

## Doutrina

### O DIREITO DA SAÚDE E AS PESSOAS IDOSAS<sup>(1)</sup>

Guilherme de Oliveira

**Resumo:** <sup>(1)</sup>Este artigo acentua que os idosos, provavelmente, não precisam de cuidados especialmente sofisticados porque eles, habitualmente, sofrem de patologias conhecidas e de doenças crônicas. Os idosos precisam, sim, de melhoramentos em vários aspetos do direito da medicina.

1. O direito da medicina deve focar-se no respeito pelos doentes. Isto inclui a proteção e promoção da autonomia e da prática do consentimento informado; a informação adequada; o vagar para perceber e decidir; uma representação jurídica adequada; procedimentos rápidos de compensação dos danos; e “envelhecimento nos seus lugares”, para manter os laços com os lugares, a família e os amigos.

2. O direito da medicina deve focar-se no acesso aos cuidados e na utilização de técnicas adequadas. Isto inclui a garantia de melhor acesso a boa qualidade dos cuidados; o pessoal mais treinado; o investimento em cuidados prolongados em vez de cuidados agudos; a disponibilidade de modos mais amigáveis de administração de medicamentos; de dispositivos médicos fáceis; de tecnologias de informação aplicadas à saúde; de investigação médica e ensaios clínicos.

3. O direito da medicina deve focar-se na sustentabilidade dos sistemas de saúde. Isto inclui mais inovação técnica e inovação social; a promoção da saúde através da adoção de estilos de vida saudáveis; e a discussão sobre o racionamento dos cuidados.

Palavras-chave: Direito da saúde; Pessoas idosas; Respeito; Acesso; Técnicas médicas; Cuidados prolongados; Tecnologias de informação; Ensaios clínicos; Estilos de vida saudáveis; Racionamento.

Abstract: This article stresses that the elderly probably do not need sophisticated health care because they probably suffer from known pathologies and are chronically ill. The elderly

probably do need improvements in:

1. Law focused on respect for patients, including: Protection and promotion of personal autonomy and informed consent practice; adequate information; slowness and time to understand and decide. They also need effective legal representation and quick schemes for damage compensation. Other needs include: “ageing in place”; maintaining links with places, family and peers.

2. Law focused on access and on appropriate medical techniques, including: access; quality of care; trained professionals; long-term care instead of acute care; friendly modes of administration of medicines; friendly medical devices; information technology; medical research; and clinical trials.

3. Law focused on the sustainability of health care systems, including: social and technical innovation; promoting one’s health through healthy lifestyles; and discussing the rationing of care.

Keywords: Health Law; Elderly Persons; Respect; Access; Medical Techniques; Long-Term Care; Information Technology; Clinical Trials; Healthy Lifestyles; Rationing of Care.

#### A. Introdução

Talvez muitos de vós conheçam a pequena anedota<sup>(2)</sup> que vou contar, e que se usa em sessões de formação de gerontologia. Começarei por contar só a primeira parte. Um homem velho procura o médico para se queixar de dores no joelho direito. O médico responde-lhe que ele tem de se con-

<sup>1</sup> Texto da palestra apresentada 21st Annual WAML World Congress.

<sup>2</sup> Acessível em <<http://www.jensenstatelaw.com/articles/elder-law/62-the-bias-of-medical-care-providers-towards-aging>>.

vencer de que tem noventa anos e que é natural que o corpo dê sinais da idade avançada. Não pode correr para o médico sempre que surge qualquer dor; mais vale resignar-se, e aprender a conviver com as doenças próprias da idade. Esta primeira parte mostra que o médico dá um bom conselho: é preciso rejeitar a ideologia dominante da juventude eterna, da beleza mediatizada como valor supremo, dos sucessos físicos. É bom recomendar a sensatez de envelhecer em equilíbrio.

Agora conto a segunda parte da anedota. O doente responde que está ciente da sua idade, mas faz notar que o seu joelho esquerdo — supostamente também com noventa anos — está bastante bom; o que sugere que, no joelho direito, se passa qualquer coisa de anormal que o médico deve observar... Esta segunda parte da anedota mostra o *ageism* — o preconceito relativamente ao envelhecimento<sup>(3)</sup> que, neste caso, fez subestimar a queixa do idoso; o médico da anedota tende a não gastar tempo a observar o doente, e muito menos a fazer exames e tentar uma terapêutica.

Esta pequena história permite-nos supor que o direito fundamental à saúde dos idosos tem *menos força* do que o direito à saúde das pessoas mais novas.

Verdadeiramente, isto já se passou — e ainda se passa — relativamente a outros grupos sociais.

Durante a maior parte da história da humanidade, *todos os doentes* (não só os velhos) eram alvo de uma fraca consideração social. Os *infirmes*, sem firmeza do corpo, também não tinham firmeza do espírito e, portanto, autonomia moral — e esta é a base do paternalismo médico<sup>(4)</sup>. Apenas no século vinte se registou um movimento de valorização da pessoa doente,

<sup>3</sup> Para uma análise mais desenvolvida veja-se LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the Law: emerging concepts and practices in housing and health*, 2009 27-44, acessível em <<http://www.lco-cdo.org/older-adults-commissioned-paper-spencer.pdf>>.

<sup>4</sup> Diego GRACIA, *Fundamentos de bioética*, Madrid: EUEDEMA, 1989, 42.

proporcional ao crescimento do arsenal terapêutico e ao movimento no sentido dos direitos fundamentais.

As *mulheres* são outro grupo que pode contar uma longa história de menorização social. No âmbito do direito da família, para justificar a posição secundária que ocupavam relativamente ao homem, em todos os aspetos, alegava-se a “natural incapacidade da mulher casada”. No âmbito da saúde, o preconceito chegou a ter traduções violentas: os distúrbios psíquicos foram facilmente classificados como histeria e a terapêutica recomendada chegou a ser a histerectomia.

As *crianças* e os *jovens* fizeram recentemente uma transição de um estado tradicional de sujeição jurídica ao poder paternal, e de incapacidade quase absoluta, para um estatuto de sujeito de direitos e de incapacitação mínima, apenas a necessária e dentro de um juízo de proporcionalidade.

As *minorias* e os *imigrantes* ainda estão a procurar o reconhecimento pleno dos seus direitos fundamentais.

Todos estes grupos procuraram ascender a um estatuto de igualdade relativamente aos homens adultos que estabelecem a *norma da cidadania* em cada país.

Talvez deva reconhecer-se que o *grupo dos idosos* é um *novo grupo* em busca de reconhecimento. É novo porque os idosos são muito mais do que eram até agora, e o seu número vai crescer de acordo com previsões fáceis; porque tem necessidades, características e dependências que eram desconhecidas; e porque concorre com outros grupos, sobretudo com as crianças e jovens, pela obtenção de recursos que são escassos.

O que se pode concluir, por agora, é que o primeiro esforço para desenvolver um direito da saúde adequado para satisfazer as necessidades dos idosos é diminuir o preconceito — o *ageism* — que

confunde a velhice inevitável, e as suas fragilidades, com todos os males que podem afligir as pessoas idosas como quaisquer outras, e para os quais deve haver lugar a diagnósticos e terapêuticas; o preconceito que define os idosos genericamente como “dependentes, com diminuições intelectuais, cognitivas e físicas, que inibem a sua autonomia”<sup>(5)</sup>.

Que razões poderão ter produzido este estado de coisas?

Certamente razões *culturais*, como a exaltação contemporânea da eterna juventude e da longevidade, que produz a recusa da passagem do tempo, a felicidade da indústria da cosmética e a pressão exagerada sobre os médicos para que vão além da prática dos esforços razoáveis e consigam, a todo o custo, os resultados pretendidos. Razões *técnicas*, fruto dos progressos rápidos dos equipamentos e dos conhecimentos, que forçam os decisores a instalar toda o arsenal moderno para a assistência aos doentes agudos e desprezar os investimentos adequados para os doentes crónicos; razões técnicas ainda, que residem na escassez de profissionais treinados em gerontologia. E, por fim, razões *económicas*, que fazem contrair as despesas com a assistência médica e enfraquecem os cidadãos com menor autoestima, menos reivindicativos e com menor produtividade; razões económicas também que se prendem com a sustentabilidade da segurança social, e onde avulta a percepção de que as despesas com os velhos são hoje uma ameaça contra o sistema<sup>(6)</sup> e podem pôr em causa o futuro dos mais novos.

<sup>5</sup> ONU, *Report of the Expert Group Meeting “Rights of Older Persons”*, 5-7 May 2009, Bonn, Germany, 5, acessível em <<http://www.un.org/esa/socdev/ageing/documents/egm/bonn09/report.pdf>>.

<sup>6</sup> AGE UK, *Ageism in Europe Findings from the European Social Survey*, 2011, 7, acessível em <[http://www.ageuk.org.uk/Documents/EN-GB/For-professionals/ageism\\_across\\_europe\\_report\\_interactive.pdf?dtrk=true](http://www.ageuk.org.uk/Documents/EN-GB/For-professionals/ageism_across_europe_report_interactive.pdf?dtrk=true)>; ISCTE/IUL, *Idadismo na Europa, Uma abordagem psicossociológica com o foco no caso português*, Relatório 1 (2010) 107, ac-

Tudo concorre para a construção social de estereótipos que dividem a sociedade em cidadãos normais (leia-se “novos”) e cidadãos supranumerários que já tiveram o seu tempo e não podem definir para sempre os termos da cidadania e, concretamente, os termos da assistência sanitária. Já se escreveu que apenas 25% das doenças dos idosos resultam da sua condição física, e que o resto se pode atribuir a mera construção social<sup>(7)</sup>; e esta atitude leva a que os serviços nem sempre estejam adaptados às necessidades dos idosos, tanto nas condições físicas de acolhimento quanto na disponibilidade e competência dos profissionais.

E se pensarmos que há grupos de pessoas que suportam decisões discriminatórias — doentes mentais, pobres, minorias sexuais ou étnicas — podemos imaginar a violência dessa discriminação quando é cumulada com a velhice<sup>(8)</sup>.

O combate ao *ageism* nas suas várias manifestações é o desafio que se põe a todo o Direito, e seguramente ao direito da saúde em particular, que recomenda o uso de todos meios adequados.

O desafio que se apresenta é, antes de tudo, um problema de garantia dos direitos fundamentais dos idosos.

Discute-se a utilidade da afirmação dos direitos fundamentais dos idosos, com recurso a uma

sível em <<http://www.ienvelhecimento.ul.pt/actividades-do-ie/publicacoesdocumentos/relatorios/121-relatorios-idadismo>>.

<sup>7</sup> *Time for Action: Advancing Human Rights for Older Ontarians*, (June 2001) 15, acessível em <<http://www.ohrc.on.ca/en/time-action-advancing-human-rights-older-ontarians>>.

<sup>8</sup> “Double jeopardy”, em ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Time for Action*, 53; LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the law: emerging concepts and practices in housing and health*, 2009, 38-40, acessível em <<http://www.lco-cdo.org/older-adults-commissioned-paper-spencer.pdf>>; HELPAGE INTERNATIONAL, *International human rights law and older people: Gaps, fragments and loopholes*, p. 8, acessível em <<http://social.un.org/ageing-working-group/documents/Gapsinprotectionofolder-peoplesrightsAugust2012.pdf>>.

Convenção.

De um lado, perfilam-se os argumentos contrários a esta via. Primeiro, sente-se a dificuldade de definir a população-alvo: quem é idoso?<sup>(9)</sup> Segundo, alega-se que a identificação de um segmento específico de cidadãos — o alvo da Convenção — pode agravar a percepção desse grupo como diferente dos restantes cidadãos. Terceiro, afirma-se que não há, verdadeiramente, nenhum direito humano que seja específico dos idosos<sup>(10)</sup>, o que pode recomendar apenas a criação de instrumentos de reforço da garantia dos direitos humanos em geral. Diz-se, também, que os instrumentos internacionais apenas criam a aparência de uma promoção dos direitos que, na realidade, continuam a não ser garantidos<sup>(11)</sup>.

A favor da produção de um novo e específico documento internacional também têm sido apresentados argumentos. Em primeiro lugar, diz-se que há um conjunto grande e disperso de documentos que se dedicam à proteção dos direitos dos idosos e que ganhariam legibilidade com a sua reunião e organização<sup>(12)</sup>. Em segundo lugar, afirma-se que, nos instrumentos de direito internacional que existem, o fenómeno da longevidade e a questão da saúde ainda não se apresentavam como hoje, pelo que não se definiram verdadeiros direitos humanos das pessoas e obrigações dos Estados; hoje seria abando-

nada qualquer perspetiva meramente caritativa<sup>(13)</sup>. Em terceiro lugar, reconhece-se que a afirmação de direitos dos idosos num documento de nível internacional e vinculativo forçaria os estados a concretizá-los<sup>(14)</sup>. Em quarto lugar, ele seria um instrumento importante para que as organizações não governamentais se servissem na defesa e promoção dos direitos dos idosos<sup>(15)</sup>. Em quinto lugar, reconhece-se que as convenções anteriores sobre os direitos das mulheres, das crianças e das pessoas com deficiência produziram efeitos sociais importantes<sup>(16)</sup>. Por fim, verifica-se que continuam a registar-se situações que não estão cobertas por normas, situações onde as normas não se aplicam, ou que não são monitorizadas<sup>(17)</sup>.

Embora pareça que, apesar das dúvidas, existe uma corrente maioritária em favor da formulação de uma Convenção das Nações Unidas sobre os direitos dos idosos, a sua concretização não será para breve<sup>(18)</sup>.

Para além deste tipo de instrumentos internacionais, é claro que os *legisladores nacionais* têm um papel a cumprir. Aliás, as leis formais têm-se multiplicado neste âmbito, e o crescente interesse pelo direito da saúde só pode intensificar a produ-

<sup>9</sup> Jean-Paul LEHNERS, „Eine UN-Konvention für ältere Leute? Einige Denkanstöße“, *Forum, Dossier Rechte älterer Menschen in der Pflege*, 318 (Mai 2012) 58-9.

<sup>10</sup> „Eine eigene UNO-Konvention für die Rechte von älteren Personen?“, *Informationsplattform humanrights.ch*, acessível em <<http://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/uno-abkommen/neu/>>.

<sup>11</sup> Israel DORON / Itai APTER, “International Rights of Older Persons: What Difference Would a New Convention Make to Lives of Older People?”, *Marquette Elder’s Advisor*, 11/2 (2010) 367-385.

<sup>12</sup> Jean-Paul LEHNERS, „Eine UN-Konvention für ältere Leute?“, *Strengthening Older People’s Rights: Towards a UN Convention*, p. 6, acessível em <http://social.un.org/ageing-working-group/documents/Coalition%20to%20Strengthen%20the%20Rights%20of%20Older%20People.pdf>.

Lex Medicinæ, Ano 15, n.º 29 (2018)

<sup>13</sup> Jean-Paul LEHNERS, „Eine UN-Konvention für ältere Leute?“, HELPAGE INTERNATIONAL, *International human rights law and older people*, 1.

<sup>14</sup> Jean-Paul LEHNERS, „Eine UN-Konvention für ältere Leute?“, HELPAGE INTERNATIONAL, *International human rights law and older people*, 1.

<sup>15</sup> Israel DORON / Itai APTER, “International Rights of Older Persons”, 377.

<sup>16</sup> ONU, *Report of the Expert Group Meeting “Rights of Older Persons”*, 18.

<sup>17</sup> HELPAGE INTERNATIONAL, *International human rights law and older people*, 2.

<sup>18</sup> Lawrence O. GOSTIN / Anna GARSIA, *Governing for Health as the World Grows Older: Healthy Lifespans in Aging Societies*, Georgetown University Law Center: The Elder Law Journal, 22 (2014) 111-140, p. 133, acessível em <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2384&context=facpub>>.

ção normativa formal. Mas é conhecida a diferença que vai desde o que se encontra previsto nas leis e o que é aplicado na realidade<sup>(19)</sup>.

E não se deve esquecer o valor de um recurso sistemático a instrumentos de uma *soft medical law*, corporizada em recomendações de boas-práticas, códigos deontológicos, declarações de ética médica, e *guidelines*, que tantas vezes têm uma penetração ainda maior dos que as leis formais junto dos profissionais de saúde, no seu contacto quotidiano com a população visada.

## B. Temas específicos que merecem atenção

O *ageism* tem consequências sobretudo de *discriminação* e de *paternalismo*, que vão desde a dificuldade em obter uma assistência adequada até à falta de consideração pelos seus pontos de vista. Veremos alguns temas concretos em que parece haver consenso sobre a necessidade de introduzir melhoramentos.

### 1. O Direito focado no respeito pelos doentes

A assistência médica tornou-se uma assistência de massas, feita em grandes instituições, que exigiu uma gestão apertada do ponto de vista do dinheiro que se gasta e das metas que cada profissional tem de atingir. Estas preocupações impuseram cálculos baseados no tempo e no dinheiro necessários para cumprir atendimentos *standard*, sendo que estes resultam da apreciação de doentes médios. Estudos mostram que as organizações nem sempre estão preparadas para atender apropriadamente os idosos.

<sup>19</sup> ONU, *Report of the Expert Group Meeting "Rights of Older Persons"*, 9-10.

- a) Promoção e proteção da autonomia e da prática do consentimento informado; informação adequada; lentidão e tempo para informar e decidir

A autonomia dos doentes e o consentimento informado estão longe de ser respeitados pelo mundo fora, quanto mais quando os doentes são idosos. De facto, a percepção europeia do idoso é a de uma pessoa incapaz;<sup>(20)</sup> e, nos Estados Unidos, “o direito de tomar uma decisão própria sobre a saúde é um dos temas mais importantes que afetam os idosos na América”<sup>(21)</sup>.

Há dez anos notou-se como “Baixas expectativas da parte dos planeadores e dos prestadores tendem a ser autorealizadas já que as baixas expectativas sobre a capacidade mental dos idosos produzem comportamentos inapropriados e infantilizantes”<sup>(22)</sup>. E também se deu nota de que “houve casos em que se esperava que os idosos tolerassem e aceitassem desconforto físico e dor. Foi ainda relatado que eles não eram adequadamente informados das razões pelas quais os exames médicos eram realizados. Os entrevistados disseram que estas experiências negativas resultaram em exclusão da autonomia pessoal, porque eles não eram consultados acerca de decisões importantes sobre a sua saúde ou a sua vida”<sup>(23)</sup>.

Mas a falta de respeito pela autonomia dos idosos, manifestada pelo omissão clara de procedimentos de consentimento informado, também pode surgir sob formas mais discretas, como a prá-

<sup>20</sup> *Ageism in Europe*, 55; *Idadismo na Europa*, 106.

<sup>21</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Facts About Law and the Elderly*, 1998, 2.

<sup>22</sup> NATIONAL COUNCIL ON AGEING AND OLDER PEOPLE, *Perceptions of ageing*, 2005, 23.

<sup>23</sup> NATIONAL COUNCIL ON AGEING AND OLDER PEOPLE, *Perceptions of ageing*, 24.

tica abusiva e não fundamentada de uma presunção de incapacidade para entender e crer e, na melhor hipótese, a eventual remessa da decisão para a família; a utilização de “advanced directives” embora o doente ainda esteja apto para compreender e decidir; ou a utilização de instrumentos de rastreio para a violência doméstica e abuso sem informação e consentimento do doente<sup>(24)</sup>. Ou então as má-práticas podem verificar-se apenas porque faltam cuidados básicos, como a experiência para lidar com pessoas cuja audição está diminuída ou totalmente perdida, ou que falam uma língua estrangeira<sup>(25)</sup>. E quem não assistiu já a uma conversa entre o profissional e um familiar, em que se pedem informações sobre a doença do idoso, na presença deste mas sem o interpelar diretamente ou o envolver na comunicação, como se ele não existisse?

A prática do consentimento informado exige uma informação adequada ao doente; quando o paciente é idoso, os profissionais devem prestar uma atenção especial à capacidade de a pessoa ouvir e entender, e à sua necessidade de mais tempo para tomar uma decisão

#### b) Representação legal efetiva

A representação legal dos idosos é um conceito amplo, que abrange múltiplas áreas de interesse dos sujeitos. Mas é fácil compreender que um dos aspetos mais importantes do apoio jurídico dos idosos se encontra no momento em que estes entram em contacto com os sistemas de saúde — e as oportunidades de contacto têm crescido na proporção direta da conversão de doenças letais em doenças crónicas e do aumento da longevidade.

<sup>24</sup> LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the Law*, 32-33; *Time for action*, 63.

<sup>25</sup> *Time for action*, 58.

Os meios de representação que herdámos das leis do século vinte deixaram de satisfazer as necessidades de proteção das pessoas, porque eram lentos na sua implantação, estigmatizantes e desproporcionados. Os processos de interdição ou de inabilitação tinham uma tramitação demorada, implicavam anúncios públicos sobre as fragilidades do cidadão protegido, e geravam uma incapacitação excessiva que se estendia a todas as áreas da vida. Muitos países criaram novos instrumentos baseados na ideia de que a pessoa pode necessitar de apoio em certas áreas de atuação, mas não em todas; pode precisar de substituição da sua vontade num certo momento, mas não sempre; e, sobretudo, a idade não impõe, só por si, a necessidade de proteção.

Estas novas formas de proteção — mais ágeis e mais discretas — pretendem ser também mais eficazes enquanto duram e para os efeitos que visam. Assim nasceram a *Sachwalterschaft* no direito austríaco, a *Betreuung* no direito alemão, a *sauegarde de justice* e o *mandat de protection future* no direito francês, a *amministrazione di sostegno* no direito italiano, a *autotutela* no direito espanhol, as *declarações antecipadas de vontade* e o *procurador para cuidados de saúde* em vários países como em Portugal, por exemplo.

É claro que os médicos poderiam entender que o seu juízo técnico seria suficiente para prestar o melhor cuidado ao doente, e isto acontece assim sempre que é necessário recorrer ao “consentimento presumido”, designadamente por causa da urgência do caso. Mas está instalada a ideia de que a pessoa deve exercer a sua autonomia, por si ou através de outra pessoa, habilitada pelo doente ou por uma autoridade, para agir em seu nome.

Uma intervenção médica beneficente, ainda mais ampla e livre, poderia ser tentadora nos casos



de doença mental; mas também aqui a força dos direitos fundamentais estabelece os limites<sup>(26)</sup>.

- c) Procedimentos rápidos para a compensação dos danos

A busca de sistemas de compensação de danos mais eficientes do que a tradicional responsabilidade civil é uma preocupação conhecida. Vários países conseguiram retirar os pedidos de compensação dos tribunais, adotando procedimentos menos ritualizados que indenizam mais lesados, em menos tempo, embora com montantes mais reduzidos — é tipicamente o sistema *no-fault*. Mas este sistema suscita reações contrárias — umas baseadas na ideia de que o abandono da relevância da culpa desresponsabiliza os infratores, outras fundadas na ideia de que os sistemas *no-fault* são mais caros do que o regime tradicional<sup>(27)</sup>.

Há casos em que se começa por adotar um regime *no-fault* apenas para certas categorias de doenças mais graves, como em França, certamente para controlar as despesas e ensaiar o sistema em zonas críticas.

Talvez fosse razoável testar estes esquemas mais rápidos de compensação não só nos casos em que se manifestassem de doenças graves mas também onde os lesados fossem pessoas idosas — com menos tempo para esperar pela compensação dos seus danos.

Entretanto — enquanto não se organiza um modo mais expedito de compensar danos — poderia ser adotada a prioridade que a lei brasileira reconhece aos idosos, ao menos para a tramitação processual nos casos de responsabilidade médica.

- d) “Envelhecer no local”; manter laços com os lugares, família e amigos

“There is no place like home!”, significando que ficar em casa ou na comunidade, embora com o suporte de profissionais ou familiares ou vizinhos treinados, é uma maneira amigável de prestar os cuidados. Como se escreveu em 2012, “Quando as pessoas precisam de cuidados prolongados ou hospitalares, há alternativas mais baratas e que oferecem melhor qualidade de vida”<sup>(28)</sup>. Estas alternativas são aquelas que proporcionam ao idoso a manutenção da sua independência, sem prejuízo do apoio clínico de que necessitem.

As formas mais elementares de favorecimento da permanência em casa vêm da *home automation*, sob a forma específica da *assistive domotics*, que procura adaptar as casas às necessidades de saúde do mais velhos. Alguns exemplos mais sofisticados vêm da Suécia (*patient hotels*), onde os idosos mantêm autonomia embora sejam supervisionados por profissionais de saúde; e o *extra care housing*, no Reino Unido, que visa promover adaptações físicas das casas e apoiar os residentes fora-de-horas<sup>(29)</sup>; também são conhecidas inovações no Canadá<sup>(30)</sup>, onde se usam pequenos apartamentos, contíguos à casa de familiares mas independentes (*garden suites*), ou integrados nas moradias (*granny flats*).

Poderiam ser também apartamentos comuns a vários condomínios, que fossem propriedade dos condôminos, geridos pela respetiva administração para efeito dos apoios logísticos e das prestações de saúde (clubes familiares) — uma ideia ainda não

<sup>26</sup> J.K. MASON / G. T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, 9<sup>th</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2013, 446 s.

<sup>27</sup> O que não tem de ser verdade, como nos países que tiverem um sistema geral de segurança social avançado, como na Escandinávia.

<sup>28</sup> *Creating Sustainable Health and Care Systems in Ageing Societies (Report of the Ageing Societies Working Group)*, 5, acessível em <<http://www.cpaq.org/cpaq/cpadocs/Creating%20Sustainable%20Health%20and%20Care%20Systems%20in%20Ageing%20Societies.pdf>>.

<sup>29</sup> *Creating Sustainable Health and Care Systems*, 27.

<sup>30</sup> *Time for action*, 48-9.

concretizada.

## 2. O Direito focado no acesso e em técnicas médicas apropriadas

- a) Acesso; qualidade dos cuidados; profissionais treinados

O grupo de trabalho das Nações Unidas, reunido em Bonn, Germany, em 2009, verificou que “as pessoas idosas são frequentemente alvo de discriminação na área da saúde, quer porque lhes é negado o acesso aos cuidados, quer porque recebem cuidados piores ou insuficientes, por causa da sua idade”<sup>(31)</sup>. Esta afirmação clara encontra-se, por outras palavras, em outras declarações importantes<sup>(32)</sup>.

Têm sido especificadas várias formas de restrição de acesso ou de intervenções abaixo dos standards. A prática de “one problem per visit”, que restringe o tempo das consultas, limita as informações dadas e recebidas e conduz provavelmente a má qualidade terapêutica em doentes que tendem a sofrer de várias patologias relacionadas<sup>(33)</sup>; a menor referenciação de idosos para outros especialistas<sup>(34)</sup>; a sobremedicação em vez de aconselhamento e outras terapias mais consumidoras de tempo<sup>(35)</sup>; a deliberação de “baixa prioridade” para cirurgia em função da idade<sup>(36)</sup>; a desconsideração de sintomas

relevantes pelo preconceito de que são manifestações inevitáveis da idade<sup>(37)</sup>; a inclusão ou exclusão de terapêuticas em função da idade e não do estado de evolução da doença<sup>(38)</sup>; até à pura e simples exclusão dos idosos feita por alguns médicos<sup>(39)</sup>. Ao menos parte destas práticas discriminatórias têm sido atribuídas à falta de preparação dos profissionais de saúde em gerontologia<sup>(40)</sup>.

- b) Cuidados continuados em vez de cuidados agudos

Até há pouco tempo, a prioridade dos sistemas de saúde era a de acompanhar o explosivo sucesso da inovação terapêutica em drogas e em equipamentos destinados ao *acute care*; os investimentos eram dirigidos para esse tipo de assistência. Hoje, com o aumento do número de idosos, e com a previsão de crescimento que se conhece, os Estados enfrentam a escassez de equipamentos e de profissionais dedicados ao *long term care*, que satisfaz as pessoas com doenças crónicas e com dependências<sup>(41)</sup>.

- c) Modos amigáveis de administração de medicamentos; dispositivos médicos amigáveis

Não conseguir abrir o *blister*, tomar as doses erradas ou desistir de perceber o funcionamento do aparelho, tenderá para uma terapêutica pior, para uma ausência de terapêutica e, eventualmente, para

<sup>31</sup> UN Report of the Expert Group Meeting “Rights of Older Persons”, 5-7 May 2009, Bonn, Germany, 4.

<sup>32</sup> NATIONAL COUNCIL ON AGEING AND OLDER PEOPLE, *Perceptions of Ageism in Health and Social Services in Ireland*, 2005, 11-13, acessível em [http://www.ncaop.ie/publications/research/reports/85\\_Ageism.pdf](http://www.ncaop.ie/publications/research/reports/85_Ageism.pdf); CENTRE FOR PUBLIC POLICY / UNIVERSITY OF MELBOURNE, *The rights of older persons*, 2012, 18, acessível em <http://social.un.org/ageing-working-group/documents/fourth/Rightsofolderpersons.pdf>.

<sup>33</sup> LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the law*, 34.

<sup>34</sup> LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the law*, 34.

<sup>35</sup> LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the law*, 35.

<sup>36</sup> *Time for action*, 61.

<sup>37</sup> LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the Law*, 29.

<sup>38</sup> LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the law*, 31; BIRMINGHAM POLICY COMMISSION, *Healthy ageing in the 21st century: the best is yet to come*, 2014, 32, <http://www.birmingham.gov.uk/Assets/Document/AssetUpload.aspx?DocId=11111111>.

<sup>39</sup> LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the Law*, 29 e 34.

<sup>40</sup> *Time for action*, 51, 57; LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the Law*, 36, 43.

<sup>41</sup> ONU, *Report of the Expert Group Meeting “Rights of Older Persons”*, 9; LAW COMMISSION OF ONTARIO, *Ageism and the Law*, 28, 36, 54, 56; *Time for action*, 17.



a perda de funções ou a morte. “Cerca de um quarto das visitas domiciliares de enfermagem devem-se à incapacidade para tomar os medicamentos corretamente”<sup>(42)</sup>; e diz-se hoje que “Usar *human factors* para criar tecnologia médica para os idosos é uma atitude adequada, já que a tecnologia não se apresenta para eles de um modo natural. Sobretudo para ajudar nos auto-cuidados, que são essenciais para manter a saúde...”<sup>(43)</sup>; e ainda “Os utentes típicos podem ser idosos, deficientes, distraídos, apressados ou excessivamente confiantes nas suas capacidades, apesar de não terem lido as instruções. Todos estes cenários podem levar ao erro se o dispositivo não estiver bem desenhado. A FDA recebe cerca de 100.000 notificações de incidentes com dispositivos por ano, e mais de um terço resulta de erro do utilizador”<sup>(44)</sup>.

Este tema será, principalmente, um tema de engenharia, de *human factors* e *ergonomics*, e um tema de gestão de produção; mas, como sempre, nada em saúde é estranho ao direito da saúde. As leis da farmácia e do medicamento têm de contribuir com a sua parte no sentido da melhoria contínua, em direção à ausência de erro.

#### d) Tecnologia da informação

“Utilizar estratégias de comunicação e de tecnologias da informação em saúde [IT] para aumentar os resultados da saúde na população e a qualidade dos cuidados, e para atingir equidade na saúde” é o ob-

jectivo do programa federal norte-americano *Healthy People 2020*<sup>(45)</sup>; e uma das vantagens concretas esperadas é “support care in the community and at home”<sup>(46)</sup>, que está direccionado sobretudo para os doentes idosos que têm dificuldades para sair de casa, por qualquer razão. Também a União Europeia promove a intensificação do uso destes meios<sup>(47)</sup>.

“Porém, com a sofisticação crescente da informação médica e das instalações de saúde, muitas pessoas precisam de informação e de competências adicionais, e de relações de apoio para satisfazer as suas necessidades de saúde. Diferenças no acesso a informação, serviços e tecnologia podem resultar em baixa utilização de serviços preventivos, menor conhecimento para lidar com doenças crónicas, maiores taxas de hospitalização e menor comunicação do estado de saúde”<sup>(48)</sup>.

Ou seja, a expansão pretendida para o uso das tecnologias de informação exige cautelas especiais. Na verdade, a população mais idosa e com rendimentos mais reduzidos, tende a ser menos utilizadora dos meios técnicos; além disto, parece ser a população que mostra mais “anxiety concerning technology”, que só poderá diminuir através de um *design* mais adaptado aos utilizados idosos e através de treino. Os fabricantes têm de contar, também, com dificuldades de visão, de audição, de memória, de concentração e de habilidade motora<sup>(49)</sup>. Natural-

<sup>42</sup> FAMILY CAREGIVER ALLIANCE, *Caregivers' Guide to Medications and Aging*, p. 1, acessível em <https://caregiver.org/caregivers-guide-medications-and-aging>

<sup>43</sup> Jessica MULHOLLAND, *Creating User-Friendly Medical Technology*, «Governing», 2010, acessível em <http://www.governing.com/topics/health-human-services/creating-user-friendly-medical-technology.html>.

<sup>44</sup> HUMAN FACTORS ENGINEERING, *Improving Medical Device Design to Ensure Safe, User-Friendly Medical Devices*, acessível em <http://www.invetech.com.au/newsroom/viewpoints/user-centred-design-to-develop-better-safer-products/>.

<sup>45</sup> [http://www.healthypeople.gov/sites/default/files/Default-PressRelease\\_1.pdf](http://www.healthypeople.gov/sites/default/files/Default-PressRelease_1.pdf).

<sup>46</sup> *Health Communication and Health Information Technology*, 1, acessível em <http://www.healthypeople.gov/2020/topics-objectives/topic/health-communication-and-health-information-technology>.

<sup>47</sup> EU, *Healthy ageing and the future of public healthcare systems*, 2009, p. 19, acessível em [http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/efmn-special-issue-on-healthcare\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/efmn-special-issue-on-healthcare_en.pdf).

<sup>48</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>49</sup> Neil CHARNES / Walter BOOT, “Aging and information technology use: Potential and barriers”, *Aging and Information Technology*, Florida State University, 18/5 (2009) 253-8, p. 255.

mente que estas preocupações caberão sobretudo aos engenheiros e *designers*; mas a regulação mínima daquelas atividades caberá ao direito da saúde, ouvidos os especialistas em geriatria.

Além disto, a população que poderá beneficiar mais das tecnologias de informação é que sofre de doenças crónicas — os idosos — que poderão beneficiar cumulativamente de uma adoção mais ampla de prestação de cuidados em casa. Porém, o segredo destes novos meios estará na capacidade de monitorização dos doentes e esta ação coloca problemas de perda de privacidade<sup>(50)</sup>, dependendo do grau de intromissão sobre as pessoas.

Acrescem os problemas de segurança. Na verdade, a generalização dos meios electrónicos, e a sua eficácia, podem gerar um falso sentimento de segurança que deixará os doentes idosos mais expostos a fraudes<sup>(51)</sup>.

De novo, espera-se a intervenção das normas e das entidades reguladoras da proteção de dados, que terão de conciliar as necessidades técnicas da monitorização com os direitos fundamentais dos doentes e a sua segurança.

#### e) Investigação médica/Ensaio clínicos

Quando, há uns anos, se verificou que as crianças estavam a ser tratadas com remédios que tinham sido ensaiados em adultos, foi fácil tirar a conclusão de que elas estavam a ser tratadas menos bem do que deviam. As instituições responsáveis iniciaram um processo de promoção e controle dos ensaios pediátricos. Por exemplo, a Agência Europeia do Medicamento estabeleceu regras novas e criou o

Comité Pediátrico<sup>(52)</sup>.

Está a passar-se a mesma coisa com os idosos<sup>(53)</sup>. A sub-representação sistemática dos idosos nos ensaios de medicamentos que eles, finalmente, vão tomar, leva a que os medicamentos não são tão adequados e seguros como deviam ser. Na verdade, o corpo das pessoas idosas provoca alterações consideráveis na farmacocinética e na farmacodinâmica das substâncias, os doentes idosos apresentam frequentemente co-morbilidades, tomam vários medicamentos, são potencialmente mais frágeis dos que os adultos novos e mais saudáveis e podem tornar as explicações e o consentimento mais problemáticos<sup>(54)</sup>. Por estas razões<sup>(55)</sup>, a inclusão dos

<sup>52</sup>Cfr. <[http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/about\\_us/general/general\\_content\\_000265.jsp](http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/about_us/general/general_content_000265.jsp)>.

<sup>53</sup> SÍLVIA CAMPORESI, *Exclusion from clinical trials for the elderly: protection or discrimination?*, Humanities and Health, Centre for the Humanities and Health, King's College London, Mach 21, 2011, p. 1, acessível em <<https://humanitiesandhealth.wordpress.com/2011/03/21/exclusion-from-clinical-trials-for-the-elderly-protection-or-discrimination/>>.

John WAHLICHA / Sven STEGEMANN / Mine ORLU-GUI, "Meeting commentary — "Medicines for older adults: Learning from practice to develop patient centric drug products", *International Journal of Pharmaceutics*, 2013, acessível em <<http://dx.doi.org/10.1016/j.ijpharm.2013.07.038>>.

<sup>54</sup> EUROPEAN MEDICINES AGENCY, *Medicines for older people*, 1, acessível em <[http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/special\\_topics/general/general\\_content\\_000249.jsp&mid=WC-0b01ac058004cbb9](http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/special_topics/general/general_content_000249.jsp&mid=WC-0b01ac058004cbb9)>; Paula SPAN, "Clinical Trials Neglect the Elderly", *The New York Times*, August 19, 2011, acessível em <[http://newoldage.blogs.nytimes.com/2011/08/19/clinical-trials-neglect-the-elderly/?\\_r=0](http://newoldage.blogs.nytimes.com/2011/08/19/clinical-trials-neglect-the-elderly/?_r=0)>; Jae-Yong CHUNG, "Geriatric clinical pharmacology and clinical trials in the elderly", *Translational and Clinical Pharmacology*, Seoul National University College of Medicine and Bundang Hospital, 22/2 (December 30, 2014) 64-69, acessível em <<http://www.tcpharm.org/Data/Journal/2/260.pdf>>; SPECIALIST RESEARCH ETHICS GUIDANCE PAPER (SREGP), *Ethical considerations in research involving older people*, University of Sheffield, 3, acessível em <[https://www.sheffield.ac.uk/polopoly\\_fs/1.165643!/file/SREGP-Older-People.pdf](https://www.sheffield.ac.uk/polopoly_fs/1.165643!/file/SREGP-Older-People.pdf)>.

<sup>55</sup> E até por outras mais prosaicas, como o facto de viverem em lares, terem dificuldades de transporte — Paula SPAN, "Clinical Trials Neglect the Elderly"; ou o facto de falarem uma língua estrangeira e os promotores terem orçamento e tempo limitados, que não permitem traduções — CENTRE OF MEDICAL LAW AND ETHICS / KING'S COLLEGE LONDON, *Manual for Research Ethics Committees*, Cambridge: Cambridge University Press, 6<sup>th</sup> ed., 2003, 108.

<sup>50</sup> Neil CHARNNESS / Walter BOOT, "Aging and information technology use", 256; BIRMINGHAM POLICY COMMISSION, *Healthy ageing in the 21st century*, 23.

<sup>51</sup> BIRMINGHAM POLICY COMMISSION, *Healthy ageing*, 23.

idosos nas coortes dos ensaios torna a investigação mais difícil, e também mais cara — e isto explica a sub-representação referida.

A EMA propõe-se mudar este estado de coisas através da “garantia de que os medicamentos usados em doentes geriátricos são de alta qualidade, ensaiados e avaliados apropriadamente, ao longo de toda a vida do produto, em uso pela população idosa; e do aumento da disponibilidade da informação sobre a utilização de medicamentos em pessoas idosas, aumentando deste modo a informação para a prescrição”<sup>(56)</sup>. E a FDA, num documento de 2012, recomendava “uma representação significativa da população geriátrica fosse incluída no programa de desenvolvimento clínico [de medicamentos], para se caracterizar adequadamente a eficácia e a segurança na população geriátrica e permitir comparações com a população não geriátrica”<sup>(57)</sup>.

Além disto, foram estabelecidas cautelas, tal como aconteceu antes com os ensaios pediátricos: foi criado o Geriatrics Expert Committee (GEC)<sup>(58)</sup>, junto do Committee for Medicinal Products for Human Use (CHMP), encarregado de assessorar a European Medicines Agency em todas as questões que impliquem conhecimentos específicos sobre *elderly patients*.

Afinal, este movimento não é mais do que uma expressão da nova *evidence based medicine*.

Em suma, hoje está instalada a preocupação com a adequação e a segurança dos medicamentos

e de toda a investigação médica que se destina à população idosa. O direito da saúde terá um papel importante. E, provavelmente, caberá às Comissões de Ética Competentes (CEC’s) em cada país — sejam as comissões nacionais sejam as comissões locais — melhorar o seu apetrechamento em geriatria e prestar uma atenção especial às singularidades da população em causa. Uma atenção que deverá exigir maior inclusão de idosos nos ensaios, maior rigor na apresentação dos requisitos técnicos de toda a investigação, e mais sofisticação no que respeita aos temas do consentimento informado e à representação dos adultos incompetentes.

### 3. O Direito focado na sustentabilidade dos sistemas de saúde

#### a) Inovação técnica e social

Em geral, a Comissão Europeia promove a inovação social e define-a: “inovação social pode ser definida como o desenvolvimento e implementação de novas ideias (produtos, serviços e modelos) para satisfazer necessidades sociais e criar novas relações sociais ou colaborações. Fomenta o potencial crescimento de negócios, capazes de fornecer melhores serviços a mais baixo custo; a saúde é um setor de eleição”<sup>(59)</sup>. Sem deixar de se considerar o meio tradicional de satisfação das necessidades sociais através de instituições sem fins lucrativos, apesar da sua dependência de doações e subsídios, ou seja, da sua fragilidade<sup>(60)</sup>. E nos Estados Unidos diz-se que “novos modelos para serviços e prestação de cuidados têm de ser inventados se os Estados Unidos querem satisfazer uma necessidade

<sup>56</sup> EUROPEAN MEDICINES AGENCY, *EMA geriatric medicines strategy*, 1, acessível em <[http://www.ema.europa.eu/docs/en\\_GB/document\\_library/Other/2011/02/wc500102291.pdf](http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2011/02/wc500102291.pdf)>.

<sup>57</sup> “Guidance for Industry, E7 Studies in Support of Special Populations: Geriatrics, Questions and Answers”, acessível em <<http://www.fda.gov/downloads/drugs/guidancecomplianceregulatoryinformation/guidances/ucm189544.pdf>>.

<sup>58</sup> Cfr. <[http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/contacts/CHMP/people\\_listing\\_000100.jsp&mid=wc0b01ac0580473f01](http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/contacts/CHMP/people_listing_000100.jsp&mid=wc0b01ac0580473f01)>.

<sup>59</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Guide to Social Innovation*, February 2013, acessível em <[http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgenet/presenta/social\\_innovation/social\\_innovation\\_2013.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgenet/presenta/social_innovation/social_innovation_2013.pdf)>.

<sup>60</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Guide to Social Innovation*, 9.

crecente de cuidados de saúde com um orçamento decrescente”<sup>(61)</sup>.

“Ageing in place”, como eu disse acima, é um caminho óbvio para tornar a vida dos doentes mais confortável [*supra* 1d)]; tal como a utilização maior da tecnologia da informação é um modo mais rigoroso para manter o contacto com o doente e assegurar uma supervisão mais próxima do seu estado de saúde, acrescentando valor técnico à prestação de cuidados [*supra* 2d)]. Mas para além destes méritos, o uso das tecnologias de informação para estabelecer relações com os doentes que permanecem em casa ou em instituições da comunidade também permite dispensar a presença física dos doentes nas unidades de saúde e as visitas assíduas de profissionais de saúde nas casas particulares e nos lares. Assim, tornam o sistema simultaneamente mais eficaz e mais barato, ou seja, mais eficiente.

Pondera-se hoje, também, a utilização de enfermeiros/as e terapeutas em vez de médicos. Na verdade, com o aumento grande da população envelhecida e, portanto, dos doentes crónicos, deixou de ser possível utilizar médicos para todas as tarefas. Assim, é preciso levar até onde for possível a ideia de *task shifting*<sup>(62)</sup>, permitindo que profissionais cuja formação é menos dispendiosa e que recebem retribuições mais baixas se ocupem de muitas tarefas que até aqui se reservavam para os médicos<sup>(63)</sup>. Mais uma vez o direito da saúde tem de intervir para procurar a medida certa que garanta uma assistência segura e promova novas regras so-

bre a competência das várias classes profissionais.

Conhecem-se ainda outros esforços de inovação social, no Reino Unido, como “help people to help each other”, “helping people to successfully manage their own health”, “opening up consultations” para estabelecer a prática de consultas de grupo, com maior partilha de informações e de ajuda<sup>(64)</sup>.

#### b) Promover a saúde própria através de estilos de vida saudáveis

“O antigo contrato social implícito, segundo o qual a população era o objecto e o alvo de todas as acções, deve ser substituído por um novo pacto para a saúde no qual todos são parte activa”, lê-se num recente e importante relatório publicado em Portugal<sup>(65)</sup>. Na verdade, não basta cuidar das pessoas individuais na situação de doença (“assistência na doença”) nem basta defender a comunidade contra contágios ou contra agentes patogénicos (“saúde pública” tradicional); “a saúde começa em casa”, e é necessário promover a saúde global da comunidade, de tal modo que cada cidadão assuma um papel ativo na “criação de saúde”<sup>(66)</sup>. “Este conceito de criação de saúde é tão importante na infância como ao longo da vida, e é igualmente pertinente para a saúde dos adultos em idade activa e dos idosos”<sup>(67)</sup>.

Hoje, há um lugar importante para um entendimento mais amplo da “saúde pública”, que inclui a promoção e a defesa da saúde da sociedade como um todo, para além da prevenção da infeção. Na verdade, muitos fatores importantes da perda da saúde nas sociedades modernas não se transmitem

<sup>61</sup> Mark SMITH / Barbara LUBASH, “Framing the issue”, *Innovating for more affordable health care*, Supplement of *Stanford Social Innovation Review*, acessível em <<http://healthcare.ssireview.org>>.

<sup>62</sup> Cfr. WHO, *Task Shifting: rational redistribution of tasks among health workforce teams — Global Recommendations and Guidelines*, 2008, acessível em <<http://www.who.int/healthsystems/TTR-TaskShifting.pdf?ua=1>>.

<sup>63</sup> Lawrence O. GOSTIN / Anna GARSIA, *Governing for Health as the World Grows Older*, 119.

Lex Medicinæ, Ano 15, n.º 29 (2018)

<sup>64</sup> INNOVATION UNIT, *10 ideas for 21st century healthcare*, acessível em <<http://www.innovationunit.org/sites/default/files/DIGITAL%20VERSION10%20Ideas%20Final.pdf>>.

<sup>65</sup> FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, *Um futuro para a saúde; Todos temos um papel a desempenhar*, 2014, 30, acessível em <[http://www.gulbenkian.pt/mediaRep/gulbenkian/files/institucional/FTP\\_files/pdfs/FuturodaSaude2014/RelatorioFuturodaSaudePT2014/index.html](http://www.gulbenkian.pt/mediaRep/gulbenkian/files/institucional/FTP_files/pdfs/FuturodaSaude2014/RelatorioFuturodaSaudePT2014/index.html)>.

<sup>66</sup> FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, *Um futuro para a saúde*, 39.

<sup>67</sup> FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, *Um futuro para a saúde*, 42.

por contágio, mas sim pela adoção de comportamentos individuais livres e sistemáticos, que generalizam a diabetes, as doenças cardiovasculares e as doenças respiratórias — o excesso de calorias, o abuso de açúcar, o alcoolismo, o tabaco e a vida sedentária. E se é responsabilidade do Estado proteger a saúde de todos quando esta pode ser colocada em perigo por agentes infecciosos, nada parece excluir uma responsabilidade semelhante quando a perda da saúde da população resulta de comportamentos voluntários que desencadeiam doenças crônicas não infecciosas<sup>(68)</sup>.

O problema será o de escolher a forma da intervenção do Estado/lei. Neste momento, parece pacífico que as formas recomendadas e usadas são aquelas que recebem a *colaboração voluntária* da população<sup>(69)</sup>. E há vários meios que podem ser adequados — incentivos fiscais, informação e educação dos consumidores, planejamento urbano, discriminação positiva de grupos mais pobres, leis e ações de responsabilidade civil<sup>(70)</sup>. Mas os desafios da redução dos gastos com as doenças crônicas podem alterar práticas habituais no sentido da *imposição de condutas*, de compressão das liberdades em favor dos interesses da sociedade como um todo.

Porém, neste último caso, a imposição de estilos de vida saudáveis e o combate às decisões inconvenientes que são *self-regarding* e, portanto, não criam um risco direto para terceiros<sup>(71)</sup>, vai suscitar a alegação de que a imposição nega a liberdade, a autonomia individual, que deve permitir a cada pessoa assumir os comportamentos que quiser, ainda que

sejam pouco saudáveis<sup>(72)</sup>. Deve ter-se em conta, em sentido contrário, que a defesa intransigente da liberdade de adotar comportamentos pouco saudáveis parte do pressuposto errado de que todas as escolhas são informadas e livres; ora, na verdade, as escolhas podem ser informadas e livres no âmbito das classes sociais mais abastadas (na melhor hipótese), mas não nas comunidades pobres que têm um acesso difícil a equipamentos para exercício físico, a alimentos pouco calóricos, a médicos disponíveis<sup>(73)</sup>. As desigualdades conhecidas das taxas de mortalidade e de morbidade em função dos grupos sócio-econômicos reclamam uma atitude pragmática de promoção da saúde dos mais pobres<sup>(74)</sup>. É altura de sublinhar — ao lado da autonomia — a noção de *solidariedade*, a consciência de viver *in solidum*, de tal modo que um é responsável por todos e todos são responsáveis por cada um<sup>(75)</sup>. Desde que estejam adquiridas as provas científicas e estejam cumpridos os procedimentos democráticos adequados, o Estado tem o dever de alcançar objetivos claros de promoção da saúde da população em geral.

<sup>72</sup> Lawrence O. GOSTIN, *Public Health Law*, 51. Há poucos meses, em Portugal, divulgou-se a informação de que o Estado tencionava aplicar multas aos pais dos menores de 18 anos que consumissem álcool; a informação foi desmentida mas suscitou um clamor na comunicação social.

<sup>73</sup> Lawrence O. GOSTIN, *Public Health Law*, 10, 301, 502.

<sup>74</sup> COMISSÃO PARA OS DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE, *Redução das desigualdades no período de uma geração*, WHO, 2010, acessível em <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2010/9789248563706\\_por.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2010/9789248563706_por.pdf)>.

<sup>75</sup> JOÃO PAULO II, *Sollicitudo Rei Socialis*, 1987, n.º 38: “Trata-se antes de tudo da interdependência apreendida como sistema determinante de relações no mundo contemporâneo, com as suas componentes — económica, cultural, política e religiosa — e assumida como categoria moral. Quando a interdependência é reconhecida assim, a resposta correlativa, como atitude moral e social e como «virtude», é a solidariedade. Esta, portanto, não é um sentimento de compaixão vaga ou de enternecimento superficial pelos males sofridos por tantas pessoas próximas ou distantes. Pelo contrário, é a determinação firme e perseverante de se empenhar pelo bem comum; ou seja, pelo bem de todos e de cada um, porque todos nós somos verdadeiramente responsáveis por todos”.

<sup>68</sup> Lawrence O. GOSTIN, *Public Health Law; Power, Duty, Restraint*, 2<sup>nd</sup> ed., Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 2008, 501.

<sup>69</sup> Lawrence O. GOSTIN, *Public Health Law*, 495.

<sup>70</sup> Lawrence O. GOSTIN, *Public Health Law*, 28 s.

<sup>71</sup> Lawrence O. GOSTIN, *Public Health Law*, 50.



E ainda que tenha de se dar preferência à autonomia individual que faça as escolhas ditas “erradas” do ponto de vista sanitário, ou seja, ainda que o Estado não use meios coercivos para induzir comportamentos saudáveis e confie apenas em informação e educação dos consumidores, julgo que sempre se poderá dizer que a autonomia que prevaleça deve ser assumida até ao fim, isto é, *deve ser paga pelo seu bolso*, pelas forças que este tiver, em vez de sobrecarregar os orçamentos públicos<sup>(76)</sup> tão exangues que já não conseguem satisfazer necessidades básicas de tantos cidadãos. Trata-se, afinal, de compensar a sociedade das “externalidades negativas” dos comportamentos individuais. Imagino, por exemplo, que um cidadão rejeita sistematicamente qualquer esforço para controlar a diabetes ou a obesidade, alegando a liberdade de dispor da sua saúde e do seu corpo; embora possa ter de se aceitar esta atitude, é possível confrontar a despesa que o sistema de saúde fará com ele, num certo momento, com a despesa menor que poderia comprovadamente ter feito se pudesse ter podido contar com a colaboração do doente, reclamando o pagamento da diferença, sem ultrapassar as possibilidades económicas do visado. Afinal, está longe de ser coisa rara, na atuação jurídica, fazer estes juízos de prognose póstuma.

Estas medidas de saúde pública parecem ter-se tornado indispensáveis para a sustentabilidade dos sistemas de saúde. As economias resultantes deste enorme esforço de promoção da saúde e de redução da doença servem a todos os cidadãos; mas interessam aos idosos porque vão permitir que a

longevidade seja disfrutada com melhor qualidade de vida, e porque vão libertar recursos financeiros para acorrer às doenças crónicas inevitáveis dos idosos.

O direito da saúde, ao lado de outras áreas do Direito, vai participar deste movimento.

### c) Discussão sobre o racionamento em saúde

O tema do racionamento em saúde tem importância para o *direito da saúde e o envelhecimento* sobretudo porque já se defendeu que a idade deveria ser — só por si — um critério para exclusão de cuidados de saúde. O autor mais sonante — Daniel Callahan — escreveu que não há a obrigação de manter vivo, custe o que custar, um idoso que já viveu uma vida completa; só deve ter direito a cuidados paliativos. Esta ideia, aliás, não é original. A literatura refere a mesma sugestão em Eurípedes, 500 anos antes de Cristo — “They ought, when they no longer serve the country, to quit this life, and clear the way for youth”<sup>(77)</sup>; e Luís Sepúlveda conta que, na tribo dos índios Xuar, na Amazónia, os velhos são levados para uma cabana onde os corpos são cobertos com mel e são comidos pelas formigas<sup>(78)</sup>.

O critério é controvertido — na sua exequibilidade, nos seus fundamentos económicos, e nas suas bases filosóficas e éticas<sup>(79)</sup>.

<sup>77</sup> *Suppliants* 1109, citado por PLUTARCO, *A Letter of Condolence to Apollonius*, 110c, in *Moralia*, acessível em <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Moralia/Consolatio\\_ad\\_Apollonium\\*.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Moralia/Consolatio_ad_Apollonium*.html)>.

<sup>78</sup> *Um velho que lêia novelas de amor*, 1989. Os velhos assumem o costume local e recebem “cuidados paliativos” sob a forma de aguardente forte, que os faz adormecer.

<sup>79</sup> Cfr. p. ex., Andrew H. SMITH / John ROTHER, “Older Americans and the Rationing of Health Care”, *University of Pennsylvania Law Review*, 140 (1992) 1847-57; Claire ANDRE / Manuel VELASQUEZ, *Age-Based Health Care Rationing, Issues in Ethics*, Santa Clara University, 3/3 (1990), acessível em <[www.scu.edu/ethics/publications/ie/v3n3/age.html](http://www.scu.edu/ethics/publications/ie/v3n3/age.html)>; Robert H. BINSTOCK, “Age-Based Rationing of Health Care”,

<sup>76</sup> É oportuno lembrar que, “entre 1995 e 2009, a despesa pública com a saúde e com os cuidados de longa duração aumentou anualmente, em média, cerca de 2% mais rapidamente do que o PIB dos países da OCDE; e que, em países ocidentais, “5% dos doentes absorvem 40% dos recursos de cuidados de saúde e 10% mais de metade” — FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, *Um futuro para a saúde*, 172 e 52.



Em primeiro lugar, seria necessário estabelecer quem é velho, ou suficientemente velho para ser excluído. O aumento contínuo da longevidade e da qualidade de vida dos idosos vai suscitar recorrentemente a necessidade desta definição; e pode ser difícil encontrar uma resposta que não seja acusada de total arbitrariedade. Em segundo lugar, é preciso estabelecer quais são os cuidados que se eliminam e os que se mantêm. Suponho que este nível de análise implicará a ponderação de múltiplas variáveis técnicas, designadamente sobre as indicações terapêuticas e sobre as probabilidades de cura, que tornarão as respostas muito sofisticadas.

Ao entrar, em seguida, nos fundamentos económicos do racionamento, pode ser simples quantificar que as pessoas idosas representam um encargo muito grande para o orçamento da saúde, e que todas as pessoas gastam muito nos últimos anos de vida. Porém, há quem afirme que o envelhecimento progressivo da população contribuiu menos para o acréscimo dos gastos do que o preço dos equipamentos cada vez mais avançados<sup>(80)</sup>; e que as poupanças feitas com a omissão de cuidados poderiam não representar uma economia significativa considerando o preço humano que se pagaria<sup>(81)</sup>.

Considerando, por fim, justiça social do racionamento, pode parecer que os gastos excessivos com os idosos impedem os financiamentos para o cuidado dos mais novos; e que tem de haver limites para os impostos que os mais novos têm de pagar para garantir os cuidados aos idosos. Mas também é certo que todos os novos se tornam velhos<sup>(82)</sup> com

o passar do tempo e vêm a beneficiar da assistência nesse momento<sup>(83)</sup>; isto é, não se trata de beneficiar ou onerar um grupo em detrimento de outro, porque todos acabam por pertencer ao mesmo grande grupo dos que precisam de cuidados médicos, mais tarde ou mais cedo. Por outro lado, as conquistas médicas foram, afinal, financiadas pelos impostos dos velhos, quando estavam na vida ativa — e eles podem esperar beneficiar delas<sup>(84)</sup>. E acrescenta-se que a exclusão de cuidados de saúde para os idosos não deixaria de ser sentida pelos mais novos, à medida que se aproximassem da idade que vigorasse para a exclusão<sup>(85)</sup>. Poderá dizer-se, ainda, que a primeira exclusão de um grupo poderá facilitar a extensão a novos grupos de pessoas “menos valiosas”<sup>(86)</sup> — doentes mentais, minorias étnicas mal integradas, etc.

Costuma acrescentar-se, por fim, que o critério da idade é bastante grosseiro, pois os idosos são muito diferentes uns dos outros quanto às indicações terapêuticas e às expectativas de sucesso das terapêuticas, mais do que as pessoas novas<sup>(87)</sup>; e se houver que excluir despesas pelo facto de os gastos serem claramente desproporcionais relativamente aos benefícios esperados, então é forçoso fazer uma avaliação individualizada do caso concreto, seja qual for a idade do doente.

Resta saber se é mesmo preciso chegar a um ponto em que é preciso racionar os cuidados médicos. Admito que a maioria defende da ideia de

*Encyclopedia of Aging*, 2002, acessível em <[www.encyclopedia.com/doc/1G2-3402200019.html](http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3402200019.html)>.

<sup>80</sup> Robert H. BINSTOCK, *Age-Based Rationing*, 2.

<sup>81</sup> Andrew H. SMITH / John ROTHER, *Older Americans*, 1850.

<sup>82</sup> Se lá chegarem, bem entendido; CALLAHAM diz que “há um dever de ajudar os novos a tornarem-se velhos” — “Medical Care for the Elderly; Should Limits Be Set?”, *AMA Journal of Ethics* 10/6 (2008)

404-410, acessível em <<http://journalofethics.ama-assn.org/2008/06/oped1-0806.html>>.

<sup>83</sup> Claire ANDRE / Manuel VELASQUEZ, *Age-Based Health Care Rationing*, 3.

<sup>84</sup> Andrew H. SMITH / John ROTHER, *Older Americans*, 1855.

<sup>85</sup> Robert H. BINSTOCK, *Age-Based Rationing*, 3.

<sup>86</sup> Robert H. BINSTOCK, *Age-Based Rationing*, 3.

<sup>87</sup> Andrew H. SMITH / John ROTHER, *Older Americans*, 1852.

que a evitação dos desperdícios, a inovação técnica e a educação dos profissionais para uma prescrição mais contida serão suficientes para resolver a questão da sustentabilidade dos cuidados de saúde.

Seja qual for a evolução deste debate, o certo é que ele parece impor-se nas sociedades em que vivemos, apesar das dificuldades que se sentem para a simples discussão do tema<sup>(88)</sup>. Seja para aceitar seja para excluir o racionamento, a discussão terá o grande mérito de melhorar a performance do sistema tal como o conhecemos.

A verdade é que, se não houver alterações profundas que aliviem os orçamentos, resta-nos começar a escolher a cabana para o repasto final... das formigas.

### Conclusão

O crescimento vertiginoso no número de idosos, sobretudo com doenças crónicas, apresenta

dificuldades novas que o Direito em geral, e o direito da saúde em particular, têm de enfrentar, num contexto de escassez económica. A tarefa mais importante e prioritária é a de superar os preconceitos sociais que interferem com a assistência médica, promover assim os direitos fundamentais dos idosos e usar os instrumentos jurídicos para garantir estas modificações, tal como aconteceu relativamente a outros grupos sociais que têm lutado para conquistar a cidadania plena. Por outro lado, é necessário prestar uma atenção especial às especificidades da assistência aos idosos em vários temas concretos que as modificações demográficas e económicas vão sublinhando.

Se o Direito da saúde não é, evidentemente, a via para desenhar o modo de prestar a assistência médica, ele tem um papel importante — afinal, um papel capaz de nos trazer a todos, hoje, aqui.

Coimbra, 2014.

<sup>88</sup> Os médicos, por exemplo, têm a maior relutância em admitir sequer a possibilidade de omitir tratamentos eficazes por razões económicas.