

PARECER

I.

Introdução

1. No seguimento da solicitação de Sua Excelência o Secretário de Estado da Saúde, de 29 de Setembro de 2009, e relativo ao entendimento constante da Informação n.º 5/2009 produzida no seu Gabinete, o presente parecer visa analisar o quadro legal estabelecido na Lei n.º 41/2007, de 24 de Agosto, que pela fundamentalidade das matérias por si objecto de intervenção, bem como pelo seu relacionamento directo com a actividade regulatória da Entidade Reguladora da Saúde (ERS), se considera provido de superior importância.
2. Efectivamente, a Lei n.º 41/2007, de 24 de Agosto, corporiza um elemento particularmente relevante de concretização do direito de acesso aos cuidados de saúde por utentes do SNS, estabelecendo
 - (i) os termos da Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do Serviço Nacional de Saúde;
 - (ii) o conceito de definição e estabelecimento de “*tempos máximos de resposta garantidos*” e informação sobre os mesmos;
 - (iii) a determinação de sancionamento por infracção ao disposto na Lei n.º 41/2007; e
 - (iv) o direito dos utentes reclamarem para a ERS sempre que consideram existir desrespeito pelos direitos que para si decorrem da referida Lei n.º 41/2007.
3. Sem prejuízo da apresentação *infra* mais detalhada e conjugada com a sua regulamentação entretanto já aprovada, cuida-se, então, de esclarecer do enquadramento deste diploma – e da sua regulamentação - no âmbito das competências e objectivos regulatórios da ERS;
4. Designadamente aferindo da coerência e congruência sistémica entre a Lei n.º 41/2007 e o Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, que aprovou o novo quadro legal e competências da ERS.

II.

Análise

II.1 A Lei n.º 41/2007

5. Como já referido, pela Lei n.º 41/2007, foram aprovados “[...] os termos a que deve obedecer a redacção e publicação pelo Ministério da Saúde da Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do Serviço Nacional de Saúde [...]” (cfr. artigo 1.º), com o objectivo de “[...] garantir a prestação dos cuidados de saúde pelo Serviço Nacional de Saúde e pelas entidades convencionadas¹ em tempo considerado clinicamente aceitável para a condição de saúde de cada utente [...]” (cfr. n.º 1 do artigo 2.º).
6. Enquanto instrumentos de concretização de tal desiderato, prevê-se a definição e estabelecimento de “tempos máximos de resposta garantidos”², bem como o reconhecimento do “direito dos utentes à informação sobre esses tempos” (cfr.

¹ A Carta dos Direitos de Acesso é, assim, aplicável no âmbito da *rede nacional de prestação de cuidados de saúde*, a qual abrange os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde e os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem hajam sido celebrados contratos para prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde – cfr. n.º 4 da Base XII da Lei de Bases da Saúde. Faz-se notar, aliás, que tais contratos com estabelecimentos privados e profissionais em regime liberal podem ser celebrados (apenas) desde que esteja garantido o direito de acesso – cfr. n.º 3 da Base XII da Lei de Bases da Saúde.

² Os tempos máximos de resposta garantidos serão estabelecidos anualmente, por Portaria do Ministério da Saúde, para todo o tipo de prestações sem carácter de urgência, nomeadamente ambulatório dos centros de saúde, cuidados domiciliários, consultas externas hospitalares, meios complementares de diagnóstico e terapêutica e cirurgia programada, devendo, gradualmente, ser discriminados por patologia ou grupos de patologia (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º da Lei n.º 41/2007). Por seu turno, cada estabelecimento do Serviço Nacional de Saúde fixará anualmente, dentro dos limites máximos estabelecidos a nível nacional por via da referida Portaria, os seus tempos de resposta garantidos por tipo de prestação e por patologia ou grupo de patologias, que igualmente deverão constar dos respectivos plano de actividades e contratos-programa (cfr. n.º 3 do artigo 3.º da Lei n.º 41/2007).

n.º 2 do artigo 2.º). Este último é garantido por via da definição e imposição do conjunto de deveres de informação previsto no artigo 4.º da Lei n.º 41/2007, que os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde e do sector convencionado devem cumprir.

7. Prevê-se que tais estabelecimentos devem “[...] *publicar e divulgar, até 31 de Março de cada ano, um relatório circunstanciado sobre o acesso aos cuidados que prestam, os quais serão auditados, aleatória e anualmente, pela Inspeção-Geral das Actividades da Saúde.*” (cfr. al. f) do artigo 4.º), sendo certo que aos utentes é reconhecido “[...] *o direito de reclamarem para a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), nos termos legais aplicáveis, caso os tempos máximos garantidos não sejam cumpridos.*” (cfr. artigo 5.º).
8. Por último, o artigo 6.º da Lei n.º 41/2007 determina que deva ser aprovado um regime sancionatório por infracção ao disposto na Lei n.º 41/2007.

II.2 As Portarias de regulamentação da Lei n.º 41/2007

9. Consistindo a Lei n.º 41/2007 um avanço legislativo no sentido de conformar e concretizar, cada vez mais, o direito de acesso aos cuidados de saúde, a mesma previa a sua regulamentação de forma a objectivar, mediante regras concretas, definidas e perfeitamente identificadoras, como se há-de garantir e prover, em cada situação, um tal direito fundamental de acesso.
10. Na esteira da Lei n.º 41/2007 surgiu, então e num primeiro estágio, a Portaria n.º 615/2008, de 11 de Julho, que cria a Consulta a Tempo e Horas (CTH).
11. Por tal Portaria n.º 615/2008, veio o Legislador aprovar o Regulamento do Sistema Integrado de Referenciação e de Gestão do Acesso à Primeira Consulta de Especialidade Hospitalar nas Instituições do SNS, designado por Consulta a Tempo e Horas (CTH);
12. Que resulta do reconhecimento da “[...] *existência de insuficiências ao nível do sistema de gestão do acesso à primeira consulta hospitalar, [que levou à identificação da] necessidade de adopção de medidas de gestão, nomeadamente em matéria de regulação, normalização e controlo, que permitam uma monitorização eficaz da capacidade de resposta das instituições hospitalares do SNS, pelo que se justifica a criação de um programa específico*” – cfr. preâmbulo da referida Portaria.

13. Foram assim estabelecidas as regras de organização e procedimentos, a serem implementados em calendarização determinada na Portaria, que permitiram a constituição de um tal sistema integrado de referência e acesso a primeiras consultas hospitalares de especialidade;
14. Tendo, conseqüentemente, sido estabelecidas regras específicas e efectivas sobre os tempos máximos de resposta garantidos:

“5 — Tempo máximo de resposta garantido no acesso à primeira consulta de especialidade hospitalar:

5.1 — O tempo máximo de resposta garantido a atribuir ao acesso à primeira consulta da especialidade hospitalar, nos termos da Lei n.º 41/2007, de 24 de Agosto, é objecto de actualização por portaria a publicar anualmente.

5.2 — Atendendo ao nível da prioridade clínica atribuída pelo triador e sem prejuízo de prazos mais reduzidos que venham a ser definidos em função do tipo de patologia, a realização de primeiras consultas hospitalares tem o seguinte tempo máximo de resposta, contado a partir da data do registo do pedido pela unidade de cuidados de saúde primários:

5.2.1 — 30 dias, se a realização da consulta for considerada como muito prioritária;

5.2.2 — 60 dias, se a realização da consulta for considerada como prioritária;

5.2.3 — 150 dias, se a realização da consulta for considerada com prioridade normal.” – cfr. os § identificados do Regulamento do Sistema Integrado de Referência e de Gestão do Acesso à Primeira Consulta de Especialidade Hospitalar nas Instituições do SNS aprovado pela Portaria n.º 615/2008.

15. Mas a regulamentação da Lei n.º 41/2007 foi, ainda, complementada pela Portaria n.º 1529/2008, de 26 de Dezembro, que veio, efectivamente, definir “[...] ao abrigo do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 41/2007” (cfr. preâmbulo da Portaria), os Tempos Máximos de Resposta Garantidos a serem respeitados

pelos estabelecimentos do SNS, mas igualmente pelos prestadores privados convenionados com o SNS.

16. Ou seja, esta última Portaria procedeu à fixação, “a nível nacional, [dos] *tempos máximos de resposta garantidos (TMRG) para o acesso a cuidados de saúde para os vários tipos de prestações sem carácter de urgência e que constam do anexo n.º 1 [da referida Portaria]*”;
17. Tal como estabeleceu o dever de “os *TMRG definidos na presente portaria [deverem] ser tidos em conta nos planos de desempenho e na contratualização para 2009 dos estabelecimentos do SNS bem como na revisão ou estabelecimento de novos contratos com entidades convenionadas*” – cfr., respectivamente, o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 1.º de tal diploma.
18. Note-se que, diferentemente do que havia sucedido com a Portaria n.º 615/2008, que apenas estabeleceu TMRG para acesso à primeira consulta de especialidade hospitalar, pela Portaria n.º 1529/2008 foram estabelecidos TMRG para o acesso a diferentes níveis e tipos de cuidados, como sejam
 - (i) consultas em cuidados de saúde primários;
 - (ii) primeiras consulta de especialidade hospitalar (em função de diferentes níveis de prioridade ou de patologia oncológica);
 - (iii) realização de determinados meios complementares de diagnóstico, mormente em doenças cardiovasculares;
 - (iv) cirurgia programada (em função de diferentes níveis de prioridade ou de patologia oncológica); e ainda
 - (v) consultas, cirurgias e meios complementares de diagnóstico em entidades convenionadas.
19. Por outro lado, por tal Portaria foi ainda publicada a Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do Serviço Nacional de Saúde, que contém o elenco de direitos reconhecidos aos utentes do SNS;
20. Seja no que respeita ao acesso aos cuidados de saúde (direito à prestação de cuidados em tempo clinicamente aceitável; direito ao registo imediato em sistema informático do seu pedido de consulta ou MCD; direito ao cumprimento

- dos TMRG e direito a reclamar para a ERS sempre que os mesmos não sejam cumpridos);
21. Seja no que respeita à informação (sobre a sua posição relativa na lista de inscritos; sobre os TMRG a nível nacional e em cada estabelecimento; sobre a incapacidade do estabelecimento de responder no TMRG aplicável e da sua referenciação para outro estabelecimento; e sobre o relatório circunstanciado sobre o acesso aos cuidados de saúde que todos os estabelecimentos do SNS estão obrigados a publicar e divulgar) – cfr. a referida Carta publicada como anexo 2 à Portaria n.º 1529/2008.
22. Consequentemente, e tendo presente os princípios estabelecidos pela Lei n.º 41/2007, verifica-se que pela sua regulamentação foram, efectivamente, concretizados
- (i) os termos da Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do Serviço Nacional de Saúde;
 - (ii) os conceitos de definição e estabelecimento de “*tempos máximos de resposta garantidos*” e informação sobre os mesmos, sem prejuízo das suas evoluções previstas e necessárias; e
 - (iii) o direito dos utentes reclamarem para a ERS sempre que consideram existir desrespeito pelos direitos que para si decorrem da referida Lei n.º 41/2007.
23. Não se encontram, porém, nas referidas Portarias n.º 615/2008 e n.º 1529/2008 as regras relativas a uma concretização da determinação de sancionamento por não cumprimento de tais *tempos*.
24. Ora, e ainda que se antecipando parte da análise e conclusões que se fundamentarão em momento mais avançado do presente parecer, a referida concretização da determinação de sancionamento por não cumprimento dos TMRG veio a ocorrer, mediante previsão do correspondente tipo contra-ordenacional, no âmbito do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio;
25. O que justifica que se analise, naqueles preceitos relevantes para o que aqui se cuida, o Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, que aprovou o novo quadro legal e competências da ERS.

II.3 A evolução das competências e atribuições da ERS no quadro da defesa do direito de acesso e dos direitos dos utentes

II.3.1 No âmbito do seu anterior quadro legal estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro

26. As competências e atribuições da ERS desde sempre se centraram na “[...] *regulação e [...] supervisão dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, no que respeita ao cumprimento das suas obrigações legais e contratuais relativas ao acesso dos utentes aos cuidados de saúde, à observância dos níveis de qualidade e à segurança e aos direitos dos utentes*” – cfr. n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro.

27. Nesse sentido, foram atribuídos à ERS, como seus objectivos da actividade reguladora, em geral, nos termos do artigo 25.º, n.º 1, do referido Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro:

“a) Assegurar o direito de acesso universal e igual de todas as pessoas ao serviço público de saúde;

[...]

c) Assegurar os direitos e interesses legítimos dos utentes.”

28. Para o que lhe competia, nos termos da alínea do n.º 2 do artigo 25.º de tal diploma, e no que concretamente respeita ao direito de acesso:

“(…)

b) Promover a garantia do direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde;

[...]

d) Prevenir e punir as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes nos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde (SNS)”.

29. Por seu turno, e no tocante à defesa dos direitos e interesses legítimos dos utentes, outros que aqueles já ínsitos aos objectivos da actividade reguladora da ERS, cabe referir que constituía incumbência da ERS “*zelar pelo cumprimento dos códigos de conduta, manuais de boas práticas e “cartas de direitos dos utentes” dos estabelecimentos e serviços.*” (cfr. al. c) do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 309/2003).

30. Por último, refira-se ainda o instrumento essencial ao exercício dos seus poderes e objectivos regulatórios, mas que igualmente constitui concretização do direito basilar de reclamação e de queixa dos utentes, estabelecido na Lei de Bases da Saúde³, e estabelecido no então artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 309/2003:

“[...]”

2 — Todos os operadores prestadores de cuidados de saúde são obrigados a ter um livro de reclamações em cada serviço e a registar as reclamações e queixas avulsas dos utentes, devendo decidi-las no prazo de 30 dias, bem como a enviar mensalmente cópias das reclamações recebidas à ERS.”.

31. Mas se os objectivos de regulação da ERS se centravam, então e desde logo, em assegurar o direito de acesso universal e igual de todas as pessoas ao serviço público de saúde e em assegurar os direitos e interesses legítimos dos utentes, a verdade é que o Decreto-Lei n.º 309/2003 não previa um regime sancionatório, designadamente em foro contra-ordenacional, para aqueles comportamentos que se pudessem revelar como contrários ao respeito de tais direitos.

32. E tanto justifica que o Legislador tivesse previsto a necessidade, no âmbito da Lei n.º 41/2007, de estabelecimento de um regime sancionatório em direito a constituir;

³ Nos termos da al. g) do n.º 1 da Base XIV da Lei de Bases da Saúde, que estabelece o estatuto dos utentes, a estes é reconhecido o direito de “*Reclamar e fazer queixa sobre a forma como são tratados e, se for caso disso, a receber indemnização por prejuízos sofridos.*”.

33. Uma vez que, em tal momento e no quadro do direito constituído, se verificava uma absoluta inexistência de um tal regime sancionatório por violações dos bens jurídicos tutelados pela Lei n.º 41/2007 (ou seja, dos direitos de acesso dos utentes aos cuidados de saúde em tempos legalmente definidos como TMRG e dos direitos de informação dos utentes).

II.3.2 No âmbito do actual quadro legal estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio

34. O Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, que procedeu à revisão do quadro legal da ERS e revogou o já referido Decreto-Lei n.º 309/2003, constitui um avanço legislativo significativo no quadro legal da regulação da saúde e, igualmente, na conformação directa e concreta do direito de acesso aos cuidados de saúde.

35. Sublinhando-se a posterioridade de tal diploma em face da Lei n.º 41/2007, e no que concretamente se refere ao objectivo regulatório da ERS de *assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde*, é objectivo da sua actividade regulatória

“[...]”

b) Assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei” – cfr. al. b) do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 127/2009;

36. Concretizando as alíneas a) e b) do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, que é incumbência da Entidade

a) Assegurar o direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde ou publicamente financiados; e

b) Prevenir e punir as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes nos estabelecimentos públicos de saúde ou publicamente financiados.

37. Outrossim, é estabelecido, na alínea b) do n.º 2 do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, que

“Constitui contra-ordenação, punível com coima de € 1000 a € 3740,98 ou de € 1500 a € 44 891,81, consoante o infractor seja pessoa singular ou colectiva:

[...]

b) A violação das regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde, incluindo a violação da igualdade e universalidade no acesso ao SNS e a indução artificial da procura de cuidados de saúde; [...].”

38. O Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, veio, então, tipificar como ilícito contra-ordenacional comportamentos que consubstanciem uma *violação das regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde*;
39. Designada mas não limitadamente quando os mesmos representem uma *violação da igualdade e universalidade no acesso ao SNS*.
40. Sucede, porém e como visto, que tais comportamentos não se encontravam tipificados como ilícito contra-ordenacional até ao momento da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio.
41. Ou seja, e apesar da violação das regras de acesso aos cuidados de saúde serem já preocupações regulatórias da ERS ao abrigo do anterior Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, por lhe incumbir, entre outras competências, prevenir e punir os actos de *rejeição discriminatória ou infundada de pacientes* nos estabelecimentos do SNS, enquanto concretização da garantia do *direito de acesso universal e igual a todas as pessoas ao serviço público de saúde* – cfr. al. d) do n.º 2 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro;
42. Apenas com o referido Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, é que a *violação das regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde* foi erigida à categoria de ilícito contra-ordenacional punível com coima.
43. Por outro lado, mantiveram-se – e aprofundaram-se até – as competências da ERS no que respeita ao seu objectivo de *“Garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes”* - cfr. al. c) do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 127/2009;
44. O qual naturalmente abrange o dever de
“a) Monitorizar as queixas e reclamações dos utentes e o seguimento dado pelos operadores às mesmas, nos termos do artigo 48.º;

[...] bem como o de

c) *Verificar o não cumprimento da «Carta dos direitos dos utentes» dos serviços de saúde»* - cfr. artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 127/2009.

45. Nesse seguimento, estabelece o referido artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, que

“1 - Cabe à ERS assegurar o cumprimento das obrigações dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde relativas ao tratamento de queixas e reclamações apresentadas pelos utentes, designadamente as previstas no Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de Setembro, bem como sancionar as respectivas infracções.

2 - Os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde estão obrigados a comunicar à ERS cópia das reclamações e queixas dos utentes, designadamente as constantes dos respectivos livros de reclamações, bem como do seguimento que tenham dado às mesmas.”.

46. Mas, e de novo buscando um paralelo com o Decreto-Lei n.º 309/2003, se os objectivos de regulação da ERS se aprofundaram no âmbito da defesa do direito de acesso aos cuidados de saúde e dos direitos dos utentes, o Decreto-Lei n.º 127/2009 veio estabelecer o regime sancionatório, de natureza contra-ordenacional, dos comportamentos atentatórios de tais direitos;

47. Passando, então, a integrar o ordenamento jurídico constituído um regime sancionatório por violações dos bens jurídicos que igualmente são tutelados pela Lei n.º 41/2007 (ou seja, dos direitos de acesso dos utentes aos cuidados de saúde em tempos legalmente definidos como TMRG e dos direitos de informação dos utentes sobre tal acesso).

II.4 O enquadramento do regime sancionatório por infracção ao disposto na Lei n.º 41/2007 no quadro das competências e atribuições da ERS

48. Em face do quadro legal exposto, urge desde já concluir que a Carta dos Direitos de Acesso, com a definição e estabelecimento de *“tempos máximos de resposta garantidos”* e com o reconhecimento do *“direito dos utentes à informação sobre esses tempos”* (cfr. n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 41/2007), é ínsita aos objectivos da actividade reguladora da ERS, e especificamente àqueles estabelecidos no artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, a saber:

“b) Assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei;

c) Garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes”;

49. Tal como já o era, como visto, à luz dos objectivos regulatórios então estabelecidos no n.º 1 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2003.

50. E é por tanto que a ERS sempre considerou que a verificação do cumprimento da Carta dos Direitos de Acesso se insere nas suas competências, como aliás igualmente foi, seguramente, o entendimento e propósito do Legislador;

51. O qual, no próprio artigo 5.º da Lei n.º 41/2007, estabeleceu de forma clara o direito dos utentes *de reclamarem para a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), nos termos legais aplicáveis, caso os tempos máximos garantidos não sejam cumpridos.*”.

52. Resta, conseqüentemente, analisar a questão da fiscalização do cumprimento da Lei n.º 41/2007 e conseqüente instauração dos procedimentos sancionatórios por infracção ao disposto na Lei n.º 41/2007.

53. Ora, a este respeito deve ter-se presente que a concretização do direito fundamental de acesso aos cuidados de saúde evoluiu, em consentaneidade com a própria evolução da organização do SNS, de forma a ser já possível, hoje, estabelecer-se uma obrigação verdadeiramente concreta de garantia e respeito pela *igualdade e universalidade no acesso ao SNS*;

54. A ponto de ter sido possível, hoje e com o Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, tipificar como ilícito contra-ordenacional comportamentos que consubstanciem uma *violação das regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde*;

55. E, assim, prever-se o sancionamento, em sede de ilícito contra-ordenacional, de todos os comportamentos ou práticas que, dolosa ou negligentemente, consumada ou sob mera forma de tentativa, representem uma violação da referida de tais regras.

56. Mas tenha-se presente que o direito fundamental de acesso aos cuidados de saúde é estabelecido, desde logo, na Lei Fundamental – cfr. artigo 64.º da CRP;

57. Recordando-se, a este título, que tal direito à protecção da saúde constitucionalmente consagrado visa garantir o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde, o qual será assegurado, entre outras obrigações impostas constitucionalmente, através da criação de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) universal, geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito.
58. A concretização do direito à protecção da saúde estava, porém, dependente de uma intervenção legislativa conformadora desse direito – a qual foi realizada, desde logo, com a aprovação da Lei do Serviço Nacional de Saúde (Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro), assim como a sua maior ou menor concretização, num determinado momento, depende dos recursos materiais e financeiros disponíveis por parte do Estado⁴.
59. É neste sentido que a doutrina constitucional tem qualificado o direito à protecção da saúde, aliás como outros direitos sociais a prestações, como um direito sob “*reserva do possível*”⁵, o que implica uma aplicação gradualista e progressiva da imposição constitucional contida no artigo 64.º n.º 2 al. a) da CRP, de criação de um SNS universal, geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito⁶.

⁴ Na doutrina constitucional são comumente utilizadas as expressões “*reserva do possível*” e “*reserva de lei*”, que significam, respectivamente, que os direitos sociais, nos quais se integra o direito à protecção da saúde, estão dependentes da existência e disponibilidade de recursos materiais e financeiros, e de uma intervenção legislativa concretizadora e conformadora desses direitos.

⁵ Neste sentido, vd. na doutrina constitucional, entre outros, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, págs. 190 a 194 e JJ Gomes Canotilho *Manual de Direito Constitucional*, pág. 479.

⁶ Faz-se notar, contudo, que o direito à protecção da saúde “(...) não é, como acentuou este Tribunal nos seus Acórdãos n.ºs 39/84 e 330/89 (publicados no *Diário da República*, I Série, n.º 104, de 5 de Maio de 1984, e II Série, n.º 141, de 22 de Junho de 1989, respectivamente), um dos «direitos, liberdades e garantias», previstos no Título II da Parte I da Constituição, nem um direito de natureza análoga a estes, para efeitos de sujeição ao mesmo regime jurídico, nos termos do disposto no artigo 17.º da Lei Fundamental. É antes, um direito social típico e, enquanto tal, configura-se como um direito a acções ou prestações do Estado, de natureza jurídica (medidas legislativas), de carácter material (bens e serviços) e de índole financeira, necessárias à respectiva satisfação. Assim, ao contrário dos «direitos, liberdades e garantias»,

60. Ora, tal aplicação gradualista e progressiva representa que o direito de acesso é, então, igualmente conformado na diversa legislação que, ao longo do tempo, o tem concretizado, como sejam, a mero título exemplificativo

- i. a Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto);
- ii. o Estatuto do SNS (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro);
- iii. o Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril, que estabeleceu e regulamentou o regime de celebração de convenções pelo SNS; ou
- iv. o Decreto-Lei n.º 173/2003, de 1 de Agosto, que estabelece o regime das taxas moderadoras no acesso à prestação de cuidados de saúde.

61. Mas integram, igualmente, tal “acervo” legislativo conformador do acesso aos cuidados de saúde:

- v. a Lei n.º 41/2007, bem como as Portarias n.º 615/2008 e n.º 1529/2008 que regulamentam aquela primeira;
- vi. bem como o próprio Decreto-Lei n.º 127/2009, que estabelece o quadro regulador e fiscalizador, entre outros aspectos da actividade dos estabelecimentos de cuidados de saúde, do *cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei*” – cfr. al. b) do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 127/2009.

62. É do conjunto de tais normas – ou regras, para recorrer à terminologia empregue pelo Decreto-Lei n.º 127/2009 - que resulta, obviamente com

*cujo âmbito e conteúdo são essencialmente determinados ao nível das opções constitucionais, e, por isso, são directamente aplicáveis, (cfr. o artigo 18.º, n.º 1, da Constituição), o direito à protecção da saúde, como direito social, está dependente de uma «interposição legislativa», isto é, de uma actividade mediadora e subsequente do legislador, com vista à criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efectivo.” – Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 731/95, de 14 de Dezembro, Proc. n.º 274/90, publicado no *Diário da República*, II Série, de 26 de Março de 1996.*

- respeito do imperativo constitucional, a conformação do direito de acesso aos cuidados de saúde;
63. Sendo que o mesmo, por insitamente complexo, possui uma quádrupla perspectiva, a saber, económica, temporal, qualitativa e geográfica.
64. Ora, e como parecerá claro, as regras sobre os TMRG estabelecidas na Lei n.º 41/2007 e nas Portarias que a regulamentaram são regras claras, precisas e incondicionais relativas à vertente temporal de acesso aos cuidados de saúde.
65. E a conclusão é, então e como se impõe pelo respeito ao espírito e à letra da Lei, a de que tais regras são *regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde*;
66. E cuja violação se encontra tipificada como ilícito contra-ordenacional, como já visto, na alínea b) do n.º 2 do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, sancionável com coima de € 1000 a € 3740,98 ou de € 1500 a € 44 891,81, consoante o infractor seja pessoa singular ou colectiva.
67. Ou seja, uma tal previsão sancionatória, criada em momento posterior à Lei n.º 41/2007, constitui, desde logo, o regime sancionatório por infracção ao disposto na Lei n.º 41/2007;
68. Sem prejuízo de, claro está, possuir também um âmbito de aplicação objectivo mais lato.
69. Porém, o que aqui releva sublinhar é que o Decreto-Lei n.º 127/2009 representa, no aspecto que aqui se cuida, a efectiva concretização da vontade do Legislador no estabelecimento de um regime sancionatório por infracção à Lei n.º 41/2007;
70. Pelo que o ordenamento jurídico, no presente momento e por via da aprovação do Decreto-Lei n.º 127/2009, possui já a regulamentação também no que respeita ao estabelecimento de um regime sancionatório por infracção ao disposto na Lei n.º 41/2007.

III.

Conclusão

71. Atento o *supra* exposto e analisado, conclui-se no sentido que

- (i) a Lei n.º 41/2007, de 24 de Agosto, que constitui um elemento particularmente relevante de concretização do direito de acesso aos cuidados de saúde por utentes do SNS, estabeleceu os termos da Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do Serviço Nacional de Saúde; a definição e estabelecimento de “*tempos máximos de resposta garantidos*” e informação sobre os mesmos; o direito dos utentes reclamarem para a ERS sempre que consideram existir desrespeito pelos direitos que para si decorrem da referida Lei n.º 41/2007; e a determinação de sancionamento por infracção ao disposto na Lei n.º 41/2007;
- (ii) a Carta dos Direitos de Acesso, com a definição e estabelecimento de “*tempos máximos de resposta garantidos*” e com o reconhecimento do “*direito dos utentes à informação sobre esses tempos*” (cfr. n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 41/2007), e tal como já o era à luz dos objectivos regulatórios então estabelecidos no n.º 1 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, é ínsita aos objectivos da actividade reguladora da ERS, e especificamente àqueles estabelecidos no artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, a saber:
 - “b) *Assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei;*
 - c) *Garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes*”;
- (iii) no momento da adopção da Lei n.º 41/2007, o Decreto-Lei n.º 309/2003 não previa um regime sancionatório, designadamente em foro contra-ordenacional, para aqueles comportamentos que se pudessem revelar como contrários ao respeito do direito de acesso aos cuidados de saúde, o que justifica que o Legislador tivesse previsto a necessidade, no âmbito da Lei n.º 41/2007, de estabelecimento de um regime sancionatório em direito a constituir;
- (iv) pelas Portarias n.º 615/2008 e n.º 1529/2008 procedeu-se à regulamentação da Lei n.º 41/2007 quanto aos termos da Carta dos

Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do Serviço Nacional de Saúde; aos conceitos de definição e estabelecimento de “*tempos máximos de resposta garantidos*” e informação sobre os mesmos, sem prejuízo das suas evoluções previstas e necessárias; e ao direito dos utentes reclamarem para a ERS sempre que consideram existir desrespeito pelos direitos que para si decorrem da referida Lei n.º 41/2007;

- (v) o Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, veio entretanto tipificar como ilícito contra-ordenacional a violação das *regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde*;
- (vi) as regras sobre os TMRG estabelecidas na Lei n.º 41/2007 e nas Portarias que a regulamentaram são regras claras, precisas e incondicionais relativas à vertente temporal de acesso aos cuidados de saúde, sendo portanto *regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde* e cuja violação se encontra, então, tipificada como ilícito contra-ordenacional, como já visto, na alínea b) do n.º 2 do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, sancionável com coima de € 1000 a € 3740,98 ou de € 1500 a € 44 891,81, consoante o infractor seja pessoa singular ou colectiva.
- (vii) uma tal previsão sancionatória, criada em momento posterior à Lei n.º 41/2007 e sem prejuízo de possuir também um âmbito de aplicação objectivo mais lato, constitui o regime sancionatório por infracção ao disposto na Lei n.º 41/2007 por representar, no aspecto que aqui se cuida, a efectiva concretização da vontade do Legislador no estabelecimento de um regime sancionatório por infracção à Lei n.º 41/2007;
- (viii) assim, o ordenamento jurídico, no presente momento e por via da aprovação do Decreto-Lei n.º 127/2009, possui já a regulamentação também no que respeita ao estabelecimento de um regime sancionatório por infracção ao disposto na Lei n.º 41/2007, verificando-se uma total coerência e congruência sistémica entre a Lei n.º 41/2007 e o Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, que aprovou o novo quadro legal e competências da ERS.