



UNIVERSIDADE CATÓLICA | FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

**DIREITOS DOS PARTICULARES PERANTE O  
INCUMPRIMENTO DOS TMRG NO SNS E MEIOS  
CONTENCIOSOS PARA OS EFETIVAR**

Mestranda: Marta Rasquilha Corado Ribeiro Correia

Orientador: Exmo. Sr. Professor Doutor Rui Pedro Costa Melo Medeiros

29 de março de 2023

## **Agradecimentos**

Quero começar por agradecer ao Sr. Professor Rui Medeiros, por ter aceite ser meu orientador e por se ter mostrado sempre imensamente disponível ao longo destes meses, conseguindo responder-me com prontidão no meio de toda a sua atarefada vida profissional. Não posso deixar de referir que as razões que me levaram a escolhê-lo para meu orientador, nomeadamente o profissionalismo e exigência que demonstrou num contexto de aulas, se vieram mais uma vez a comprovar no contexto de elaboração desta dissertação.

Aos meus pais, por serem os meus pilares e por me darem as ferramentas para, com serenidade, ultrapassar todos os obstáculos. Ao meu pai, por me ensinar que não há nada mais importante do que a nossa independência e por me mostrar todos os dias o valor do trabalho. À minha mãe, por me mostrar que devemos pôr tudo o que somos em tudo o que fazemos, e por me transmitir que é fundamental lutarmos por aquilo que queremos e irmos sempre mais além.

À minha irmã, por ser um exemplo de profissionalismo e excelência e por ter a sensibilidade para me compreender nesta fase, transmitindo-me tranquilidade e força de vontade para ir mais longe. Nutro uma enorme admiração por ela.

À minha família que tanto estimo, porque ao longo deste percurso, contribuíram através dos seus exemplos, para me motivar e para me mostrar que não há nada mais importante que a união familiar. Um especial agradecimento à Margarida e ao Samuel, por serem como irmãos para mim e por me fazerem rir em todos os momentos.

Aos meus amigos, de quem tanto me afastei para conseguir o foco e o empenho de que necessitava e, em particular, à Luka, porque apesar da distância, sempre me mostrou o verdadeiro valor da amizade.

Por fim, não posso deixar de agradecer à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa porque através da enorme exigência que a caracteriza, me permitiu desenvolver um espírito crítico e prático na forma de ver o Direito. E também à Universidade Católica porque embora não seja a minha “casa” original, mostrou-me durante este mestrado, uma forma diferente de aprendizagem que em muito contribuirá para o meu percurso profissional.

# Índice

<b>Lista de Siglas e Abreviaturas</b> .....	3
<b>Introdução</b> .....	5
<b>Parte I</b> .....	7
<b>1. Os Tempos Máximos de Resposta Garantidos no SNS</b> .....	7
<b>1.1. A Portaria n.º153/2017, de 4 de maio</b> .....	8
<b>1.2. Análise comparativa com os restantes países da UE</b> .....	10
<b>1.3. Na prática</b> .....	14
<b>Parte II</b> .....	19
<b>2. O Direito de exigir o cumprimento dos TMRG</b> .....	19
<b>2.1. Meio processual para fazer valer esse direito em tempo útil</b> .....	23
<b>2.2. A eventual aplicabilidade do meio processual de intimação para a proteção de direitos liberdades e garantias</b> .....	25
<b>Parte III</b> .....	34
<b>3. Responsabilidade Pelo Funcionamento Anormal do Serviço</b> .....	34
<b>3.1. A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado- Enquadramento</b> .....	34
<b>3.2. Regime da Responsabilidade pelo Funcionamento Anormal do Serviço</b> .....	34
<b>3.3. E quando falamos em incumprimento dos TMRG? Podemos enquadrar este incumprimento numa situação de funcionamento anormal do serviço?</b> .....	41
<b>Conclusão</b> .....	49
<b>FONTES</b> .....	51
<b>ANEXO I</b> .....	57

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

ACSS Administração Central do Sistema de Saúde

ARS Administração Regional de Saúde

CC Código Civil

CDFUE Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CPA Código do Procedimento Administrativo

CRP Constituição da República Portuguesa

CPTA Código de Processo nos Tribunais Administrativos

DL Decreto-Lei

DLG Direito(s) Liberdade(s) e Garantia(s)

EHCI Euro Health Consumer Index

ERS Entidade Reguladora da Saúde

LBS Lei de Bases da Saúde

LIC Lista de Inscritos para Cirurgia

LVT Lisboa e Vale do Tejo

MCDT Meios Complementares de Diagnóstico e Terapêutica

RRCEE Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

RNCCI Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados

RS Região de Saúde

REC Processos de reclamação, sugestão ou elogio

SGREC Sistema de Gestão de Reclamações

SIGA SNS Sistema Integrado de Gestão do Acesso no Sistema Nacional de Saúde

SNS Serviço Nacional de Saúde

STA Supremo Tribunal Administrativo

SRER Sistema de Registo de Estabelecimentos Regulados

TCAN/S Tribunal Central Administrativo Norte/Sul

TMRG Tempos Máximos de Resposta Garantidos

UE União Europeia

## Introdução

O direito à proteção da saúde é um direito fundamental, constitucionalmente consagrado no art.64.º da CRP, que cabe ao Estado tutelar, e que é efetivado mediante um SNS universal, geral e tendencialmente gratuito.

Tem-se verificado um aumento na procura de cuidados de saúde originando dificuldades na resposta atempada às necessidades de saúde dos utentes, por esta razão, têm sido diversas as tentativas de dotar o SNS de instrumentos e mecanismos que lhe permitam dar respostas eficazes. Assim, surgiu a necessidade de definir tempos máximos de resposta garantidos consoante o quadro clínico de cada utente, dando garantias de que a resposta às suas necessidades de saúde, se fará dentro de tempos considerados clinicamente razoáveis. Atualmente os TMRG vêm fixados na Portaria 153/2017, de 4 de maio.

Pese embora na prática, como veremos adiante, a realidade seja outra. Do que se pôde apurar, embora de um modo geral Portugal esteja no grupo de países que mais preocupações revelam com esta questão, o esforço parece mais teórico do que prático. Por um lado, porque facilmente constatamos que os TMRG não estão a ser cumpridos e as consequências para o seu incumprimento são francamente insuficientes e, por outro, porque onde devia haver uma maior preocupação com o respeito pelos TMRG, nomeadamente na área das doenças oncológicas, por ser a segunda maior causa de morte no nosso país, é precisamente a área onde se verifica um maior incumprimento.

Quando um utente se depara com o incumprimento dos TMRG, de onde decorrem sérios riscos para a sua saúde, atendendo apenas ao que está expressamente previsto na Portaria 153/2017, de uma forma imediata poderíamos ser levados a concluir que apenas se pode fazer valer do mero direito à queixa. Mas será esta a única forma de tutela que encontramos para proteger um direito tão sério e necessário como o direito à saúde? É precisamente nesta base que avaliaremos a natureza do prazo que consubstancia os TMRG, bem como os direitos que surgem na esfera dos utentes quando se verifica o seu incumprimento, procurando discutir a eventual aplicabilidade do(s) meio(s) processual(s) que permitam ao utente, carecido de imediatos cuidados de saúde, requerer ao tribunal a emissão de uma decisão, que imponha à Administração a adoção de uma conduta tendente a assegurar em tempo útil o direito à saúde dos utentes. Sem deixar, paralelamente, de

averiguar a eventual aplicação de uma tutela indemnizatória, mediante o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, porquanto se encontrem preenchidos os seus requisitos.

Num pós pandemia que levou o SNS ao seu limite, pondo à prova a sua capacidade de resposta, e com o aumento significativo dos tempos de espera nas urgências dos mais diversos hospitais públicos, talvez seja este o momento de tornar o SNS mais capaz e eficaz, dando sérias garantias a quem tanto dele necessita. Para o efeito, é necessário que possamos esperar de um serviço público de tamanha importância, como é a saúde, uma prestação de cuidados de qualidade e excelência. Não ignorando, naturalmente, as dificuldades decorrentes do facto de se tratar de um serviço público, que está desgastado e que conta hoje com menos meios materiais e humanos, não devemos deixar de exigir garantias e compromissos sérios, que nos façam ter confiança num serviço de saúde público que atenda às necessidades de todos e de cada um de nós.

Num Estado de Direito, como o nosso, é de suma importância que consigamos esclarecer que direitos nos assistem e com que garantias podemos contar no acesso aos cuidados de saúde. Para o efeito, cabe descortinar até que ponto podemos ir para garantir a efetivação do nosso direito fundamental à proteção da saúde, para que possamos viver num país de efetivas e reais garantias, e não num país repleto de ponderadas e competentes medidas teoricamente bem pensadas mas sem carácter garantístico.

**Palavras-Chave:** Cuidados de Saúde; Tempos Máximos de Resposta Garantidos; Serviço Nacional de Saúde; Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço; Intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias;

## Parte I

### 1. Os Tempos Máximos de Resposta Garantidos no SNS

Os TMRG estão previstos na Portaria n.º153/2017 de 4 de maio (descritos por níveis e tipos de cuidados de saúde no seu Anexo I) e constituem os limites temporais à atuação do SNS, definindo tempos máximos para sete tipos de cuidados de saúde<sup>1</sup>, a saber: os cuidados de saúde primários, a primeira consulta de especialidade hospitalar, a avaliação para realização de planos de cuidados de saúde programados, a realização de MCDT, a realização de procedimentos hospitalares cirúrgicos programados, entidades com acordos e contratos de convenção e, por fim, entidades com contratos no âmbito do RNCCI.

São realizados anualmente Contratos-Programa<sup>2</sup> entre a ACSS, a Administração Regional de Saúde responsável por aquela determinada Unidade de Saúde e o Centro Hospitalar em questão. Preveem vários objetivos, entre os quais os de acesso, onde se insere o respeito pelos TMRG, cujo incumprimento poderá acarretar penalidades pecuniárias até um total de 3% do valor do Acordo.

A par da Portaria n.º 153/2017, foram desenvolvidos outros mecanismos de definição e controlo dos tempos de espera por tipo de intervenção em causa ou patologia específica. É de referir o programa CTH (Consulta a Tempo e Horas) que consiste num sistema eletrónico de referenciação dos pedidos de primeira consulta de especialidade hospitalar. O SIGIC (Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia), que vem regulamentado na Portaria n.º 207/2017, de 11 de julho, foi criado em 2004 no âmbito dos programas especiais de combate às listas de espera, regulamenta toda a atividade cirúrgica programada e todas as etapas do processo de gestão do utente (desde a inscrição em lista cirúrgica até ao pós cirurgia). Quando um utente é proposto para cirurgia num Hospital do SNS, é colocado em lista de espera e caso essa Unidade de Saúde não consiga garantir a cirurgia dentro do tempo útil estipulado, (decorrido 75% do tempo de espera), o SIGIC emite um vale cirurgia para que se possa recorrer a um dos Hospitais Privados convencionados, caso sejam ultrapassados em 100% os TMRG para o nível de prioridade

---

<sup>1</sup> Cujas definições constam do Anexo II da Portaria n.º153/2017.

<sup>2</sup> Estão organizados por anos e por regiões de saúde e divulgados no site da ACSS, sendo acessível através do seguinte link: <https://www.acss.min-saude.pt/2016/07/22/met-contratualizacao/>.

do utente, é emitido novo Vale Cirurgia (podem ser emitidos no máximo dois Vales automaticamente e um terceiro solicitado pelo utente).

O SIGA SNS vem regulado na Portaria n.º147/2017, de 27 de abril, constituindo um sistema de acompanhamento, controlo e disponibilização de informação integrada, cujo objetivo é permitir aos utentes um conhecimento geral acerca do acesso à rede de prestação de cuidados no SNS e assegurar uma resposta célere. A alínea d) do art.3.º da presente Portaria estabelece como um dos objetivos do SIGA, “Melhorar os tempos de resposta aos utentes, mediante o cumprimento integral dos Tempos Máximos de Resposta Garantidos (TMRG) e a adequada gestão das listas de inscritos para a prestação de cuidados de saúde”. No seu art.20.º (em particular nos números 1, 2/b) e 3) revela uma vez mais preocupação com o cumprimento dos tempos de espera, considerando o seu incumprimento como uma não conformidade, remetendo para as consequências previstas nos Contratos-Programa, supra referidos.

### **1.1.A Portaria n.º153/2017, de 4 de maio**

O sistema de saúde português teve uma forte influência do modelo *Beveridge*, que surgiu em 1940 no Reino Unido e serviu, ao lado do modelo *Bismarck* (alemão), como ponto de partida para a criação dos sistemas de saúde europeus de hoje. O modelo *Beveridge*, previa um acesso universal a cuidados de saúde, financiados pelos impostos pagos pelos cidadãos e gerido pelo Estado. Foi precisamente no Reino Unido que se verificou uma maior preocupação com os pacientes e a necessidade de os colocar como foco principal no novo sistema de saúde e, por isso, em 1991, para avaliar o desempenho dos cuidados de saúde prestados em áreas como os tempos de espera, foi criada a *Patient's Charter*<sup>3</sup>, constituindo uma referência para a definição dos tempos de espera que começaram a constar dos programas dos vários países da UE.

O ponto de partida, no nosso país, foi a Lei n.º41/2007, de 24 de agosto, que contribuiu para a concretização do direito de acesso aos cuidados de saúde no SNS. Criou a Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do SNS, onde se definiam os TMRG bem como a direito à informação sobre os mesmos<sup>4</sup>. Estabelecia

---

<sup>3</sup> Vide WOLF, PAULO JOSÉ WHITAKER/OLIVEIRA, GIULIANO CONTENTO DE, in *O “Espírito de Dunquerque” e o NHS Inglês: Teoria, História e Evidências*, in Revista Tempo do Mundo, Volume 3, n.º2, julho, 2017, pp.193-241.

<sup>4</sup> Assim vinha previsto nos arts.2.º, 3.º e 4.º da Lei n.º41/2007.

como consequência para o incumprimento da presente lei, e portanto dos TMRG, o direito de o utente reclamar para a ERS, nos termos dos arts.5.º e 6.º da presente Lei. Contudo, previa também que os concretos TMRG deviam ser posteriormente definidos por Portaria do Ministério da Saúde, sendo assim criada a Portaria n.º1529/2008, de 26 de dezembro, aplicável a todo o tipo de prestações de saúde sem carácter de urgência em todos os estabelecimentos do SNS.

Mais tarde, a Lei n.º15/2014, de 21 de março, veio revogar a Lei n.º41/2007, compilando apenas num diploma os direitos e deveres do utente. Esta Lei<sup>5</sup> para além de reforçar o direito do utente reclamar para a ERS no caso de incumprimento dos TMRG, remete, no que respeita ao regime sancionatório, no seu art.29.º, para os Estatutos da ERS<sup>6</sup>, que consideram que a violação dos deveres constantes da Carta dos Direitos de Acesso consubstancia um ilícito contraordenacional. Na sequência desta Lei surgiu a Portaria n.º87/2015, de 23 de março, que veio alterar o enquadramento dos TMRG, reforçando a lógica do direito de acesso dos utentes a cuidados de saúde de qualidade em tempo adequado, mediante a dignificação do direito à informação<sup>7</sup>. Após o que surgiu a atual Portaria n.º153/2017, de 4 de maio, que entrou em vigor a 1 de junho de 2017, com o intuito de reforçar e melhorar o acesso atempado a cuidados de saúde. Passa a prever ao invés de três, seis diferentes tipos de cuidados de saúde, abarcando mais situações do que as que estavam previstas anteriormente, mantendo os quatro níveis de prioridade previstos e não fazendo referência às diferentes patologias existentes, o que é lamentável sobretudo no que concerne às doenças oncológicas.

A ERS é uma entidade administrativa independente e tem, entre outras, as seguintes atribuições<sup>8</sup>, garantia da qualidade dos serviços prestados pelos estabelecimentos de saúde, defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos e verificação do cumprimento das regras relativas às queixas e reclamações dos utentes. Assim, tem os poderes regulamentar, de supervisão, fiscalização e ainda sancionatório. O seu poder de fiscalização é exercido através, por exemplo, da verificação do cumprimento da Carta dos Direitos de Acesso e o sancionatório mediante a decisão de processos de contraordenação

---

<sup>5</sup> Refere que é ao membro do Governo responsável pela área da Saúde que compete estabelecer por Portaria os TMRG (art.26.º)

<sup>6</sup> Embora a Lei remeta para o DL n.º127/2009, de 27 de maio, diploma que estabelecia o regime jurídico da ERS, hoje consta do DL n.º 126/2014, de 22 de agosto, que aprovou os Estatutos da ERS, que sempre que se remete para o DL n.º127/2009, se deve entender a remissão feita para os Estatutos da ERS.

<sup>7</sup> Conforme previsto no art.4.º da referida Portaria.

<sup>8</sup> Vide em particular as alíneas c) e d) do art.10.º do DL 126/2014, de 22 de agosto.

dos ilícitos, quando há violação dos direitos contidos na presente Carta, como é o respeito pelos TMRG previamente definidos (arts.13.º/a)/b) e 61.º/1/a) do DL n.º126/2014).

Não existe uma definição universal acerca do que se considera tempo útil, isto é, tempo de espera clinicamente aceitável. Talvez também por isso, se desconhecem as razões que estiveram na base da definição dos concretos TMRG que constam da Portaria 153/2017. Torna-se indefensável concluir que foram razões médicas e/ou científicas que conduziram à sua definição, uma vez que não há conhecimento do método e exato procedimento que levou à definição dos mesmos. Para o efeito, defende o Tribunal de Contas que: “A definição e revisão dos TMRG não resultaram de um processo institucionalizado e documentado, que incluísse auscultações regulares e compreensivas de entidades com relevância para o processo, como os colégios de especialidades e competências da Ordem dos Médicos. O processo baseou-se em contributos pontuais, em propostas de organismos do Ministério da Saúde e na conjugação dos tempos a definir com o desempenho pretérito dos prestadores dos cuidados de saúde do SNS.”<sup>9</sup>. Mais, o Relatório do Grupo Técnico Independente (de julho de 2018) com o intuito de avaliar os sistemas de gestão do acesso a cuidados de saúde no SNS, concluiu pela inexistência de informação acerca dos critérios utilizados na definição dos TMRG, admitindo que se terá tratado de uma decisão meramente política.

## **1.2. Análise comparativa com os restantes países da UE**

O direito à proteção da saúde, constitui um direito fundamental dos cidadãos da UE (art.35.º da CDFUE). Para prosseguir este direito, os Estados devem garantir um acesso universal e equitativo a cuidados de saúde, independentemente do modelo de sistema de saúde adotado em cada Estado Membro. Pese embora não exista nenhum instrumento europeu que estabeleça a necessidade de definir tempos de espera nem quais os critérios a que se deve obedecer, é uma preocupação que não é recente e que tem vindo a ser revelada sobretudo nos indicadores de desempenho de cada Estado, no que concerne ao acesso a cuidados de saúde. Retrata bem esta situação, a proposta elaborada em 2002 pela Active Citizenship Network, de uma Carta Europeia dos Direitos dos Pacientes<sup>10</sup> que

---

<sup>9</sup> Neste sentido, o Tribunal de Contas, no Relatório N.º11/2022, *Auditoria ao Acesso a Cuidados de Saúde Oncológicos no SNS*, cit., p.19.

<sup>10</sup> Disponível para consulta em:

[https://ec.europa.eu/health/ph\\_overview/co\\_operation/mobility/docs/health\\_services\\_co108\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf).

decorre do citado art.35.º da CDFUE e onde consta, no ponto 7, o “Right to Respect of Patient’s Time”. Consubstancia o direito dos utentes receberem tratamento dentro de um prazo célere e predeterminado (os serviços de saúde têm o dever de fixar os tempos de espera dentro dos quais os cuidados devem ser prestados). Prevê um dever de garantir a adesão imediata em caso de listas de espera (a que qualquer pessoa pode aceder). Estabelece ainda que sempre que não for possível aos serviços em causa prestar os cuidados de que o utente carece, dentro do tempo predefinido, deve poder recorrer a serviços alternativos de idêntica qualidade, sendo os custos suportados pelo paciente reembolsados num prazo razoável.

Apesar de ainda não estar concretizado, como se disse, um diploma comunitário que defina ou indique os parâmetros a observar na definição dos TMRG nos vários sistemas de saúde, nas últimas décadas, foram dados alguns passos no sentido de aproximar as políticas dos vários Estados-Membros para prosseguir um objetivo comum-garantir o melhor acesso possível aos cuidados de saúde. E embora insuficientes procederemos à análise dos contributos realizados.

Em 2014 através da Comunicação da Comissão Europeia acerca de sistemas de saúde eficazes, acessíveis e resilientes, é possível retirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, porque embora se reconheçam as diferenças significativas nos sistemas de saúde em cada Estado-Membro, desde 2006 todos se alicerçam em objetivos comuns, como a universalidade, acesso a cuidados de saúde de boa qualidade, equidade e solidariedade<sup>11</sup>. Em 2011 foi lançado pelo Conselho de Ministros da Saúde um processo de reflexão a nível da UE, no sentido de auxiliar os Estados-Membros a proporcionarem sistemas de saúde modernos, com capacidade de resposta e sustentáveis. Para atingir as metas pretendidas, é necessário avaliar os sistemas de saúde dos diferentes Estados-Membros, pese embora não exista ainda uma forma pormenorizada de medição do acesso a cuidados de saúde, que contemple fatores como a noção de quem tem direito a aceder a cuidados de saúde, que direitos é que estão abrangidos, a questão dos preços/sustentabilidade e a disponibilidade dos serviços, onde se enquadra o tempo de espera. Não obstante, podemos contar hoje com a Avaliação do desempenho dos sistemas de saúde (HSPA).

---

<sup>11</sup> Neste sentido, dispõe o art.4.º, n.º1 da Diretiva 2011/24/UE.

Como primeiros passos a nível de regulamentação, podemos apontar tanto o Regulamento (CE) N.º 883/2004 (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social) como a Diretiva 2011/24/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços), que “melhora a responsabilização do sistema de saúde relativamente ao acesso aos cuidados de saúde através de uma maior transparência sobre a noção de «atraso indevido» quando em espera para um determinado tratamento.”<sup>12</sup>.

A questão dos tempos de espera começou a ser debatida com seriedade e a constar da agenda política de diversos países da OCDE, por estarem associados a deficientes prestações de cuidados de saúde, onde se verifica um prolongamento do sofrimento do paciente alicerçado a um descontentamento geral. As políticas neste âmbito foram sobretudo trabalhos estatísticos para apurar quais os tempos de espera existentes e se estão a ser cumpridos os limites impostos pelas legislações nacionais em vigor.

O estudo *International Comparisons of waiting times in health care*,<sup>13</sup> após constatar a dificuldade em encontrar documentos comparativos acerca dos tempos de espera nos vários países da UE <sup>14</sup> ou dos respetivos esforços para os diminuir (visto que os estudos já realizados em cada país se baseiam apenas em dados recolhidos com o público em geral, nos hospitais, nas organizações de pacientes e em questionários ao pessoal administrativo, não havendo recolha dos efetivos tempos de espera diários) optou por proceder a uma análise baseada na relação entre a procura e a oferta, sendo os tempos de espera o resultado dessa mesma relação.

O grande objetivo deste estudo foi atender à forma como os países medem os tempos de espera e procurar uma forma de os comparar internacionalmente, com base essencialmente na análise da cirurgia eletiva/programada<sup>15</sup>. Este estudo foi realizado mediante a avaliação de 23 países com semelhantes serviços de saúde, destes, 15

---

<sup>12</sup> *Comunicação da Comissão sobre sistemas de saúde eficazes, acessíveis e resilientes* (Bruxelas, 4.4.2014), cit., p.10.

<sup>13</sup> VIBERG, NINA, FORSBERG, BIRGER C., Et al., *International comparisons of waiting times in health care- Limitations and prospects*, in Health Policy 112 (2013), disponível para consulta em: <https://observatorio-lisboa.eapn.pt/ficheiro/International-comparisons-of-waiting-times-in-health-care.pdf>

<sup>14</sup> Impossibilita que os utentes dos diversos países da UE escolham conscientemente os locais onde querem ser tratados.

<sup>15</sup> O estudo focou-se neste aspeto porque a maioria dos países medem os seus tempos de espera com base na análise da cirurgia programada, deixando para segundo plano a monitorização dos tempos de espera para exames, diagnóstico, atendimentos de urgência, consultas de especialidade.

monitorizam e publicam estatísticas nacionais acerca dos tempos de espera e preveem garantias, nomeadamente Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Holanda, Portugal, Espanha, Suécia, Inglaterra, País de Gales, Escócia, Irlanda do Norte, Noruega, Austrália, Canadá e Nova Zelândia. Portugal apenas falha no indicador da monitorização de tipos específicos de operações, sendo que a nossa vizinha Espanha, preenche todos os indicadores. Concluiu-se que já existe hoje uma percentagem significativa de países com preocupações relativas aos tempos de espera e ao seu cumprimento através de mecanismos legais de garantia. Recomenda aos países um esforço no sentido de facilitar as comparações entre eles em termos de tempos de espera.

A Comissão Europeia juntamente com a OCDE e o European Observatory on Health Systems and Policies, para obter dados recentes acerca do estado da saúde nos Estados-Membros, elaborou os relatórios designados de *State of Health in the EU*. Com base na análise dos relatórios referentes aos anos de 2017, 2019 e 2021, podemos concluir que os tempos de espera não são abordados de forma clara. Embora se possa apontar a referência de 2017 a Espanha, de onde se retira que os tempos de espera são um problema nacional, que tem vindo a aumentar sobretudo para cirurgias eletivas (causada pelo aumento abrupto da procura, não conseguindo a oferta acompanhar este aumento), estando pior do que Portugal e Itália.

No estudo do *Eurohealth Consumer Index*<sup>16</sup>, relativo aos sistemas de saúde nos anos de 2014 a 2018, a Suíça, a Noruega e os Países Baixos mantiveram-se sempre nos primeiros lugares do ranking. Quanto aos tempos de espera destaca-se a Suíça que conseguiu obter, de forma consistente, das melhores pontuações.

O Tribunal de Contas, na sua auditoria referente aos cuidados de saúde oncológicos que teremos oportunidade de aprofundar no ponto seguinte, procura obter uma visão comparativa dos TMRG e do seu cumprimento noutros países da UE, por isso recolhe informação respeitante a 15 países da Europa Ocidental. Esta análise consta do ANEXO I, de onde se retira que não há uma disparidade muito grande entre países e que

---

<sup>16</sup> A Health Consumer Powerhouse (HCP), organização responsável pelos relatórios de *Euro Health Consumer Index* (EHCI), com o intuito de comparar os diversos sistemas de saúde europeus, onde, mediante um índice gráfico se apresentam as informações relativas seis indicadores, nomeadamente: direitos e informações dos pacientes; acessibilidade (tempos de espera para tratamento); resultados (como sobreviventes ao cancro; mortes infantis, etc); alcance dos serviços prestados; prevenção (como prevenção contra o tabaco ou o álcool); e por fim, produtos farmacêuticos; cujos pontos obtidos em cada indicador contribuem para a soma do total de pontos e, conseqüentemente, da posição que cada país ocupa.

75% dos países analisados têm TMRG fixados, 56% têm estabelecidos TMRG para cuidados oncológicos e, 44% fixaram TMRG para tipos específicos de cancro.

### **1.3. Na prática**

Para averiguar o cumprimento dos TMRG estabelecidos na Portaria n.º153/2017, vamos socorrer-nos das auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas, das informações disponibilizadas a nível europeu acerca do sistema de saúde em Portugal e dos resultados apresentados pela ERS.

No que respeita aos perfis de saúde<sup>17</sup>, Portugal está bem posicionado no panorama geral, embora uma das maiores causas de morte seja o cancro, e é precisamente onde se verifica um maior incumprimento dos TMRG. O estudo refere a disparidade no acesso aos cuidados de saúde, entre Lisboa e Porto, por um lado, e a região interior do país, por outro. Assim sendo, os tempos de espera e a desigual distribuição geográfica dos estabelecimentos de saúde, são os dois grandes entraves no acesso aos cuidados de saúde<sup>18</sup>. Os tempos de espera continuam a aumentar, sobretudo no campo da cirurgia programada. Embora tenham sofrido um aumento significativo durante a pandemia, em 2020 o número de cirurgias programadas diminuiu 21% face ao ano anterior. Em 2019 e 2020, o tempo médio de espera (superior a 4 meses) aproximava-se de Espanha no respeitante às cirurgias da catarata e artroplastia da anca. A necessidade de mobilizar recursos para o combate à pandemia do COVID-19, levou ao adiamento de muitas cirurgias programadas, originando um aumento dos tempos de espera até que fosse resolvida a acumulação de doentes. É “aplaudida” a criação do portal da “transparência” no SNS, visto que passa a permitir a consulta sobre os tempos de espera para os serviços de urgência e consultas externas.

No EHCI, em termos gerais Portugal manteve-se sempre numa posição acima de Espanha, tendo oscilado entre os 13% e os 14%, à exceção do ano de 2015 em que se graduou no 20.º lugar. Quanto ao indicador dos tempos de espera Portugal conseguiu obter pontuações altas<sup>19</sup>, ultrapassando Espanha, notando-se uma clara tendência de aumento da pontuação neste parâmetro de ano para ano.

---

<sup>17</sup> Que constam do *State of Health in the EU*.

<sup>18</sup> As três causas para a não satisfação de cuidados médicos, são o custo, a distância e os tempos de espera.

<sup>19</sup> Portugal obteve as seguintes pontuações em tempos de espera: 2015-125; 2016-150; 2017-138; 2018-163.

Da auditoria referente aos anos de 2014-2016<sup>20</sup> podem retirar-se algumas conclusões.

O tempo médio de espera para a primeira consulta de especialidade hospitalar aumentou de 115 para 121 dias; os pedidos de consulta, cuja prioridade devia ser determinada por triagem no prazo de 5 dias, mantiveram-se entre 10 dias na ARS Norte e 53 dias na ARS Algarve, sem uma prioridade associada. O incumprimento dos TMRG aumentou de 25% em 2014, para 29% em 2016.

O CTH<sup>21</sup> que deveria ser universal e abarcar todas as situações acabou por não garantir aos utentes as mesmas condições de acesso. Para além disto, o Tribunal concluiu não ter informação completa e fiável que garantisse o respeito pelos TMRG aos utentes do SNS. Verificou-se uma diminuição do número de utentes a aguardar pela primeira consulta de especialidade, mas não necessariamente por força da melhoria das condições de acesso a cuidados de saúde, mas sim pelos procedimentos administrativos de validação e limpeza das listas de espera<sup>22</sup>, centralizadas na ACSS. Os indicadores não apresentam confiança, sendo prejudiciais para os médicos e utentes na escolha do hospital de destino, também e sobretudo porque a ACSS exigiu a recusa, pelas unidades hospitalares, dos pedidos de consulta com tempos de espera muito elevados, originando uma nova inscrição hospitalar, o que vai conduzir a resultados falsos sobre o efetivo tempo de espera. Por fim, também contribui para esta falta de fiabilidade da informação o facto de não coincidirem os dados oficiais com os registos dos hospitais.

No que respeita às cirurgias, não houve melhoria dos tempos de espera, muito pelo contrário. Houve um aumento de 15% na lista de espera, sendo que cerca de 15% dos utentes da LIC aguardavam para além dos TMRG. Os motivos de cancelamento das inscrições dos utentes em LIC não são transparentes, sendo que o principal motivo é desistência, provando que o doente resolveu o seu problema recorrendo a outra instituição de saúde, mas também há cancelamentos por óbito, e só em 2016 este motivo representou 3% dos cancelamentos (231 eram doentes oncológicos). Nos doentes oncológicos, os TMRG estavam a ser incumpridos em mais de 27%<sup>23</sup> (sendo maior o incumprimento nos

---

<sup>20</sup> “Auditoria ao Acesso a Cuidados de Saúde no Serviço Nacional de Saúde”, Relatório N.º15/2017- 2º secção.

<sup>21</sup> É um sistema eletrónico de referenciação de pedidos de primeira consulta de especialidade hospitalar, efetuados pelos médicos de família dos centros de saúde e direcionados aos hospitais do SNS. É gerido pela ACSS.

<sup>22</sup> Incluindo a eliminação de pedidos com elevada antiguidade.

<sup>23</sup> Houve uma deterioração face a 2014, em que o incumprimento era de 16%.

casos prioritários). Em 2016, quase 20% dos doentes oncológicos foram operados para lá do tempo recomendável. O incumprimento dos TMRG sem indicador oncológico foi de 10% e com indicador oncológico de 19% (o incumprimento é maior quando há problemas oncológicos associados).

Um fator muito importante constatado pelo Tribunal foi a disparidade existente entre as várias RS. A RS do Norte conseguiu o maior número de cirurgias programadas e de primeiras consultas de especialidade face à população residente, por contraste com a RS do Algarve que obteve os maiores tempos de espera em comparação com as restantes RS. Colocando assim em causa a equidade no acesso aos cuidados de saúde e, no limite, a igualdade entre utentes. O setor privado ou social <sup>24</sup>foi o responsável pela realização de aproximadamente 8% das cirurgias programadas no SNS, sendo a RS do Algarve a que mais se socorreu destes setores para fazer face à sua incapacidade de resposta.

Apesar do agravamento dos TMRG entre 2014-2016, em 2016 cerca de 89% dos utentes foram operados dentro dos TMRG dos respetivos níveis de prioridade, mas este valor foi inferior ao verificado nos anos anteriores (92,38% em 2014 e 91,82 em 2015). A taxa de cumprimento dos TMRG é maior quando estão em causa problemas menos prioritários, e por isso com prazos máximos de resposta menos exigentes, a prova disso é que em 2016, cerca de 4% dos utentes não urgentes (níveis de prioridade entre 1 e 3) foram inscritos e operados no mesmo dia, portanto com tempo de espera igual a zero, o que influencia positivamente os tempos de espera globais, sem que isso signifique uma efetiva melhoria no acesso a cuidados de saúde. Pese embora a iniciativa do Plano de Intervenção em Cirurgia (PIC), apenas 10 das 24 unidades hospitalares aderentes conseguiram reduzir os tempos médios de resposta, nas restantes agravaram-se. Segundo esta auditoria, 83% das unidades hospitalares auditadas consideram que a informação oficial não é correta e induz os utentes em erro acerca dos tempos de espera.

Em 2022, o Tribunal de Contas realizou outra auditoria, esta relativa aos anos entre 2017 e 2020<sup>25</sup>, com especial incidência nos cuidados de saúde oncológicos, onde os

---

<sup>24</sup> Como as unidades hospitalares destes setores predominam no litoral do país e não abrangem o país da mesma forma, podemos dizer, que é mais um fator que contribui para a desigualdade no acesso a cuidados de saúde.

<sup>25</sup> “Auditoria ao Acesso a Cuidados de Saúde Oncológicos no SNS 2017-2020”, Relatório N.º11/2022, 2º secção.

TMRG têm uma percentagem de incumprimento maior. Também daqui se podem retirar várias conclusões.

Em primeiro lugar cabe dizer que continuam sem estar previstos TMRG destinados a cada tipo específico de cancro<sup>26</sup>, porém podem os estabelecimentos pertencentes ao SNS definir<sup>27</sup> anualmente tempos de resposta próprios por tipo de prestação e por patologia ou grupo de patologias (não há evidência de que tal tenha ocorrido).

Continua a não existir informação fidedigna acerca dos tempos de espera. Embora o SIGA tenha sido criado com o intuito de suprir estas falhas, ainda não se encontra em total funcionamento como seria de esperar. Mais, os valores reportados pelo IPO no que respeita aos tempos de espera, não coincidem com os dados da ACSS. Segundo os dados a que o Tribunal apurou, nos anos de 2019 e 2020, também por força da pandemia do COVID-19, verificou-se redução de novos pedidos de consulta, diminuição da atividade e aumento dos tempos médios de espera.

Com a pandemia a procura diminuiu para tudo o que não fossem cuidados médicos relativos à doença do COVID-19, contudo, o seu impacto foi mais visível na diminuição da identificação das necessidades cirúrgicas do que propriamente na diminuição dos cuidados cirúrgicos prestados. Houve menor inscrição em LIC, porém dos utentes que aguardavam cirurgia na área oncológica, 29% já aguardavam para além dos TMRG previstos.

Com base na análise das duas auditorias, a percentagem de incumprimento dos TMRG tem vindo a agravar-se desde 2014. Também as assimetrias são significativas consoante a RS em causa, contribuindo para uma discriminação no acesso a cuidados de saúde com base na área geográfica.

A ERS realizou algumas comunicações acerca da prestação de cuidados de saúde em Portugal, sobretudo no que respeita ao cumprimento dos TMRG, uma vez que é a entidade responsável pelo cumprimento do previsto na Portaria 153/2017, em prol da defesa dos legítimos direitos dos utentes dos serviços de saúde do SNS. Todos os estabelecimentos de saúde sujeitos à regulação da ERS têm de estar inscritos no SGREC (plataforma onde se inserem os processos REC, que incluem reclamações, sugestões e

---

<sup>26</sup> Contrariamente ao que se verifica em muitos outros países da UE.

<sup>27</sup> Assim o prevê o art.26.º/3 da Lei 15/2014, de 21 de março.

elogios). A ERS (art.27.º/1/c) dos estatutos da ERS) tem o dever de divulgar semestral e anualmente um quadro estatístico sobre os processos REC dos utentes, os estabelecimentos alvo de mais reclamações e os resultados decorrentes da sua atuação. Assim, é de suma importância atender a alguns aspetos realçados no ultimo relatório, respeitante ao ano de 2021.

Verificou-se em 2021 um aumento de 3% de processos REC submetidos, em comparação com o ano anterior, consubstanciando o maior número de REC desde 2015<sup>28</sup>. A maior percentagem de processos REC, no final de 2021, encontrava-se nas RS de LVT<sup>29</sup> e do Norte. Embora o setor público represente apenas 7% do total de estabelecimentos registados no SRER da ERS, a maior percentagem de processos REC incidiu sobre o prestador público, seguindo-se o privado e, por fim, o social.

Cabe acrescentar que as decisões sobre processos REC decresceram cerca de 7% em 2021, face ao período homólogo do ano anterior. Sendo que o maior número de reclamações se concentrou no motivo “acesso a cuidados de saúde”, não ocupando o tema “tempos de espera” uma posição de realce (ambos os temas se concentram as reclamações no setor público). Dentro do tema “acesso a cuidados de saúde”, predomina o subtema da “resposta em tempo útil ou razoável” com aproximadamente 49% das reclamações, ficando acima do subtema “regras dos TMRG” que se situam logo abaixo do subtema “COVID-19”<sup>30</sup>, com 13.9% das reclamações.

---

<sup>28</sup> Claro que temos de atender ao facto de as reclamações relativas aos meses de maio a julho se deveram ao plano e vacinação COVID-19, o que contribuiu para aumentar o valor de processos REC nesse ano.

<sup>29</sup> A Administração de Saúde de LVT, I.P., foi a entidade que, no ano de 2021 obteve um numero mais alto de processos classificados apenas como reclamações.

<sup>30</sup> Não se pode descurar que, embora não esteja diretamente relacionado com resposta em tempo útil, ou TMRG ou até tempos de espera, também no subtema do covid-19, há predominância nas questões de adiamento, recusa ou desmarcação de cuidados de saúde.

## Parte II

### 2. O Direito de exigir o cumprimento dos TMRG

A Portaria n.º153/2017, de 4 de maio prevê nos pontos 5 e 6 do n.º I do Anexo III que os utentes do SNS têm direito ao cumprimento dos TMRG que a Carta dos Direitos de Acesso define, cujo incumprimento acarreta o eventual pagamento de uma coima, por via de estarmos perante um ilícito de mera ordenação social<sup>31</sup>. A própria Portaria não prevê expressamente qualquer outra garantia, embora seja visível a insuficiência do alcance do direito à queixa.

Apesar de não estar prevista qualquer outra consequência, o próprio facto de se prever uma consequência, ainda que a título de contraordenação, é suficiente para se excluir a hipótese de os TMRG consubstanciarem prazos meramente indicativos. Porque se assim não fosse, o seu incumprimento traria tão só a constatação de que os prazos não estavam a ser verificados, servindo apenas como linhas orientadoras para a ação dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde. Assim, admitindo que estamos perante prazos vinculativos há que indagar qual o bem que se procura proteger com esta norma e se se pode considerar excluído o recurso a outros meios de tutela.

O art.64.º da CRP consagra o direito à proteção da saúde como um direito fundamental<sup>32</sup>, entre o catálogo de direitos económicos, sociais e culturais, sendo a saúde o bem protegido -o bem que é objeto do direito. Para a realização deste direito, é necessário criar um SNS universal, geral e tendencialmente gratuito (art.2.º/1 do DL n.º52/2022, de 4 de agosto e Base 1, n.º4 da LBS<sup>33</sup>). Compreende duas dimensões, uma dimensão positiva caracterizando um direito de defesa- o direito às medidas e prestações do Estado- na prevenção de doenças e na promoção da saúde; e uma dimensão negativa funcionando como um dever de não ingerência do Estado, no sentido de estar vedada aos poderes públicos e a terceiros a prática de quaisquer ações que degradem ou ponham em causa a saúde humana.

O direito fundamental à proteção da saúde, é efetivado através de um SNS eficaz e capaz de responder, em tempo útil, às necessidades coletivas. A Administração ao

---

<sup>31</sup> Ver a este propósito o DL n.º433/82, de 27 de outubro, que estabelece o Ilícito de mera ordenação social.

<sup>32</sup> Estamos assim perante um direito fundamental social.

<sup>33</sup> Lei n.º 95/2019, de 04 de Setembro.

estipular TMRG no acesso ao SNS para as mais variadas situações clínicas, exerceu o seu poder de regulamentação, no sentido de dar garantias aos cidadãos de que os seus tratamentos serão realizados dentro de tempos considerados razoáveis.

Quando a lei fundamental atribui ao Estado o dever garantístico de proteção da saúde, estão inevitavelmente em causa outros direitos fundamentais, que consubstanciam direitos, liberdades e garantias (doravante DLG), como o direito à vida e o direito à integridade física e moral. Aqui pode dizer-se, como é defendido por alguma doutrina<sup>34</sup>, que se tornam direitos de natureza análoga aos DLG, sobretudo pela componente de defesa da dignidade da pessoa humana, sendo, nos restantes casos, típicos direitos sociais, ideia que mais à frente analisaremos.

A LBS, logo na alínea b) do n.º1 da sua Base 2, estabelece o direito de “aceder 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;” bem como a receber informação sobre o tempo de espera relativo a estes cuidados de saúde- alínea d) da presente Base. A própria generalidade, característica que o SNS tem de possuir, compreende duas noções paralelas, designadamente, a noção de qualidade dos serviços prestados e de prontidão na sua realização. “Só assim- prestando serviço de qualidade e de forma pronta- cumpre o Estado a obrigação constitucional de realização do direito à proteção da saúde. Sem esta dimensão, o direito fundamental à proteção da saúde limitar-se-ia a garantir o acesso a um serviço, sem garantir, contudo, a efetiva realização dos cuidados de saúde necessários ao estado de saúde do utente.”<sup>35</sup>

Quando um utente se dirige a um estabelecimento de saúde, seja com o intuito de marcar uma consulta, seja para receber cuidados hospitalares, ou seja ainda, porque já ficou clara a necessidade de receber determinados tratamentos e então é colocado em lista de espera, surge uma relação jurídica entre o utente e o estabelecimento, provocando na esfera deste último a obrigação de prestar os cuidados necessários à situação de saúde do utente; e na esfera do utente, o direito a receber esses mesmos cuidados, em situação de igualdade, sem ignorar que se devem estabelecer graus de prioridade diferentes,

---

<sup>34</sup> A título de exemplo, ESTORNINHO, MARIA JOÃO/MACIEIRINHA, TIAGO, in *Direito da Saúde, Lições*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014 (pp.45-46); e BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, in *Direitos e Deveres dos Utentes do Serviço Nacional de Saúde*, in Revista da Faculdade De Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIX- N.º 1 e 2, Coimbra Editora, 2008 (pp.108-111).

<sup>35</sup>ESTORNINHO, MARIA JOÃO/MACIEIRINHA, TIAGO. Ob., cit., p.58.

consoante o estado de saúde de cada utente<sup>36</sup>. Ao direito de acesso corresponde o dever de os estabelecimentos prestadores disponibilizarem o serviço tendente à prestação de cuidados de saúde, mediante o recurso aos meios humanos e técnicos indispensáveis. Coloca-se aqui a hipótese desta relação jurídica ter natureza obrigacional, visto que do dever de prestar surgem verdadeiras obrigações. O direito do utente não se reconduz a um mero direito de beneficiar das prestações de saúde nos precisos termos fixados pelos estabelecimentos prestadores, ficando antes numa situação de titularidade de direitos de crédito, cujo cumprimento pode exigir<sup>37</sup>.

Fala-se a propósito dos limites desta prestação, no enquadramento do direito à proteção da saúde enquanto direito *sob reserva do possível*<sup>38</sup>, por ter de se atender à disponibilidade de meios económicos e financeiros de que o Estado dispõe<sup>39</sup>. Os recursos humanos, técnicos e financeiros de que o Estado dispõe são cada vez mais escassos e nem todas as prestações de saúde têm o mesmo grau de urgência, pelo que se deve atender a esta circunstância e admitir-se que o legislador, ao fixar os tempos de espera, o faz no respeito pelos meios que possui<sup>40</sup>. O que não significa que com o argumento de escassez de meios, o Estado se possa escusar de prestar um serviço de saúde de qualidade e em tempo útil. Há violação do direito à proteção da saúde, quando da omissão de tratamento em tempo clinicamente aceitável, resulte impossibilidade de futuro tratamento ou quaisquer outras consequências para a saúde e vida do utente<sup>41</sup>. Sobretudo, quando estão em causa DLG, como o direito à vida e o direito à integridade física, “pense-se, por exemplo, na decisão de encerrar uma unidade de hemodiálise, sem criação de alternativas para os doentes. Não pode deixar de existir aqui uma violação do direito à saúde dificilmente justificável à luz da reserva do possível”<sup>42</sup>.

Não obstante a escassez dos meios e a necessidade de tomar decisões determinadas por critérios de eficiência económica, os utentes do SNS têm direito a ser tratados dentro de um tempo clinicamente aceitável. A LBS não estabelece, como nenhum

---

<sup>36</sup> Vide alínea d), n.º2 da Base 4 da LBS.

<sup>37</sup> ESTORNINHO, MARIA JOÃO/MACIEIRINHA, TIAGO. Ob., cit., pp.208-209.

<sup>38</sup> Questão semelhante debatida no ponto 2.2., no prisma de consubstanciar uma exceção ao pressuposto da ilicitude e, portanto, uma exceção ao dever de indemnizar na responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço.

<sup>39</sup> Também LOUREIRO, JOÃO CARLOS, *Direito à (Proteção da) Saúde*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do Seu Nascimento*, Volume I, Faculdade De Direito da Universidade de Lisboa, 2008, cit., pp.677-679.

<sup>40</sup> Ver LBS, Base 2, n.º1, alínea c).

<sup>41</sup> Neste sentido, ESTORNINHO, MARIA JOÃO/MACIEIRINHA, TIAGO, in Ob, cit, p.58.

<sup>42</sup> Assim o entende, BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, in Ob., cit., p.114.

outro mecanismo legal, o que se entende por tempo razoável, contudo, o direito ao tratamento em tempo razoável continua a ser uma obrigação jurídica decorrente do direito fundamental à proteção da saúde, pelo que, a violação dos TMRG constitui a violação de uma obrigação jurídica permitindo ao utente socorrer-se de outros meios jurisdicionais, a par do direito à queixa.

Posto isto, o que se procura é descortinar quais as opções de que os utentes dispõem quando necessitam de um ato clínico, seja de que natureza for, e se verifica uma omissão que ultrapassa os TMRG previamente definidos. Ainda que se inicie um processo de queixa e, eventualmente, um pedido indemnizatório, nenhuma destas opções resolve o problema do utente que continua sem o tratamento de que carece.

Enquanto meio de tutela, uma pretensão condenatória seria a mais adequada, por prever a condenação da Administração à prestação de um dever a que ela própria se submeteu quando estipulou prazos máximos de resposta, dentro dos quais os estabelecimentos de saúde do SNS deveriam atuar. Pretende-se condenar a Administração à prestação de um facto, nomeadamente um ato clínico (que pode consubstanciar uma consulta, um tratamento, uma cirurgia, ou qualquer outro que venha previsto na Portaria n.º 153/2017). A pretensão condenatória mais adequada à situação em análise, será a que vem prevista, a título de exemplo<sup>43</sup>, na alínea j) do n.º1 do art.37.º do CPTA, por pretender a condenação da Administração no cumprimento de deveres de prestar<sup>44</sup>. Não se considera aqui aplicável a ação de condenação à prática de ato devido, prevista nos artigos 66.º e ss., do CPTA, por não estar aqui verdadeiramente em causa a prática de qualquer ato administrativo mas sim de uma mera atuação pública<sup>45</sup>. O pressuposto para a interposição desta ação é “(...) a existência de situações em que não esteja previsto, nem

---

<sup>43</sup> “A enumeração das pretensões que seguem a forma de *ação administrativa*, constante das diversas alíneas do n.º1, é meramente *exemplificativa* (...) Esse é o corolário natural da existência de um *princípio de tutela jurisdicional efetiva*, do qual resulta a garantia de que *a todo o direito corresponde uma ação* (artigo 2.º)”, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, in *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª ed., Almedina, 2021, cit., p.263.

<sup>44</sup> Seguem também esta linha de pensamento, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, in *Manual de Processo Administrativo*, 5.ª ed., Almedina, 2021, p.133; e ESTORNINHO, MARIA JOÃO/MACIEIRINHA, TIAGO, in *Ob.*, cit., p.231.

<sup>45</sup> “O reconhecimento da autonomia deste tipo de pretensões pressupõe, portanto, a adoção de um conceito restrito de ato administrativo, que exclui da sua órbita muitas situações nas quais tradicionalmente se entendia existirem atos administrativos, mas em que hoje se deve entender que apenas existem operações materiais e que as eventuais decisões que à Administração cumpra tomar não são atos administrativos, mas resoluções meramente instrumentais em relação às operações materiais que a Administração está constituída na *obrigação* de realizar, em ordem a prestar as quantias, coisas ou factos devidos.”, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, in *Ob.*, cit., p.276.

tenha de haver um verdadeiro ato administrativo, mas simples atuações públicas no contexto de relações jurídico-administrativas em que a lei, regulamento ou acto administrativo anterior confirmam diretamente direitos a prestações administrativas a determinados particulares."<sup>46</sup> É de excluir a alínea h) do n.º1 do art.37.º por não se poder reconduzir ao mero pedido geral de condenação na adoção de comportamentos, visto que, no contexto do nosso Estado Social, a prestação de cuidados de saúde constitui um dever obrigacional da Administração e atribui ao interessado um direito de crédito que pode fazer valer perante o incumprimento da Administração. A prestação de cuidados de saúde constitui uma atuação da Administração, quando o direito às prestações já se tenha constituído na esfera do interessado, portanto, desde a entrada em vigor da Portaria que estabelece os TMRG.

Face ao exposto, podemos admitir como primeiro passo na defesa dos direitos dos utentes do SNS perante o incumprimento dos TMRG, a ação de condenação da Administração no dever de prestar. Mas o caminho é longo e parece não se esgotar nesta ação.

### **2.1.Meio processual para fazer valer esse direito em tempo útil**

Apesar da utilidade de o utente do SNS ter à sua disposição a ação de condenação supra referida, se pensarmos na fortuita situação de urgência em que o visado se encontra, talvez o tempo de tramitação da presente ação, ultrapasse o tempo que o mesmo tem possibilidade de esperar. Pode dar-se o caso de a degradação do seu estado de saúde correr num ritmo tão rápido que não lhe permite esperar por uma resposta do tribunal. E é precisamente nestes casos que surge a necessidade de recorrer à tutela urgente, para obter com celeridade, uma decisão de fundo sobre o mérito da causa.

Os processos urgentes vêm elencados no art.36.º do CPTA e o seu julgamento tem prioridade em relação aos demais (n.º4). É lhes aplicável o regime previsto nos números 3 e 4 do art.36.º e art.147.º, bem como os arts.97.º a 111.º e os arts.112.º e ss., todos do CPTA. As únicas tipologias de processos urgentes que, com alguma probabilidade, se

---

<sup>46</sup> Neste sentido, ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, in *A Justiça Administrativa, Lições*, 18.ª ed., Almedina, 2020, cit., p.237.

poderiam aplicar neste caso, seriam as providências cautelares e a intimação para a proteção de DLG.<sup>47</sup>

As providências cautelares servem sobretudo para garantir a tutela dos interesses envolvidos no litígio, quando está em causa um processo principal, que embora decorra dentro dos prazos previstos, não permite salvaguardar os interesses em jogo, principalmente por se saber que um processo, com toda a tramitação envolvente, não consegue ser tão célere como se gostaria, sob pena de prejudicar a boa apreciação do direito. Apesar de constarem do art.36.º do CPTA, têm uma tramitação diferente dos restantes processos urgentes<sup>48</sup>, desde logo, pela sua característica da instrumentalidade pois ao contrário das restantes ações, estas apesar de autónomas de um processo principal, dependem da sua propositura (art.113.º/1 do CPTA). Ora, se o particular intentar a ação de condenação a que nos referimos no ponto anterior, pode apensar a essa ação principal, a solicitação de adoção de uma providência cautelar no sentido de garantir que receberia o tratamento de que carecia, ainda antes do que fosse decidido na ação principal.

Não obstante, as providências cautelares se caracterizam por três elementos comuns, nomeadamente, a instrumentalidade, a provisoriedade e a sumariedade. A instrumentalidade<sup>49</sup>, que se caracteriza pela sua dependência da ação principal, o que tem implicações a nível da legitimidade, visto só poder desencadear uma providência cautelar quem tenha legitimidade para intentar o processo principal. A sumariedade significa a necessidade de obter um juízo sumário que conceda utilidade à ação principal, “(...)a tutela cautelar só é efectiva se os tribunais forem capazes de a proporcionar em tempo útil;”<sup>50</sup>. Por fim, quanto à provisoriedade, diz-nos o art.124.º/1 do CPTA que “A decisão de adotar ou recusar providências cautelares pode ser revogada ou alterada, oficiosamente ou mediante requerimento, com fundamento em alteração dos pressupostos de facto e de direito inicialmente existentes.”; mas também o art.120.º/1 do CPTA, dispõe que um dos critérios de atribuição ou recusa das providências cautelares é precisamente o da aparência do bom direito. Esta última característica significa que o que está em causa é a

---

<sup>47</sup> Trataremos esta última no ponto 2.2.

<sup>48</sup> “Os processos cautelares distinguem-se, por isso, dos *processos urgentes autónomos*, que são processos principais e visam a produção de decisões de mérito: assim acontece, no âmbito do CPTA, tanto com as *ações* de contencioso eleitoral, de procedimentos de massa ou de actos pré-contratuais, como com as *intimações* para cumprimento dos direitos de informação ou para a protecção de direitos, liberdades e garantias.”, ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, in *A Justiça...*, Ob., cit., p.328.

<sup>49</sup> Vide artigo 113.º, n.º1 do CPTA.

<sup>50</sup> Assim o diz, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, in Ob., cit., p.455.

tomada de uma decisão que não deve ser definitiva, visto ser essa a função do processo principal. Assim, “(...)o tribunal não pode dar, através de uma providência cautelar, o que só à sentença a proferir no processo principal cumpre proporcionar, se vier a dar provimento às pretensões nele deduzidas pelo requerente (...) O que a providência não pode fazer é antecipar, a *título definitivo*, a constituição de situações que só a decisão a proferir no processo principal pode determinar a *título definitivo*, em tais condições que essa situação *já não possa ser alterada* se, no processo principal, o juiz chegar, a final, a conclusões que não consintam a sua manutenção. Por conseguinte, se o interessado pretender a obtenção de uma licença para demolir um imóvel ou de autorização para realizar uma sessão de fogos de artifício, o tribunal não pode impor, como providência cautelar, que a licença ou a autorização sejam concedidas (...)sob pena de a concessão da providência fazer com que o processo principal se torne inútil”.<sup>51</sup>

Em virtude do que foi dito, é de excluir a possibilidade de adoção de uma tutela cautelar por não ser enquadrável a situação em apreço à característica da provisoriedade. Vejamos, se um utente do SNS cujos TMRG tivessem sido ultrapassados, interpusse uma ação de condenação e apensasse um pedido de providência cautelar para obter o tratamento de saúde de que carecia, e o juiz se pronunciasse no sentido de conceder essa providência, deparar-nos-íamos com uma decisão irreversível, em que caso a decisão da ação principal fosse improcedente, não haveria forma de retroceder por força de se ter já procedido ao respetivo tratamento. Com isto conclui-se que, embora se pudesse recorrer à providência cautelar que permitisse assegurar a situação do utente, tratar-se-ia sempre de uma decisão definitiva em sede de uma ação que se procura provisória, pelo que, é de excluir a sua aplicação.

## **2.2.A eventual aplicabilidade do meio processual de intimação para a proteção de direitos liberdades e garantias**

A intimação para proteção de DLG, constitui um processo urgente, como já se disse, e vem regulado nos artigos 109.º e ss., do CPTA. Tem em vista assegurar em tempo útil o exercício de DLG, mediante a condenação da Administração à adoção de uma conduta (ação ou omissão). Estes processos distinguem-se assim, por um lado, dos processos principais não urgentes e, por outro, dos processos urgentes não principais, na

---

<sup>51</sup> Também o refere, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, in Ob., cit., pp.451-452.

medida em que pressupõem a existência de questões que visam obter uma resolução definitiva pela via judicial, num curto espaço de tempo.

“A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias (...) permite a salvaguarda e garantia do efeito útil a direitos da maior relevância para os particulares- direitos fundamentais- sempre que o recurso a acção administrativa especial ou comum é insuficiente ou inadequado para garantir a protecção urgente de que o direito carece no caso concreto e quando o procedimento cautelar é igualmente inapto para garantir esse efeito.”<sup>52</sup>

Para recorrer a esta acção é indispensável a existência de um DLG, que esteja a ser ameaçado e, cuja conduta que se pretende alcançar, seja apta a evitar que essa ameaça se concretize. Quanto à legitimidade para a acção, não estão previstas no CPTA regras específicas relativas à legitimidade quer ativa quer passiva, pelo que se aplicam, respetivamente, as regras gerais constantes nos artigos 9.º e 10.º do CPTA.

No que respeita aos pressupostos processuais previstos no n.º1 do art.109.º do CPTA, podemos apontar quatro. Primeiro, a natureza do direito lesado ou ameaçado, isto é, o direito que está a ser posto em causa tem de ser qualificado como um DLG ou direito de natureza análoga. O pedido tem de se referir a uma conduta positiva ou negativa da entidade demandada, ou seja, o processo dirige-se, regra geral, à emissão de uma sentença condenatória, através da qual o tribunal impõe a adoção de uma conduta, que tanto pode assentar num *facere* (numa acção), como num *non facere* (numa abstenção)<sup>53</sup>. Tem de consubstanciar uma situação de urgência<sup>54</sup> da decisão judicial para evitar a lesão ou inutilização do direito envolvido, estando em causa a indispensabilidade da intimação para assegurar o exercício do direito, que está a ser posto em causa, de modo pleno e efetivo. Por fim, aponta-se como último pressuposto, a necessidade de obtenção de uma decisão definitiva (e não meramente cautelar ou provisória) sobre o litígio, assim, é o próprio art.109.º do CPTA a exigir que não seja possível ou suficiente o decretamento de uma providência cautelar, permitindo-nos falar da subsidiariedade da intimação face à

---

<sup>52</sup> NOVAIS, JORGE REIS, “Direito, liberdade ou garantia”: uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa? Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (2.º Juízo) de 6.6.2007, P.2539/07, in Cadernos de Justiça Administrativa, N.º73, pp.44-59, janeiro/fevereiro, 2009, cit., p.49.

<sup>53</sup> ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, in Ob., cit., p.929.

<sup>54</sup> “(...)o carácter relativo ou gradativo da urgência, que depende das circunstâncias do caso concreto, avaliadas de acordo com um critério composto, que, nas espécies radicais de «especial urgência», associa apreciações temporais de iminência a juízos de valor, numa ponderação própria das situações de necessidade.”, ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, in A Justiça..., Ob., cit., p.265.

providência cautelar. Com este último requisito, concluímos que este processo de intimação não é a via normal de reação contra lesões ou ameaças de lesão de DLG, uma vez que este papel é desempenhado por processos não urgentes, associados a pedidos de decretamento de providências cautelares<sup>55</sup>. Esta intimação, apenas se sobrepõe ao decretamento de uma providência cautelar nos casos em que não é possível ou suficiente para assegurar o direito em tempo útil recorrer à providência. Ou seja, caso através da tutela cautelar se garanta o mesmo efeito útil e efetivo, o juiz deve rejeitar o pedido de intimação.

É no que concerne ao objeto do processo que surgem as maiores dúvidas. Quanto à questão de saber se esta ação se aplica a todos os DLG ou apenas aos pessoais, a orientação dominante vai no sentido de se aplicar a todos, tenham conteúdo pessoal ou não, porque, embora encontre fundamento no art.20.º/5 da CRP<sup>56</sup>, o seu âmbito é mais alargado do que o previsto neste artigo, e inclui os direitos de natureza análoga (art.17.º da CRP).

O direito à proteção da saúde é tido como um direito fundamental de natureza análoga para alguns autores<sup>57</sup>, casuisticamente, quando estejam em causa verdadeiras manifestações de DLG que atentem contra a dignidade da pessoa humana, uma vez que quando está em causa o direito à proteção da saúde, está, normalmente também em causa, o direito à integridade física e, no limite, o direito à vida, ambos DLG. Assim, “Na sua dimensão negativa, o direito fundamental à proteção da saúde apresenta uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias, beneficiando, assim, do regime de proteção que lhe é dispensado pela Constituição (*maxime*, art.18.º). Já na sua dimensão positiva (...) apresenta as características típicas de um direito social (...)”<sup>58</sup>. Mais, “Não é inteiramente correta a afirmação, segundo a qual o direito à saúde é um puro direito social. Por um lado, a concretização legislativa do direito à saúde revela que esse direito surge rodeado de um conjunto de direitos que são pura manifestação de direitos de liberdade. Para além disso, no núcleo do direito à saúde existe um reduto do principio da dignidade

---

<sup>55</sup> ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, in Ob., cit., p.933

<sup>56</sup> Que nos diz que *Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.*

<sup>57</sup> Em sentido contrário, podemos apontar ALEXANDRINO, JOSÉ MELO, in *Direitos Fundamentais- Introdução Geral*, 2.ª ed., Principia, cit., pp.50-51, que não inclui na sua listagem de direitos fundamentais de natureza análoga o direito à proteção da saúde e parece não defender a sua possível aplicação enquanto tal.

<sup>58</sup> ESTORNINHO, MARIA JOÃO/MACIEIRINHA, TIAGO, in Ob., cit., pp.45-46.

da pessoa humana que permitirá mesmo considerá-lo como um direito análogo, em certas circunstâncias. Para além dos casos em que exista conexão evidente entre o direito a ser tratado e o direito à integridade física (...)”<sup>59</sup>.

Embora não o refiram expressamente, no elenco dos direitos que consideram ter natureza análoga aos DLG, Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>60</sup>, entendem que não sendo fácil delimitar o âmbito dos direitos de natureza análoga, poderão considerar-se como tal, os direitos fundamentais (ainda que inseridos na categoria de direitos económicos, sociais e culturais) que se apresentem como direitos negativos, isto é, direitos a abstenções do Estado e não apenas como direitos a ações ou prestações do mesmo. Assim, podemos considerar aqui incluído o direito à proteção da saúde, porquanto comporta uma vertente positiva (no sentido de deveres de prestar) e uma vertente negativa (no sentido de exigir que o Estado se abstenha de qualquer comportamento que ponha em causa a saúde).

Ainda que não se considere o direito fundamental à proteção da saúde como um direito de natureza análoga não podemos descurar o que tem sido preconizado por alguma jurisprudência e doutrina no sentido de, em alguns casos, se poder incluir o elenco de direitos sociais<sup>61</sup> no âmbito de aplicação do processo de intimação aqui em estudo. Ora, já se concluiu que a aplicabilidade da intimação é extensível a todos os DLG, bem como aos direitos de natureza análoga, agora a dúvida surge em saber, se se podem admitir aqui também incluídos direitos sociais, como é o caso do direito à proteção da saúde e aqui a doutrina diverge, embora “a jurisprudência tenha vindo a adotar uma postura relativamente generosa nesta matéria, admitindo a utilização da intimação para proteção de situações jurídicas que dificilmente podem ser qualificadas como direitos, liberdades ou garantias.”<sup>62</sup>

Para se indagar acerca da aplicabilidade do processo de intimação a outros direitos fundamentais que não os que se encontram constitucionalmente consagrados no Título II da Parte I da CRP, é necessário que se descortine a razão de ser da norma e da distinção que nela é evidenciada, entre DLG e os restantes direitos fundamentais, particularmente os direitos sociais. Hoje a CRP, na Parte I, institui no seio dos direitos fundamentais, duas

---

<sup>59</sup> BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, in Ob., cit., pp.113-114.

<sup>60</sup> CANOTILHO, J.J GOMES/MOREIRA, VITAL, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra, 2007, pp.373-374.

<sup>61</sup> Os constantes dos artigos 63.º-72.º da CRP, como por exemplo, o direito à segurança social, à proteção da saúde, à habitação, ao ambiente, etc.

<sup>62</sup> ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, in Ob., cit., p.931.

categorias, os DLG, e os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, previstos nos Títulos II e III respetivamente. Todavia, nem sempre assim foi e o que hoje entendemos como duas categorias distintas de direitos fundamentais, tradicionalmente entendia-se como fazendo parte da mesma realidade. Isto porque de 1838 até 1959, a designação “direitos e garantias” englobava todos os direitos fundamentais, passando mais tarde a estender-se a designação para “direitos, liberdades e garantias”. Nessa altura abrangia todos os direitos fundamentais, aí se incluindo os direitos sociais. A mudança surgiu aquando da apresentação ao Parlamento dos vários projetos da que veio mais tarde a ser a Constituição de 1976. Tanto o PPD (Partido Popular Democrático) como o PCP (Partido Comunista) mantiveram a denominação de “direitos, liberdades e garantias” enquanto realidade que abrangia todos os direitos fundamentais, beneficiando de um regime comum, já o PS (Partido Socialista) propôs a criação de duas qualificações, por um lado os “direitos, liberdades e garantias” e, por outro, os “direitos económico-sociais”. Como sabemos, esta foi a opção que a CRP de 1976 adotou, passando a existir duas categorias, nomeadamente a dos “direitos, liberdades e garantias” beneficiários de um regime específico e a dos “direitos económicos, sociais e culturais”.

Com a não inclusão de todos os direitos fundamentais na intimação para proteção de DLG, o legislador procurou criar uma espécie de filtro de acesso, no sentido de garantir pelo menos a proteção dos direitos fundamentais prioritários, visto que não existia até então qualquer ação que permitisse a um particular, cujo direito fundamental havia sido lesado, recorrer aos tribunais. Logo aqui nos deparamos com um problema que é o de considerar os DLG, hierarquicamente superiores ou prioritários, como um todo, em relação aos restantes direitos fundamentais, sobretudo aos sociais. Na prática, naturalmente se conclui que é necessário proceder a uma avaliação casuística da lesão ou ameaça de lesão em causa, visto que circunstâncias existem em que um direito social pode adquirir uma relevância superior a um DLG, por se aproximar mais da dignidade da pessoa humana. “Porque é que, por facto de uns serem direitos, liberdades e garantias e outros direitos sociais, deveria o direito à greve preferir sempre sobre o direito ao trabalho? O direito de propriedade sobre o direito à habitação? O direito a fumar, baseado no direito ao desenvolvimento da personalidade, que é um direito, liberdade e garantia, sobre o direito à saúde, que é um direito social? (...) Se admitíssemos que, como um todo, o direito ao desenvolvimento da personalidade prevalece sobre o direito à saúde (e não é preciso muito para concluir que essa hipótese é, nesses termos, insustentável), já na

prática, por que razão deveria uma dimensão mínima ou irrelevante do direito ao desenvolvimento da personalidade (o direito a fumar em espaços públicos fechados) prevalecer sobre o direito à saúde numa sua dimensão significativa (o direito a não correr o risco de contrair cancro do pulmão por sujeição involuntária e duradoura ao fumo)?”<sup>63</sup>. Assim o que deve prevalecer são as circunstâncias concretas do caso e não a preferência abstrata de alguns direitos como um todo sobre outros, isto é, a parcela de um determinado direito, pode no caso concreto, ser mais relevante, do que um direito que embora enquadrado na categoria de DLG, não tenha um alcance tão premente para o cidadão que o arroga. De outra forma, a justiça administrativa traria uma diferença, a nosso ver irrazoável, de tratamento entre cidadãos, sem razões valorativas suficientes.

Outro argumento de que nos podemos socorrer para defender a eventual extensão deste processo, é a possibilidade de reconduzir qualquer direito ao direito ao desenvolvimento da personalidade, portanto a um DLG, deixando cair a eficácia do filtro de acesso à ação de intimação prevista apenas para proteção dos DLG. “Qualquer lesão ou ameaça de lesão de um direito social (direito à saúde, à habitação, ao ensino, à cultura, ao trabalho, ao mínimo de subsistência ou qualquer outro) é sempre também, inevitavelmente, lesão ou ameaça de lesão do direito ao desenvolvimento da personalidade e este é indiscutivelmente um direito, liberdade e garantia, quaisquer que sejam os critérios desenvolvidos pela doutrina tradicional a que se recorra, e é até um direito, liberdade e garantia pessoal, o que satisfaria mesmo quem, embora sem apoio, releve essa exigência como pressuposto de recurso ao meio processual em causa.”<sup>64</sup> Assim, por exemplo, se um particular invocar a lesão ou ameaça de lesão do seu direito à proteção da saúde, não pode recorrer a esta ação de intimação por se tratar de um direito social, mas caso invoque na mesma situação que a lesão está a ocorrer afinal no seu direito à integridade física (que é um DLG) então aí, já se pode admitir o recurso à intimação.

Desta forma, o único critério possível para determinar quais os direitos abrangidos pelo art.109.º do CPTA, seria o da determinabilidade do conteúdo da norma em causa bem como dos deveres do Estado invocados por ela. Porém o recurso a este critério para distinguir direitos fundamentais nem sempre faz sentido, uma vez que “(...) na justiça

---

<sup>63</sup> NOVAIS, JORGE REIS, *Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*, Almedina, 2020, cit., pp.89-90.

<sup>64</sup> NOVAIS, JORGE REIS, *Uma... Ob.*, cit., pp.92-93.

administrativa, e quando se trate de invocar a garantia de um direito social, lidamos com direitos que já passaram pela conformação do legislador ordinário, portanto, com direitos que, em geral, apresentam já, e relativamente aos clássicos direitos de liberdade, um grau de determinação até bem superior a estes, uma vez que, em geral, se traduzem na previsão concreta, quantificada, precisa, de uma determinada prestação fáctica (...) o legislador já conformou o conteúdo dos direitos fundamentais de conteúdo constitucional indeterminado, especificando concreta e precisamente as garantias dos particulares e as obrigações que incumbem aos poderes públicos (...)”<sup>65</sup>.

Dito isto para que se admita o recurso à intimação para proteção de DLG, é necessário que o direito em causa seja um direito fundamental da maior relevância material, que se encontre suficientemente determinado e seja suscetível de ser juridicamente invocável e judicialmente decidido com respeito pelo princípio da separação de poderes. Assim, tem entendido a jurisprudência administrativa que, ainda que não estejamos perante um DLG ou direito de natureza análoga, podem ser invocados outros direitos fundamentais, desde que se verifiquem preenchidos os requisitos desta ação, o seu conteúdo esteja determinado e se possa recorrer à justiça, quando está em causa por exemplo o direito à proteção da saúde, o direito à pensão, entre outros.

Também Mário Aroso de Almeida parece concordar<sup>66</sup> com esta interpretação extensiva que a jurisprudência tem feito em relação ao meio processual em análise, “(...) a jurisprudência tem adoptado uma postura de relativa abertura, que não se afigura criticável, no que respeita à delimitação concreta das situações jurídicas subjetivas que considera exprimirem o exercício de direitos, liberdades e garantias, que tem, por vezes, estendido a situações em que as situações subjetivas em causa resultam da concretização legislativa de direitos fundamentais, como, v.g., tem sucedido no domínio de direitos sociais, como o ensino superior, a saúde ou a segurança social.”<sup>67</sup>

Um bom exemplo disso, é o Acórdão do TCA Sul<sup>68</sup>, relativo a uma funcionária que padecia de uma doença do foro oncológico que requereu a intimação para proteção de DLG, por pretender ser submetida imediatamente a junta médica de revisão com vista

---

<sup>65</sup> Assim, NOVAIS, JORGE REIS, in *Uma...*, Ob., cit., p.94.

<sup>66</sup> Do lado oposto, podemos apontar ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, in *A Justiça...*, Ob., cit., pp.263-264, que entende que apenas se poderá aplicar este meio processual quando em causa estiver um direito, liberdade e garantia ou direito de natureza análoga, sem exceções.

<sup>67</sup> ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, Ob., cit., p.148. Vide também, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, Ob., cit., pp.930-932.

<sup>68</sup> Acórdão do TCA Sul, processo n.º2539/07, de 06.06.2007.

a obter a aposentação. O Tribunal procurou apenas discutir a questão de adequação do meio processual e não acerca do efetivo direito de aposentação que a mesma eventualmente teria. Excluiu a aplicabilidade de uma medida de tutela cautelar, pelo facto de uma medida provisória não impedir a lesão irreversível do direito em causa, e tão pouco permitir manter o efeito útil da correspondente decisão a conferir pela ação principal. A funcionária já se encontrava em baixa médica, porém, a baixa não tem os mesmos benefícios que a aposentação, sobretudo em termos remuneratórios, portanto haveria sempre necessidade de recorrer ao pedido de aposentação. Está em causa o direito à segurança social (artigo 63.ºCRP), ou seja, o direito de exigir do Estado proteção numa situação de falta de capacidade de trabalho, que é um direito fundamental social, tendo o Tribunal entendido ser aqui aplicável a ação de intimação do art.109.º do CPTA. “(...) a decisão do TCA Sul, apesar de apoiada numa fundamentação deficitária, constitui, em nosso entender, uma decisão ajustada: o direito à aposentação dos doentes do foro oncológico é uma concretização do direito fundamental à segurança social, tem uma relevância jusfundamental indiscutível e está tão suficientemente determinado na lei ordinária que o juiz administrativo pode garantir a respetiva realização sem pôr em causa as margens de decisão própria da Administração.”<sup>69</sup>

Atendendo ao exposto, cremos ser de perfilhar a posição do professor Jorge Reis Novais e de alguma doutrina e jurisprudência, no sentido de admitir a aplicação do processo de intimação em análise, a situações concretas que envolvam outros direitos fundamentais não enquadrados nesta específica categoria, mas tão só se *in casu* o direito fundamental for da maior relevância material, se o seu conteúdo estiver suficientemente determinado e, se for possível recorrer à justiça administrativa com plena observância da separação de poderes. Parece ser assim possível aceitar a situação de um utente do SNS, cujos TMRG tenham sido ultrapassados para efeitos da Portaria 153/2017, de 4 de maio, e atendendo sempre às circunstâncias concretas do caso, recorrer à ação de intimação prevista no art.109.º do CPTA, para defender o seu direito fundamental à proteção da saúde (que tenha sido ameaçado ou cuja lesão já tenha efetivamente ocorrido). Também por entendermos não existir qualquer outra ação capaz de satisfazer os interesses em causa, com a celeridade e alcance desejados.

---

<sup>69</sup> Neste sentido, NOVAIS, JORGE REIS, in “Direito..., Ob., cit., p.59.

Cabe apenas acrescentar que, caso porventura se entenda esta situação, à luz da doutrina tradicional, como inaceitável, sempre poderemos dizer que de uma maneira ou de outra o utente, cujo direito à saúde se encontra em risco, como indubitavelmente se encontra também em risco o direito à integridade física e, no limite, o direito à vida, sempre poderia recorrer a este meio de tutela para garantir a defesa destes direitos fundamentais, estes sim DLG. Não deixamos, por isso, de pensar que o mais acertado seria sempre poder recorrer a este meio processual quando esteja em causa o direito fundamental à proteção da saúde, embora atendendo ao caso concreto, com transparência, sem necessidade de o mascarar ou associar a um qualquer outro DLG, ainda que a sua comunicabilidade seja inegável.

## Parte III

### 3. Responsabilidade Pelo Funcionamento Anormal do Serviço

#### 3.1.A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado- Enquadramento

Conforme decorre do DL n.º52/2002, de 4 de agosto, que aprova o Estatuto do SNS, bem como do art.64.º, n.º2, a) da CRP, a responsabilidade que decorre do direito fundamental à proteção da saúde é efetivada pelo SNS, razão pela qual nos enquadrámos no âmbito da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas prevista na Lei 67/2007, de 31 de dezembro.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado encontra fundamento constitucional no art.22.º da CRP, que estabelece a “*responsabilidade do Estado* como categoria autónoma, embora ligada à *responsabilidade pessoal do funcionário* por actos ou omissões ilícitas ou culposas conexas com o exercício de funções.”<sup>70</sup>, (art.271.º da CRP). Deixando para trás a tradicional Administração Pública toda poderosa em que os particulares nada podiam contra ela, passamos a ter uma responsabilidade que garante a reparação dos danos causados aos particulares (ou administrados) pela atuação dos poderes públicos, mediante uma reparação indemnizatória.

Vamos ocupar-nos apenas da responsabilidade por factos ilícitos que vem prevista nos artigos 7.º e ss., do RRCEE e que prevê a verificação de uma série de pressupostos cumulativos, a saber, o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

#### 3.2.Regime da Responsabilidade pelo Funcionamento Anormal do Serviço

A responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço é uma criação doutrinária e jurisprudencial, que tem a sua origem no direito francês. Somente com o novo Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado (Lei n.º67/2007, de 31 de dezembro), se positivou este instrumento<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> CANOTILHO, J.J GOMES/MOREIRA, VITAL, *in Ob.*, cit., p.435.

<sup>71</sup> Seguem dois exemplos jurisprudenciais a título meramente exemplificativo da aplicação deste instrumento ainda antes da entrada em vigor do RRCEE, como o Acórdão do STA, processo n.º0201/09, de 20-01-2010 e Acórdão também do STA, processo n.º0606/090, de 23-09-2009.

Estamos perante uma responsabilidade administrativa por factos ilícitos<sup>72</sup> que, como supra referido, exige uma série de pressupostos e que, embora de forma atípica, se encontram preenchidos na responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço. Resulta da conjugação dos números 3 e 4 do art.7.º com o n.º2 do art.9.º todos do RRCEE.

O sentido útil do art.7.º/3 do RRCEE é o de atribuir responsabilidade civil à pessoa coletiva pública, fazendo-a responder pelos danos causados com a sua atuação ilícita, quando essa atuação não possa ser imputada aos titulares de órgãos funcionários e agentes, ou por impossibilidade de individualizar o responsável (culpa anónima); ou, porque a atuação é responsabilidade do serviço na sua globalidade (culpa coletiva)<sup>73</sup>.

Há quem defenda que se trata de uma espécie de ficção jurídica uma vez que a atuação, seja por ação ou omissão, é sempre humana e o Estado e as demais pessoas coletivas públicas não podem ser humanizadas. O princípio geral da responsabilidade por facto ilícito é o de que ela é subjetiva, apenas se verificando obrigação de indemnizar quando se possa atribuir culpa a alguém. E naturalmente que só podem agir com culpa os indivíduos, mas na prática nem sempre se consegue apurar de quem foi a culpa de uma determinada atuação de um serviço público, assim emprega-se a “expressão *culpa do serviço*, ou *falta do serviço*, para se significar (...) um facto «anónimo e coletivo de uma administração em geral mal gerida, de tal modo que é difícil descobrir os seus verdadeiros autores» (...) cada vez mais nos nossos dias pode suceder que o facto ilícito e culposo causador dos danos, sobretudo se revestir a forma de uma omissão, não possa ser imputado a um autor determinado, ou a vários, devendo antes sê-lo ao serviço público globalmente considerado.”<sup>74</sup>.

Passemos então à análise dos pressupostos que têm de estar preenchidos para que se possa falar em responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço. Correspondem aos da responsabilidade por facto ilícito, designadamente, o facto, a ilicitude, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano. O requisito da culpa

---

<sup>72</sup> Coincidente (por exigir os mesmos requisitos) com a responsabilidade civil do art.483.º do CC.

<sup>73</sup> A distinção entre culpa anónima e culpa coletiva é uma construção doutrinária, a meu ver pertinente, que serve para distinguir duas situações que, embora conduzam ao mesmo resultado (impossibilidade de atribuir responsabilidade a um concreto agente da Administração), não deixa, por isso, de fazer sentido autonomiza-las.

<sup>74</sup> Assim, AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 3.ª ed., Almedina, 2016, cit., p.598.

levanta algumas questões e há quem inclusivamente entenda que nesta modalidade de responsabilidade se prescinde da averiguação do pressuposto da culpa.

Começando pela ilicitude. Vem prevista no art.9.º do RRCEE. “Ílícita é, por isso, qualquer conduta que viole o bloco de legalidade (isto é, que seja ilegal): assim, são ilícitos os atos que violem os princípios ou regras constitucionais, legais ou regulamentares (ou ainda internacionais ou comunitários) ou infrinjam regras técnicas ou deveres objetivos de cuidado (art.9.º, 1 RRCEC), bem como aqueles que violem os parâmetros pelos quais deve reger-se o funcionamento normal dos serviços (art.9.º, 2 RRCEC).”<sup>75</sup>A principal característica deste tipo de ilicitude reside no facto de não se exigir, ao contrário do que acontece quando estamos perante uma concreta violação de normas ou deveres objetivos de cuidado por parte de um agente determinado, que se prove que aquele concreta violação originou o dano que o lesado se arroga<sup>76</sup>. “Nesta hipótese, a ilicitude da conduta não se avalia em função de um padrão normativo de conduta, mas de um *standard* objectivo de funcionamento, concretizado no artigo 7.º, n.º4. O critério implica a existência de ilicitude quando, nas *circunstâncias* concretas, seja uma *exigência razoável* a evitação do dano, de acordo com *padrões médios de resultado*. Pressupõe-se a existência de uma directriz para estandardização da qualidade dos serviços a um *nível médio*, que não tem, por isso, de ser necessariamente elevado (...)”<sup>77</sup>

Não é suficiente que uma conduta seja tipicamente ilícita para que se possa verificar preenchido o requisito da ilicitude, esta tem de consubstanciar a *ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*<sup>78</sup>, atribuível a um funcionamento anormal do serviço. Assim, “O que o n.º2 deste artigo 9.º explicita é que, mesmo quando não seja possível identificar o autor material da acção ou omissão ou os danos sejam imputáveis a uma actuação do serviço globalmente considerado, não deixa de considerar-se o facto

---

<sup>75</sup> Neste sentido, SOUSA, MARCELO REBELO DE/MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, in *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª ed., Dom Quixote, 2008, cit., pp.20-21.

<sup>76</sup> AMARAL, DIOGO FREITAS DO, in Ob., cit., pp.598-599, refere ainda que *a grande dimensão da Administração Pública, a complexidade das suas funções, a constante variação dos seus servidores, a morosidade dos seus processos de trabalho, a constante mudança de departamento e de titulares de cargos públicos, a rigidez das regras financeiras, e tantos outros fatores de efeito análogo, transformam muitas vezes uma sucessão de pequenas faltas desculpáveis, ou até de dificuldades e atrasos legítimos, num conjunto unitariamente qualificável, ex post, como facto ilícito culposos.*

<sup>77</sup> ANDRADE, J. C. VIEIRA DE, *A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, 137.ºAno, N.ºs3946-3951, pp.360-371, Coimbra, 2007-2008., cit.,p.366.

<sup>78</sup> Art.9.º/2 do RRCEE: “Também existe ilicitude quando a ofensa a direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º3 do art.7.º.”

como *ilícito* para efeito de responsabilidade administrativa.”<sup>79</sup>. Exige-se um juízo de censura relativo ao serviço em si, ora, “Esse juízo de censura é, naturalmente, objetivado, na medida em que não se reporta ao comportamento específico de um determinado agente administrativo, mas ao funcionamento do serviço globalmente considerado e, portanto, à própria entidade pública, enquanto pessoa jurídica (...) ao assumir que, nas circunstâncias do caso, era exigível a um serviço que funcionasse bem (ou seja, que funcionasse segundo adequados padrões de resultado) que não tivesse causado os danos produzidos, o preceito pressupõe que as concretas circunstâncias do caso impunham ao serviço a adoção de uma conduta diferente daquela que foi adotada, em termos de poder e dever ser formulado um juízo de censura pelo facto de não ter sido adotada uma conduta que não causasse os danos ou impedisse que eles se produzissem.”<sup>80</sup>.

Com esta possibilidade, constatamos, indo ao encontro do defendido pela generalidade da doutrina, que a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço pode ser excluída nas situações em que, atendendo a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, outro comportamento não seria exigível à Administração, ou seja, não se lhe podia exigir que atuasse no sentido de evitar os danos que eventualmente viriam a ocorrer. Assim, há exclusão da ilicitude e do dever de indemnizar quando, por razões de comprovada falta de recursos humanos, financeiros ou materiais, não se poderia exigir mais do concreto serviço público em causa, mas, segundo Mário Aroso de Almeida, somente quando “o serviço disponha dos recursos mínimos que seja razoável exigir para que ele possa funcionar nas condições necessárias para evitar os danos produzidos.”<sup>81</sup>. Concordamos, porque de outra forma, a Administração conseguiria sempre ou quase sempre provar que aquele determinado dano foi causado por falta de meios/recursos e que, portanto, mais não lhe poderia ser exigido face às circunstâncias do caso, deixando o lesado com a difícil, para não dizer impossível, tarefa de demonstrar que o serviço público falhou e que foi causa direta da violação dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

A falta de recursos humanos e materiais, pode e deve ser considerada como exclusão do dever de indemnizar na responsabilidade pelo funcionamento anormal do

---

<sup>79</sup> Assim, CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, 2011, cit., p.195.

<sup>80</sup> MEDEIROS, RUI (coordenação), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, ideia proclamada pelo Professor Mário Aroso de Almeida, cit., pp.250-251.

<sup>81</sup> MEDEIROS, RUI (coordenação), *Ob.*, cit., p.223.

serviço, mas apenas em casos pontuais. Assim, “a demonstração da inexistência de meios humanos e financeiros, que inequivocamente cabe e deve caber à Administração- quanto mais não fosse em resultado de uma inversão do ónus da prova resultante da dificuldade probatória e das regras da experiência-, deve ser objeto de uma apreciação jurisdicional exigente que se nos afigura que implicará tomar em consideração uma pluralidade de fatores ligados ao funcionamento do serviço”<sup>82</sup>.

Quanto ao pressuposto da culpa. O anterior regime aplicável à responsabilidade do Estado constava do DL 48051, de 21 de novembro, e referia no seu art.4.º a expressa remissão da noção de culpa para o art.487.º do CC, sendo a culpa apreciada com base na diligência exigível a um bom pai de família, face às circunstâncias do caso (n.º2), “agir com culpa, significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E essa conduta será reprovável quando o lesante em face das circunstâncias concretas da situação *podia e devia ter agido de outro modo*”<sup>83</sup>. Hoje, o art.10.º do RRCEE, diz-nos que a culpa é *apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso*, presumindo-se a culpa leve quando estejam em causa atos jurídicos ilícitos ou se verifique o incumprimento de deveres de vigilância.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º67/2007, de 31 de dezembro, a jurisprudência do STA tinha dificuldade em separar a culpa da ilicitude, “(...) em numerosos arestos deste Supremo Tribunal a culpa tem vindo a ser assimilada, quase por completo, ao elemento ilicitude. Colocado perante a dificuldade em estabelecer uma linha divisória entre a culpa e a ilicitude, dada a definição ampla de ilicitude constante do citado art.6.º, este Supremo Tribunal tem afirmado que, estando em causa a violação de um dever de boa administração, a culpa assume o elemento subjetivo da ilicitude, diluindo-se nela.”<sup>84</sup> Porém sempre que estava em causa uma situação de funcionamento anormal do serviço, ou seja, quando não se podia imputar o comportamento censurável a um determinado agente público, teria de se proceder a uma análise comparativa com os standards de atuação que se devem esperar do serviço a funcionar normalmente, ou seja, com o nível médio de funcionamento, que razoavelmente se pode esperar. Cabendo ao lesado o ónus

---

<sup>82</sup> SOUSA, ANA PEREIRA DE, *A Culpa do Serviço no Exercício da Função Administrativa*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 72 n. 1 (Jan.-Mar. 2012), p. 335-358, cit., p.355, (disponível para consulta em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B54c06115-8834-4732-80bd-d5741cbae04d%7D.pdf>).

<sup>83</sup> Acórdão do STA, processo n.º0751/07, de 14-04-2010, cit., p.35.

<sup>84</sup> Assim vem expressamente referido no Acórdão do STA, processo n.º047342, de 14-03-2002, cit., p.9.

da prova para ilidir a presunção de culpa, mediante a alegação e prova de que mantinha os seus serviços organizados adequadamente e no sentido de assegurar que a sua conduta não se situou abaixo do nível médio de funcionamento que lhe era exigível<sup>85</sup>.

Vieira de Andrade<sup>86</sup>, por exemplo, entende que neste tipo de responsabilidade, há ilicitude sem culpa, o que consubstancia uma das exceções previstas no âmbito da responsabilidade objetiva por facto ilícito. Também para Pedro Machete<sup>87</sup>, na conduta da Administração, caracterizada pelo desempenho de uma função específica regida por uma legalidade própria, a questão da culpa tende a esbater-se ou objetivar-se. Há inclusivamente jurisprudência<sup>88</sup> que defende que o sentido do legislador ao estipular a figura do funcionamento anormal do serviço foi o de prescindir da culpa.

Há quem defenda, pelo contrário, que não se prescinde da culpa, mas tão só do seu significado subjetivo, adquirindo a mesma um sentido mais objetivo, enquadrando também as situações em que não se consegue individualizar um culpado e, ao invés, se atribui a culpa da atuação danosa ao serviço público globalmente considerado. Assim, é sempre necessário que se proceda a um juízo de censura do serviço público (e não um juízo de censura subjetivo individual), na medida em que tem de se demonstrar que era concretamente exigível uma atuação “suscetível de evitar os danos produzidos”. É precisamente na parte final do n.º4 do art.7.º do RRCEE que se encontra o requisito da culpa (objetiva).

Como resultado, pode adotar-se uma noção de culpa abstrata sendo necessário, em todo o caso, um juízo de censura, porém este juízo não parte dos mesmos pressupostos da culpa individual, tratando-se assim de uma presunção de culpa, desde que verificados os requisitos próprios desta tipologia de responsabilidade (art.7º/4 do RRCEE). Verifica-se inversão do ónus da prova e deixa de caber ao lesado a alegação e prova da atuação ilícita e culposa da Administração, cabendo antes à Administração provar que nenhuma culpa houve da sua parte comprovando que a sua atuação, atendendo aos meios e modelo de organização de que dispunha aquando da prática do comportamento ilícito, foi razoável

---

<sup>85</sup> *A título de exemplo podemos apontar dois Acórdãos do STA, designadamente, os processos n.ºs 0137/05, de 22-02-2006; e 0201/09, de 20-01-2010.*

<sup>86</sup> ANDRADE, J. C. VIEIRA DE, *A Responsabilidade por danos decorrentes...* Ob., cit.

<sup>87</sup> MACHETE, PEDRO, *A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º69, pp.30-40, maio/junho, 2008

<sup>88</sup> Um exemplo desta posição é o Acórdão do TCAN, processo n.º00022/09.6BEPNF, de 17-01-2020.

e atuação diversa não se lhe poderia exigir face às circunstâncias do caso, elidindo assim a presunção<sup>89</sup>.

Desta forma, a lei acaba por esclarecer de que forma se pode aferir se estamos perante uma situação de *culpa do serviço*, dando os traços orientadores que conduzem ao juízo de censura necessário para que se verifique ou não o funcionamento anormal do serviço. São eles, as circunstâncias e os padrões médios de resultado. Quando falamos em culpa individual, referimo-nos necessariamente à diligência que o agente deveria ter colocado na sua atuação e não colocou, e daí poder-se falar em juízo de censura do comportamento que seria exigível, independentemente da modalidade de culpa em causa (dolo ou negligência). Na *culpa do serviço*, interessa apurar esta diligência do ponto de vista do serviço, dos seus standards e das circunstâncias concretas em que ocorreu a atuação danosa. O pressuposto das circunstâncias obriga a uma análise do preciso contexto em que se deu o dano, ou seja, se a atuação é justificável ou não, com base nos fundamentos que a Administração atribui às suas decisões/atuações (ações ou omissões). Quanto aos padrões médios de resultado também designados por standards do serviço, nas palavras de Ana Fernanda Neves “ É, pois, atribuída relevância aos parâmetros de desempenho funcional da espécie do serviço em causa, segundo um desempenho que não tem de ser de excelência, mas de nível médio ou intermédio (...) um serviço *zeloso e cumpridor*, da lei, das regras técnicas e/ou científicas e dos parâmetros da boa administração<sup>90</sup>, especificados em lei e em cartas deontológicas ou de desempenho profissional.”<sup>91</sup>.

Funcionamento anormal do serviço é um conceito que exige ponderação, por não haver uma padronização ou uma orientação geral de comportamento que possa ser

---

<sup>89</sup> Vide artigos 487.º/1 e 493.º/1 do CC.

<sup>90</sup> O princípio da boa administração consta do art.5.º do CPA e diz-nos que a *Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade*. O que significa que “ requer a orientação da conduta administrativa jurídica e material de acordo com as regras da «ciência da administração» que se alimenta de considerações económicas, sociológicas e também (...) éticas (...) A boa administração é um critério objectivo de conduta da Administração sintetizando um conjunto de considerando jurídicos e não jurídicos (...) Traduz-se num dever administrativo (...) a violação daquele princípio geral constitui a Administração em ilicitude podendo ser chamada a indemnizar por danos decorrentes da sua responsabilidade civil extracontratual e pode dar origem a ilegalidade (...)”, segundo MONCADA, LUIZ S. CABRAL DE, in *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 3.ª ed., Quid Juris, 2019, cit., p.84.

<sup>91</sup> GOMES, CARLA AMADO/PEDRO, RICARDO/SERRÃO, TIAGO, (Coordenadores), *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, 2.ª ed., AAFDL, 2018, cit., pp.539-540.

chamada para se concluir no sentido do normal ou anormal funcionamento do serviço. Há ao invés, uma contextualização circunstancial que deve ser tida em conta.

No que diz respeito ao nexo de causalidade entre o facto e o dano. Este pressupõe que o resultado danoso se configure como consequência necessária da conduta ilícita (ação ou omissão). A jurisprudência dos tribunais administrativos<sup>92</sup>, tem entendido que nas situações de responsabilidade por facto ilícito, o nexo de causalidade se afere com recurso à teoria da causalidade adequada na sua formulação negativa (art.563.º do CC) na medida em que o facto que atuou como dano só deixará de ser considerado causa adequada se, atendendo à sua natureza geral, se mostrar indiferente à verificação do dano, tendo-o provocado apenas pelas circunstâncias excepcionais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto.

Como notas finais, podemos referir que não existe somente uma forma de responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço. Podendo afirmar-se a existência de três modalidades que têm vindo a ser preconizadas na jurisprudência e doutrina mais relevantes. A saber, o funcionamento anormal do serviço porque, por um lado o serviço não funcionou de todo, ou porque funcionou tardiamente, ou ainda porque a Administração não observou os padrões mínimos de resultado que lhe eram exigidos.

Por fim, a tipologia de responsabilidade aqui em análise não se confunde com a responsabilidade pelo risco. Esta última pressupõe um funcionamento normal do serviço, nos casos em que uma atuação envolva riscos próprios da atividade específica do serviço, ou seja, para que se verifique esse tipo de responsabilidade, tem de se comprovar que os danos encontram causa no risco típico do serviço, que ultrapassa os limites que as pessoas afetadas por este comportamento devem suportar.

### **3.3.E quando falamos em incumprimento dos TMRG? Podemos enquadrar este incumprimento numa situação de funcionamento anormal do serviço?**

Admitindo que estamos perante prazos vinculativos, cabe agora indagar, se se pode considerar excluído o recurso à responsabilidade civil, pelo simples facto de não vir

---

<sup>92</sup> A título meramente exemplificativo podemos apontar os seguintes Acórdãos do STA: processo n.º0751/07, de 14-04-2010; processo n.º0201/09, de 20-01-2010; processo n.º 0137/05, de 22-02-2006, entre outros.

previsto, no sentido de analisar o eventual pedido indenizatório por via da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço.

A violação dos TMRG constitui a violação de uma obrigação jurídica, o que permite ao utente, como já se referiu, o recurso à tutela jurisdicional, que vai além do direito à queixa, pelo que pode também gerar responsabilidade civil, “apesar da origem *legal* ou *estatutária*, a relação jurídico-administrativa de prestação de cuidados de saúde tem feição marcadamente *obrigacional*. Certo que, ao invés de nascidas do contrato-acordo de vontade entre as partes-, as obrigações que compõem o conteúdo desta relação jurídica decorrem da lei, do regulamento ou do ato administrativo. Não há, nestes termos, uma diferença essencial de natureza em relação às obrigações jurídicas fundadas no contrato, mas apenas uma diferença quanto à sua fonte (...) violação das obrigações jurídicas da saúde é essencialmente integrado no âmbito do regime da responsabilidade civil obrigacional, independentemente da natureza pública ou privada da entidade obrigada ao seu cumprimento (...) a violação de obrigações jurídicas de saúde pode igualmente ser fonte de responsabilidade aquiliana ou extraobrigacional, uma vez que os direitos em causa- saúde, vida, integridade física (...) existem como direitos *absolutos* para além da fonte contratual ou legal das obrigações.”<sup>93</sup>

Poderia colocar-se a questão da exclusão de aplicabilidade do regime da responsabilidade extracontratual do Estado por não estar expressamente prevista, todavia, este regime é imperativo e vinculativo para a Administração, pelo que, quando a Administração emite regulamentos administrativos, como é o caso da Portaria 153/2017 está a agir no âmbito da sua função administrativa, segundo o qual, as ações ou omissões que praticar estarão abrangidas pelo RRCEE, não tendo a Administração ao seu dispor a faculdade de excluir o RRCEE, por se tratar de um regime imperativo<sup>94</sup>.

Quanto à natureza da Portaria que estabelece os TMRG, podemos dizer que constitui uma espécie de regulamento<sup>95</sup> nos termos do art.138º/3/c) do CPA, uma vez que é da autoria do Ministro da Saúde, a mando do Governo. O regulamento constitui uma fonte de direito tal como a lei, ainda que sem natureza legislativa, não deixando, por isso, de se considerar fonte de direito, embora *sui generis*. Mais, a Administração, no exercício

---

<sup>93</sup> ESTORNINHO, MARIA JOÃO/MACIEIRINHA, TIAGO, in Ob., cit., pp.293-294.

<sup>94</sup> Neste sentido, ver CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, in *Regime...*, Ob., cit., pp.34-37.

<sup>95</sup> As Portarias nem sempre têm natureza regulamentar, adquirindo esta natureza se forem da autoria de um ou mais ministros em nome do Governo.

dos seus poderes, onde se inclui o poder regulamentar, está sujeita à observação de uma série de princípios, previstos nos artigos 13.º a 19.º do CPA, que disciplinam e regulam toda a atividade administrativa. Destaca-se o princípio da legalidade, que nos diz que a Administração, quando prossegue o interesse público, o deve fazer em obediência à lei (arts.266.º/2 da CRP e 3.º do CPA), que abrange todo o bloco legal, incluindo-se nele a CRP, a lei ordinária, o regulamento, os direitos resultantes de contrato administrativo e de direito privado ou de ato administrativo constitutivo de direitos, os princípios gerais de direito, e o direito internacional que vigore na ordem interna. Assim sendo, a violação pela Administração de uma destas categorias dá lugar a ilegalidade, com as consequências que daí advêm (responsabilidade civil, por exemplo).

A Portaria 153/2017, decorre da Lei n.º15/2014, de 21 de março, que estipula nos seus arts.25.º e 26.º que a Carta dos Direitos de Acesso, que define os TMRG, deve ser publicada por Portaria. Assim, embora a lei exija que estes TMRG sejam publicados e especifique os requisitos a cumprir, há uma certa margem de discricionariedade, relativamente aos concretos tempos máximos de resposta previstos. Embora se admita que possa existir discricionariedade, parece haver, da interpretação que se faz da norma, uma autovinculação da Administração. “A Administração, embora tivesse nos termos da lei um poder discricionário, decidiu autovincular-se, e autovinculação a que ela se submeteu obriga-a (...) se depois de se ter autovinculado, praticar um ato que contrarie as normas que ela própria elaborou, e a que ela própria decidiu submeter-se, esse ato será ilegal porque viola normas estabelecidas pela Administração, que constituem uma autovinculação do seu poder discricionário.”<sup>96</sup>. Para além disto, entende João Caupers que a “autovinculação- através, designadamente, de normas regulamentares- é aceitável e positiva.”<sup>97</sup> e que “o aprofundamento e reforço das garantias dos cidadãos recomendam o estreitamento do campo da discricionariedade, alargando as vinculações e melhorando a eficácia dos princípios que condicionam o exercício do poder administrativo.”<sup>98</sup> Embora o poder discricionário não constitua uma exceção propriamente dita ao princípio da legalidade, acaba por permitir uma maior liberdade à Administração na escolha da medida a adotar para prosseguir o interesse público, embora seja limitado, por um lado, pelos limites que a própria lei prevê e, por outro, pela autovinculação da própria Administração.

---

<sup>96</sup> A este propósito, AMARAL, DIOGO FREITAS DO, in Ob., cit., p.84.

<sup>97</sup> CAUPERS, JOÃO, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.ª edição, Âncora Editora, cit., p.89.

<sup>98</sup> CAUPERS, JOÃO, Ob., cit., pp.92-93.

Não obstante, para convocar a aplicação das disposições do CPA relativas ao procedimento do regulamento, é necessário que esteja em causa um regulamento externo<sup>99</sup>. O que se verifica porque a Portaria em análise não se limita a disciplinar o funcionamento interno da Administração, mas também a relação de um serviço público com os particulares, que serão os seus utentes.

Como aos regulamentos externos se aplica o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, previsto no art.142.º/2 do CPA, pode defender-se que, como se disse acima, os regulamentos externos estão sujeitos ao princípio da legalidade e, como tal, “a Administração está, efetivamente, submetida a todo o ordenamento jurídico e, portanto, também às regras que ela própria elabora. Logo, os regulamentos não teriam sentido ou função útil se a Administração, por qualquer dos seus órgãos, a começar pelo que os editou, os pudesse deixar de observar.”<sup>100</sup>. Mais, “No que respeita à garantia dos direitos económicos, sociais e culturais perante a atividade administrativa, sobressai em toda a sua importância o *princípio da legalidade*(...) destacando-se o dever de emitir os regulamentos e praticar os atos necessários à respetiva execução.”<sup>101</sup>.

Independentemente, de se entender que estamos ou não perante uma autovinculação da Administração, a verdade é que a Portaria 153/2017 está sujeita, como aliás, todos os restantes atos e normas da Administração, ao princípio da legalidade, pelo que o eventual desrespeito pelas suas normas dará lugar a ilegalidade. Mas não só, também por se tratar de um regulamento externo, cuja própria lei habilitante exige que a Administração fixe os TMRG no SNS, a única interpretação a retirar, é que o legislador, ao exigir esta fixação fê-lo no interesse dos cidadãos e utentes dos estabelecimentos do SNS, na defesa dos seus direitos e interesses protegidos e na esteira do consagrado direito fundamental à proteção da saúde, pelo que admitir que os prazos em causa são meramente indicativos, seria o mesmo que atribuir uma utilidade nula á Portaria.

Face ao exposto, cabe agora analisar a eventual aplicação do regime da responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço. Não cabe aqui proceder à repetição *ipsis verbis* de tudo o que foi dito acima a propósito deste complexo regime, mas tão só, colocar a hipótese de um utente de um estabelecimento do

---

<sup>99</sup> Regulamentos externos, são os que projetam os seus efeitos jurídicos na esfera de outros sujeitos de direito, segundo CAUPERS, JOÃO, Ob., cit.

<sup>100</sup> Neste ponto, AMARAL, DIOGO FREITAS DO, Ob., cit., p.185.

<sup>101</sup> Assim, ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais Na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Almedina, cit., p.388.

SNS, cujo prazo para tratamento ou consulta se encontra ultrapassado atendendo aos TMRG definidos, poder invocar a responsabilidade do Estado. É o caso de uma atuação ilícita causadora de danos, que não pode ser imputada aos titulares de órgãos funcionários e agentes, ou em que seja impossível individualizar o responsável, mas que possa ser atribuída a um funcionamento anormal do serviço.

A ilicitude verifica-se, desde logo, com a violação da legalidade por incumprimento dos TMRG previstos na Portaria e que a Administração tinha obrigação de observar, como tal, há violação, por omissão (deveriam ter-se verificado determinados cuidados de saúde, o que não aconteceu), do direito fundamental à proteção da saúde, cuja consequência consubstancia um dano<sup>102</sup> para o utente, cuja omissão é causa adequada para a sua produção. Mas somente caso *atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos* (art.7.º/4 do RRCEE). Cabe aqui à Administração, caso o entenda, fazer prova de que outra conduta não lhe seria exigível e que a sua conduta não foi causa adequada à produção daquele concreto dano.

Embora estejamos num plano meramente hipotético, existem vários exemplos jurisprudenciais que nos remetem para situações que se podem analogamente enquadrar aqui, designadamente:

- Acórdão do TCAN (processo n.º00022/09.6BEPNF, de 2020)-, em que se decide tratar-se de conduta ilícita e culposa, com a consequente obrigação de indemnização, por se ter concluído que os danos sofridos pela menor em causa por diagnóstico tardio de hipotiroidismo, se ficaram a dever a um funcionamento deficiente do serviço, que tinha obrigação de realizar o teste do pezinho e dar conhecimento aos pais caso o resultado foi positivo, resultado esse que nunca chegou por via do teste não ter dado entrada no laboratório responsável pela realização desses testes.

-Acórdão do STA (processo n.º0751/07, de 2010), em que morreu uma grávida bem como o seu feto num hospital público e foi pedida a condenação no pagamento de uma indemnização pelos danos sofridos; neste caso, embora não imputável expressamente ao funcionamento anormal do serviço, estavam preenchidos todos os

---

<sup>102</sup> “O mau funcionamento do serviço, para relevar em termos de responsabilidade por facto ilícito, deve ser causa adequada de um dano individualizado, não bastando a sua configuração como uma violação da legalidade objetiva ou um incómodo para a coletividade em geral”, citação de Carla Amado Gomes pelo Acórdão do TCAN, processo n.º00022/09.6BEPNF, de 17-01-2020.

pressupostos da responsabilidade e o tribunal condenou o Estado, pela deficiente prestação de serviços médicos pelos seus agentes, uma vez que sobre os seus serviços, recaia a obrigação de tomar todas as diligências e esgotar todas as possibilidades tendentes a evitar o dano morte das vítimas.

-Acórdão do TCAS (processo n.º02585/07, de 2012) este referente a um contrato de arrendamento (entre a Administração e um particular) de um imóvel de gestão autárquica, que se encontrava em péssimo estado e que acabou por ruir logo após a emissão do título habilitante para o exercício da atividade comercial da vítima, sendo atribuídos os danos que resultaram para a vítima ao anormal funcionamento do serviço das Direções de Serviços da Câmara Municipal de Lisboa.

-Acórdão do STA (processo n.º0201/09, de 2010), em que o rebentamento de uma conduta de água provocou danos patrimoniais à vítima que agora pede a condenação do Município de Almada ao pagamento de uma indemnização, concluiu-se que a conduta rachou devido a envelhecimento e falta de manutenção em que não sendo possível individualizar o autor, se remeteu para ao funcionamento anormal do serviço, só se excluindo a obrigação de indemnizar, segundo o tribunal, caso o réu provasse que *está devidamente organizado, que fiscaliza, com diligência, aqueles equipamentos e que só as particulares circunstâncias do caso concreto, por fortuitas ou absolutamente imprevisíveis, explicam o ocorrido (...) e que a sua conduta não se situou abaixo do nível médio de funcionamento que lhe era exigível.*

-Acórdão do STA (processo n.º0137/05, de 2006) em que se deu a morte de uma menor por falta de assistência médica situação reconduzida ao funcionamento anormal do serviço, por não terem sido tomadas todas as diligências tendentes à não ocorrência do dano morte, uma vez que embora se admita a dificuldade de diagnóstico e a gravidade de uma doença como a que afetou a vítima, a verdade é que, se o serviço tivesse funcionado como seria de esperar atendendo aos seus padrões médios de resultado, a maior probabilidade seria a manutenção da vida da vítima.

Partindo destes exemplos jurisprudências, embora se pudesse fazer referência a tantos outros, cabe retomar a questão do possível enquadramento do incumprimento dos TMRG num caso de responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço. Surgem a este propósito várias questões, nomeadamente o possível enquadramento deste tipo de situações na modalidade de funcionamento tardio, visto que o utente poderá ver os seus

cuidados de saúde atendidos, mas já não dentro dos TMRG. Para além disto, conforme referido no ponto 3.2 a propósito do requisito da ilicitude, existe uma situação de possível exclusão do dever de indemnizar por falta de recursos materiais ou humanos. Com a comprovada escassez de meios, carece de sentido que o Estado deva indemnizar pelo funcionamento anormal do serviço, uma vez que não lhe seria razoavelmente exigível outra atuação que tendencialmente evitasse os danos. É precisamente nestas situações que deve existir uma maior cautela e uma exigência mais rigorosa de prova, pois, naturalmente, nas mais variadas ocasiões, virá a Administração alegar escusa de responsabilidade por falta de meios. Competindo ao tribunal, em face das circunstâncias de cada caso, garantir uma maior tutela da posição do utente com a consequente averiguação séria da veracidade das alegações feitas pela Administração.

Numa situação de desrespeito pelos TMRG atendendo às circunstâncias do caso e àquilo que seria exigível à Administração, estando preenchidos todos os requisitos da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço *in casu*, se se verificasse uma consequência danosa deveria surgir obrigação de indemnizar na concreta medida do dano sofrido, que seria evitado se o serviço funcionasse corretamente. Logicamente que não se exige que um serviço público, como a saúde, funcione sempre extraordinariamente bem ou que dele não resultem nunca consequências danosas para o estado de saúde dos seus utentes, o que se exige é que o serviço funcione corretamente, dentro de padrões que possam razoavelmente ser exigidos e que garantam aos cidadãos, como se pretende, uma efetiva proteção do seu direito à saúde, com cuidados de saúde eficazes e céleres, nem que para isso se tenha de recorrer a estabelecimentos externos, aptos a suprir as falhas do SNS. Admitindo-se, nas situações em que isto não acontece, portanto, em que há funcionamento anormal do serviço, que os lesados possam fazer valer os seus direitos, com as naturais consequências que daí advierem para a Administração.

Admitindo que há responsabilidade, resta-nos apenas entender o alcance da obrigação de indemnizar. O art.3.º do RRCEE, no seu n.º3 dispõe acerca da obrigação de indemnizar quer se trate de danos patrimoniais (suscetíveis de avaliação pecuniária) como de danos não patrimoniais (ou morais, não avaliáveis pecuniariamente), entendendo-se a remissão feita para as normas do CC ao estatuir “nos termos gerais de direito”. Desde logo, é aplicável o art.496.º/1 do CC, segundo o qual, a indemnização por danos não patrimoniais apenas cobre os que “pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”. Em caso de dano morte “são atendíveis quer os danos não patrimoniais sofridos pela vítima,

quer os sofridos por outras pessoas que, no caso, possam invocar o direito de indemnização (...) O n.º2 do art.496.º determina o círculo de pessoas que têm direito de indemnização por danos não patrimoniais, por morte da vítima. O acórdão do STA de 25 de setembro de 2007 (Processo n.º142/07) consignou que o direito à indemnização por danos não patrimoniais sofridos pela vítima, antes de falecer, e o dano decorrente da perda do seu direito à vida, ambos em consequência de lesão de que lhe adveio a morte, cabe, em conjunto, de *iure proprio* e não de *iure hereditário*, às pessoas indicadas no art.496.º, n.º2, do Código Civil e pela ordem de precedência indicada (...) ainda os acórdãos do STJ de 24 de maio de 2007 (Processo n.º 1359/07) e de 16 de junho de 2005 (Processo n.º1612/05).”<sup>103</sup><sup>104</sup> O montante da indemnização deve ser fixado equitativamente pelo tribunal atendendo às circunstâncias do caso e, em particular, ao grau de culpabilidade do agente, à sua situação económica, nos termos conjugados dos artigos 496.º/4 e 494.º. havendo também no caso de dano morte, dever de indemnizar terceiros pelos danos patrimoniais, por força do disposto no art.495.º(todos do CC)

Face ao que foi dito, caso uma situação de incumprimento dos TMRG conduzisse à morte do utente, os seus herdeiros teriam direito a ser indemnizados, quer a título de danos patrimoniais como de danos morais, pela perda daquele familiar. Este parece ser também o entendimento da jurisprudência administrativa<sup>105</sup> ao conceder indemnização aos familiares das vítimas de responsabilidade extracontratual por factos ilícitos que levou ao dano morte, sendo indemnizados pelos danos morais atribuídos à morte das vítimas bem como ao sofrimento causado pela perda de um ente querido.

---

<sup>103</sup> CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *in Regime...*, Ob., cit., p.92.

<sup>104</sup> Também neste sentido vai Filipa Calvão ao defender “sendo o dano da morte indenizável e os titulares do direito à indemnização os familiares ali indicados (para além da compensação eventualmente devida pelo sofrimento causado pela morte do familiar)”, in MEDEIROS, RUI (coordenação), Ob., cit., p.92.

<sup>105</sup> Nos Acórdãos do STA, de 14-04-2010 (Processo n.º0751/07) e de 22-02-2006 (Processo n.º0137/05).

## Conclusão

Os tempos de espera integram as políticas públicas de saúde globais e embora não seja possível comparar os TMRG definidos em cada Estado-Membro por se regerem por normas internas, é de saudar o facto de constituírem uma preocupação que quando bem implementada se traduzirá numa efetiva melhoria no acesso aos cuidados de saúde.

Os TMRG vêm fixados na Portaria 153/2017, de 4 de maio e constituem um limite temporal à atuação dos poderes públicos, por um lado, e uma garantia de prestação de cuidados de saúde célere, por outro. Todavia não só se verifica o incumprimento dos TMRG como a informação disponibilizada não apresenta resultados reais acerca destes tempos, sendo o incumprimento tendencialmente superior ao previsto nos dados oficiais.

Num Estado Social, em que se mune o setor público de instrumentos para fazer face às mais variadas necessidades coletivas, como a saúde, a educação, a segurança social, a justiça; paralelamente, existe um Estado de Direito, que oferece garantias aos seus cidadãos de que podem atuar, judicialmente, para fazer valer os seus direitos e salvaguardar os seus interesses. Carece de sentido dotar o Estado de serviços e garantias se depois não se prevê ou admite a possibilidade de os particulares lesados reagirem contra as más ingerências da Administração.

Após a averiguação da natureza dos prazos em causa e dos direitos que assistem aos utentes, coube discutir a possibilidade de reagir contra o incumprimento dos TMRG no sentido de responder, em tempo útil, às necessidades imediatas dos utentes (não existe uma ação tendente a tutelar as situações de incumprimento dos TMRG). A ação mais indicada é a ação de condenação da Administração a praticar o ato. O único senão é o tempo desta ação, porque o mais provável será obter uma sentença quando já não se veja nisso qualquer utilidade. Restando a hipótese de recorrer à tutela urgente por ser a única capaz de responder atempadamente e com isso satisfazer o interesse processual. Excluimos o recurso à tutela cautelar porque seria tomar uma decisão definitiva em sede provisória, impossibilitando a reversão da situação e tornando inútil a ação principal.

Assim, resta-nos o recurso à ação de intimação para proteção de DLG, por constituir o único meio de tutela direto contra ameaças ou lesões de direitos fundamentais. Que, como bem referimos, embora apenas sirva à primeira vista para reagir contra situações de ameaça de lesão ou de lesão efetiva de DLG ou direitos de natureza análoga,

foi pensada para tutelar os direitos mais relevantes (há situações em que o direito à proteção da saúde tem uma importância superior). Assim, acolhemos a jurisprudência e doutrina mais modernas, e defendemos a extensão deste meio processual às situações em que há ameaça ou lesão de um direito social como o direito à saúde (desde que esteja suficientemente determinado e seja possível recorrer a tribunal sem pôr em causa a separação de poderes). Ainda que não se admita esta possibilidade, o utente que vê os seus TMRG incumpridos e necessita de cuidados médicos imediatos, sempre pode alegar a ameaça de lesão ao direito à integridade física, por exemplo, este sim um DLG.

Quando debatemos a possibilidade de invocar a responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, fizemo-lo por reconhecermos a importância de responsabilizar a Administração pelos serviços que presta, pela forma como falha na proteção de um direito fundamental com a importância do direito à saúde (sobretudo se pensarmos no investimento que terá de ser feito pelo particular ao recorrer a um serviço privado). Mas também porque acreditamos ser fundamental alertar a Administração para o facto de que quando define TMRG, cria inevitavelmente a expectativa na esfera do utente de que irá ser tratado dentro desses tempos.

Em suma, a definição dos TMRG apesar de significativa, é francamente insuficiente enquanto não forem criados mecanismos que, com verdade, permitam suprir as falhas, cada vez mais visíveis de um SNS desgastado e com pouco investimento. Carece de sentido que juridicamente<sup>106</sup> sejam dadas garantias de um serviço público de saúde eficaz e universal, quando na prática não só se admitem os maiores incumprimentos como não lhe são imputadas quaisquer responsabilidades. Um serviço público como é a saúde, tem e terá sempre os seus constrangimentos, e não se espera ou exige dele mais do que o próprio serviço se propõe prestar. No entanto, deveriam estar contemplados mecanismos que garantam a defesa do utente, porque o direito à queixa é insuficiente. Dir-se-á, porém, que a Administração poderá em todo o caso alegar falta de recursos financeiros e técnicos exonerando-se assim de qualquer responsabilidade, mas é precisamente nesta sede que cabe ao tribunal averiguar e concluir os casos em que esse argumento terá validade e os casos em que cabe tutelar, com firmeza, os direitos e interesses dos utentes.

---

<sup>106</sup> Servem de exemplo a Lei de Bases da Saúde, o Estatuto do SNS, a Portaria 153/2017, o próprio direito fundamental à proteção da saúde (art.64.º da CRP), entre tantos outros.

## **FONTES**

### LEGISLAÇÃO

- Código Civil
- Constituição da República Portuguesa
- Código do Procedimento Administrativo
- Código de Processo nos Tribunais Administrativos
- Estatuto da Entidade Reguladora da Saúde (DL n.º126/2014, de 22 de agosto)
- Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (DL n.º52/2022, de 4 de agosto)
- Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro)
- Lei n.º15/2014, de 21 de março
- Portaria n.º 153/2017, de 4 de maio
- Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro)

### JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do STA, processo n.º047342, de 14-03-2002 (Relator: J Simões de Oliveira)
- Acórdão do STA, processo n.º0137/05, de 22-02-2006 (Relator: Alberto Augusto Oliveira)
- Acórdão do TCA Sul, processo n.º02539/07, de 06-06-2007 (Relator: Rogério Martins)
- Acórdão do STA, processo n.º0698/08, de 02-04-2009 (Relator: Edmundo Moscoso)
- Acórdão do STA, processo n.º0606/09, de 23-09-2009 (Relator: Políbio Henriques)
- Acórdão do STA, processo n.º0201/09, de 20-01-2010 (Relator: João Belchior)
- Acórdão do STA, processo n.º0751/07, de 14-04-2010 (Relator: Edmundo Moscoso)
- Acórdão do TCA Sul, processo n.º02585/07, de 16-02-2012 (Relator: Cristina dos Santos)

- Acórdão do STA, processo n.º01390/14, de 03-12-2015 (Relator: José Veloso)
- Acórdão do TCA Norte, processo n.º02120/09.7BEPRT, de 18-03-2016 (Relator: Hélder Vieira)
- Acórdão do STA, processo n.º01296/14, de 03-11-2016 (Relator: Vitor Gomes)
- Acórdão do TCA Sul, processo n.º09594/13, de 15-12-2016 (Relator: Pedro Marchão Marques)
- Acórdão do TCA Norte, processo n.º00022/09.BEPNF, de 17-01-2020 (Relator: Helena Ribeiro)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º188/19.7YUSTR.L1-PICRS, de 19-05-2020 (Relator: Rui Teixeira)
- Acórdão do TCA Sul, processo n.º1133/13.9BESNT, de 02-07-2020 (Relator: Sofia David)
- Acórdão do STA, processo n.º0424/11.9BECBR 0392/14, de 08-09-2022 (Relator: Cláudio Ramos Monteiro)
- Acórdão do STA, processo n.º02163/10.8BEPRT, de 08-09-2022 (Relator: Suzana Tavares da Silva)

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, JOSÉ MELO, *Direitos Fundamentais- Introdução Geral*, 2.ª ed., Principia
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª ed., Almedina, 2021
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Manual de Processo Administrativo*, 5.ª ed., Almedina, 2021
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 3.ª ed., Almedina, 2016
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Manual de Introdução ao Direito*, Volume I, Almedina

- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa, Lições*, 18.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2020
- ANDRADE, J. C. VIEIRA DE, *A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 140.º Ano, N.ºs 3964-3969, pp.345-363, Coimbra, 2010-2011
- ANDRADE, J. C. VIEIRA DE, *A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 137.º Ano, N.ºs 3946-3951, pp.360-371, Coimbra, 2007-2008.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais Na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina
- Auditoria ao Acesso a Cuidados de Saúde Oncológicos no SNS 2017-2020*, Relatório N.º11/2022, 2.<sup>a</sup> secção, in <https://www.tcontas.pt/pt-ProductsTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2022/rel011-2022-2s.pdf>
- Auditoria ao Acesso a Cuidados de Saúde no Serviço Nacional de Saúde*, Relatório n.º15/2017- 2.<sup>a</sup> secção, Volume I, Processo n.º32/2016- Audit, in <https://www.tcontas.pt/pt-ProductsTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2017/rel015-2017-2s.pdf>
- BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, *Direitos e Deveres dos Utentes do Serviço Nacional de Saúde*, in *Revista da Faculdade De Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLIX- N.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2008
- CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2011
- CADILHA, CARLOS, *O novo regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*, in *Revista do CEJ* n.º11, pp.245-263, Lisboa, 2009, disponível para consulta em: [https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/06eacsm/6encontroscsm\\_carloseadilha2.pdf](https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/06eacsm/6encontroscsm_carloseadilha2.pdf)
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional*, 6.<sup>a</sup> edição revista, Coimbra, Almedina, 1993

-CANOTILHO, J.J GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.<sup>a</sup> edição revista, Coimbra, 2007

-CAUPERS, JOÃO, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.<sup>a</sup> edição, Âncora Editora

-ESTORNINHO, MARIA JOÃO/MACIEIRINHA, TIAGO, *Direito da Saúde, Lições*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014

-*Euro Health Consumer Index, Report*,

2014- <https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2014/EHCI-2014-report.pdf>

2015- <https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2015/EHCI-2015-report.pdf>

2016- <https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2016/EHCI-2016-report.pdf>

2017- <https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2017/EHCI-2017-report.pdf>

2018- <https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2018/EHCI-2018-report.pdf>

-FONSECA, ISABEL CELESTE M., *Curso de Direito Processual Administrativo Teórico-Prático*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2021

-GOMES, CARLA AMADO/PEDRO, RICARDO/SERRÃO, TIAGO, (Coordenadores), *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, 2.<sup>a</sup> ed., AAFDL, 2018

-*Informação de Monitorização sobre o Tempos de espera no SNS- 1.º e 2.º Semestres de 2019*, in [https://www.ers.pt/media/3633/info-monit-tempos-espera-ano-2019\\_nv.pdf](https://www.ers.pt/media/3633/info-monit-tempos-espera-ano-2019_nv.pdf)

-*Informação Portaria n.º153/2017, de 4 de maio*, in [https://www.ers.pt/uploads/writer\\_file/document/2085/Inf\\_TMRG.pdf](https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/2085/Inf_TMRG.pdf)

-LEITÃO, ALEXANDRA, *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda/SOUSA, MARCELO REBELO DE* (coord.), Et al., *Direito Administrativo e justiça administrativa*, pp.42-60, Coimbra, 2012, disponível para consulta em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/artigo-responsabilidade2.pdf>

- LOUREIRO, JOÃO CARLOS, *Direito à (Proteção da) Saúde*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do Seu Nascimento*, Volume I, Faculdade De Direito da Universidade de Lisboa, 2008
- MACHETE, PEDRO, *A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º69, pp.30-40, maio/junho, 2008
- MEDEIROS, RUI (coordenação), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013
- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2000
- MONCADA, LUIZ S. CABRAL DE, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 3.ª ed., Quid Juris, 2019
- NOVAIS, JORGE REIS, “*Direito, liberdade ou garantia*”: *uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa? Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (2.º Juízo) de 6.6.2007, P.2539/07*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º73, pp.44-59, janeiro/fevereiro, 2009
- NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica Dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 1.ª ed., Coimbra Editora, março 2010
- NOVAIS, JORGE REIS, *Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*, Almedina, 2020
- Sistema de Gestão de Reclamações, Relatório de 2021*, in [https://www.ers.pt/media/ryffs0fb/relat%C3%B3rio\\_sgrec\\_2021\\_anual.pdf](https://www.ers.pt/media/ryffs0fb/relat%C3%B3rio_sgrec_2021_anual.pdf)
- SOUSA, ANA PEREIRA DE, *A Culpa do Serviço no Exercício da Função Administrativa*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 72 n. 1 (Jan.-Mar. 2012), p. 335-358, disponível para consulta em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B54c06115-8834-4732-80bd-d5741cbae04d%7D.pdf>
- SOUSA, MARCELO REBELO DE/MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª ed., Dom Quixote, 2008

-*State of Health in the EU, Portugal, Perfil de Saúde do País:*

2017- [https://health.ec.europa.eu/system/files/2017-12/chp\\_pt\\_portuguese\\_0.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2017-12/chp_pt_portuguese_0.pdf)

2019-[https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-11/2019\\_chp\\_pt\\_portuguese\\_0.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-11/2019_chp_pt_portuguese_0.pdf)

2021-[https://health.ec.europa.eu/system/files/2021-12/2021\\_chp\\_pt\\_portuguese.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2021-12/2021_chp_pt_portuguese.pdf)

-*State of Health in the EU, Companion Report:*

2017-[https://health.ec.europa.eu/system/files/2017-11/2017\\_companion\\_en\\_0.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2017-11/2017_companion_en_0.pdf)

2019-[https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-11/2019\\_companion\\_en\\_0.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-11/2019_companion_en_0.pdf)

2021- [https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-02/2021\\_companion\\_en.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-02/2021_companion_en.pdf)

-VIBERG, NINA, FORSBERG, BIRGER C., Et al., *International comparisons of waiting times in health care- Limitations and prospects*, in Health Policy 112 (2013), <https://observatorio-lisboa.eapn.pt/ficheiro/International-comparisons-of-waiting-times-in-health-care.pdf>

- WOLF, PAULO JOSÉ WHITAKER/OLIVEIRA, GIULIANO CONTENTO DE, in *O “Espírito de Dunquerque” e o NHS Inglês: Teoria, História e Evidências*, in Revista Tempo do Mundo, Volume 3, n.º2, julho, 2017, pp.193-241, disponível para consulta em: [https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/rtm/171219\\_rtm\\_vol3\\_n2\\_art06.pdf](https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/rtm/171219_rtm_vol3_n2_art06.pdf)

## ANEXO I

Fonte: Relatório do Tribunal de Contas<sup>107</sup>

	Alemanha	Áustria	Bélgica	Dinamarca	Espanha	Finlândia	França	Grécia	Irlanda	Itália	Luxemburgo	Holanda	Noruega	Portugal	R. Unido	Suécia
Tempos de espera definidos?	Sim	Não	Não	Sim	Sim (d)	Sim	Não	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Tempos de espera específicos para cuidados	Não	Não	Não	Sim (a)	Não	Sim	Não	Não	Sim	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Sim (k)	Sim
Tempos de espera para tipos de cancro específicos?	Não	Não	Não	Sim (b)	Não	Não	Não	Não	Sim (e)	Sim (g)	Sim (h)	Não	Sim (j)	Não	Sim (l)	Sim (j)
Primeira consulta em situação de doença oncológica suspeita ou confirmada	Nível 4								10 dias	72 horas				Imediato		
	Nível 3	N/A	N/A	N/A	15 dias (c)	N/A	N/A	N/A	15 dias	10 dias	N/A	N/A	(j)	7 dias	15 dias (c)	(j)
	Nível 2								20 dias	30-60 dias (c)				15 dias		
	Nível 1								84 dias (f)					30 dias		
Cirurgia programada na doença oncológica	Nível 4									72 horas				72 horas		
	Nível 3	N/A	N/A	N/A	15 dias (c)	N/A	N/A	N/A	N/A	10 dias	N/A	N/A	(j)	15 dias	31 dias (c)	(j)
	Nível 2									30-60 dias (c)				45 dias		
	Nível 1													60 dias		
Endoscopia Gastroenterológica														90 dias		
Exames de medicina nuclear										72 horas (Nível 4)				30 dias		
Exames de Tomografia Computorizada	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	10 dias (Nível 3)	N/A (h)	N/A	(j)	90 dias	N/A	(j)
Ressonâncias Magnéticas										60 dias (Níveis 2 e 1)				90 dias		
Tratamentos de Radioterapia				30 dias										15 dias	31 dias	
Prestação de cuidados não cirúrgicos				15 dias		30 dias				30 dias (g)	N/A (h)			30 dias	31 dias	
Avaliação para realização do plano de cuidados programados / Diagnóstico	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	42 dias	N/A	N/A	N/A	30 dias (g)	5 dias úteis (i)	N/A	(j)	28 dias	62 dias	(j)

(a) Inclui também um tempo de espera de 11 dias para o tempo entre a referenciação para tratamento e o recebimento de notificação por parte do hospital relativamente à possibilidade de começar o tratamento dentro do tempo máximo de resposta garantido.

(b) Para cancro do colo do útero.

(c) Não específica por nível de prioridade.

(d) Tempos de espera gerais, que diferem entre comunidades autónomas. Algumas destas comunidades prevêem tempos de espera específicos para cuidados oncológicos, mas não todas.

(e) Para cancro da mama, do pulmão e da próstata.

(f) 10 dias: Para cancro do pulmão (target de 95% dos pacientes);

15 dias: Para cancro da mama, em casos que os sintomas vão de encontro ao critério clínico para referenciação urgente (target de 95% dos pacientes);

20 dias: Para cancro da próstata (target de 90% dos pacientes);

84 dias: Para cancro da mama, em casos que os sintomas vão de encontro ao critério clínico para referenciação não urgente (target de 95% dos pacientes);

(g) Para cancro da mama, do pulmão e do cólon e reto.

(h) Para cancro da mama, do pulmão, do cólon e reto e da próstata, nomeadamente específica que o tempo máximo de espera entre quimioterapia e radioterapia é de 30 dias, ou 15 dias após receção do relatório de análise.

(i) Target de 95% dos pacientes

(j) Foram criados quias de diagnóstico distintos para cada tipo de cancro, a serem usados pelos CSP para referenciar os utentes para o plano de tratamento a seguir em cada caso específico, cada um deles tendo um tempo de espera atribuído diferenciado.

(k) Targets:

Primeira consulta em situação de doença oncológica suspeita ou confirmada: 93% dos pacientes considerados urgentes e de todos os pacientes com possíveis sintomas de cancro da mama;

Período entre diagnóstico e primeiro tratamento (cirurgia e prestação de cuidados não cirúrgicos): 96% dos pacientes;

Avaliação para realização do plano de cuidados programados / diagnóstico: 75% dos pacientes referenciados pelos CSP com suspeita de cancro, com sintomas de cancro da mama mas sem suspeita inicial de cancro, ou com um resultado de rastreio anormal;

Tratamento subsequente, quando esse tratamento será cirurgia ou radioterapia: 94% de todos os pacientes deverá esperar no máximo 31 dias;

Tratamento subsequente, quando esse tratamento será quimioterapia: 98% de todos os pacientes deverá esperar no máximo 31 dias;

Referenciação de um serviço de rastreio oncológico do NHS para primeiro tratamento: 90% de todos os pacientes deverá esperar no máximo 62 dias.

(l) Para cancro da mama.

<sup>107</sup> Relatório N.º11/2022, Auditoria ao Acesso a Cuidados de Saúde Oncológicos no SNS 2017-2020: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2022/rel011-2022-2s.pdf>