objetivo foi, sobretudo, desenvolver um quadro normativo e recomendação de políticas, programas e ações para impulsionar a tecnologia nesta área. A ideia passaria pela identificação dos recursos existentes, desde uma bengala a uma assistência computacional total sobre o corpo, e que poderão ser redirecionados a novas tarefas para que pessoas com deficiência possam ter uma vida independente. Em Portugal, foi através da Lei n.º 4/2019, de 10 de janeiro que se veio a estabelecer o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência, com grau de incapacidade igual ou superior a 60%, tanto no setor privado como público para aumentar as suas possibilidades de candidatura e integração no mercado laboral. Consideramos que se deviam olhar para iniciativas deste género em cada Estado.

A título exemplificativo, tem sido desenvolvido um *chip* que cria redes de contacto entre a parte associada à memória do cérebro de uma determinada pessoa e os sistemas de um computador⁶¹. Outro exemplo, e que ocorreu com um atleta de nome Óscar Pistorius, foi a criação de implantes biónicos em que se substitui partes do corpo humano — orelhas, ouvidos, olhos, nariz — por materiais robóticos, construindo-se duas próteses no local das pernas, feitas de fibras de carbono. Neste sentido, corre ainda uma discussão entre os autores sobre a configuração que o corpo de uma pessoa adota após este tipo de intervenções, designadamente, se se caracterizará como um corpo híbrido, constituído pelo tecido humano e uma parte tecnológica⁶².

Assim, a tecnologia para esta minoria de pessoas apresenta um enorme contributo para que possam ter um maior poder de comunicação, socialização, navegação tanto em ambientes físicos como virtuais. Contudo, tal sistema inteligente pode também invadir aquele que é o espectro de decisão e de autonomia deste grupo

⁶¹ Manuel Curado/Ana Elisabete Ferreira/ André Dias Pereira, Vanguardas da Responsabilidade, Direito, Neurociências e Inteligência Artificial. Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Petrony Editora, junho 2019, p. 196.

⁶² Idem, p. 196.

minoritário. Imagine-se que um indivíduo é paraplégico, tendo de se deslocar por meio de uma cadeira de rodas. No entanto, nunca quis revelar a sua situação e dependência motora publicamente. Com a intervenção da IA podem estas informações pessoais serem conhecidas através dos seus rastros digitais e, assim, definir e dirigir toda a publicidade *online* para esta característica, concretamente, com a apresentação reiterada de anúncios com cadeiras de rodas e acessórios relacionados ⁶³.

E tal exemplo não se demonstra descabido. Na verdade, o Facebook foi acusado pelo *Department of Housing and Urban Development* de configurar a publicidade nos seus canais *online* para as pessoas portadoras de deficiência com algoritmos configurados como “cães de companhia” e “cultura surda” ⁶⁴, impedindo-as de receber mais anúncios sobre emprego, habitação, entre outros. Já no seio laboral, apesar da nova política de introdução de quotas para pessoas com deficiência nas empresas, até tal iniciativa se encontrar enraizada em vários países, os sistemas de IA podem excluir estas pessoas do processo de recrutamento a um determinado trabalho mesmo antes do conhecimento dos recursos humanos ⁶⁵.

Por fim, e no que toca a estes casos específicos, cabe entender que as pessoas portadoras de certa deficiência podem querer definir a sua própria identidade sem mencionar a sua deficiência pois, se algumas a afirmam como a sua especificidade e individualidade, outras preferem mantê-la no silêncio. Um perfil e algoritmo baseado em tais características pode tirar esta opção de escolha, classificando e orientando pareceres, propostas, anúncios sem o consentimento da pessoa para tal. Pelo que, devemos considerar novas formas de regulação e de programação algorítmica pois não se pode exigir que a estas pessoas se excluam ou afastem das redes, sob pena de se desligarem da sociedade ⁶⁶.

Neste mesmo sentido se pode salientar e comparar o grupo das pessoas idosas ⁶⁷, em que no tratamento das suas doenças, deve-se

⁶³ Mason Marks, *op. cit.*, p. 243.

⁶⁴ *Idem*, pp. 243-244.

⁶⁵ *Idem*, p. 245.

⁶⁶ *Idem*, p. 248.

⁶⁷ Sabe-se que a população mundial tem aumentado a sua esperança média de vida e, assim, aumentando a população idosa em diversos países. Desta forma, a evolução dos cuidados de saúde tem sido fundamental para que os cidadãos se sintam mais saudáveis e tenham maiores perspetivas de vida. Passo que, deve

ressalvar a sua autonomia se não for manifesta a sua incapacidade mental e de autodecisão. Por isso, devem os Estados “prever regimes especiais para circunstâncias em que o doente não possa (mais) participar no processo de tomada de decisões”⁶⁸.

*“On one hand, algorithms can magnify and perpetuate existing sex and gender inequalities if they are developed without removing biases and confounding factors. On the other hand, they have the potential to mitigate inequalities by effectively integrating sex and gender differences in healthcare if designed properly.”*⁶⁹

Desde tempos remotos, no início da investigação biomédica e farmacêutica, a diferença entre os sexos das pessoas não era valorizada na elaboração das pesquisas. Assim, as diferenças e representatividade dos resultados era inexistente, posto que todos os modelos experimentais se resumiam ao sexo masculino. Aliás, ainda no presente são os modelos masculinos os mais representativos nas pesquisas biomédicas, clínicas e cirúrgicas⁷⁰. Por exemplo, em 2018 foi lançado um estudo sobre a doença de Parkinson em que apenas 18,6% dos intervenientes foram mulheres⁷¹.

Um estudo realizado em 2016 indicou que o sexo feminino tem uma menor probabilidade do que o masculino de receber medicamentos hipolipemiantes⁷², procedimentos e atendimento ideal nos

a saúde continuar a evoluir para que, a par do avanço da idade, as condições dos idosos, a prevenção da doença e o cuidado desta tenham efetivamente resultados no bem-estar da população idosa. Sem esquecer que, apesar de a idade não retirar qualquer valor ao ser de uma determinada pessoa, esta exige uma especial atenção pois há associada uma ideia de maior vulnerabilidade que pode, também, em certas situações, abrir portas a discriminação.

⁶⁸ Rute Teixeira Pedro, “Doentes”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 2853.

⁶⁹ Davide Cirillo [et al.], “Sex and gender differences and biases in artificial intelligence for biomedicine and healthcare”, in Digital Medicine, Review Article, 2020, p.1, in <https://www.nature.com/articles/s41746-020-0288-5> (25.04.2023).

⁷⁰ Idem, ibidem.

⁷¹ O que tem implicações práticas na avaliação posterior do diagnóstico da doença. Se no sexo masculino os principais sintomas são a rigidez e o movimento rápidos dos olhos, contrariamente, no sexo feminino, a depressão demonstra-se como uma das manifestações a ter em conta. Neste sentido, consultar: Davide Cirillo [et al.], *op. cit.*, p. 3.

⁷² Hipolipemiantes são os fármacos usados no tratamento e combate dos níveis colesterol e, no limite, ao infarto do miocárdio e aos acidentes vasculares cerebrais.

centros hospitalares em relação a tal complicação de saúde. Acontece que, os algoritmos associados a essa menor expressão de dados de mulheres nestas doenças, aprenderão a recomendar doses diminutas e tratamentos mais leves para as pessoas do sexo feminino, perpetuando o problema de deficiente tratamento ao invés de uma análise real e concreta àquela paciente ⁷³.

Neste momento, encontra-se a desenvolver uma tecnologia robótica focada na aparência de determinado gênero com vista a uma mais íntima relação entre robô e paciente a nível psicológico e físico. Enquanto alguns robôs não apresentam gênero como o Pepper (da Softbank), ASIMO (da Honda) e o Ripley (da MIT), outros já são caracterizados como femininos como a Sophia (da Hanson Robotics) e masculinos como o Ibn Sina Robot ⁷⁴. Isto tem implicações práticas pois já está comprovado que um robô aproximado ao que tradicionalmente é entendido como *feminino* recebe mais doações/atenção do que os que apresentam características masculinas. Todavia, um novo problema surge para as pessoas transgênero, na medida em que será necessário que, anteriormente, se pergunte, pesquise e se configure o diálogo a ser direcionado e não se programe, de forma automática, um discurso com base no sexo aparente.

Foram debatidas várias possibilidades para combater este fator discriminatório no tratamento e direção da assistência de saúde às pessoas. No entanto, ainda não se verificaram muitas conclusões. Se, por um lado, há quem invoque que a justiça passará pela eliminação do fator gênero e sexo dos algoritmos, por outro, há quem indique que tal eliminação seria criar resultados não específicos para minorias específicas como as mulheres ⁷⁵ e pessoas transgênero que

⁷³ Sharona Hoppman/ Andy Podgurski, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁴ Davide Cirillo [et al.], *op. cit.*, p. 6.

⁷⁵ A comunidade europeia e internacional, neste sentido, tem criado instrumentos de proteção que invocam os direitos das Mulheres, nomeadamente, a Convenção de Istambul, a CEDH, a Convenção de Belém do Pará, a Declaração de Direitos Sexuais da IPPF, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, entre outros. No entanto, para que esses mecanismos funcionem será necessário que os Estados a eles se vinculem e, posteriormente, cumpram e criem políticas que vão ao encontro do compromisso assumido pelos direitos fundamentais. No caso português, claro está que pelo seu artigo 16.º da Constituição da República Portuguesa, todos os direitos “devem ser acolhidos, no pressuposto de que não se revelem contrários à Constituição material, com o âmbito e o sentido com que vigoram no quadro da respetiva fonte de direito internacional”. Cfr. Maria José Rangel de Mesquita,

têm, sob a sua condição humana, cuidados de saúde e questões específicas a que se devem dar atenção ⁷⁶.

A verdade é que “não se pode negar que existem diferenças entre gêneros, no entanto, o problema não reside nas diferenças, mas sim na sua hierarquização, e em como a sociedade atribuiu juízos de valores aos comportamentos (...)” ⁷⁷, sendo que uma máquina programada neste sentido perpetuará estas formas de pensamento e, consequentemente, os estereótipos com base no sexo e gênero sem qualquer fundamento e justificação.

3.4. IA na Saúde — Tópicos a desenvolver

Por fim, cabe ainda referir que são vários os entraves associados aos sistemas de IA. Na verdade, para que tais funcionem devidamente é necessário que todos os ambientes hospitalares detenham sistemas que assegurem uma igual prestação de serviços, seja qual for a localização geográfica do utente.

Para isso, invoca-se a necessidade de uma interoperabilidade dos sistemas de saúde que visem a avaliação e consulta do registo médico de um determinado cidadão, seja em que parte do mundo se encontre. Esta falha em concreto, leva a que um sistema de IA ignore um correto diagnóstico a uma pessoa porque não detém o conjunto de dados essenciais para que o possa realizar ⁷⁸. Ora, normal seja que em tais situações, e pela falta de interligação entre os sistemas, não exista dados concretos e um registo temporal da situação clínica desses utentes — porque os registos são fragmentados ou até mesmo inexistentes ⁷⁹.

Uma outra vertente que necessita de ser profundamente discutida passa pelo tema da responsabilidade da IA nos serviços de saúde. Ou seja, quem assaca a responsabilidade em virtude da discriminação algorítmica. O médico porque aplicou o que a IA lhe indicou ⁸⁰?

“Relações entre a Convenção e a Constituição”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 71.

⁷⁶ Davide Cirillo [et al.], *op. cit.*, p. 7.

⁷⁷ Mariana Medeiros Dantas, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ Sharon Hoppman/ Andy Podgurski, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁹ Idem, p. 13.

⁸⁰ E aqui podem ser inseridas as modalidades da culpa na medida em que existem “caixas pretas” em que um sistema de IA utiliza um conjunto tão grande

O médico porque não se inibiu de nem criticou o que a IA lhe indicou? O criador e fornecedor de dados à IA que a configurou erradamente? A IA, dotada de personalidade jurídica?

Por fim, outra questão será a do consentimento informado e como os profissionais de saúde podem, e de que maneira, informar o paciente dos detalhes, princípios básicos e riscos da sua condição e processo clínico, bem como o histórico de formação e decisão apresentada pela IA ⁸¹.

4. PROPOSTAS DE MELHORIA

Como se analisou ao longo da exposição dos variados exemplos, conclui-se que as disparidades na área da saúde e atendimento ao utente verificam-se em determinados grupos que pela sua condição se veem prejudicados ao não terem acesso a um tratamento igual.

Primeiramente, uma das grandes implementações a apostar seria na literacia digital e na área da mobilidade (nas zonas periféricas e não centrais) dos territórios como uma política pública a ser fomentada e desenvolvida com prioridade.

Com os novos sistemas de IA vemos que, com a passagem do tempo, pode a máquina algorítmica atualizar-se e, consequentemente,

de dados que não é possível determinar qual o caminho percorrido para se programar com versões discriminatórias. Cfr. HENDERSON, Bradley; FLOOD, Colleen M.; SCASSA, Teresa — *op. cit.*, p.478.

⁸¹ Em concreto, surge a questão de saber até que ponto o utente deve ser informado sobre as decisões e processos que levaram àquele tratamento, como os algoritmos presentes num sistema de suporte à decisão médica, como estes dependeram da IA, e em que medida e com que amplitude o médico se socorreu — ou não — de tais recomendações. Ademais, a questão de saber apenas se um sistema de IA interferiu na decisão de um tratamento ainda não encontrou consensos éticos. Há quem entenda que dizer que a tecnologia teve um papel importante na tomada de decisão pode implicar uma quebra de relação entre médico e paciente e ainda que este último conteste as recomendações pela não confiança na máquina, exigindo explicações que o profissional de saúde não tem como fornecer. Contudo, não se afigura correto deixar o utente desprovido de tal informação sobre algo que nele incidiu. Neste sentido: Julia Amann [et al.], “Explainability for artificial intelligence in healthcare: a multidisciplinary perspective”, in BMC Medical Informatics and Decision Making, Artigo de Investigação, 2020, in <https://bmcmedinformdecismak.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12911-020-01332-6>.

recolher dados discriminatórios. Assim, propõe-se que sejam realizadas auditorias regulares e pareceres quanto ao uso de determinado sistema, num certo período temporal, por parte de médicos, informáticos e especialistas na área do direito discriminatório. Sendo que, caso haja a verificação de algoritmo que prossiga um tratamento diferenciado, deve este ser corrigido sob pena de abandono total da IA utilizada.

Quanto à seleção de dados por parte do próprio sistema de IA, devem os especialistas melhorar a diversidade tanto dos dados que são introduzidos como a forma como o algoritmo os consome ao longo do tempo, treinando-o.

5. CONCLUSÕES

No mundo, a saúde tem-se tornado cada vez mais o centro e a principal atriz de um palco internacional. O aumento da expectativa de vida, o aumento da descoberta de doenças e da quantidade de pessoas doentes, o desenvolvimento de várias soluções para um mesmo problema, são reflexos do que a sociedade vive, neste momento, nesta área. Daí que não se demonstra totalmente descabido que se queira reinventar e melhorar um dos maiores sistemas sociais do mundo e, com ele, garantir uma maior dignidade da pessoa e na vida.

Passo que, é com a IA que uma nova viragem para uma nova realidade social que se irá permitir um novo paradigma no setor dos serviços de saúde com melhores análises, tratamentos, gestão de doenças, organização de prestações de saúde, comunicação, registos, celeridade nas filas de atendimento, otimização de informação e dados, e diminuição da negligência médica.

A par de tal, com enfoque naquela que é a sustentabilidade dos direitos sociais num Estado vocacionado para o da reserva do financeiramente possível, através do investimento em tais meios tecnológicos, a longo prazo, libertar-se-iam de inúmeros gastos públicos ligados à excessiva burocracia, demora, erro, repetição, entre outros. Contudo, deve-se procurar que todas as pessoas, independentemente das suas características, tenham um igual acesso a todos os benefícios que este sistema de IA possa proporcionar de modo a assegurar a sua autonomia, independência, identidade, a sua saúde, vida e dignidade.

Desta forma, deve-se empoderar uma nova conceção de tecnologia que não vem substituir a toma de decisão de profissionais de saúde de forma arbitrária e discriminatória, mas sim, para combater o tendencial

juízo do ser humano e ajudar naquela que é a finalidade do Direito, da ética, da saúde na sua promoção e tratamento. Para tal, será necessário que um conjunto de algoritmos sejam olhados, introduzidos e tratados pela nova realidade da IA, e cabe aos especialistas que a configurem, fiscalizem e ensinem naquela que é a procura para a melhor decisão no caso em concreto, de um determinado, único e individual utente, livre de qualquer discriminação ou injustiça.

Por fim, pelo debate e a exposição das áreas mais negras daquela que será esta nova realidade tecnológica, poder-se-á alcançar a concretização de um direito à saúde nunca antes vista, nas suas mais variadas manifestações e, quem sabe, no auge do que se considera justo e digno. Porque se a evolução pode ser assustadora ⁸², pode também ser bonita — as duas faces da mesma moeda que não podem ser alvo de um jogo de cara ou coroa.

6. BIBLIOGRAFIA

- Albuquerque, Paulo Pinto, Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020.
- Albuquerque, Paulo Pinto, Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.
- Albuquerque, Paulo/Albuquerque, Paula, “Os Estatutos Especiais de Proteção — Idosos”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.
- Amann, Julia [et al.], “Explainability for artificial intelligence in healthcare: a multidisciplinary perspective”, in BMC Medical Informatics and Decision Making, Artigo de Investigação, 2020, in <https://bmcmedinformdecismak.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12911-020-01332-6> (18.04.2023).
- Borges, Patrícia Sousa, “A utilização de inteligência artificial na justiça aos olhos da proposta de regulamento da União Europeia”, in Inteligência Artificial e Robótica — Desafios Para o Direito do Século XXI, 1.ª Edição, Coimbra, Gestegal Editora, novembro 2022.
- Canotilho, J. J. Gomes/Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

⁸² Concretamente, o cientista Geoffrey Hinton, um dos pioneiros da inteligência artificial, demitiu-se recentemente da empresa Google porque assume que a evolução da tecnologia é assustadora e que necessita de debater tal assunto, sobretudo, consciencializando para os seus riscos. Neste sentido: Pioneiro da inteligência artificial demite-se da Google: “A evolução é assustadora”. In Jornal Público. 2023. Disponível em: <https://www.publico.pt/2023/05/02/tecnologia/noticia/pioneiro-inteligencia-artificial-demite-se-google-evolucao-assustadora-2048119> (consultado em: 03-05-2023).

- Castro, Fátima, “Direito à saúde”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.
- Cirillo, Davide [et al.], “Sex and gender differences and biases in artificial intelligence for biomedicine and healthcare”, in *Digital Medicine*, Review Article, 2020, in <https://www.nature.com/articles/s41746-020-0288-5> (25.04.2023).
- Conselho da Europa, *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, in <https://fra.europa.eu/pt/publication/2021/manual-sobre-legislacao-europeia-antidiscriminacao-edicao-de-2018>
- Curado, Manuel/Ferreira, Ana Elisabete/ Pereira, André Dias, *Vanguardas da Responsabilidade, Direito, Neurociências e Inteligência Artificial*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Petrony Editora, junho 2019.
- Da Exclusão à Igualdade Reconhecendo os direitos das pessoas com deficiência, Lisboa, 2010.
- Dantas, Mariana Medeiros, *Os Direitos das Mulheres no Tribunal Europeu de Direitos Humanos: Uma Análise dos Casos Admitidos de Violações aos Direitos com Base no Género*, Lisboa, 2017, Mestrado Científico em Direito, in <http://hdl.handle.net/10451/37133> (21.04.2023).
- Gomes, José Joaquim, “Igualdade”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, volume I, Lisboa, Universidade Católica, 2019.
- Henderson, Bradley/Flood, Colleen M./Scassa, Teresa, “Artificial Intelligence in Canadian Healthcare: Will the Law Protect Us from Algorithmic Bias Resulting in Discrimination?”, in *Canadian Journal of Law and Technology*, vol. 19, n.º 2. 2022, in <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cjlt/vol19/iss2/10/> (17.04.2023).
- Hoffman, Sharona/Podgurski, Andy, *Artificial Intelligence and Discrimination in Health Care. Case Western Reserv University, School of Law*, 2020, in <https://ssrn.com/abstract=3747737> (20.04.2023).
- Junir, António Dantas de Oliveira, “O Direito Constitucional à Saúde e as Suas Peculiaridades: da Fundamentalidade à Reserva do Possível”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, n.º 3, 2015, in https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0237_0315.pdf (29.04.2023).
- Katehakis, Dimitrios G./Kouroubali, Angelina, “The new European interoperability framework as a facilitator of digital transformation for citizen empowerment”, in *Journal of Biomedical Informatics*, 2019, in <https://doi.org/10.1016/j.jbi.2019.103166> (14.04.2023).
- Lopes, Dulce, “A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Vista à Luz do Princípio da Não Discriminação”, in *Revista Julgar*, n.º 14, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, in <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/03-JULGAR-Dulce-Lopes-Igualdade-e-nao-discriminacao-na-CE.pdf>.
- Marks, Mason, *Algorithmic Disability Discrimination*, Cambridge University, 2020, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3338209 (18.04.2023).
- Martins, Ana Maria Guerra, “Direitos Humanos e Desigualdades na Europa Um Olhar de Estrasburgo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2021, in <https://portal.oa.pt/media/133301/ana-guerra-martins.pdf> (21.04.2023).
- Mesquita, Maria José Rangel de, “Relações entre a Convenção e a Constituição”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.

- Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio 2010.
- Monge, Cláudia, “Profissionais de Saúde”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020.
- Novais, Jorge Reis, Direitos Sociais Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- Pedro, Rute Teixeira, “Doentes”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020.
- Ramos, Maria Elisabete, “Corptech e desafios aos deveres de cuidado dos administradores”, in Inteligência Artificial e Robótica — Desafios Para o Direito do Século XXI, 1.^a Edição, Coimbra, Gestegal Editora, novembro 2022.
- Saraiva, Rute/Pinto, Ana, “Pessoas com deficiência”, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, volume III.
- Silva, Elsa Costa e, “Desafios sociais e políticos do Mercado Único Digital e da crescente conectividade: literacia digital e poder de rede”, in UNIO — EU Law Journal, vol.4, n.º 2, 2018, in <https://doi.org/10.21814/unico.4.2.4> (25.04.2024).
- Simões, Jorge, Retrato político da saúde, Coimbra, Almedina, 2005.
- Xavier, Luís Barreto, “Notas Sobre Regulação da Inteligência Artificial: Da Ética ao Direito”, in Católica Talks — Direito e Tecnologia, Lisboa, Universidade Católica Editora, março 2021.

7. JORNAIS GENERALISTAS

- Fortuna, Tiago, “A forma como os censos foram conduzidos ainda é um resquício de domínio da maioria silenciosa. Precisamos de continuar a combater estas correntes e, na questão fundamental dos dados, investir num estudo de caracterização desta população”, in Jornal Expresso, Artigo de opinião, Janeiro 2023, in <https://expresso.pt/opiniaio/2023-01-03-Desapareceram-700-mil-pessoas-com-deficiencia-ou-incapacidade-nos-censos-2021-42957367> (02.05.2023).
- Pioneiro da inteligência artificial demite-se da Google: “A evolução é assustadora”, in Jornal Público, 2023, in <https://www.publico.pt/2023/05/02/tecnologia/noticia/pioneiro-inteligencia-artificial-demitese-google-evolucao-assustadora-2048119> (03.05.2023).

8. LEGISLAÇÃO

- Conselho da Europa, Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação, in <https://fra.europa.eu/pt/publication/2021/manual-sobre-legislacao-europeia-antidiscriminacao-edicao-de-2018>.
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem, in https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos, in <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, in <https://op.europa.eu/webpub/com/carta-dos-direitos-fundamentais/pt/>
- Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, in <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/pacto-internacional-sobre-os-direitos-economicos-sociais-e-culturais>.
- Organização Mundial da Saúde, Diretrizes da OMS sobre política e apoio sistémico para a otimização de programas de agentes comunitários de saúde, 2019, in <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/275474/9789248550362-por.pdf>.
- Lei de bases da saúde, in https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3197B0005&nid=3197&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=S&nversao= (25.04.2023).

PLATAFORMAS DIGITAIS DE PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE A REVOLUÇÃO DA IA E OS SEUS DESAFIOS ÉTICOS E JURÍDICOS *

*Digital Care platforms: the Ai revolution
and its legal and ethical challenges*

Guilherme Novo Soares **

Resumo: A Inteligência Artificial (IA) já começou a revolucionar a saúde — entre aplicações que permitem auxiliar na avaliação de sintomas, *chatbots* que permitem o encaminhamento para um tratamento previsível, até à sua utilização na área da imagiologia — sendo expectável uma utilização cada vez mais global e democratizada. Com esta utilização, novos desafios se colocam, sendo essencial que os sistemas de saúde português e europeu antecipem as suas respostas. O presente artigo visa assim equacionar algumas respostas a apresentar aos seguintes desafios, partindo de uma análise crítica à Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho em matéria de IA — (i) o enviesamento dos algoritmos, (ii) a utilização de dados de saúde e o impacto na transparência, consentimento e privacidade e ainda (iii) a utilização de dados transfronteiriça.

* A presente comunicação no Congresso “Direito e Saúde Global” teve por base a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial, disponível em HYPERLINK “https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2021_106” EUR-Lex-2021_106-EN-EUR-Lex, na sua versão à data de 19/04/2024. Desde então, a referida Proposta (após relevantes alterações propostas pelo Conselho da União Europeia e do Parlamento Europeu, muitas destas analisadas em sede da presente comunicação) foi adotada sob a forma do Regulamento 024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024, encontrando-se este Regulamento disponível em HYPERLINK “<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689>” “Regulation-EU-2024/1689-EN-EUR-Lex”.

** Técnico Superior de Regulação Especialista na Entidade Reguladora da Saúde, tendo desenvolvido a sua investigação em torno das áreas do Direito Administrativo, Regulação Financeira e Direito da Saúde.

Palavras-chave: Inteligência Artificial (IA), União Europeia, desafios éticos, transfronteiriço, proteção de dados, consentimento informado.

Abstract: *Artificial Intelligence (AI) is revolutionizing healthcare — from applications that help to assess an individual’s symptoms, chatbots that allow referral to the treatment to be prescribed, to its most recent application in the area of imaging, the use of AI appears to be global and democratized. With its use, new challenges arise, being essential for the Portuguese and European health systems to anticipate their responses. This study therefore aims to consider some answers to the following challenges, from a critical analysis of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on AI — (i) algorithmic fairness and biases, (ii) the use of health data and its impact on transparency, consent and privacy and (iii) the provision of healthcare and cross-border use of data.*

Keywords: *Artificial Intelligence(AI), European Union (EU), ethical challenges, crossborder, data protection, informed consent*

Sumário: 1. Enquadramento. 2. A inteligência artificial — breve introdução conceptual e o seu impacto na área da saúde. 3. Desafios na utilização de plataformas de inteligência artificial; 3.1. “*Quantitization as quantification*” e discriminação algorítmica; 3.2. Consentimento, privacidade e utilização de dados; 3.3. Utilização de dados transfronteiriça. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. ENQUADRAMENTO

A prestação de cuidados de saúde em Portugal tem verificado importantes mutações nos papéis tradicionalmente adotados pelo utente e pelos profissionais de saúde.

Por um lado, o papel exercido pelo utente, o qual se pretende que assuma uma posição mais informada na relação terapêutica, com literacia e em respeito pelos seus direitos e deveres, designadamente no que diz respeito ao seu consentimento ou à sua recusa para a prestação dos cuidados de saúde, enquanto mecanismos de “*proteção do utente quanto à sujeição a cuidados por si não desejados, como [promotores de] uma maior e mais efetiva participação na definição dos cuidados de saúde a que é submetido*”¹ (parêntese retos nossos).

¹ Entidade Reguladora da Saúde, Direitos e Deveres dos Utentes dos Serviços de Saúde, Porto, 2021 in <https://www.ers.pt/media/5difbokp/mar24-direitosdeveresutentesservi%C3%A7ossa%C3%BAde.pdf> (19.04.2024).

Por outro, e no que diz respeito ao papel dos profissionais de saúde, as principais revoluções têm-se verificado particularmente no modo como a prestação de cuidados de saúde é exercida.

Por exemplo, com o advento da pandemia COVID-19, verificou-se a necessidade de acelerar a adoção generalizada de tecnologia que permitisse a realização de teleconsultas, figurando estas como mecanismo de acessibilidade aos serviços de saúde, face ao compulsivo ou voluntário adiamento de consultas que se verificou neste período ².

Tendo terminado o período pandémico verifica-se que a prestação de cuidados de saúde à distância mantém uma elevada adesão por parte dos profissionais de saúde, particularmente comparando com os níveis verificados anteriormente à pandemia, assistindo-se aliás a um curva ascendente de utilização ³. Tal já não se fundamentará no mero efeito substitutivo entre consultas presenciais e teleconsultas verificado na pandemia ⁴, mas sim na perceção da teleconsulta como “*uma prática comum no futuro da Medicina em Portugal, sobretudo para consultas subsequentes*” ⁵.

As presentes considerações iniciais são válidas para a utilização de plataformas digitais no âmbito das teleconsultas, mas mais ilações poderão ser retiradas quanto à utilização de tecnologia na

² De facto, a prestação de cuidados de saúde à distância atingiu um aumento considerável no decorrer da pandemia COVID-19, em parte pelo facto de administrações hospitalares e Direção Geral de Saúde recomendarem a adoção deste tipo de prestação em detrimento de consultas presenciais, reservando estas para quando não fosse clinicamente adequado ou tecnicamente possível. A título de exemplo, veja-se a Recomendação da DGS n.º 010/2020, de 16 de março de 2020, onde é recomendado, entre outros aspetos que “*devem evitar-se deslocações ao seu médico assistente e deve ser realizado contacto prévio com os serviços de saúde, averiguando alternativas à deslocação (ex. teleconsulta, prescrição de medicação à distância)*” — vide Direção Geral da Saúde, Recomendação n.º 010/2020, de 16 de março de 2020, Lisboa disponível em https://www.amt-autoridadeO.pt/media/2328/orientacao_010_2020.pdf (19.04.2024)

³ Dados disponíveis no Portal da Transparência do Serviço Nacional de Saúde em <https://transparencia.sns.gov.pt> (consultado em 19.04.2024).

⁴ Entidade Reguladora da Saúde, Informação de Monitorização: Impacto da pandemia COVID-19 no Sistema de Saúde — período de março a junho de 2020, Porto, 2020, in <https://www.ers.pt/media/3487/im-impacto-covid-19.pdf> (19.04.2024).

⁵ Catarina O’neill, et al, “Consulta não presencial no Serviço Nacional de Saúde Português durante a Pandemia de Covid-19: Estudo da Opinião dos Médicos e Implicações para o futuro”, Acta Médica Portuguesa Vol. 35, n.º 6 2022, in <https://doi.org/10.20344/amp.16724> (19.04.2024).

prestação de cuidados de saúde, designadamente e aproximando-nos do tema central da presente análise, no que diz respeito à utilização de inteligência artificial na prestação de cuidados de saúde.

Com efeito, a utilização de inteligência artificial na saúde não se vislumbra como um produto de uma visão futurista, mas algo que poderemos começar a encontrar no nosso dia-a-dia, desde logo no âmbito da prestação de cuidados de saúde à distância.

Veja-se o caso da telemonitorização do utente — a adoção de tecnologia vestível ⁶ no acompanhamento de pessoas em condição de hospitalização domiciliária ou com patologias como insuficiência cardíaca ou diabetes, alia mecanismos de inteligência artificial ⁷ e permite, por exemplo, a (i) identificação do risco de agravamento de enfermidades (ou a sua própria prevenção ou predição) ou ainda, (ii) a adequação terapêutica do utente em tempo real, algo que se verifica ser já uma realidade em Portugal ⁸.

Poderemos encontrar outros exemplos de utilização de inteligência artificial, designadamente no âmbito da assistência clínica e gestão de dados, enquanto mecanismo que auxilia a eficiência da atuação do profissional de saúde no exercício da sua profissão — veja-se o exemplo da ferramenta que servirá de apoio à decisão no âmbito do Serviço de Triage Aconselhamento e Encaminhamento (STAE) da Linha SNS 24 ⁹.

⁶ Exemplos de tecnologia vestível serão — os *smartwatches* com sensores integrados que (i) medem frequência cardíaca, (ii) monitorizam o sono ou (iii) contam calorias e, através dos quais, são propostos exercícios físicos adaptados à condição física generalizada do seu utilizador, ou ainda gerados alertas relativos a sedentarismo, uma tecnologia utilizada no nosso dia-a-dia e que poderá ser transportada para o campo da saúde; outros exemplos especificamente desenvolvidos na área da saúde: lentes de contacto inteligentes ou tatuagens inteligentes, com o objetivo de medição dos níveis de glicose; sensores implantáveis de medição de raios ultravioletas.

⁷ A título de exemplo, veja-se o caso da utilização de *wearable electrocardiogram* e *machine learning* na monitorização de dados de saúde e na prevenção de disfunção diastólica — Andrew J. Fletcher, *et al*, “Machine Learning Augmented Echocardiography for Diastolic Function Assessment”, *Frontiers in Cardiovascular Medicine*, Volume 8, 2021, in <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fcvm.2021.711611/full> (consultado em 19.04.2024).

⁸ A título de exemplo (i) <https://www.sns24.gov.pt/guia/app-telemonit-sns-24/#que-servico-esta-na-base-desta-app>, (ii) <https://www.siemens-healthineers.com/pt/insights/digitalizing-healthcare/telemonitorization-covid19> ou ainda (iii) <https://www.axians.pt/enabling-digital-society/digital-healthcare/> (consultados em 19.04.2024).

⁹ O atendimento telefónico desta Linha tem como objetivo encaminhar os utentes para os níveis de cuidados de saúde adequados tendo por base a sintomatologia apresentada e baseia-se em algoritmos clínicos pré-definidos que orientam o

Tal ferramenta, em desenvolvimento, tem como objetivo último otimizar o processo de atendimento, maximizando o número de chamadas atendidas, garantindo a segurança do encaminhamento a ser atribuído numa altura em que se constata uma maior preponderância da Linha SNS 24 na gestão de acesso aos utentes ao Serviço Nacional de Saúde.

Através da adoção de metodologias de Inteligência Artificial¹⁰, a presente ferramenta irá apoiar a decisão do técnico responsável pelo atendimento da chamada, *“através da identificação dos algoritmos mais adequados para um conjunto de sintomas, com ajuste para os diferentes atributos presentes no conjunto de dados, como por exemplo, a idade (...)”*, permitindo indicar *“em tempo real qual/quais os algoritmos mais prováveis a serem utilizados em cada caso específico”*¹¹ e assim proceder ao encaminhamento mais adequado de cada situação.

Por fim, veja-se ainda a utilização da inteligência artificial como mecanismo de auxílio no diagnóstico de patologias, designadamente em valências com elevada análise quantitativa de dados como é a imagiologia. Tal utilização verifica-se ser já prática corrente, dadas as vantagens que esta tecnologia é capaz de oferecer, nomeadamente no que diz respeito à elevada capacidade de processamento de dados, de identificação de padrões e automatização de aplicação de protocolos de imagem.

Através da utilização da inteligência artificial é já possível, por exemplo, (i) determinar com precisão se o exame em questão é ou não normal (para efeitos de deteção de células cancerígenas) ou até (ii) otimizar a reconstrução e qualidade da imagem do referido exame, por forma a obter imagens de muito alta resolução.

Pelo exposto reconhece-se que a adoção de tais ferramentas e plataforma digitais, (com/ou sem utilização de Inteligência Artificial), poderá beneficiar a prestação de cuidados de saúde, sendo expetável uma utilização cada vez mais global e democratizada.

Tal não significa que a sua utilização seja isenta de riscos, desafios e dificuldades, e que a mesma não coloque dúvidas sobre a sua

destino a ser atribuído à concreta situação descrita — *cfr.* <https://www.sns.gov.pt/sns24-triagem/> (consultado em 19.04.2024).

¹⁰ Com foco em abordagens de Aprendizagem Automática e Processamento de Linguagem Natural — Rute Gomes Velada, “Classificação automática de eventos na linha de saúde SNS 24”, Évora, 2021, pp. 24-27 in <https://dspace.uevora.pt/rdpc/handle/10174/29055> (19.04.2024).

¹¹ Vide Velada, Rute Gomes, *op. cit.*

adequação, no quadro de defesa de direitos fundamentais da União Europeia, atendendo em particular aos seguintes aspetos, que serão alvo de análise ao longo do presente trabalho:

- “*Quantitization as quantification*” e discriminação algorítmica;
- Consentimento, privacidade e utilização de dados;
- A proteção do dados de saúde na sua utilização transfronteiriça.

Teremos assim um equilíbrio (tenso) entre (i) a otimização, eficiência e tratamento de dados proporcionada pela inteligência artificial, incentivando-se o surgimento e desenvolvimento destas tecnologias e (ii) o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos europeus? Ou haverá uma terceira via, em que os mecanismos de inteligência artificial poderão proporcionar uma efetiva conquista no desenvolvimento da área da saúde, bem como na garantia do cumprimento desses mesmos direitos?

Esta é aliás uma das preocupações do legislador europeu que, depois de um complexo processo legislativo, caracterizado por diversos impasses entre países europeus, vê agora fumo branco ¹² quanto à aprovação de um futuro Regulamento Europeu que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial.

Partindo desta exposição, cumpre primeiramente entender o que se trata de inteligência artificial e como esta poderá ser um importante veículo do cumprimento do direito de acesso a cuidados de saúde.

2. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL — BREVE INTRODUÇÃO CONCEPTUAL E O SEU IMPACTO NA ÁREA DA SAÚDE

A inteligência artificial não surgiu por geração espontânea. A alusão a este tipo de tecnologia tem já uma larga presença na literatura científica, com ligação a áreas como a programação e ciências computacionais.

¹² De facto, foram obtidos consensos a respeito da regulamentação da presente matéria que permitiu a aprovação do presente diploma no Parlamento Europeu, encontrando-se dependente de aprovação formal pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho e conseqüente publicação — *cfr.* <https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/eu-countries-give-crucial-nod-to-first-of-a-kind-artificial-intelligence-law/> (19.04.2024).

Contudo, a presente e emergente popularidade dos mecanismos de inteligência artificial é, em parte, justificada pelo crescimento alargado da disponibilidade de dados, enquanto “unidade de conta” desta tecnologia, resultante dos fenómenos de digitalização e “dataficação” que verificamos no dia-a-dia.

Em concreto, a inteligência artificial poderá ser definida como a simulação de comportamento inteligente em agentes (computadores) de uma maneira que se considera semelhante à inteligência humana ¹³. Enquanto palavras chave que permitem caracterizar esta tecnologia encontram-se assim a autonomia, perceção e predição, mediante a introdução de dados e a aplicação de algoritmos.

Não se pretendendo realizar uma abordagem técnica relativa à inteligência artificial, considera-se contudo que, para a sua verdadeira cognoscibilidade, dever-se-á dar nota das principais ramificações que se poderá encontrar na inteligência artificial, designadamente o processamento de linguagem natural (“NLP”) ou o *machine learning*.

NLP traduz-se na capacidade de sistemas de inteligência artificial poderem analisar, compreender e gerar a linguagem humana, incluindo discurso e texto. A natureza da presente tecnologia tem por base dados não tratados e, de entre as ferramentas associadas a este tipo de ramificação, poderão ser encontradas diversos métodos de mineração e processamento de dados, bem como a sua transformação lexical para representações matemáticas que permitam avaliação, comparação e pesquisa por esta ferramenta.

Por sua vez, no diz respeito a *machine learning*, enquanto tecnologia que se foca no desenvolvimento de algoritmos que se adaptam à apresentação de novos dados e informação, é relevante referenciar os métodos de aprendizagem da referida tecnologia, no qual se destaca a aprendizagem supervisionada e aprendizagem não supervisionada.

Os referidos tipos de aprendizagem diferenciam-se consoante o tipo de dados introduzidos (*input*) para efeitos de teste, o *feedback* atribuído no processo de aprendizagem ou ainda o fim a que se destinam — na aprendizagem supervisionada, o treino desta ferramenta tem por base dados tratados (aos quais já se conhece o desejável

¹³ *Inter alia* Arjun Panesar, Machine Learning and AI for Healthcare : Big Data for Improved Health Outcomes Big Data for Improved Health Outcomes, Apress, 2021, in <https://doi.org/10.1007/978-1-4842-3799-1> (pp. 22-24).

output), que permitirão ao algoritmo em teste aprender as regras que mapeiam o *input* dos referidos dados, tendente ao *output* desejável; por sua vez, a aprendizagem não supervisionada tem por base dados não tratados, determinando-se que a sua estruturação/organização será realizada pelo próprio algoritmo (os designados sistemas com autonomia de aprendizagem).

Ainda pertinente para a caracterização da inteligência artificial é a diferenciação das finalidades das ferramentas de inteligência artificial, que se organizam da seguinte forma: (i) sistemas de utilização específica, criados com uma finalidade determinada e que apenas empreenderão as atividades para os quais foram desenvolvidos e (ii) sistemas de utilização geral (*Foundation models*), que poderão ser utilizados em diversos setores e contextos e cujo processo de treino é realizado de modo não supervisionado, com recurso a um grande conjunto de dados, tendo uma grande capacidade de interoperabilidade.

A Comissão Europeia, sendo sensível à emergência massificada deste tipo de estruturas, promoveu pela regulamentação da presente tecnologia, tendo cunhado um conceito na Proposta de Regulamento de Inteligência de Artificial ¹⁴, pretendendo ser tecnologicamente neutro, numa perspetiva de “*catch all*” definindo contudo, não a tecnologia em si, mas os sistemas que utilizam a referida tecnologia ¹⁵.

A referida definição não foi isenta de críticas, e considerando o grau de inovação associado a este tipo de tecnologia, na versão mais recente da Proposta de Regulamento, a definição em causa

¹⁴ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206> (19.04.2024).

¹⁵ Número 1) do Artigo 3.º da Proposta acima aludida — “*sistema de inteligência artificial (sistema IA), um programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I [algoritmos de aprendizagem automática, incluindo aprendizagem supervisionada não supervisionada e por reforço, entre outros; abordagens baseadas na lógica e no conhecimento, nomeadamente representação do conhecimento, programação (lógica) indutiva entre outros; abordagens estatísticas, estimação de Bayes, métodos de pesquisa e otimização], capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos, criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões que influenciam os ambientes com os quais interage*” (parêntese retos nossos) — vide <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206> (19.04.2024).

foi alterada, tendente a alinhar-se com o trabalho de organizações internacionais que trabalham com inteligência artificial, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económica (OCDE) ¹⁶:

“is a machine-based system designed to operate with varying levels of autonomy, that may exhibit adaptiveness after deployment and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the inputs it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments”

Enquanto principais alterações ocorridas à anterior definição, ressalva-se:

- A necessidade de dar destaque ao grau de autonomia e adaptação que os sistemas de inteligência artificial são caracterizados, especialmente após a sua criação e implantação no mercado;
- O consenso de que os objetivos dos referidos sistemas poderão ser explícitos (objetivos definidos por seres humanos) ou implícitos (os sistemas de inteligência artificial possuem a capacidade de aprenderem, de modo autónomo, novos objetivos ¹⁷), retirando-se a clausula restritiva de definição de objetivos apenas por mão humana;
- Adição do conceito *“content”* por forma a explicitar que a presente Proposta é aplicável a sistemas de inteligência

¹⁶ A versão mais atualizada, resultante de um quadro de negociações, poderá ser consultada no seguinte endereço eletrónico, de acordo com a versão “AIA — Trilogue — Plenary.pdf” — <https://www.kaizenner.eu/post/aiact-part3> (19.04.2024).

¹⁷ De acordo com o exposto pela OCDE sobre esta matéria, constituem exemplos de sistemas com objetivos implícitos (admitindo-se a sua autonomia para essa definição) *“self-driving systems that are programmed to comply with traffic rules (but do not “know” their implicit objective of protecting lives), or a large language model like ChatGPT where the objectives of the system are not explicitly programmed but acquired in part through the process of imitation learning from human-generated text and partly from the process of reinforcement learning from human feedback (RLHF) — cfr. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, Stuart Russel, et al, Updates to the OECD’s definition of an AI system explained, 2023 in <https://oecd.ai/en/wonk/ai-system-definition-update> (19.04.2024).*

artificial generativos¹⁸ (*generative AI systems*), sendo o ChatGPT um dos mais conhecidos.

Note-se ainda que, das negociações realizadas, foi resolvida a questão controversa da regulamentação dos suprarreferidos *Foundation models* — agora nomeados na referida Proposta como “*general purpose AI models*”.

Partindo assim do exposto quanto à inteligência artificial, cumpre questionar — que futuro se encontra reservado para esta tecnologia na área da saúde?

Como verificámos, a percepção pública, os avanços realizados e os exemplos acima descritos parecem prometer uma “*fourth industrial age*”, em que os benefícios desta tecnologia se estendem por diversos campos dada (i) a sua aplicação, que tanto se estende à investigação como à prática clínica, (ii) a sua adaptabilidade, podendo esta tecnologia ser usada em contexto de residências familiares, consultórios de um médico de família ou ainda como promotores de prestação de cuidados de saúde à distância, no âmbito de plataforma digitais de teleconsulta e ainda (iii) o seu potencial de terapêutica clínica, que poderá abranger cuidados desde a conceção e planeamento de uma gravidez até à prestação de cuidados de saúde de final de vida.

Entende-se que, com a inteligência artificial, retornar-se-á a uma medicina mais humana, libertando os profissionais de saúde das tarefas administrativas, nomeadamente o registo eletrónico de dados de saúde, a leitura e análise de exames de imagiologia ou ainda a própria realização de análises clínicas (veja-se o caso da medicina de precisão e do acompanhamento a todo o tempo dos sinais vitais do utente).

Crê-se ainda que haja uma transição relevante na prestação de cuidados de saúde, de cuidados de saúde prestados em volume, de resposta a listas de esperas e com uma grande pressão nos serviços de urgência e emergência, para cuidados de saúde preventivos e personalizados, atento ao potencial de tratamento de dados e avaliação

¹⁸ O Modelo generativo de inteligência artificial é um tipo de algoritmo de *machine learning* que é capaz de criar novos dados, como imagens, texto ou áudio, com base em exemplos fornecidos durante a sua aprendizagem, *inter alia*, Carlos I. Gutierrez/Anthony Aguirre et al, A Proposal for a Definition of General Purpose Artificial Intelligence Systems, Future of Life Institute, 2022 in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4238951 (19.04.2024).

estatística que a inteligência artificial é característica, bem como a proximidade e monitorização que as referidas plataformas digitais proporcionam.

Dada as referidas características, encontram-se em desenvolvimento tecnologias que permitem (i) prevenir complicações clínicas (desde o aparecimento de uma doença, a sua progressão e/ou remissão), bem como (ii) prever a utilização do sistema hospitalar (alturas em que as urgências são mais utilizadas, casos de readmissão hospitalares, casos de transferência hospitalar), algo que poderá ser tido em conta na perspetiva de uma melhor gestão hospitalar, alocação de recursos e preparação de escalas de pessoal.

Por todos os exemplos que foram referidos ao longo da presente análise, somos da convicção que a tecnologia da inteligência artificial poderá ser um importante mecanismo de auxílio ao direito de acesso e adequação dos cuidados de saúde.

Com efeito, é previsto na alínea *b*) da Base 2 da Lei Bases de Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro (LBS) que todas as pessoas têm direito *“a aceder a cuidados de saúde adequados à sua situação, com prontidão e no tempo considerado clinicamente aceitável, de forma digna, de acordo com a melhor evidência científica disponível e seguindo as boas prática de qualidade e segurança em saúde”*.

Como resulta da previsão legal acima referida, o acesso e a adequação dos cuidados de saúde, enquanto dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, poderão ser avaliados por três critérios que se concretizam: (i) na necessidade de que o acesso aos cuidados de saúde, pelo menos ao nível do Serviço Nacional de Saúde, não se encontre dependente de condição económica do utente, (ii) de que o acesso de cuidados de saúde não se encontre dependente da sua condição geográfica ou temporal e que (iii) os cuidados de saúde a prestar deverão ser os necessários e adequados à satisfação da situação clínica do utente.

Verificando-se que as plataformas digitais de inteligência artificial a que aludimos *supra* possuem características que permitirão, por um lado, (i) proceder ao acompanhamento personalizado, monitorizado e à distância do utente, auxiliar o diagnóstico de potenciais patologias, diminuindo as diferenças geográficas, bem como ter um sério impacto na diminuição do risco de propagação de infeção hospitalar, e por outro (ii) auxiliar na determinação e adesão da terapêutica a ser atribuída a um utente, dada as capacidades preditivas que se verificam associadas à presente tecnologia, considera-se que

as diversas dimensões do direito de acesso e adequação de cuidados de saúde se encontram cumpridas.

Creemos que muita da expectativa depositada neste tipo de tecnologia poderá encontrar fundamento, ainda que se considere que a postura e a posição a adotar na perspectiva de regulação (e regulamentação) deverá ser conservadora, atendendo a que a sua utilização não é isenta de riscos, como veremos.

3. DESAFIOS NA UTILIZAÇÃO DE PLATAFORMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

3.1. “*Quantitization as quantification*” e discriminação algorítmica

A tecnologia assente na inteligência artificial vem alargar os horizontes prestação de cuidados de saúde, tendo um impacto significativo graças, designadamente, às seguintes áreas em desenvolvimento: (i) o diagnóstico assistido, (ii) a monitorização à distância ou ainda (iii) o desenvolvimento de novos medicamentos e terapêutica.

Contudo, ao desenvolvimento e utilização deste tipo de tecnologia poderão encontrar-se associados riscos, problemas ou desafios que, no limite, poderão afetar direitos fundamentais e valores juridicamente vinculativos na União Europeia, designadamente o respeito pela dignidade humana, pela igualdade, não discriminação e solidariedade, ou anda a proteção dos dados pessoais, entre outros.

Com efeito, um dos riscos que cumpre desde logo sinalizar quanto à inteligência artificial é o seu “*hype*”, ou seja, a sobrevalorização/promoção da ideia ou projeto em detrimento da sua concreta fiabilidade, segurança e efetividade do resultado obtido.

Ou seja, se à inteligência artificial são associadas operações e sistematizações matemáticas, seria de supor que a referida tecnologia fosse caracterizada pela sua previsibilidade, segurança e em particular a sua infalibilidade. Contudo, tal não parece ser (totalmente) o caso atendendo, desde logo, ao risco da utilização da inteligência artificial como “*quantitization as quantification*”¹⁹ — ou, de outra maneira, a confundibilidade entre (i) a medição, exatidão e precisão

¹⁹ S. Scott Graham, *The Doctor and the Algorithm*, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp 115-120.

associadas ao tratamento de matérias objetivas e (i) o tratamento de dados que tenham por base noções subjetivas ou representações qualitativas, mediante a sua “matematização”.

A utilização de tecnologia de inteligência artificial em matérias com alguma subjetividade, através do qual é atribuída uma numeração — veja-se, por exemplo, a determinação de uma escala de dor no âmbito de uma determinada terapêutica — ainda que por princípio não esteja necessariamente errada, não poderá resultar numa interpretação objetiva, uma vez que a tal escala faltariam características como a precisão, universalidade ou exatidão, algo que muitas vezes não parece ser o caso.

A adensar ao problema em questão, salientam-se ainda os aspetos relacionados com a discriminação algorítmica, criada por uma insuficiente obtenção de dados ou a existência de dados pouco representativos, referentes a uma parte específica da população, não proporcionando uma imagem fidedigna da realidade.

Com efeito, a eficácia e a precisão almejadas para estas tecnologias depende de quão rica a base de dados que as alimentam é — base de dados esta que poderá conter dados de saúde dos utentes, tais como histórico clínico, exames e resultados de meios complementares de diagnóstico, terapêuticas e medicação receitada — pelo que a obtenção e tratamento desses dados é algo que se revela como imperativo.

Assim, existindo um défice na representação de dados, ou uma representação enviesada (em abundância em detrimento de outra) de uma determinada comunidade/população, determinar-se-á um resultado originado pela inteligência artificial impregnado por uma escala de desigualdade criada *ab initio*.

A crescer a este ponto de discriminação algorítmica criada por fontes externas ao próprio algoritmo, é ainda pertinente evidenciar o risco de discriminação endógena ²⁰, criada no âmbito no processo de desenvolvimento da tecnologia em causa, naturalmente caracterizado pela sua opacidade ²¹ que, nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa, poderá ser analisada de uma forma tripartida, no qual se destaca a opacidade técnica : “*inerente ao recurso ao deep learning*,

²⁰ Catarina Santos Botelho, “Algoritmos Discriminatórios”, I Congresso Inteligência Artificial e Direito — Atas da Conferência, Coimbra, 2023, pp. 27-33.

²¹ Mafalda Miranda Barbosa, “Inteligência Artificial e Proteção de dados”, I Congresso Inteligência Artificial e Direito — Atas da Conferência, Coimbra, 2023, pp. 37-56.

*inviabilizador da explicitação do percurso decisório do software, mesmo por parte dos seus programadores.”*²².

Veja-se o exemplo da aprendizagem supervisionada no âmbito do *machine learning*, cujo treino e desenvolvimento envolve diversas fases como (i) o tratamento dos dados, (ii) desenvolvimento e treino do algoritmo ou ainda (iii) a avaliação comparativa (*benchmarking*), existindo, em cada fase, oportunidade de enviesamento do resultado final a ser atribuído pelo algoritmo²³.

Quanto ao tratamento de dados, foram já previamente evidenciados os riscos de enviesamento — se a desigualdade se encontra desde logo no início do processo, torna-se quase impossível o desenvolvimento de um sistema que evite replicar o enviesamento criado de origem.

No âmbito do desenvolvimento e treino do algoritmo, fase esta que corresponderá à construção de um modelo tendente a tornar tarefas (tratamento de dados) futuras mais eficientes²⁴, em detrimento da precisão, algo que poderá motivar situações que potenciam a discriminação algorítmica — no âmbito da presente fase pressupõe-se uma classificação, ponderação e priorização do conjunto de dados em análise, tendente a tornar a análise mais eficiente. Tal seleção poderá determinar que certas características dos dados sejam priorizadas em detrimento de outras²⁵.

Por fim, também no *benchmarking* o cenário de enviesamento poderá encontrar-se presente — na presente fase é objetivo a definição de uma escala de avaliação que permita apurar o grau de eficácia/precisão de um determinado algoritmo na previsão de um resultado ou classificação pretendido. Contudo a definição de escala de avaliação de dados (Yes/Not; Benign/Malignant) poderá não considerar (ou poderá exacerbar) a natureza intersectorial de determinadas categorias sociais, como a raça, género ou *status* económico, reforçando assim resultados discriminatórios e marginalização de certas comunidades²⁶.

²² Vide Mafalda Miranda Barbosa.

²³ Vide S. Scott Graham, pp 39-40.

²⁴ Nas palavras de S. Scott Graham, “*Models are about making future tasks easier to accomplish more than they are about perfect accuracy*”; Vide, S. Scott Graham, pp. 45-46.

²⁵ Nas palavras de S. Scott Graham “*The way models manipulate and slice data, so to speak, can still produce favorable outcomes for some groups over others.*”, vide S. Scott Graham pp. 47-48.

²⁶ “*The act of assigning a score to a system in development is a critical component of what renders that system a system, and in so doing it occludes the*

Decorre pois do exposto que os referidos conceitos de “*quantitization as qualification*” e discriminação algorítmica poderão ter consequências nefastas, perpetuando e enviesando padrões de dados que possam destacar pessoas de forma discriminatória ou incorreta e injusta.

Exemplo do exposto resulta ainda da seguinte situação — a utilização de oxímetros no âmbito da pandemia COVID-19 ²⁷:

“Oxygen-saturated hemoglobin generally appears red, which means that it reflects red wavelengths of light. Deoxygenated blood appears darker and reflects infrared or near infrared light. A pulse ox detects how much red and infrared light makes it through the finger in order to infer oxygen saturation levels based on a double ratio of the two wavelengths (...) pulse oximetry was developed primarily using white patients”.

Como se percebe, a referida tecnologia foi desenvolvida apenas tendo por base utentes brancos, não tendo em consideração especificidades relacionadas com a pigmentação da pele. Como tal, foram sobrevalorizados os níveis de saturação arterial de oxigénio entre utentes asiáticos, negros e hispânicos em comparação com utentes brancos ²⁸. Tais sobrevalorizações conduziram a atrasos no diagnóstico de COVID-19 e, conseqüentemente, a uma incorreta determinação de terapêutica.

development processes and vectors for potential bias” — vide, S. Scott Graham (pp. 48).

²⁷ Vide S. Scott Graham, pp. 23-24.

²⁸ Como resultam das conclusões do Estudo que analisou especificamente este tema: *Although increased awareness of the limitations of pulse oximetry may mitigate some of the adverse effects, innovative approaches, such as the integration of additional wavelengths³⁶ or calibration based on skin pigmentation, are needed. Unlike the use of race and ethnicity in the calculation of glomerular filtration rate³⁷ or interpretation of pulmonary function testing,³⁸ which have come under recent scrutiny, the race and ethnicity — based discrepancy of pulse oximetry exposes a fundamental flaw in the acquisition rather than interpretation of data, although all the aforementioned biases are associated with systematic underdiagnosis of disease or withholding of therapies for racial and ethnic minority groups* — cfr. Ashraf Fawzy, et al., “Racial and Ethnic Discrepancy in Pulse Oximetry and Delayed Identification of Treatment Eligibility among Patients with COVID-19”, *Jama Internal Medicine*, 2022, 182(7):730-738 in <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/2792653>.

Ora, e como poderemos promover pela resolução destes riscos de enviesamento e insegurança?

Tal solução poderá passar pela constante auditoria, monitorização dos algoritmos, introduzindo diversos sistemas de *check and balances* nos sistemas de inteligência artificial, devendo este controlo focar-se em todo o ciclo de vida do produto em teste, desde a pesquisa clínica e procura de dados até à sua implementação e efetiva utilização.

Outra solução, poderá passar por mais e melhores dados — dados suficientemente relevantes, representativos, livres de erros e completos, tendo em vista a finalidade prevista ²⁹ — algo que nos conduz à análise do próximo risco, relacionado com confidencialidade de dados e, bem assim, do consentimento para a sua utilização e privacidade.

3.2. Consentimento, privacidade e utilização de dados

Como foi previamente expresso, a utilização de dados releva enquanto base essencial para o desenvolvimento das tecnologias de inteligência artificial — quantos mais dados, mais variados e diversificados, melhor o processo de análise e o resultado expectável para estas ferramentas.

Verifica-se que, para uma melhor atuação destas ferramentas, é necessário o tratamento massivo de dados, tornando este tipo de elementos como algo transacionável/mercantilizável e com elevado valor.

Paralelamente, a obtenção desta informação não se revela de grande complexidade ou custo — veja-se o caso (i) da nossa presença em redes sociais, através do qual é possível a obtenção de informações relevantes tão variadas como interesses e escolhas pessoais, naturalidade, data de aniversário, ou ainda, com particular relevância para a área da saúde (ii) o exemplo da tecnologia vestível, através do qual é possível obter informações relevantes como pressão arterial, níveis de glicose, hábitos de vida saudável, existindo muitas vezes um consentimento implícito (ou explícito, mas quase automatizado ³⁰) na

²⁹ Algo que se admite ser uma obrigação de difícil cumprimento e aplicabilidade prática.

³⁰ Veja-se que as cláusulas de consentimento em diversos *websites* são tipicamente selecionadas sem a devida compreensão das dimensões e finalidades de tratamento possíveis dos dados recolhidos.

partilha, armazenamento e tratamento destes dados — verifica-se assim o crescimento do designado *Big Data*.

Assiste-se, contudo, a um confronto entre (i) a massificação do que se entende como coleta de dados e a sua (necessária) utilização e tratamento em contexto de sistemas de inteligência artificial com (ii) o regime de proteção de tratamento de dados pessoais.

Se os dados pessoais, entendendo-se estes de acordo com a definição prevista no âmbito do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia (EU)³¹ (RGPD), e em concreto o seu tratamento, se encontram sujeitos a uma proteção — entenda-se que a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais é um direito fundamental consagrado no seio da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — não é despiciente relevar o facto de que os dados de saúde pertencem a uma categoria especial de dados pessoais.

Assim, e se a licitude de tratamento de dados pessoais fica dependente da existência do consentimento do seu titular ou, em alternativa, da verificação de uma das situações previstas no referido Regulamento, à categoria especial de dados são determinados critérios mais rigorosos para a licitude do seu tratamento — é estabelecida aliás uma fórmula geral de proibição de tratamento, às quais se executam as situações elencadas no referido Regulamento e que incluem designadamente: “*consentimento explícito*”; se o “*tratamento for necessário para proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular*”; ou se “*o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social com base no direito da União ou dos Estados-Membros ou por força de um contrato com um profissional de saúde (...)*”.

Assim, verificando-se um imperativo de desenvolvimento de plataformas de inteligência artificial — que, como se deixou previamente explicitado, podem ser considerados como instrumentos promotores de um direito de acesso e adequação da prestação de cuidados de saúde — como se coaduna esta função com o exacerbar de riscos de tratamento de dados pessoais a que se liga a utilização de

³¹ Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

ferramentas de inteligência artificial, cujo desenvolvimento exige uma obtenção de dados massiva?

Como muitos especialistas informarão, um verdadeiro desenvolvimento de saúde preditiva ³² no âmbito da inteligência artificial não existirá sem um verdadeiro *trade-off* no que diz respeito à privacidade e obtenção de dados pessoais. Haverá lugar ao que se chama “o fim da privacidade”, em nome do interesse coletivo no desenvolvimento destas tecnologias? Que base jurídica fundamentará esta recolha em massa dos dados em questão?

Ou em sentido inverso, e atendendo à complexidade das relações jurídico-sociais em causa, deverá haver lugar a uma reconfiguração (ou um novo direito) do que deverá ser considerado o âmbito do direito da proteção do direito à reserva da vida privada, adaptada ao novo “cenário *online*” ³³?

Na perspetiva do legislador português, tal parece ser a sua posição, dada a sua iniciativa de aprovação de uma Carta de direitos humanos na Era digital, no qual se consagra um corolário do direito à proteção do direito à reserva da vida privada — em causa, o direito à privacidade em ambiente digital ³⁴.

Como se deixou exposto, a licitude do tratamento de dados pessoais de saúde exige, pelo menos, um consentimento explícito por

³² “*But it’s China that seems positioned to take the lead in AI for medicine. So many important factors line up: unparalleled quantity of data collection (citizens cannot opt out of data collection), major government and venture fund investment, major AI programs at most of the big universities, and a very supportive regulatory environment.*” — *cfr.* Eric Topol, *Deep Medicine: How Artificial Intelligence Can Make Healthcare Human again*, New York: Basic Books, 2019, pp. 204.

³³ Luísa Neto, “Inteligência artificial e inteligência coletiva”, *Direito e Inteligência Artificial*, Coimbra, 2023, pp 102.

³⁴ O referido direito encontra-se previsto no artigo 8.º da Lei n.º 27/2021, de 17 de maio. A este respeito, não se pode deixar de salientar as críticas de Domingos Farinha ao presente diploma legal, designadamente, “*we are first faced with the difficulty of determining the hierarchical position of its norms (...) if a constitutional qualification is accepted (...) it is very well possible that in the future conflicts will arise on whether certain norms of the Charter restrict constitutional norms. An extreme example of the main problema raised by the Charter, the new right must be hierarchically qualified (at a constitutional or ordinary level) and beyond this issue it must be analysed for its compliance with fundamental right foreseen in the Constitution and international legal instruments: the freedom of expression — cfr.* Domingos Soares Farinha, “The Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age: a legal appraisal”, in *Revista Española de la Transparencia*, n.º 13, dezembro 2021, in <https://doi.org/10.51915/ret.191>, pp. 85-105.

parte do seu titular para o seu tratamento, devendo esse consentimento ser específico para as finalidades a que o responsável se propõe, nos termos do artigo 12.º do RGPD.

Ou seja, e em consonância com o princípio da limitação das finalidades, a recolha e tratamento de dados deverá visar uma específica finalidade, que deverá ser determinada, explícita e legítima não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com as mesmas.

Acresce ainda a necessidade do respeito ao princípio da minimização de dados, ou seja, a necessidade de que os dados recolhidos devam ser adequados, pertinentes e limitados ao que a finalidade visa, sendo necessário um juízo de ponderação da exigibilidade na recolha dos dados em causa.

Se questões se colocam quer (i) a respeito da propriedade da recolha dos dados em causa (em particular no que diz respeito à tecnologia vestível e aos designados dados de segunda geração), bem como (ii) ao enquadramento se deverá atribuir aos “*social determinants of health*”³⁵, tais como referências a padrões de comportamento ou alimentação do titular de dados (serão dados de saúde para efeitos de RGPD?), entre outros; preocupa-nos contudo centrar e ligar à presente questão as diversas dimensões do consentimento — ou seja, para que exista o consentimento para o tratamento de dados no âmbito da saúde, deverá existir uma decisão livre e informada a respeito da prestação de cuidados de saúde em causa³⁶.

Note-se, a este respeito, que os sistemas de inteligência artificial são passíveis de ser enquadrados enquanto dispositivos médicos *in vitro*³⁷, sendo instrumentais no âmbito da prestação de cuidados de

³⁵ Peter Jaeho Cho, et al., “Roles of Artificial Intelligence in Wellness, Healthy Living and Healthy Status Sensing”, in *Artificial Intelligence in Medicine*, 2021, pp. 151-172.

³⁶ Veja-se, a este respeito, o exposto na Base 2 da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro), no qual se reconhece que “*todas as pessoas têm direito (...) a ser informadas de forma adequada, acessível, objetiva e inteligível sobre a sua situação, o objeto, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidado a adotar (...)*” e “*(...) a decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos excepcionais previstos na lei, a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde.*”.

³⁷ Note-se que os dispositivos médicos *in vitro* poderão ser “*qualquer dispositivo médico que consista num reagente, produto reagente, calibrador, material de*

saúde — permitindo, como se expôs e por exemplo, o diagnóstico de alguma patologia.

Com efeito, o respeito por uma decisão livre e informada permitirá que o utente não se sujeite a cuidados por si não desejados, promovendo uma maior e mais efetiva participação do utente na definição dos cuidados de saúde a que é sujeito — para tal, necessitará que lhe seja disponibilizada, de forma que o próprio compreenda, toda a informação necessária para a sua tomada de decisão.

Nenhuma prestação de cuidados de saúde poderá ser iniciada — e consequentemente, a recolha e tratamento de dados de saúde — sem que a informação necessária para decidir seja transmitida, devendo esta congregar elementos essenciais como (i) diagnóstico, (ii) a intervenção proposta (exame complementar de diagnóstico, intervenção terapêutica ou medicamentosa) e eventuais alternativas existentes, (iii) os riscos e efeitos secundários, bem como (iv) as repercussões administrativas, logísticas e financeiras que a prestação de cuidados de saúde possam determinar.

Tal significará, desde logo, que deverá ser transmitido ao utente de que (caso ocorram) as decisões em causa são automatizadas, para o qual reforçamos o disposto no artigo 22.º do RGPD — “*o titular dos dados tem o direito a não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.*”. Parece-nos, neste conspecto, algo precoce antecipar ³⁸ se a presente decisão terapêutica deverá sempre envolver uma decisão humana, pelo

controlo, kit, instrumento, aparelho, parte de equipamento, software ou sistema, utilizado isolada ou conjuntamente, destinado pelo fabricante a ser utilizado in vitro para a análise de amostras provenientes do corpo humano, incluindo sangue e tecidos doados, exclusiva ou principalmente com o objetivo de obter informações relativas a um ou mais dos seguintes aspetos: a) relativas a um processo ou estado fisiológico ou patológico; b) relativas a incapacidades físicas ou mentais congénitas; c) relativas à predisposição para uma condição médica ou doença; d) destinadas a determinar a segurança e compatibilidade com potenciais recetores; e) destinadas a prever a resposta ou reação a um tratamento; f) destinadas a definir ou monitorizar medidas terapêuticas” (cfr. 2) do artigo 2.º EU) 2017/746 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2017, relativo a dispositivos médicos para diagnóstico in vitro, na sua atual redação).

³⁸ Ainda que nos sistemas de inteligência artificial de nível elevado seja exigido que estes sejam concebidos e desenvolvidos de tal modo que possam ser eficazmente

menos no que diz respeito à sua supervisão, contudo pelo menos o direito de ser informado e recusar a presente decisão automatizada deverá desde logo ser salvaguardado.

Ora, e como se poderá coadunar a necessidade de obtenção do consentimento para a prestação de cuidados de saúde, bem como o consentimento explícito para o tratamento de dados, com a opacidade inerente ao funcionamento da tecnologia de inteligência artificial?

Mais transparência, com uma explicação dos parâmetros que influenciam o modelo de inteligência artificial, que permita visualizar e simplificar o algoritmo, tornando-o cognoscível e compreensível para os seus utilizadores poderá a solução.

Esta transparência deverá contudo motivar não apenas a confiança (“*trust*”) mas sim a sua confiabilidade (“*trustworthiness*”) nos sistemas de inteligência artificial, algo que apenas poderá motivar a utilização de sistemas de inteligência artificial que assegurem uma avaliação que garanta a sua fiabilidade, que demonstre a sua auditabilidade, o seu respeito pela privacidade e segurança.

Nesta senda, e como não podemos deixar de salientar o explicitado por Eduardo Figueiredo ³⁹, “*o profissional de saúde desempenha um papel central na garantia e promoção da própria autonomia do paciente, a qual não pode ser apenas considerada em termos individuais, mas também relacionais*”, valendo esta garantia da autonomia do utente também no que diz respeito ao esclarecimento quanto a todos os aspetos que relevem no processo de decisão quanto aos sistemas de inteligência artificial.

E o que a Proposta de Regulamento IA ⁴⁰ nos diz a este respeito?

A título prévio, cumpre referir que os objetivos da proposta são dois: (i) aumentar a transparência dos sistemas de inteligência artificial e (ii) minimizar os riscos destes sistemas.

O quadro regulatório deste Regulamento, em particular a imposição de certo tipo de obrigações, determina a categorização dos

supervisionados por pessoas singulares durante o período de utilização do sistema de IA (*cf.* Artigo 14.º da Proposta de Regulamento de IA).

³⁹ Eduardo Figueiredo, “Saúde Digital e Direito: Em especial, alguns desafios da utilização de algoritmos associados à determinação do tratamento médico-farmacológico”, I Congresso Inteligência Artificial e Direito — Atas da Conferência, Coimbra, 2023, pp 85-101.

⁴⁰ Para este propósito, faremos referência à versão mais atual da Proposta do Regulamento, disponível *online* em “AIA — Trilogue — Plenary.pdf” — <https://www.kaizenner.eu/post/aiact-part3>.

sistemas de inteligência artificial por diferentes tipos de risco — risco inaceitável (práticas que são proibidas) ⁴¹, risco elevado ou risco reduzido (integrando-se nesta classificação os sistemas de risco limitado e risco mínimo).

Para a definição dos níveis de risco de um determinado sistema, são apreciados os seguintes critérios — setor e finalidade. Note-se que os sistemas de inteligência artificial da área da saúde poderão ser classificados enquanto sistemas de risco elevado que (i) por força da remessa para o Anexo I da referida Proposta, enquanto produtos que poderão ser abrangidos pelo Regulamento (EU) 2017/746 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2017, relativo a dispositivos médicos para diagnóstico *in vitro*, na sua atual redação; quer (ii) por força da remessa para o Anexo III, designadamente, os que se integrem enquanto sistemas que permitam “*access to and enjoyment of essential private services and essential public services and benefits: AI systems intended to evaluate and classify emergency calls by natural persons or to be used to dispatch, or to establish priority in the dispatching of, emergency first response services, including by police, firefighters and medical aid, as well as of emergency healthcare patient triage systems*”.

Releva a referência à presente classificação do nível de risco atendendo a que sistemas de risco elevado ficarão sujeitos a requisitos mais exigentes em termos de registo e supervisão humana.

Com efeito, os sistemas de inteligência artificial de risco elevado deverão respeitar um conjunto de requisitos específicos, designadamente:

- *Utilização de dados de treino, validação e teste* que cumpram, entre outros, com os seguintes critérios de qualidade e práticas adequadas de governação e gestão de dados: (i) recolha de dados que identifique a origem desses dados e, em caso de dados pessoais, os fundamentos para a sua recolha e tratamento; (ii) exame para detetar eventuais enviesamentos que são possíveis de afetar a saúde ou segurança das pessoas, que tenham um impacto negativo ou que conduzam

⁴¹ Na presente versão da Proposta de Regulamento IA, no âmbito das práticas de inteligência artificial proibidas, verifica-se que são excecionados “*the putting into service for this specific purpose, or the use of AI systems to infer emoticons of a natural person in the areas of workplace and education institutions*” quando para tal sejam introduzidos no mercado por “*medical or safety reasons*”.

a uma discriminação proibida no âmbito do Direito da União ou ainda (iii) os conjuntos de dados de treino, validação e teste devem ser pertinentes, *suficientemente* representativos e “*and to the best extent possible*” isentos de erros e completos, atendendo à sua proposta finalidade;

- Elaboração de *documentação técnica que forneça todas as informações necessárias* que permitam aferir da *conformidade do sistema com os requisitos aplicáveis*, contendo, pelo menos os seguintes elementos (constantes do Anexo IV da referida Proposta de Regulamento): (i) uma descrição detalhada dos elementos do sistema de inteligência artificial que incluam os procedimentos de validação e testes aplicados; (ii) informação pormenorizada sobre o acompanhamento, funcionamento e o controlo do sistema de inteligência artificial;
- Os sistemas deverão garantir um nível de solidez, proteção, cibersegurança e exatidão.

Em suma, a Proposta de Regulamento de IA exige um sistema de gestão de risco apropriado, uma governação eficaz de dados, documentação técnica detalhada, supervisão humana, medidas que promovam pela exatidão, solidez e cibersegurança, sujeição a uma avaliação de conformidade prévia, além de obrigações contínuas de monitorização dos sistemas.

Como se verifica, são exigências que tentam assegurar um maior grau de transparência, bem como de *trustworthiness* dos sistemas.

Contudo, não podemos deixar de questionar, desde logo, a capacidade de adequação dos destinatários deste Regulamento aos preceitos regulatórios previstos. A acrescer, e ainda que se tenha em consideração os desafios/riscos anteriormente referidos, a verdade é que se encontram por apurar as consequências da previsão das presentes obrigações no desenvolvimento da inovação e, bem assim, a exequibilidade do cumprimento destas obrigações — em particular no que diz respeito às exigências da base de dados para efeitos de treino, validação e teste.

Por fim, não podemos deixar de fazer uma referência à efetividade ao cumprimento dos referidos requisitos, tendo em consideração a admissibilidade, em certos casos, da realização de uma avaliação de conformidade dos sistemas aos requisitos acima referidos, pelos próprios fornecedores/fabricantes. Não se colocarão problemas de conflito de interesses na realização destas avaliações de conformidade?

Bem se sabe que a avaliação de conformidade segue aproximadamente as regras de avaliação de conformidade determinada para os

dispositivos médicos mas, e fazendo alusão a outro exemplo da área da saúde, não se deveria optar por um mecanismo semelhante ao previsto no âmbito da medicação — averiguação da conformidade dos dados e informações fornecidas previamente à sua introdução no mercado? — atendendo aos riscos acima aludidos?

Por fim, e no campo da utilização de dados, cumpre-nos ainda abordar a recente estratégia que pretende conduzir à criação de um Espaço Europeu de Dados de Saúde.

3.3. Utilização de dados transfronteiriça

No plano de utilização de dados transfronteiriça, consideramos relevante ressaltar na presente análise, desde logo, a “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao Espaço Europeu de Dados de Saúde” (COM/2022/197 final), apresentada pela Comissão Europeia a 3 de maio de 2022 e que foi recentemente aprovado pelo Parlamento Europeu (24 de abril de 2024) — doravante “Proposta de Regulamento EEDS”.

Como exposto no Comunicado de Imprensa, o Espaço Europeu de Dados de Saúde (EEDS) permitirá às pessoas, no espaço europeu, *“controlar e utilizar os seus dados de saúde no seu país de origem ou noutros Estados-Membros e promoverá um verdadeiro mercado único de produtos e serviços de saúde digitais”*.

Pelo que expusemos quanto à importância dos dados, em particular de dados de saúde para efeitos de desenvolvimento da prestação de cuidados de saúde, cumpre-nos desde já salutar a Comissão (e o Parlamento) pela iniciativa tendente a, por um lado (i) permitir o acesso e transmissão de dados de saúde pelos seus titulares ao longo do Espaço Europeu e, simultaneamente, (ii) *“proporcionar um quadro coerente, fiável e eficiente para a utilização dos dados de saúde para fins de investigação, inovação, elaboração de políticas e atividades regulamentares”* ⁴².

Com efeito, e como exposto na Exposição da referida Proposta, de acordo com a avaliação dos aspetos digitais da Diretiva Cuidados de Saúde Transfronteiriços ⁴³ e do Regulamento (UE) 2021/953 relativo

⁴² Exposição de motivos da Proposta de Regulamento EEDS.

⁴³ Diretiva 2011/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matérias de cuidados de saúde transfronteiriços.

ao Certificado Digital COVID da UE ⁴⁴, que incidiu sobre a pandemia de COVID-19, determinou-se que *“as disposições jurídicas que apoiam a harmonização e uma abordagem comum da UE à utilização de dados de saúde eletrônicos para fins específicos (por oposição a ações apenas voluntárias), bem como os esforços da UE para assegurar a interoperabilidade jurídica, semântica e técnica, podem trazer benefícios”*, benefícios esses que se podem traduzir na União Europeia enquanto líder de normas do domínio da saúde digital.

Em segundo lugar, importa atentar/alertar para os seguintes aspectos referentes à Proposta de Regulamento EEDS:

- A presente Proposta visa facilitar a partilha e reutilização de dados tendente a um desenvolvimento de uma indústria de *“digital health”*. Contudo, exemplos recentes de acordos de partilha de dados tendentes à investigação na saúde, colocam em dúvida se o real valor dos dados se encontra a ser ponderado, ou se o mesmo deveria ser acautelado. Em causa, um acordo celebrado entre o National Health Service e diversas entidades privadas (Google, Amazon, Microsoft) tendente à investigação na área da saúde, promoveu pela criação de uma *“data store”* ⁴⁵ utilizado pelas referidas entidades para efeitos de treino dos seus modelos de inteligência artificial — tal acordo fez questionar se a disponibilização de dados de saúde de uma entidade pública terá tido em consideração o *“fair value”* dos referidos dados ⁴⁶.
- A presente Proposta reduz os requisitos de transparência e introduz isenções respeitantes à necessidade de prestar

⁴⁴ Regulamento (EU) 2021/953 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2021, relativo a um regime para a emissão, verificação e aceitação de certificados interoperáveis de vacinação, teste e recuperação da COVID-19, a fim de facilitar a livre circulação durante a pandemia de COVID-19.

⁴⁵ Luca Marelli et al; *“The European health data space: Too big to succeed?”*, Health Policy, Vol. 135, setembro 2023 in <https://doi.org/10.1016/j.healthpol.2023.104861>.

⁴⁶ Cfr. Denis Campbell, “Patients may shun new NHS data store over privacy fears, doctors warn”, The Guardian, 2023, in <https://www.theguardian.com/society/2023/nov/10/patients-may-shun-new-nhs-data-store-over-privacy-fears-doctors-warn> (19.04.2024); Mary Fitzgerald, et al, *“We need urgent answers about the massive NHS COVID data del”*, Open Democracy, 2020 in <https://www.opendemocracy.net/en/ournhs/we-need-urgent-answers-about-massive-nhs-covid-data-deal/> (19.04.2024).

informação específicas a nível individual aos titulares de dados, no que diz respeito à utilização dos seus dados (veja-se por exemplo o artigo 38 (2) da referida Proposta). A acrescentar, verifica-se a alteração do paradigma de consentimento informado e especificação de finalidades do tratamento de dados no âmbito da sua utilização secundária dos dados — em termos práticos, os titulares dos dados apenas poderão determinar em termos gerais para que finalidade e por quem são tratados os seus dados;

- Encontram-se previstos organismos responsáveis pelo acesso aos dados de saúde, que terão o dever de supervisionar e sancionar o acesso e transferência de dados que se realize em violação do disposto na presente Proposta e na regulação aplicável (RGPD, designadamente). Contudo, poderá existir o risco que os referidos organismos não possuam efetivos poderes decisórios no que à utilização secundária de dados diz respeito, atendendo à ampla formulação permissiva com que a Proposta regula essa utilização (artigo 46.º da referida Proposta).

Em suma, na nossa opinião, a presente Proposta de Regulamento é uma iniciativa meritória que permite o enquadramento das matérias relativas à transferência de dados europeu, tendo benefícios óbvios no que diz respeito à utilização primária dos dados de saúde — ou seja, no que diz respeito ao acesso de dados de saúde no âmbito do Espaço Europeu.

Contudo, não se podem deixar de assinalar questões relativas à partilha e reutilização de dados que deverão ser contempladas no âmbito da presente Proposta de Regulamento ou legislação que o implemente.

4. CONCLUSÃO

As transformações que temos verificado no domínio da saúde, com vantagens e benefícios para a prestação de cuidados de saúde, têm sido potenciadas pelo desenvolvimento e utilização de plataformas digitais que utilizem inteligência artificial.

É expresso, ao longo da extensa literatura respeitante a este tema, que a presente tecnologia poderá trazer importantes avanços em áreas tão relevantes para a saúde como o auxílio do diagnóstico, o automatismo (ou auxílio) na tomada de decisão terapêutica, a monitorização

de cuidados de saúde à distância, ou ainda no âmbito da própria investigação clínica e gestão de recursos hospitalares.

Verificámos, contudo, que muito do que se tem entendido a respeito das presentes tecnologias, poderá resultar de uma sobrevalorização das suas vantagens em detrimento da sua concreta fiabilidade, segurança e efetividade no resultado que se pretende obter.

Há, com efeito, riscos na utilização deste tipo de tecnologia, ligados à tentativa de quantificar aspetos subjetivos/qualitativos, ou resultante de dados pouco representativos ou enviesados, promotores de uma discriminação algorítmica, que podem conduzir a efeitos nefastos no que diz respeito, por um lado, (i) à intensificação da marginalização de certas comunidades, violação de direitos fundamentais de cidadãos europeus e, bem assim, (ii) a resultados falíveis, errados e que comprometem a saúde dos titulares dos dados alvo de análise pelos sistemas de inteligência artificial.

Haverá resolução para estes riscos? Ou estaremos perante uma quimera, uma diferença irreconciliável entre as promessas de sistemas de inteligência artificial e as reais melhorias em termos de prestação de cuidados de saúde?

Parece-nos que uma posição conservadora, assumindo efetivamente de que tais tecnologias deverão ser incentivadas, procurando mitigar os riscos que se encontram associados será a melhor abordagem.

Tal parece ser a posição constante na Proposta de Regulamento Europeu IA, aprovada pelo Parlamento Europeu a 13 de março, numa perspetiva de dar resposta às preocupações acima expostas, propondo incentivar o desenvolvimento e implementação de sistemas de inteligência artificial de confiança, e com a intenção de, simultaneamente fomentar a inovação no espaço europeu.

Categorizando-se os sistemas de inteligência artificial da área da saúde como de risco elevado, estes deverão, entre outros deveres, assegurar que os conjuntos de dados de treino, validação e teste sejam pertinentes, representativos, isentos, devendo-se proceder a um exame prévio de possíveis enviesamentos que sejam passíveis de afetar ou a segurança, ou violar direitos fundamentais da União Europeia.

Há, de facto, uma grande preocupação pela adoção de práticas adequadas de governação e gestão de dados, atendendo ao impacto que estes possuem no desenvolvimento da inovação, tendo em vista o fim último beneficiar a sociedade.

Colocam-se-nos, contudo, dúvidas sobre a sua real efetividade e operacionalidade, em particular no que diz respeito às exigências requeridas no que diz respeito ao conjunto de dados que servirão de suporte a

teste dos sistemas de inteligência artificial, bem como todas as exigências de transparência e implementação de sistemas de controlo de riscos, atendendo à natureza das entidades responsáveis pelo seu desenvolvimento (muitas destas exigências são mais comuns no âmbito do setor financeiro, não tanto no âmbito de desenvolvimento tecnológico).

Neste conspecto e assumida a importância transversal que os dados, em particular os dados de saúde, possuem e ligando-se à necessidade de melhorar o acesso e controlo por parte das pessoas singulares dos seus dados de saúde eletrónicos, cumpre-nos ainda dar boa nota da iniciativa legislativa referente à criação do Espaço Europeu de Dados de Saúde.

Subsistem também nesta Proposta, contudo, dúvidas quanto a matérias que contendem com direitos dos titulares dos dados de saúde, designadamente no que diz respeito à utilização secundária desses dados e o papel desses titulares nas decisões a serem tomadas relativamente à sua partilha.

Verificam-se admiráveis mundos novos, tomando a União Europeia a dianteira no debate destas matérias. Urge, contudo, manter esse debate e, bem assim, a monitorização das propostas a serem implementadas, tendente a apurar se a sua adoção não conduz à vulnerabilidade de direitos fundamentais da União Europeia.

5. BIBLIOGRAFIA

- Barbosa, Mafalda Miranda, “Inteligência Artificial e Proteção de dados”, I Congresso Inteligência Artificial e Direito — Atas da Conferência, Coimbra, 2023, pp. 37-56.
- Botelho, Catarina Santos, “Algoritmos Discriminatórios”, I Congresso Inteligência Artificial e Direito — Atas da Conferência, Coimbra, 2023, pp. 27-33.
- Campbell, Denis, “Patients may shun new NHS data store over privacy fears, doctors warn”, *The Guardian*, 2023, in <https://www.theguardian.com/society/2023/nov/10/patients-may-shun-new-nhs-data-store-over-privacy-fears-doctors-warn> (19.04.2024).
- Cho, Peter Jaeho, et al., “Roles of Artificial Intelligence in Wellness, Healthy Living and Healthy Status Sensing”, in *Artificial Intelligence in Medicine*, 2021, pp. 151-172.
- Comissão Europeia, Direção Geral da Saúde e da Segurança dos Alimentos, Lupiáñez-Villanueva, F., Gunderson, L., Vitiello, S., Febrer, N., et al., “Study on Health Data, Digital Health and Artificial Intelligence in Healthcare”, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022 <https://doi.org/10.2875/702007> (19.04.2024).
- Comissão Europeia: Direção-Geral das Redes de Comunicação, Conteúdos e Tecnologias, “Orientações éticas para uma IA de confiança”, Publications Office, 2019, disponível em <https://data.europa.eu/doi/10.2759/2686> (19.04.2024).
- Custers, Bart, “New Digital rights: Imagining additional fundamental rights for the digital era”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 44, 2022 in <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105636>.

- Digital Health Europe, “DigitalHealthEurope recommendations on the European Health Data Space”, 2021 in <https://digitalhealtheuropa.eu/results-and-publications/digitalhealtheuropa-recommendations-on-the-european-health-data-space/> (19.04.2024).
- Direção Geral da Saúde, Recomendação n.º 010/2020, de 16 de março de 2020, Lisboa disponível em https://www.amt-autoridadeO.pt/media/2328/orientacao_010_2020.pdf (19.04.2024).
- Enes, Graça, “A estratégia europeia para a Inteligência Artificial”, Direito e Inteligência Artificial, Coimbra, 2023, pp 37 e ss.
- Entidade Reguladora da Saúde, “Direitos e Deveres dos Utentes dos Serviços de Saúde”, Porto, 2021 in <https://www.ers.pt/media/5difbokp/mar24-direitosdeveresutentesservi%C3%A7ossa%C3%BAde.pdf> (19.04.2024).
- Entidade Reguladora da Saúde, Informação de Monitorização: Impacto da pandemia COVID-19 no Sistema de Saúde — período de março a junho de 2020, Porto, 2020, in <https://www.ers.pt/media/3487/im-impacto-covid-19.pdf> (19.04.2024).
- European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations, “Position on a European Health Data Space”, outubro, 2020 in https://www.efpia.eu/media/554841/efpia-ehds-position_final.pdf (19.04.2024).
- European Union Agency for Fundamental Rights, “Preparar o future — Inteligência artificial e direitos fundamentais — Síntese”, 2021, disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-artificial-intelligence-summary_pt.pdf (19.04.2024).
- Farinha, Domingos Soares, “The Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age: a legal appraisal”, in Revista Española de la Transparencia, n.º 13, dezembro 2021, pp. 85-105, in <https://doi.org/10.51915/ret.191>.
- Fawzy, Ashraf, et al., “Racial and Ethnic Discrepancy in Pulse Oximetry and Delayed Identification of Treatment Eligibility among Patients with COVID-19”, Jama Internal Medicine, n.º 182, 2022, pp. 730-738 in <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/2792653>
- Figueiredo, Eduardo, “Saúde Digital e Direito: Em especial, alguns desafios da utilização de algoritmos associados à determinação do tratamento médico-farmacológico”, I Congresso Inteligência Artificial e Direito — Atas da Conferência, Coimbra, 2023, pp 85-101.
- Fitzgerald, Mary, et al, “We need urgent answers about the massive NHS COVID data deal”, Open Democracy, 2020, <https://www.opendemocracy.net/en/our-nhs/we-need-urgent-answers-about-massive-nhs-covid-data-deal/> (19.04.2024).
- Fletcher, Andrew J., et al, “Machine Learning Augmented Echocardiography for Diastolic Function Assessment”, Frontiers in Cardiovascular Medicine, Volume 8, 2021 in <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fcvm.2021.711611/full>.
- Graham, S. Scott, The Doctor and the Algorithm, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp 23-24, 39-48 e 115-120.
- Guimarães, Maria Raquel, “Inteligência Artificial, *profiling* e direitos de personalidade”, Direito e Inteligência Artificial, Coimbra, 2023, pp. 331-354.
- Gutierrez, Carlos I./Aguirre, Anthony et al, “A Proposal for a definition of General Purpose Artificial Intelligence Systems”, Future of Life Institute, 2022 <https://futureoflife.org/wp-content/uploads/2022/11/SSRN-id4238951-1.pdf>.
- Leão, Anabela Costa, “Algumas notas sobre direitos fundamentais, transformação digital e inteligência artificial”, Direito e Inteligência Artificial, Coimbra, 2023, pp. 10-36.

- Marelli, Luca et al; “The European health data space: Too big to succeed?”, *Health Policy*, Vol. 135, setembro 2023, <https://doi.org/10.1016/j.healthpol.2023.104861>.
- Neto, Luísa, “Inteligência artificial e inteligência coletiva”, *Direito e Inteligência Artificial*, Coimbra, 2023, pp. 92-105.
- Panesar, Arjun, *Machine Learning and AI for Healthcare : Big Data for Improved Health Outcomes*, 2019, Apress, 2021, <https://doi.org/10.1007/978-1-4842-3799-1>, pp. 22-24.
- OCDE, Russel, Stuart, et al, “Updates to the OECD’s definition of an AI system explained”, 2023, disponível em <https://oecd.ai/en/wonk/ai-system-definition-updatem>, 2023.
- O’neill, Catarina, et al et al, “Consulta não presencial no Serviço Nacional de Saúde Português durante a Pandemia de Covid-19: Estudo da Opinião dos Médicos e Implicações para o futuro”, *Acta Médica Portuguesa* Vol. 35, n.º 6 2022, in <https://doi.org/10.20344/amp.16724>.
- Raposo, Vera Lúcia, “Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial: the devil is in the details”, *Privacy and Data Protection Magazine, Revista Científica na Área Jurídica*, n.º 03, dezembro 2021, pp. 9-24.
- Staunton, Ciara, “Ethical and social reflections on the proposed European Health Data Space”, *European Journal of Human Genetics*, 2024, 32:498-505 in <https://doi.org/10.1038/s41431-024-01543-9>.
- Topol, Eric, *Deep Medicine: How Artificial Intelligence Can Make Healthcare Human again*, New York: Basic Books, 2019, pp 204.
- Velada, Rute Gomes, Classificação automática de eventos na linha de saúde SNS 24, Évora, 2021, pp. 24-27, in <https://dspace.uevora.pt/rdpc/handle/10174/29055>.

ÍNDICE

Nota prévia.....	5
Programa do congresso	7

MESA I
SAÚDE, PARTICIPAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Literacia digital em saúde.....	13
<i>Elísio Costa</i>	

MESA III
REGULAÇÃO DA SAÚDE — MODELOS E PERSPETIVAS

Condições causais dos níveis de despesa com cuidados de saúde nos países da OCDE	27
<i>José Neves Cruz</i>	

A concorrência como veículo de promoção-efetivação da saúde (global).....	59
<i>Inês Neves</i>	

MESA V
SAÚDE E DIREITOS HUMANOS

Direito à saúde — Questões de igualdade e discriminação.....	89
<i>Anabela Costa Leão</i>	
Os migrantes e o acesso aos cuidados de saúde em Portugal.....	129
<i>Tiago Morais Rocha</i>	

**COMUNICAÇÕES APRESENTADAS
NAS SESSÕES DE COMUNICAÇÕES**

O papel da cibersegurança no setor da saúde.....	155
<i>Carla Barbosa / Stéfani Reimann Patz</i>	
Digitalização da saúde — Desafios jurídicos emergentes na proteção de dados de saúde como bem público global	179
<i>Lara Neiva Araújo</i>	
Inteligência artificial ao serviço da medicina, o empoderamento do tratamento diferenciado?.....	207
<i>Catarina Lêdo</i>	
Plataformas digitais de prestação de cuidados de saúde — A revolução da ia e os seus desafios éticos e jurídicos	237
<i>Guilherme Novo Soares</i>	
Índice	269



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt

DIREITO E SAÚDE GLOBAL

GLOBALIZAÇÃO, UNIVERSALIZAÇÃO
E MERCANTILIZAÇÃO DA SAÚDE NUM
CONTEXTO DE IMPREVISÃO