

Luís António Malheiro Meneses do Vale

Direito constitucional e economia da saúde

Racionalização e racionamento, equidade e justiça na alocação de recursos em saúde



Imagem de um hospital medieval

Centro de Direito Biomédico

Curso de Direito da Medicina

Serviços Partilhados do Ministério da Saúde,

Lisboa, 2019

ROTEIRO

NOTA PRÉVIA

Com a sobrecarga conceitual e a multiplicação de *dispositivos* significadores que exhibe, o perifrástico título adscrito a esta aula despede sentidos *em* (e *com*) várias *di-recções* (dificilmente contíveis e harmonizáveis numa lição breve), mas oferece-se-nos, também, à guisa de um *sistema complexo de lentes*, capaz de refractar, de modo difuso ou concentrado, a radiação nuclear do curso de *Direito da Medicina*, assegurado pelo CDB junto dos *Serviços Partilhados do Ministério da Saúde*, no qual se integra. Deste prisma, sugere, de facto, uma desafiante sobreposição de *enquadramentos*, ao mesmo tempo que proporciona intrincados cruzamentos de *perspectivas*, *intenções fenomenológicas*, *modos de inteligência e racionalidade*, em torno de uma miríade de *pontos de incidência* e *instâncias de re-flexão* assaz variegadas.

Como diste de *simples*, os vários elementos do *composto* que forma requerem um *arranjo*, devidamente explicitado – no mínimo de propósita justificação propedêutica (e em abono da clareza e fluência discursivas) – ao longo de um eixo comum.

Ora, respondendo a semelhante repto com um preliminar exercício de focagem que, sem alinhar todas as ópticas, permita uma liminar fixação da objectiva, dir-nos-íamos sobremaneira convocados, nesta sede, à demora no problema fulcral da *alocação de recursos* - assim formulado em termos que denunciam, já, contudo, uma certa adesão ou filiação epistemológica ou disciplinar (ou pelo menos o *facto* da respectiva hegemonia ou paradigmática), fortemente sobredeterminada por uma certa orientação doutrinal e teórica político-culturalmente predominante. Com efeito, a assimilação da economia a um problema de alocação alternativa de recursos escassos à satisfação otimizada de interesses competitivos constitui a marca de água da *síntese neoclássica*, enquanto retoma a herança político-económica do liberalismo individualista, levada, porém, ao extremo da física cientificização (Walras, Jevons, Menger) pelo *marginalismo subjectivista* (não obstante as diatribes marxista, anárquica ou institucional, e a obtemperada adopção de alguns contributos heterogéneos, nomeadamente de teor keynesiano).

Este viés económico denota-se expressamente no primeiro segmento locucional referido à saúde (*economia da saúde*), expondo, todavia, uma suplementar fenda ou dobra problemática, neste caso entre a prática ou realidade social e a sua inteligibilização, reflexão ou racionalização, i.e., entre a economia como conjunto de fenómenos sociais ou segmento parcelar da realidade, passível de estudo e este último, como ciência ou disciplina que a observa, descreve, analisa, conceitualiza e sistematiza.

Na verdade, *ave o direito constitucional* - desde, pelo e para o qual interrogamos o problema nuclear em apreço – seja instado a encontrar-se com tal realidade, por sobre silenciar

um sem número de pressupostas aporias no tocante à própria possibilidade do exercício, só acentua a nota acima salientada, atenta a carga histórica e ideológica, não apenas do *constitucionalismo económico* enquanto corrente doutrinal (J. Buchanan), como também do conceito e teoria do direito constitucional económico¹.

Se o reconhecimento da interpenetração entre sociedade e Estado, de um lado, e da imprescindível radicação material da normatividade jurídica fundamental da comunidade política, de outro, criaram, no século XX, as condições para a tematização crescente da regulação e controlo político-jurídicos da economia², a despeito de todas as polémicas envolvidas, a *diferenciação, globalização, aceleração e individualização sociais* crescentes vêm erguendo obstáculos cada vez maiores à *sobreposição* (ainda que parcial e intencional-problematicamente circunscrita) do direito e da política relativamente aos demais subsistemas sociais. Tudo o que converge num diagnóstico de crise da *constitucionalidade*, concebida ou preconizada como uma sorte de *síntese projectivamente politonómica ou politéica* da filosofia e história política, jurídica e social, ou seja, quer enquanto sublimação intencional dos principais sentidos constituintes que inervam as várias esferas ou campus da praxis, quer enquanto estruturante macroscópico das instituições e subsistemas que autopoieticamente tendem a gerar, minando-lhe uma certa pretensividade holística (conquanto fantasmal ou mais modestamente trans ou intermedial), cujos perigos, de resto, convém não menosprezar.

A consciencialização das dificuldades inerentes à penetração e inervação constitutiva e regulativamente conformadora e transformadora da sociedade pela normatividade implícita num projecto de desenvolvimento político-social global – percepção inevitável face aos abismos há muito cavados, i.a., entre *teoria e prática, ser e dever-ser*, - revelou-se logo a propósito da juridificação e constitucionalização da economia e do conceito de constituição económica, essencialmente tributário da Escola de Friburgo,

¹ A expressão difundiu-se no sul da Europa (Itália, Espanha, Portugal) a partir do alemão *Wirtschaftsverfassung*, ao passo que, em França, o ascendente da publicidade sobre a constitucionalidade, enquanto categoria política e jurídica, solidária da própria concepção republicana influiu na prevalência da fórmula *ordre publique économique* ou de *l'économie*. A locução conheceu escassa difusão no mundo anglo-saxónico, mas comparece também em obras recentes (Tony Prosser, *The Economic Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014). Usa-se, por vezes, num sentido amplo, que compreende a constituição financeira e fiscal e até, sendo caso disso, as orientações e garantias económicas pressupostas pela constituição social e até política. Entre nós, v. por todos, João Pacheco Amorim, *Direito Administrativo da Economia - Vol. I (Introdução e Constituição Económica)*, Almedina, Coimbra, 2014, cujo conteúdo se acha parcialmente antecipado em Idem, “A constituição económica portuguesa: enquadramento dogmático e princípios fundamentais”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 8 (2011), p. 31-106; para a Itália, a Espanha, os países sul-americanos e a Alemanha, v. — Giuseppe De Vergottini, “La costituzione economica italiana: passato e attualità”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra, 1.vol.: *Direito constitucional e justiça constitucional*, 2012, pp. 837-857; Christian Viera Álvarez, Jaime Bassa Mercado, Juan Carlos Ferrada Bórquez, “Una aproximación a la idea de «constitución económica» y sus alcances en la constitución chilena”, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Volume 49, Issue 145, 2016, pp. 325-259; Gabriel Moreno González, “El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de obligaciones”, in *Ivs Fugit*, 20, 2017, pp. 117-156; Miguel Herrero de Miñon, “La Constitución Económica: Desde la Ambigüedad a la Integración”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 19, Num. 57, Septiembre-Diciembre, 1999, pp. 11-32; Peter Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: ein exemplarischer Leitfadens*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, 2005.

² Sobre política e direito económico, cf. Gilberto Bercovici, “Política económica e direito econômico”, in *Pensar, Fortaleza*, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011, pp. 562-588. A afirmação deste último tem tradução já consolidada na manualística portuguesa, através de obras que vão de Carlos Mota Pinto (*Direito Público da Economia*) até Luís Cabral de Moncada, passando por Carlos Ferreira do Amaral, Afonso Vaz ou Jorge Miranda.

na sua originária divulgação³. As insuficiências e deficiências da teoria constitucional, a propósito descobertas e, entre outras, objecto da seminal *Methodenstreit* germânica dos anos 30, tiveram a sua trágica expressão na malograda experiência da promissora Constituição de Weimar, cujo centenário fundacional comemoramos em 2019, e prolongaram-se, depois da guerra, nos debates em torno da suposta neutralidade económica da constituição de Bona e do alcance normativo da cláusula de social-estadualidade que consagrou (Forsthoff/Abendroth). Hoje em dia têm na União Europeia e nas muitas frentes de combate por uma ordem mundial mais justa, campos privilegiados de renovada discussão, tanto mais que se mostram irretrocáveis as nefastas consequências que a prevalência do ordo-liberalismo de matriz germânica na integração económico-monetária, da primeira, e do neoliberalismo anglo-americano, plasmado no Consenso de Washinton, na segunda, vêm desencadeando⁴.

Por sob a *magna quaestio* da produção, intercâmbio e distribuição de recursos, que ocupa a economia e – quer directamente, quer por intermédio da racionalização e institucionalização ditadas pela sua reflexividade própria - interpela o direito, a política e a constitucional inteseccção de ambas, late, obviamente, o coração da *saúde*, de si mesmo tão omnipresente e coessencial à condição intercorporal do homem como *Mit-sein*, que (não apenas no plano sociologicamente material e intencional, como ao nível da axiológica intencionalidade que auto-transcende de, pela e para a cultura), necessariamente as irriga e molda com um sentido parcialmente autónomo, extensivo da deveniente auto-compreensão e projecção do homem e circulante por todos os escaninhos – individuais e colectivos, particulares e comuns, empíricos e ideais, conscientes e inconscientes, físicos e psíquicos – da experiência humana no mundo.

Não se cuida, pois, somente, da saúde, economicamente perspectivada ou ordenada⁵, a partir do direito constitucional mas – e bem mais - do modo como o reconhecimento e co-constituição do bem saúde pelo direito fundamental das comunidades sócio-políticas (mormente

³ David Jungbluth, *Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeurteil*, Springer, Wiesbaden, etc, 2018.

⁴ Mesmo no contexto das concepções sistémico-funcionais e reflexivamente autopoiéticas (G. Teubner, Marcelo Neves) a constitucionalização de um subsistema social como o da economia (ou o da saúde) reclama a justiça como *fórmula de transcendência* e a instituição de mecanismos (posto que endogenamente gestados) de auto-transcensão, visando no fundo, a manutenção da autonomia face ao ambiente, mas também a garantia dos mecanismos de tradução interna dos ruídos externos e um esboço de constituição de estruturas de interpenetração orgânica e funcional. Resta saber se esta domesticação civil e pragmaticamente realista da democracia política e da normatividade jurídica que a constituição quase simbioticamente dialectiza não cede demasiado ao *status quo*, desactivando o potencial crítico e verdadeiramente transformador que dela deveria, porventura, esperar-se.

⁵ Acerca da economia da saúde, cf., por exemplo. Sherry Glied & Peter Smith (Eds.), *The Oxford Handbook of Health Economics*, OUP, Oxford, 2011; _Sherman Folland, Allen C. Goodman, Miron Stano, *The Economics of Health and Health Care*, 7th Edition, Pearson, Boston, etc., 2013; Thomas E. Getzen, *Health Economics and Financing*, Fifth Edition, Wiley, 2013 Andrew M. Jones, Nigel Rice, Teresa Bago D’Uva and Silvia Balia, *Applied Health Economics*, Routledge, London and New York, 2nd edition, 2013. Anthony J. Culyer (Ed.), *Encyclopedia of Health Economics*, Elsevier, Amsterdam, 2014. Charles E. Phelps, *Health Economics*, Routledge, London and New York, 5th edition, 2016 (a primeira edição remonta a 97); Donald J. Meyer (Ed.), *The Economics of Health*, Upjohn Institute for Employment Research, Kalamazoo, Michigan, 2016. Simon Eckermann, *Health Economics from Theory to Practice (Optimally Informing Joint Decisions of Research, Reimbursement and Regulation with Health System Budget Constraints and Community Objectives)*, Adis/Springer, 2017; John B. Davis and Robert McMaster, *Health Care Economics*, Routledge, London and New York, 2017.

de tipo ocidental e europeu), repercutindo-se na responsabilização constitucional pela respectiva protecção e promoção, orienta e modela os meios, nomeadamente económicos, exigidos pela sua efectivação. Tanto basta para concluir que se extravasa, em muito, o âmbito estrito de um direito dos médicos ou da prática da medicina, situando a saúde no centro do político e do seu *nomos constitucional*, a fim de rastrear a multiplicidade dos respectivos agenciamentos - actividades e acções, práticas e relações, assim como as instituições em que formal ou materialmente (e com maior ou menor reflexividade crítico-regulativa e reconstituiva) estas se estabilizam, prolongam e projectam. Opção que encontra respaldo no texto constitucional português (64.º), permitindo eleger o SNS - correctamente inteligido como garantia institucional ou meio de realização multimoda e proactiva das exigências normativas decorrentes do bem saúde (em particular dos deveres de respeito, defesa e efectivação facilitadora, promotiva ou directamente prestativa) - como ponto focal de análise, à volta do qual organizar os demais referentes titularmente indiciados.

Efectivamente, a sequência de planos que aí se divisam, pede uma montagem abeirada do devir fílmico ou, pelo menos, de uma orquestrada composição fotográfica. Dada a *responsabilidade estrutural* das sociedades politicamente organizadas *pela realização da justiça* v.g., em matéria de saúde e privilegiando, por princípio e proximidade, o desenho constitucional de serviços de provisão universal, solidariamente financiados, no intuito de os relegitimar, esta *fala-lição* escande-se em três tempos, correspondentes a 3 pontos (3p's), relacionáveis entre si: a alocação da saúde (i) actua como fulcro de um vórtice de problematização que atinge as **políticas ou práticas públicas de racionamento e racionalização** (ii) e os **princípios da equidade e da justiça** (iii), ligando-os entre si: *Prob [Afr (Pri =>Pra)]*.

No *subsistema societal de saúde* (Luhmann) desenvolvido, como uma *esfera de justiça própria* (M. Walzer), e com os seus *campus* de acção (Bourdieu), sujeitos e actores, espaços de poder e estruturas específicas - e em obediência ao valor da saúde, mormente na sua titulação individual - problematizam-se, destarte, os *princípios de equidade e da justiça* e as *políticas do racionamento e da racionalização*: em si mesmos e na relação que estabelecem entre si (no interior de cada uma das dicotomias), assim como na oportunidade, fundamento e limites da destriça entre os dois blocos diádicos. Havendo de sobressair, nestes enlances, duas linhas directivas primaciais (ainda defluentes da imposição teórico-constitucional introdutoriamente propugnada), a saber: o da não equiparação da *equidade* à *justiça* ou sequer à *igualdade* substancial, *concreta ou material*, reivindicada por um sistema republicano de provisão de saúde; o da não contraponibilidade do *racionamento* à *racionalização*, dada a plasticidade e enorme latitude desta última e a manipulação expiatória do primeiro que a sua mobilização disjuntiva autoriza.

A defesa de uma *solidária universalidade institucional*, de cunho integral e tendencialmente geral, no âmbito do qual se proporcione a prestação dos cuidados

concretamente adequados, segundo o princípio/critério da necessidade individual, e compatível com esquemas positivamente discriminatórios para categorias ou situações subjectivas e objectivas contadas (idosos, crianças, doentes crónicos, etc.), postulando uma equidade material particular devidamente incrustada nesse sistema medial de igualitarização (ou por outra, de exponencial diminuição das desigualdades sociais), confere indiscutível centralidade às políticas públicas de racionamento⁶, cuja legitimação de princípio - porquanto decorrente do exercício de competências-tarefas constitucionais, por parte das entidades incumbidas de as honrar - se afere pela observância dos parâmetros constitucionais quanto ao *se*, ao *como*, ao *quando*, ao *quanto*, ao *quem*, ao *porquê* e ao *para quê*.

(SUMARÍSSIMO)

INTRODUÇÃO

I. DIREITO, CONSTITUCIONALIDADE, ECONOMIA & SAÚDE

1. A saúde
2. A *ordenação normativa social*, do direito à constitucionalidade
3. A Economia como *ciência/política* da sociedade
4. A economia da saúde
5. *Direito constitucional e economia da saúde*

II. A ALOCAÇÃO DE RECURSOS EM SAÚDE: 3P (PRINCÍPIOS, POLÍTICAS, PROBLEMAS)

1. Da *justiça à equidade*
 - 1.1. Saúde e Justiça
 - 1.2. As declinações da *igualdade*
 - 1.3. A equidade
2. Entre *racionalização e racionamento*
 - 2.1. Da *Racionalização ao racionamento*, em geral
 - 2.2. O racionamento
 - 2.2. O *racionamento na saúde*, em especial
3. *Princípios, práticas e juízos*: tópicos para uma *regulação* jurídico-pública
 - 3.1. Possibilidades e limites do racionamento
 - 3.2. *Alinhamentos* para um racionamento jurídico-constitucionalmente justo

CONCLUSÃO

⁶ Peggy Foster, *Access to Welfare. An Introduction to Welfare Rationing*, Macmillan, 1983; Stan Cox, *Any Way you slice it. The Past, Present and Future of Rationing*, The New Press, New York, London, 2013.