

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2017/1



LVIII

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIII – 2017/1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontifícia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortega Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Maria do Rosário Palma Ramalho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Isabel Graes

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Miguel Ferreira Martins

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Data: Agosto, 2017

Editorial

5-6 Nota do Director

Cátia Lopes Cardoso

7-17 Da desjurisdicionalização do processo de execução fiscal – breves considerações

David Duarte

19-34 Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo

Diana Grilo

35-73 A alimentação adequada como 'paliativo' para a saúde

José Duarte Nogueira

75-95 O património cultural. Evolução e perspectivas de protecção. Bens de natureza identitária exclusiva ou primordialmente nacional, fora da alçada do Estado português. Uma nova categoria jurídica?

Mafalda Serrasqueiro

97-132 O Tribunal de Schrödinger: uma Justiça Constitucional simultaneamente politizada e neutra

Miguel Paquete

133-148 Purchasing stolen information and the theory of the original sin

Miguel Teixeira de Sousa

149-175 Preclusão e caso julgado

Pedro Pais de Vasconcelos

177-187 Direito Civil e natureza das coisas

Sofia David

189-228 A aplicação de princípios pelo juiz administrativo

A alimentação adequada como ‘paliativo’ para a saúde^{1,2}

Diana Grilo³

Resumo: A prevalência das doenças crónicas derivadas de padrões alimentares inadequados, nomeadamente por ingestão de alimentos hipercalóricos, tem aumentado, nas últimas décadas, nos países considerados economicamente desenvolvidos. É sobre a relação que existe entre a alimentação adequada e o índice de saúde de dada população que incide o objeto do presente artigo.

Trata-se de um problema moderno com implicações sociais e económicas significativas, designadamente, em países de recorte *beveridgiano*, como é Portugal, em que o Serviço Nacional de Saúde é suportado financeiramente por todos os contribuintes. Onde deve ser traçada a linha entre a responsabilidade de cada um pelos seus comportamentos de risco alimentar e a responsabilidade da sociedade em minimizar e/ou compensar os danos na saúde, individual ou coletiva, que decorram daqueles comportamentos é questão que ainda se mantém aberta.

Creemos que a resposta primordial deve situar-se ao nível da prevenção, funcionando o princípio da precaução como mecanismo de medicina preventiva em cujo âmbito arrimamos a educação nutricional das populações como tarefa estadual fundamental.

Palavras-chave: direito à alimentação adequada; literacia em saúde; segurança alimentar; princípio da precaução; doenças crónicas não-transmissíveis.

Title: Adequate food as a ‘palliative’ for health.

¹ O presente texto tem por base o relatório apresentado no Seminário de Direitos Fundamentais, subordinado ao tema “Proteção Internacional e Europeia do Direito à Alimentação e do Direito à Saúde”, coordenado pela Senhora Professora Doutora Maria João Estorninho, no âmbito do Curso de Mestrado Científico em Direitos Fundamentais, realizado no ano letivo 2013-2014, correspondendo a uma versão sucinta desse trabalho.

² Por opção da Autora, o presente trabalho não segue o novo Acordo Ortográfico.

³ Jurista Assessora do Provedor de Justiça, na Unidade Temática de Direitos, Liberdades e Garantias, Saúde, Educação e Valorações de Constitucionalidade (diana.grilo@hotmail.com).

Abstract: The prevalence of chronic diseases stemmed from inadequate dietary patterns, especially by eating hyper-caloric foods, has been increasing in the last decades in countries considered economically developed. The heart of this article is about the relationship between inadequate nutrition and the health index of a given population.

This is a modern problem with significant social and economic implications, notably in *Beveridgian* countries such as Portugal, where the National Health Service is financially supported by all taxpayers. It still remains open where the line must be drawn between the responsibility of each person for the risk-taking behaviors and the society's responsibility in minimizing and/or compensating for the damage to individual or collective health arising from those behaviors.

We believe that the primary response must be at the level of prevention, with the precautionary principle as a mechanism of preventive medicine in which we approach the nutritional education of populations as a fundamental state task.

Keywords: right to adequate food; health literacy; food security and food safety; precautionary principle; noncommunicable diseases.

Considerações iniciais

De acordo com a FAO, Agência da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura, cerca de 800 milhões de pessoas no Mundo estão subalimentadas (correspondendo a cerca de 12% da população mundial), 2 bilhões sofrem de doenças causadas por nutrição desadequada (com carência de micronutrientes essenciais), 1,4 bilhões de pessoas têm excesso de peso, um terço das quais sofrendo de obesidade e com risco de contrair diabetes e/ou doenças do foro cardíaco, 165 milhões de crianças com idades inferiores a 5 anos encontram-se malnutridas, com repercussões graves, senão mesmo fatais, no seu desenvolvimento físico e cognitivo⁴.

Em contrapartida, como resultado da perda de produtividade e do impacto orçamental sobre os sistemas de saúde, os custos da malnutrição na economia global equivalem

⁴ V. *Healthy People Depend on Healthy Food Systems* (consultável em http://www.fao.org/fileadmin/templates/getinvolved/images/WFD_issues_paper_2013_web_EN.pdf) e relatórios anuais da FAO sobre “[o] Estado da Insegurança Alimentar no Mundo” (acessíveis em <http://www.fao.org/economic/ess/ess-fs/en/>).

a 5% do rendimento mundial (cerca de 3,5 trilhões de dólares por ano ou 500 dólares por pessoa)⁵.

Conquanto os problemas associados à fome e à carência de nutrientes essenciais se fazem notar, com particular relevância, nos países em desenvolvimento, certas questões de descompensação nutricional por excesso verificam-se primacialmente nos países considerados economicamente desenvolvidos.

É precisamente sobre este último segmento da temática que incide o presente artigo. A escolha do tema assim delimitado prende-se não com uma qualquer consideração de superior gravame do mesmo, mas, pelo contrário, com a aparente secundarização de que tem sido alvo, quer pela literatura relevante, quer pelos próprios decisores políticos. Por razões óbvias, o combate à fome tem-se afigurado como tema prioritário na agenda política dos Estados. Cremos, no entanto, que as proporções que esta segunda vertente da problemática atingiu não se compadecem mais com a sua postergação.

A prevalência das doenças crónicas derivadas de padrões alimentares (v.g., doenças cardiovasculares, doenças cerebrovasculares, hipertensão arterial, diabetes de tipo 2, obesidade, dificuldades respiratórias, certo tipo de cancro, perturbações músculo-esqueléticas, artroses, osteoporose, algumas doenças do foro mental) está, é consabido, a aumentar em proporções epidémicas nos países industrializados, com referência a todos os grupos etários. Foi, aliás, na sequência dessa percepção diagnóstica, a obesidade considerada, pela Organização Mundial de Saúde (doravante "OMS"), como um dos maiores problemas atuais de saúde pública, porém o mais negligenciado⁶.

Encontramo-nos, assim, defronte com um problema moderno que denota tantas implicações sociais (v.g., diminuição da esperança de vida, incapacidade de as crianças inseridas neste grupo de risco atingirem o seu completo potencial físico e cognitivo, discriminação⁷), quanto económicas (principalmente sobre os orçamentos de saúde).

⁵ Cf. *Healthy People Depend on Healthy Food Systems*, *op. cit.*

⁶ V. <http://www.who.int/nutrition/topics/obesity/en/>.

⁷ Veja-se o entendimento propalado, pela primeira vez, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia acerca da proibição de discriminação em razão da obesidade (cf. conclusões do Advogado-Geral em resposta ao pedido de decisão prejudicial efetuado no âmbito do Proc. C-354/13, acessível em <http://curia.europa.eu/juris/document-document.jsf?text=&docid=155125&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=42353>).

É, por conseguinte, na relação entre a alimentação e a saúde que se enucleará o presente artigo. Não menoscabando as várias bases científicas das quais poder-se-ia partir para abordar o tema (sociológica, antropológica, médica, económica, política, etc.), nenhuma obliterando a outra, antes complementando-a, a nossa situar-se-á no plano jurídico, com enfoque primordial na dogmática dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Partindo dessa visão, e sem prejuízo do necessário enquadramento geral do tema no quadro do sistema internacional e do sistema europeu de direitos humanos, ater-nos-emos um pouco mais no *status quo* na ordem jurídica portuguesa. Pese embora se não ignore a tomada de alguns passos neste caminho, afigura-se incontestável que um longo trilho ainda existe para percorrer.

Por gravitarem o sobredito núcleo, algumas questões serão autonomizadas, como sejam, a atinente à segurança alimentar e à contextura dos princípios da prevenção e da precaução. As mesmas assumem-se, portanto, como sustentáculo do desiderato que nos propomos alcançar com o presente arrazoado: não tanto uma conclusão teoricamente fechada sobre a problemática em apreço, quanto um repto aberto à premência de a mesma ser, de uma vez por todas, “tomada a sério”⁸.

1. Direito à alimentação adequada

1.1. Enquadramento normativo

Dissensos não existem quanto ao facto de o direito à alimentação pertencer à tipologia dos direitos sociais, económicos e culturais (por comodidade da narrativa, adiante designados apenas por “direitos sociais”). Não se pretendendo discurrir no presente texto sobre esta categoria de direitos em termos gerais, permitimo-nos porém reter, como premissa da linha do *iter* raciocinativo que se pretende desenvolver, a principal característica identificativa-distintiva dos mesmos em face dos seus, dogmaticamente antípodas, direitos civis e políticos. Reside essa singularidade no

⁸ Sendo que levar a sério os direitos económicos, sociais e culturais “implica simultaneamente um compromisso de integração social, de solidariedade e de igualdade, incluindo lidar com a questão da distribuição do rendimento” (v. ASBJØRN EIDE e ALLAN REISAS, «Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge», in ASBJØRN EIDE, CATARINA KRALJIC e ALLAN REISAS (Eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 5).

facto de a efetivação de esses «direitos a prestações», assim também chamados, estar dependente da atividade mediadora dos poderes públicos, subservientes que estes estão dos recursos económico-financeiros disponíveis em cada momento histórico, das idiossincrasias sociais e culturais de cada população e da própria alternância político-democrática. Vale por dizer que o seu conteúdo, pressupostos de exercício, ritmo de concretização são deixados, não à total disponibilidade do legislador ordinário é certo, mas à sua livre conformação.

A verdade é que, muito embora se referencie amiúde a bondade de todos os direitos humanos, por virtude da sua universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação, serem tratados de maneira equitativa, em igualdade de circunstâncias e com o mesmo grau de importância⁹, é consabido que os direitos sociais têm sido, de uma maneira geral, relegados para segundo plano¹⁰.

O direito à alimentação não ficou imune a essa didascália, disso sendo prova a sua jovialidade normativa ou, dito de outro modo, a tardia assunção do seu cariz fundamental e da sua consagração positiva. Interessante notar que aquando da constituição da FAO, em 1945, nenhuma referência fora feita à alimentação como direito subjectivo *qua tale*¹¹. Enquadrada em um contexto de pós-guerra mundial, o foco foi em um primeiro momento, como se compreende, colocado sobre o papel dos Estados, que se comprometeram, *inter alia*, a melhorar os níveis de nutrição e de vida das populações sob sua jurisdição, a promover aumentos de eficiência da produção e distribuição dos produtos alimentícios e agrícolas, a contribuir para a expansão da economia mundial e a assegurar a erradicação da fome¹². Os Estados resistiram, contudo, a enquadrar estas obrigações no plano dos direitos humanos, remetendo-as, enquanto foi possível, para o quadro da “ajuda humanitária”. A resguardo das políticas de liberalização dos mercados internacionais, mostravam-se os mesmos avessos a permitir a interferência de normas de direitos humanos –

⁹ V. “Declaração de Viena e Programa de Acção” (parágrafo 5), aprovada pela Conferência Mundial da ONU sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 12 de Julho de 1993 (acessível em <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>)

¹⁰ Isto eufemisticamente falando, para não referir as inóspitas tentativas de desprover os direitos sociais da condição de direitos humanos (v. ASBJØRN EIDE e ALLAN ROSAS, *ibidem*).

¹¹ Ao contrário do que aconteceu, por exemplo, em sede de tutela do bem jurídico da saúde. O acto constitutivo da OMS, criada em 1946 também sob a égide das Nações Unidas, não se inibia de reconhecer que “o gozo do melhor estado de saúde possível de atingir é um dos direitos fundamentais de cada ser humano” (cf. 3.º parágrafo do preâmbulo da Constituição da OMS, adotada em 22 de Julho de 1946).

¹² Cf. preâmbulo da Constituição da FAO.

porventura, por temor das obrigações e responsabilidades daí decorrentes – nos assuntos, directa ou indirectamente, relacionados com as políticas e comércio agroalimentares. Foram, assim, em uma primeira fase, esses assuntos tratados como questões de caridade ou de assistência voluntária, sendo os indivíduos considerados meros receptores de programas humanitários, a despeito de quaisquer poderes potestativos perante o Estado¹³.

1.1.1. No plano internacional

Cedendo às relutâncias iniciais, os Estados, em 1948, por ocasião da assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem (adiante “DUDH”), começaram a admitir uma certa subjectivação da alimentação, reconhecendo que os indivíduos pudessem ser titulares de certas posições jurídicas activas e não apenas meros beneficiários das políticas de desenvolvimento económico e/ou de programas alimentares compassivos.

A referência a alimentação foi inserida no n.º 1 do artigo 25.º da DUDH como parte do *direito a um nível de vida adequado*, nível de vida este que se mostre apto a assegurar a toda a pessoa, bem como à sua família¹⁴, a *saúde e o bem-estar*.¹⁵ Centrada no direito a um nível de vida adequado, a alimentação é na DUDH configurada como um meio de concretizar o direito à saúde e ao bem-estar. Temos, portanto, dificuldade em conceber que a DUDH tenha consagrado um direito à alimentação *per se*¹⁶. Ainda assim, à revelia de privilégios de autonomia

¹³ Neste sentido, v. ENRIQUE GONZÁLEZ, in *La Unión Europea y la crisis alimentaria*, Observatório DESA, 2011, pp. 29-32 (disponível em http://observatoriodesa.org/sites/default/files/UE_crisis_alimentaria.pdf).

¹⁴ Sublinhe-se este reforço pleonástico da universalidade do direito, que se pretende ser não só de “toda a pessoa”, como também da “sua família”. O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais elucidou, no seu Comentário Geral n.º 12 (1999) sobre o direito à alimentação adequada (adiante “Comentário Geral n.º 12”), que esta opção redactorial visou atestar a não limitação da aplicabilidade subjectiva deste direito a “determinados indivíduos ou às mulheres chefes de família” (cf. parágrafo 1).

¹⁵ Mais ou menos envolto em halos de utopia, a alusão ao “bem-estar” neste contexto parece ter sido aposta para reforçar a noção holística de saúde aventada pela OMS dois anos antes. Ficou, relembre-se, preambulado na Constituição da OMS que a saúde deveria ser entendida não apenas como a “ausência de doença ou enfermidade”, mas também positivamente como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social” (cf. 2.º parágrafo do preâmbulo).

¹⁶ Em sentido contrário, veja-se, *inter alia*, ENRIQUE GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 33 e 34.

normativa, é inegável o mérito da DUDH em referenciar sem pejo, pela primeira vez no plano internacional, a essencialidade da alimentação como garante, não só da sobrevivência das pessoas, mas de uma vida com saúde.

Quase duas décadas foram, todavia, necessárias aguardar para que a natureza jurídica da alimentação como direito humano fosse clarificada no sistema universal dos direitos humanos. Somente em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (doravante "PIDESC") dedicou finalmente a atenção merecida ao tema, fraccionando o direito à alimentação em duas dimensões relevantes. Uma primeira, plasmada no n.º 1 do artigo 11.º, em que o direito à alimentação é mantido como refracção do direito a um nível de vida adequado. Uma segunda, aposta no n.º 2 do mesmo artigo 11.º, que tutela a alimentação a um nível mais profundo, atribuindo-lhe maiores garantias na razão directa do maior grau de essencialidade que lhe imputa. Reconhecem aqui os Estados-Membros do Pacto "o direito fundamental de todas as pessoas de estarem livres da fome".

Quanto à primeira dimensão não podemos deixar de apontar dois aspectos que, na nossa óptica, se afiguram criticáveis.

Prende-se um deles com o facto de a alimentação e saúde terem sido normativamente desconectadas, o direito a esta tendo sido autonomizado no subsequente artigo 12.º. Muito embora se perceba que o direito à saúde, pela sua relevância e complexidade, reclamasse um tratamento jurídico autónomo, apesar de se saber que a conexão – ainda que implícita – entre esta e a alimentação sempre existirá¹⁷, cremos que tal distanciamento sistemático faz claudicar o desejável tratamento conjunto que ambos os bens reclamam. Desejável se não mesmo indispensável, diríamos, atendendo à extrema dependência que a saúde apresenta da alimentação. Aliás, é nesta questão, lembre-se, que reside o principal mote da presente análise, por constatarmos a inexistência de uma verdadeira consciência jurídica universal sobre a importância da alimentação na saúde.

Outra insatisfação nutrimos relativamente à não figuração da alimentação no palco normativo principal, antes surgindo positivado como determinante de outro direito, concretamente, o direito a um nível de vida adequado. Verificamos todavia que, na esteira aliás do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (adiante

¹⁷ Neste sentido, o CDESC não hesitou a, em sede de interpretação do *direito ao melhor estado de saúde física e mental possível de atingir* consagrado no artigo 12.º do PIDESC, considerar nele compreendido, não só o direito aos cuidados de saúde, mas também o direito aos chamados "determinantes de saúde", nesses incluído o adequado abastecimento de alimentos seguros, a nutrição, o acesso a informação e educação relacionadas com saúde (cf. Comentário Geral n.º 14, ponto 11, p. 3).

“CDESC”), ninguém hesita em ancorar nesta disposição um verdadeiro “direito à alimentação adequada”¹⁸.

1.1.1.1. Conteúdo normativo

Constatando que problemas de malnutrição, ainda que com diferentes perfis, se verificam quer nos países em desenvolvimento, quer na maioria dos países economicamente desenvolvidos, conclui o CDESC que as raízes do problema não se encontram na falta de alimentos, mas na falta de acesso a alimentação disponível¹⁹. Partindo dessa premissa, entende o CDESC que o direito à alimentação adequada é realizado “quando todos os homens, mulheres, crianças, sozinhos ou em comunidade, têm acesso físico e económico a todo o tempo a alimentação adequada ou aos meios para a sua obtenção”. O núcleo essencial do direito implica, por sua vez, “disponibilidade de alimentação em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades alimentares dos indivíduos, livre de substâncias adversas e aceitáveis em determinada cultura”²⁰.

Dos contornos do direito à alimentação adequada assim bosquejados pelo CDESC resultam, desde logo, alguns traços incontestáveis. Primeiro, é que o direito à alimentação não é um direito a ser alimentado, mas um direito a todas as pessoas se alimentarem em termos dignos²¹. Mas para tal o Estado tem que providenciar pela construção de um ambiente que possibilite às pessoas prover a sua alimentação e das suas famílias directamente através dos seus esforços, “explorando a terra produtiva ou outras fontes naturais de alimentos”²², e/ou indirectamente através

¹⁸ V., *inter alia*, Comentário Geral n.º 12; SUSAN RANDIUMI e SHAREEN HERTZEL, «The Right to Food: A Global Perspective», in *The State of Economic and Social Human Rights. A Global Overview*, p. 23.

¹⁹ Cf. Comentário Geral n.º 12, ponto 5. Quase duas décadas antes, AMARTYA SEN já havia alcançado conclusão semelhante na investigação que precedeu a publicação, em 1981, da sua famosa obra *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*.

²⁰ Cf. Comentário Geral n.º 12, pontos 6 e 8.

²¹ Cf. Alto Comissariado para os Direitos Humanos, in *The Right to Adequate Food, Fact Sheet n.º 34*, p. 3 (consultável em <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf>). Esta equação pode ser naturalmente invertida quando, por motivos de força maior (v.g., conflito armado, desastre natural, estado de reclusão), as pessoas se vejam incapazes de se alimentar por meios próprios. No entanto, nesses casos, a obrigação que recai sobre os Estados de fornecer comida directamente às pessoas aparenta ancorar-se mais no Direito Humanitário e menos nos Direitos Humanos.

²² Cf. Comentário Geral n.º 12, ponto 12.

de recursos financeiros, tendo capacidade de aceder aos “sistemas de distribuição, processamento e comercialização”²³.

Temos assim que o direito à alimentação adequada é constituído por uma triade de elementos fundamentais: disponibilidade (física e económica), acessibilidade e adequação.

Sem negar a importância dos dois primeiros referenciais – disponibilidade e acessibilidade –, importa ater-nos um pouco mais, por ser essa a característica em crise no tema sob análise, na adequação. Cabe então indagar acerca dos critérios que permitem operacionalizar esse conceito.

O CDESC faculta-nos, desde logo, duas pistas de densificação do mesmo, uma moldada em termos positivos, outra em termos negativos. Assim, por um lado, a alimentação adequada é determinada “pelas prevaletentes condições sociais, económicas, culturais, climáticas, ecológicas, e outras”²⁴, mas não se basta, em nenhuma circunstância, com um “mínimo de pacote de calorias, proteínas e outros específicos nutrientes”²⁵.

Independentemente das idiosincrasias de cada população, a adequação alimentar pressupõe, portanto, algo mais do que a mera satisfação das necessidades básicas. Implica o acesso a uma dieta rica em nutrientes que favoreçam o crescimento físico e mental das pessoas, que suportem o exercício da desejável actividade física e que estejam de acordo com as necessidades fisiológicas humanas, tendo em consideração as condições singulares de cada indivíduo, como seja a idade, o género, a saúde, a ocupação²⁶ (exemplifica o Alto Comissariado para os Direitos Humanos que se a alimentação concedida a crianças não contiver os nutrientes necessários para o seu desenvolvimento físico e mental não é adequada; o mesmo acontecerá com os alimentos com alto teor energético e baixo valor nutritivo, passíveis de contribuir para a formação de determinadas doenças, como a obesidade²⁷). Fronteado, deste modo, o conceito de adequação com o de nutrição, não se nos afiguraria descabido estribar no PIDESC um “direito à alimentação nutritiva” como corolário do direito à alimentação adequada.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Idem*, ponto 7.

²⁵ Excluindo uma interpretação restritiva, veja-se o ponto 6 do Comentário Geral n.º 12.

²⁶ *Idem*, ponto 9.

²⁷ Cf. *The Right to Adequate Food*, *ibidem*.

Em smula, o Direito Internacional não estabelece um "simples" direito  alimentação, mas um direito  alimentação adequada, e dizer, um direito "a todos os elementos nutricionais que cada pessoa precisa para viver uma vida saudável e activa, bem como aos meios para aceder aos mesmos"²⁸.

1.1.1.2. Responsabilidade internacional

Ante um qualquer direito humano internacionalmente consagrado, a precípua obrigação que recai sobre os Estados reconduz-se sempre  adoção das providências necessárias para a sua consentânea replicação na ordem interna. No que tange em particular aos direitos sociais, os Estados têm, ademais, a benesse de poder prover pela sua realização em termos progressivos²⁹.

Relembrando as duas sobreditas dimensões do direito  alimentação adequada, facilmente se percebe que as mesmas não têm idêntica tolerância no que toca  sua concretização temporal. Ao contrário do direito  alimentação adequada, o direito fundamental a estar livre de fome não se compadecer com um qualquer gradualismo na sua aplicao³⁰. Ao invés, integrando o núcleo essencial do direito  alimentação adequada, e – *rectius*, não pode deixar de ser –, imediatamente aplicvel³¹.

Quer seja de modo gradual, quer seja sem qualquer margem temporal, obrigações específicas impendem sobre os Estados para salvaguardar o direito  alimentao³². Tal qual outro direito social, e tripartida a tipologia de deveres estaduais que se soerguem: respeitar (*to respect*), proteger (*to protect*), realizar (*to fulfill*)³³.

²⁸ V. *The Right to Adequate Food*, *op. cit.*, p. 2.

²⁹ V. n. 1 do artigo 2.é do PIDESC.

³⁰ SUSAN RANDOLPH e SHARLEN HERTEL falam em *relative standard* e *absolute standard* para distinguir o direito  alimentação adequada, realizável progressivamente, e o direito a estar livre da fome, imediatamente acionável (*op. cit.*, p. 23).

³¹ No seu Comentário Geral n.é 3, relativo  natureza das obrigações dos Estados, o CDESC reconhece que em cada direito há um nível mínimo essencial que os Estados têm obrigação de garantir a todo o tempo (cf. ponto 10).

³² Sem se negar o papel principal dos Estados, enquanto destinatários das convenções internacionais, não se pode todavia isentar, no âmbito da concretização do direito  alimentação adequada, os membros da sociedade – indivíduos, famílias, comunidades locais, organizações não-governamentais, sociedade civil, sector empresarial – de responsabilidades neste domínio. E, nesse sentido, entendimento do CDESC que os Estados devem criar os ambientes propícios  implementação destas responsabilidades (cf. Comentário Geral n.é 12, ponto 20).

³³ Quanto aos efeitos específicos que das obrigações internacionais decorrem no âmbito do direito em apreço, veja-se *The Right to Adequate Food*, *op. cit.*, pp. 17 e ss.

Dúvidas não existindo quanto aos deveres que os Estados têm de respeitar, proteger e realizar os direitos humanos internacionalmente consagrados, incluindo o direito à alimentação, ocorre sublinhar que as medidas concretas a aplicar mantêm-se na discricionariedade dos Estados, subsidiário que é o direito internacional das ordens jurídicas nacionais.

1.1.2. No plano europeu

Pese embora se fale, sem eufemias, de Direito Alimentar Europeu, é curioso notar que este ramo do direito³⁴ não comporta no seu âmbito um qualquer direito subjectivo à alimentação expressamente reconhecido no ordenamento jurídico europeu. Nem no Sistema Europeu de Direitos Humanos, tutelado pelo Conselho da Europa e materializado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pela Carta Social Europeia, nem na União Europeia, que dispõe de um catálogo próprio de direitos fundamentais desde 2009, qual seja, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A inexistência de uma consagração expressa de um direito subjectivo nesta matéria não tem, porém, impedido as instâncias jurisdicionais competentes no plano europeu – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Tribunal de Justiça da União Europeia³⁵ – de se pronunciarem sobre questões relacionadas com a alimentação. Fazem-no, no entanto, por via enviesada, de permeio com outros direitos expressamente consagrados, como sejam, o direito à assistência social, o direito à protecção contra a pobreza e a exclusão social, o direito ao trabalho, o direito à protecção da família, o direito à protecção da saúde.

³⁴ Muito embora seja ainda discutida a autonomia científica deste ramo do direito, a verdade é que se fala em Direito Alimentar Europeu desde a aprovação do Regulamento (CE) n.º 178/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002 [doravante “Regulamento (CE) 178/2002”], o qual teve o alcance de positivizar os princípios e normas comuns a toda a legislação alimentar e criar a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos.

³⁵ Veja-se, a título ilustrativo, o Caso C-340, de 20 de Março de 2003, *Reino da Dinamarca vs. Comissão Europeia*. O Tribunal de Justiça da União Europeia anulou uma decisão da Comissão que tinha declarado a inaplicabilidade de uma lei dinamarquesa que, em derrogação de directiva comunitária (Directiva 95/2/CEE), restringia a utilização de certos aditivos (sulfitos, nitritos e nitratos) nos géneros alimentícios. A decisão judicial foi baseada no direito à protecção da saúde, por terem sido apresentadas provas científicas que comprovavam que aqueles aditivos constituíam um risco para a saúde pública.

À míngua de um direito subjectivo à alimentação explicitamente reconhecido, o Direito Alimentar Europeu tem sido construído com base em um critério finalístico entronizado, em termos amplos, no almejado interesse do recto funcionamento do mercado interno e, em termos particulares, na consecução de outras finalidades acopladas prosseguidas pela ordem comunitária, de entre as quais se destaca a protecção da saúde pública, a protecção dos interesses dos consumidores, o controlo dos preços, a prevenção de fraudes.

Tendo como objetivo imediato a eliminação de entraves à livre circulação de bens alimentares e, secundariamente, a protecção da saúde dos consumidores através da garantia da segurança alimentar, é esta a concepção de direito alimentar adoptada no Direito Comunitário.

Cumpre, por conseguinte, passar à dilucidação do conceito de segurança alimentar, cujos contornos só aparentemente se mostram simples.

2. Segurança alimentar

2.1. *Food security e food safety*

A menor simplicidade do assunto deixa-se logo antever pela terminologia utilizada para designar o conceito. Nascidos na língua inglesa, os léxicos escolhidos para traduzir os conceitos *food security e food safety* dão amiúde azo a equívocos. A própria OMS já alertou que “[f]ood security é por vezes confundida com food safety porque as palavras security e safety são sinónimos em muitas línguas”¹⁶. É o caso da língua portuguesa onde se fala indistintamente em «segurança alimentar».

Em não se pretendendo importar neologismos, seria porventura proficuo antolhar locuções diferentes para exprimir ambos os conceitos. A solução francesa adoptada neste domínio é, a nosso ver, de aplaudir e, *quiçá*, de seguir. Distingue-se nesse ordenamento jurídico a *sécurité alimentaire* (referente à *food security*) da *sécurité*

¹⁶ Cf. *Food and health in Europe: a new basis for action*, in WHO Regional Publications, European Series n.º 96, 2004, p. 91 (consultável em http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0005/74417/E82161.pdf).

sanitaire des aliments (para se designar *food safety*)³⁷. Desse modo, a substância ficaria livre de percepções incorrectas sobre a forma.

Posto isto, cabe indagar sobre o real significado de *food security* e *food safety*.

2.1.1. Que segurança?

De uma forma simplista, poder-se-ia dizer que o conceito *food security* serviria questões relacionadas com a quantidade dos alimentos, por contraponto à *food safety* que se preocuparia mais com a sua qualidade. Por outras palavras, aquele visaria aspetos atinentes ao abastecimento, acesso e disponibilização dos alimentos, conquanto este procuraria garantir a respetiva inocuidade e nutribilidade.

Partindo desta dualidade conceptual, é comum conceder à *food security* as vestes de conceito amplo, no qual se integraria, enquanto conceito restrito, a *food safety*³⁸. A esta tendência integrativa não parece ser indiferente a evolução que o conceito de *food security* tem sofrido desde a década de 70, altura em que emergiu³⁹.

Trazido ao palco político-internacional em plena crise alimentar mundial, o foco inicial não pôde deixar de incidir sobre problemas relacionados com o abastecimento, por um lado, e com o acesso, por outro lado, através da garantia da disponibilidade e da estabilidade dos preços dos alimentos básicos, a nível nacional e internacional⁴⁰.

³⁷ Atente-se, a título de curiosidade, no nome da autoridade francesa com competências no domínio da *food safety*: *Agence Nationale de Sécurité Sanitaire de l'Alimentation* (v. <https://www.anses.fr/fr>). No mesmo sentido, alguma doutrina espanhola tenta também, perante a equívocidade com que o conceito de «segurança alimentar» é utilizado, encostar na consciência jurídica uma divisão conceptual entre «seguridad de abastecimento alimentaria» e «seguridad sanitaria alimentaria» (cf. BRIZ e FELIPE, in *Seguridad Alimentaria y Trazabilidad*, disponível em <http://www.fao.org/docs/cims/upload/5063/briz.pdf>).

³⁸ Cf. MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA, *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos. Régimen jurídico-administrativo*, 2006, pp. 24 a 26.

³⁹ Começou o mesmo a ser definido, em 1974, como pressupondo a “disponibilidade permanente de adequado abastecimento mundial de géneros alimentícios básicos para manter uma expansão regular do consumo alimentar e compensar as flutuações da produção e preços”. V., sobre a evolução do conceito, *Trade Reforms and Food Security, Conceptualizing the Linkages*, FAO 2003 (disponível em <http://www.fao.org/docrep/0fs/y467/c/y4671e05.htm#TopOfPage>).

⁴⁰ Cf. *Trade Reforms and Food Security*, op. cit., p. 26.

Dai em diante, com o acento tónico na qualidade, o conceito foi paulatinamente aprimorado com exigências ao nível da composição energético-proteica dos alimentos considerada desejável para manter uma vida activa e saudável, até que, em meados da década de 90, as componentes de *food safety* e de equilíbrio nutricional foram expressamente incorporados na *food security*. Assim, ficou acordado na Conferência Mundial Alimentar de 1996 que *food security* pressupunha o “acesso físico e económico a géneros alimentícios suficientes, seguros e nutritivos para satisfazerem as suas necessidades nutricionais e preferências alimentares para uma vida activa e saudável”⁴¹. O conceito complexifica-se, deixando de ser um objectivo em si e passando a implicar um conjunto de acções que contribuam para a garantia de uma vida activa e saudável⁴².

A definição actual de *food security*, retocada em 2001, apenas acrescenta àquela outra o “acesso social”, ao lado do físico e económico⁴³. Temos assim um conceito de *food security* abrangendo quatro elementos principais: (i) disponibilidade; (ii) acesso físico, social e económico; (iii) estabilidade dos abastecimentos e do acesso; (iv) utilização de alimentos seguros e nutritivos⁴⁴.

Esta última componente pareceria reconduzir-se, portanto, à *food safety*. Verificamos, porém, que a definição que lhe foi conferida pela Comissão do *Codex Alimentarius* fica aquém do que a FAO pretendeu traçar com aquele segmento da *food security*. De acordo com a Comissão do *Codex Alimentarius*, *food safety* traduz-se na “garantia de que um alimento não causará dano ao consumidor – através de perigos biológicos, químicos ou físicos – quando é preparado e/ou consumido de acordo com o uso esperado”. Aparenta esta definição fazer coincidir a noção de alimento não seguro aos alimentos que encerram em si perigo de danos directos. E quanto aos alimentos que, não consubstanciando em si um perigo directo e imediato para a saúde de quem os consome, poderão contribuir para a não sustentação de uma vida activa e saudável? Referimo-nos aos alimentos não nutritivos, aos alimentos não saudáveis, nomeadamente, aos alimentos com índices elevados de gorduras, sal e açúcares.

⁴¹ Cf. *Declaration on World Food Security and World Food Summit Plano of Action*, 1996, Roma.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Cf. FAO, *The State of Food Insecurity in the World 2001*, Roma, 2002.

⁴⁴ A título de curiosidade, mencione-se que o conceito de *food security* nos EUA tem um significado mais restrito do que o utilizado no restante palco internacional. Ali começou por significar “acesso seguro a alimentação adequada”, tendo, após os atentados de 11 de Setembro de 2001, sido alterado para passar a indicar “protecção do abastecimento de alimentos contra bioterroristas” (v. MARION NESTLE, «Food Safety and Food Security: A matter of public health», in *Health Policy, Crisis and Reform*, 2013, 126, acessível em http://www.foodpolitics.com/wp-content/uploads/HealthPolicy_Estes_13.pdf).

Assim intersectados os conceitos, levanta-se a questão de saber se um “alimento não saudável” é um alimento não seguro em termos que permitam fundar a adopção de medidas precaucionárias, apanágio da segurança alimentar.

Vejamos em seguida.

2.2. Segurança nutricional

Partindo da definição oficial de *food security*, que abarca os adjectivos “seguros e nutritivos”, há quem entenda que a mesma acomoda um conceito binário de *food safety*, este integrando uma dimensão sanitária e uma dimensão nutricional⁴⁵.

Desse modo, em uma visão estrita e clássica do termo, *food safety* visaria assegurar as condições de higiene e salubridade adequadas em todo o ciclo produtivo do alimento. Na segunda acepção, mais moderna, estaria em causa a adequação nutritiva dos alimentos, *i.e.*, a sua composição ao nível dos seus nutrientes.

Não obstante esta última acepção ainda se afigurar um conceito *in fieri*, não cremos que fosse despiciendo ensaiar a sua autonomização para evitar que mais equívocos fossem adicionados à equação da segurança alimentar.

Aponte-se, a título ilustrativo, as incertezas conceptuais que derivam na letra da lei comunitária. Prescreve o Regulamento (CE) 178/2002 que não são colocados no mercado, por não serem seguros (*safety*), os géneros alimentícios que sejam prejudiciais para a saúde e/ou que sejam impróprios para consumo humano⁴⁶.

Sendo a impropriedade para consumo menos difícil de qualificar científica e juridicamente, o requisito do “não prejuízo para a saúde” já não partilha as mesmas facilidades de densificação. Desde logo, dúvidas se colocam quanto ao facto de os alimentos altamente calóricos ou energéticos poderem ser, para estes fins, considerados como prejudiciais à saúde.

O Regulamento dá-nos algumas pistas para a compreensão do mesmo, referindo⁴⁷ que no ajuizamento da nocividade de um alimento deve ter-se em conta (i) os prováveis efeitos imediatos, a curto ou a longo prazo do alimento sobre a saúde da pessoa que o consome e sobre as gerações vindouras, (ii) os potenciais efeitos

⁴⁵ Cf. MIGUEL ÁNGEL RECHERDA GIRELA, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁶ Cf. n.º 2 do artigo 14.º do Regulamento (CE) 178/2002.

⁴⁷ No n.º 4 do artigo 14.º.

tóxicos cumulativos⁴⁸ e (iii) as sensibilidades orgânicas particulares de determinada categoria de consumidores, que os poderá tornar mais vulneráveis a algumas substâncias.

Será, contudo, que estes três critérios permitem, por si só, considerar inseguros no âmbito comunitário os alimentos não saudáveis, como sejam os produtos com baixo índice nutritivo ou altamente calóricos? Esta resposta só pode ser dada pela ciência⁴⁹. O problema é que a análise de risco que, como veremos, permite acionar o princípio da precaução assume-se, em certos casos, uma *diabolica probatio*, pela extrema dificuldade que constitui a comprovação de um nexo causal entre certos componentes de um produto e a superveniência de problemas de saúde⁵⁰.

Relembre-se um dos casos judiciais mais famosos dos EUA que absolveu a empresa McDonalds de acção proposta pelos progenitores de duas raparigas adolescentes, impetrando a sua responsabilidade pelos problemas de saúde de que as mesmas padeciam (obesidade, diabetes, colesterol, problemas de coração)⁵¹. Na factualidade subjacente ao caso subjazia a ironia. As meninas, com o consentimento dos pais, alimentaram-se com produtos do McDonalds durante anos consecutivos, com uma regularidade de três a cinco vezes por semana.

O tribunal absolveu o réu do pedido, uma vez que, por um lado, não foi possível provar que os produtos vendidos pelo McDonalds foram a causa principal das doenças em apreço (outros causas poderiam igualmente ter contribuído, como

⁴⁸ É dizer, o efeito da acumulação de substâncias tóxicas em pequenas quantidades ao longo do tempo (cf. MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA, *op. cit.*, p. 97).

⁴⁹ ANTONIA FAH sufraga que a regra do artigo 14.º do Regulamento (CE) 178/2002 dificilmente poderá ser alargada por forma a cobrir, no geral, todos os alimentos não saudáveis. O facto de um alimento não ser saudável só é relevante quando essa evidência se encontra efectivamente comprovada. Somente nesse caso, quando a análise de risco conclui pela existência de um nexo causal entre os alimentos e a obesidade, é que medidas restritivas baseadas no princípio da precaução poderão ser adotadas. Caso contrário, aduz a Autora, um alimento não saudável é seguro («Obesity in Europe: The Strategy of the European Union from a Public Health Law Perspective», in *European Journal of Health Law*, Vol. XIX, N.º 1, March 2012, pp. 77 e 78).

⁵⁰ Como bem denota JOÃO LOUREIRO, “os riscos, ao contrário dos perigos, desafiam a lógica tradicional da previsão, do nexo de causalidade, com anonimização dos autores e, no limite, a sua quase universalização. Neste último caso, pense-se na utilização de automóveis que enconce, por agregação, para uma perigosa poluição em que (quase) todos são culpados.” («Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2001, pp. 797 e ss.)

⁵¹ *Case Pelman v. McDonald's Corp.*, 2003 (sentença final acessível em <http://www.publichealthlaw.net/Reader/docs/Pelman.pdf>).

seja, a genética, condições de saúde, estilo de vida sedentário) e, por outro lado, não foi possível provar que aqueles gêneros alimentícios (designados por *fast food* e caracterizados por conterem altos índices de colesterol, gordura, sal e açúcar) seriam mais perigosos do que aquilo que cabia nas expectativas razoáveis do consumidor comum⁵².

Convocando, como é fácil de perceber, questões científicas e jurídicas singulares, permitimo-nos insistir na utilidade da autonomização de um conceito de Segurança Nutricional (que versaria sobre a adequação da composição dos alimentos em termos de nutrientes essenciais), como vértice do triângulo composto pela Segurança no Abastecimento Alimentar (que versaria sobre o acesso e disponibilização dos alimentos) e pela Segurança Alimentar Sanitária (que versaria sobre as condições de higiene e salubridade adequadas em todo o ciclo produtivo do alimento)⁵³.

3. Alimentação e saúde

3.1. Nutrição: o elo incindível

Em países desenvolvidos, onde o abastecimento, a disponibilidade e o acesso aos alimentos estão, em princípio, assegurados de um modo geral, as deficiências no sistema que importa fiscalizar são aquelas que relacionam a alimentação com a saúde.

É conhecida a máxima da interdependência dos direitos humanos, no sentido de a realização de um requerer a garantia do exercício dos demais. No que toca aos dois direitos ora *sub judicio*, essa inter-relação assume proporções de “ultra-fundamentalidade”. A alimentação e saúde reclamam, por conseguinte, no nosso entender, uma abordagem diferenciada sobre aquilo que os unc, o que chamaremos

⁵² Embora o pedido dos pais tenha soçobrado perante a dificuldade probatória, teve este caso o mérito de discutir, iniciando um debate continuado, sobre a questão da informação e da publicidade direcionada às crianças.

⁵³ Veja-se, exemplificativamente, o caso do Brasil em que se trabalha o conceito de segurança alimentar e segurança nutricional lado a lado há mais de 20 anos. Fala-se a esse propósito em *Segurança Alimentar e Nutricional* (v. AAVV, *Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional*, Brasília, 2010, pp. 13 e 14, acessível em [http://www.ssvm.info/sites/default/files/reference_attachments/ABRANDH%20\(2010\).pdf](http://www.ssvm.info/sites/default/files/reference_attachments/ABRANDH%20(2010).pdf)).

de nutrição. Mais do que uma componente comum a ambos os direitos, a nutrição configura o seu elo indissolúvel⁵⁴.

A OMS já classificou a malnutrição como uma “doença prevenível e não transmissível, onde a dieta e o estilo de vida são dois factores importantes, ambos fortemente associados à pobreza”⁵⁵.

A malnutrição pode definir-se, em termos amplos, como um desequilíbrio entre as necessidades corporais e o consumo de nutrientes essenciais⁵⁶, de que todas as pessoas necessitam como fonte de energia para viver, crescer, desenvolver-se. A malnutrição desdobra-se classificatoriamente em desnutrição e hiper-nutrição se a causa do desequilíbrio for a carência ou o excesso de nutrientes essenciais, respectivamente.

Nos países industrializados, muito embora coexistam índices de desnutrição, o problema maior reside na hiper-nutrição, verificando-se uma prevalência elevada de doenças crónicas não comunicáveis daí derivadas. Nos últimos anos, têm surgido em catadupa relatórios, estudos e investigações atestando a causalidade entre a hiper-nutrição e a superveniência de certo tipo de doenças⁵⁷. À margem de eventuais controvérsias ainda subsistentes (nomeadamente fundadas na concorrência para a formação das patologias de outros factores de perigo: genéticos, ambientais, comportamentais, etc.), existe porém um consenso generalizado sobre a dieta ideal que dever-se-ia seguir para favorecer a saúde e prevenir certas doenças crónicas: ingerir alimentos variados, preferenciar as frutas, vegetais e grãos, escolher carne magra e outros produtos *light*, evitar alimentos ricos em gorduras, açúcar e sal.

⁵⁴ Há quem defenda a existência de um autónomo direito humano à nutrição, do qual o direito humano à alimentação seria inseparável, posto que “o alimento só adquire uma verdadeira dimensão humana quando transformado em um ser humano bem nutrido, saudável, digno e cidadão”. (FRÁVIO LUIZ SCHIECK VALENTE, «Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos», in *Saúde e Sociedade*, Vol. XII, n.º 1, Jan-Jun. 2003, p. 54, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v12n1/08>). Exemplifica o Autor tal inseparabilidade com a relação mãe-feto durante o período gestacional (o direito à alimentação do feto depende directamente da realização do direito à alimentação e do direito à nutrição da mãe).

⁵⁵ In *Global Estimates for Health Situation Assessment and Projections*, 1990, p. 31 (disponível em http://whqlibdoc.who.int/hq/1990/WHO_HST_90.2.pdf).

⁵⁶ Para uma cabal compreensão sobre o que sejam nutrientes essenciais para o corpo humano, veja-se, *inter alia*, MARION NESTLE, «Nutrition in Public Health and Preventive Medicine», in *Public Health & Preventive Medicine* (Ed. Robert B. Wallace), 2007, p. 1195 (disponível em http://www.foodpolitics.com/wp-content/uploads/nestle_maxcy.pdf).

⁵⁷ Veja-se, a título ilustrativo, o Relatório conjunto da FAO/OMS sobre *Diet, Nutrition and the Prevention of Chronic Diseases*, Geneva, 2003 (acessível em <http://www.who.int/dietphysicalactivity/publications/trs916/en/>).

beber álcool com moderação (expresso nos gráficos que têm sido divulgados pelos vários Estados, como as designadas “pirâmide dos alimentos” e “roda dos alimentos”)⁵⁸.

3.2. Da prevenção à precaução...

Cedo os Estados perceberam que, além das tarefas assistenciais clássicas, medidas adicionais se impunham para evitar certos perigos e, correlativamente, obstar à ocorrência futura de danos. Baseada no brocardo “mais vale prevenir do que remediar” (*better safe than sorry*), a regulação das “actividades perigosas”, onde sempre se incluiu o sector alimentar, era normalmente tratada no âmbito do Direito de Polícia, com o fito de “afastar os perigos através da ameaça de uso da força”⁵⁹. O perigo consubstanciava o “elemento de deverosidade ou pressuposto de acção” do tradicional Direito de Polícia, sendo a “garantia da segurança pública” o seu “telos”⁶⁰.

O princípio da prevenção era, por conseguinte, chamado à colação sempre que os perigos de um produto ou de uma actividade fossem conhecidos (v.g. perigo de fumar, perigo de utilizar pesticidas químicos na produção de géneros alimentícios). Sendo praticamente certa a superveniência de danos nestes casos, o que se desconheciam eram as circunstâncias concretas ou o momento em que os efeitos adversos ocorreriam, ou seja, a incerteza incidia sobre o *quando*, o *como* e o *onde*.

Entretanto, com o advento “sociedade de risco”⁶¹ no dealbar do século XXI, com o desenvolvimento económico e com o galopante avanço tecnológico e científico da sociedade, alguns perigos converteram-se em riscos ao mesmo tempo que novos riscos surgiram⁶². Estes diferenciam-se dos perigos pela incerteza quanto à verificação causal do dano. O significado das “leis da natureza” (*laws of nature*) alterou-se então radicalmente. Ao contrário da visão clássica em que as “leis da natureza” exprimiam certezas, “elas agora exprimem possibilidades e probabilidades”⁶³.

⁵⁸ Cf. MARION NESTLÉ, *idem*, p. 1198.

⁵⁹ Cf. MARIA JOÃO ESTORVINHO, *Direito da Alimentação*, AAFDL, 2013, p. 20.

⁶⁰ Cf. JOÃO LOUREIRO, *op. cit.*, p. 858.

⁶¹ Cf. ULRICH BECK, *Risky Society. Towards a New Modernity*, Londres, 1992.

⁶² Cf. JOÃO LOUREIRO, *op. cit.*, p. 808.

⁶³ Cf. ILYA PRIGOGINE (Prémio Nobel da Química em 1977), in *The End of Certainty: Time, Chaos, and The New Laws of Nature*, 1997, p. 4.

Esta vulnerabilidade científica convolou-se em problema jurídico. Para que uma dialética satisfatória fosse possível estabelecer entre a ciência e o direito, respostas foram criadas ao nível principiológico e, paralelamente, ao nível da regulação administrativa. Assim, sob a égide de um “reinventado” princípio da precaução, mecanismos de análise, gestão e comunicação do risco (*risk assessment, risk management, risk communication*) começaram a ser ensaiados. Os riscos tomaram o lugar dos perigos e, acto contínuo, o princípio da precaução apareceu a auxiliar o princípio da prevenção na sua tarefa de antecipar, evitar, minimizar potenciais ameaças para a saúde pública ou ambiente⁶⁴.

Um parêntesis permitimo-nos ora abrir para fazer uma precisão terminológica relativamente aos conceitos de perigo e risco, considerando que os mesmos são na linguagem comum erroneamente sinonimados⁶⁵. Aproveitando as definições legais utilizadas pelo legislador comunitário⁶⁶, assentemos que “perigo” será todo o agente biológico, químico ou físico presente em um género alimentício ou, outrossim, toda a condição biológica, química ou física de um alimento que possa causar um efeito prejudicial para a saúde. O “risco” reconduzir-se-á, por seu turno, à ponderação que se faça da presença de certo factor de perigo em termos de saber qual a probabilidade de o mesmo causar efeito prejudicial à saúde e qual a gravidade⁶⁷.

⁶⁴ Note-se, no entanto, que os princípios da prevenção e da precaução não se confundem, nem este substituiu aquele. Ambos coexistem, em condições de aplicação diferentes e promovendo “medidas de evitação” de natureza distinta (cf. ALEXANDRA ARAGÃO, «Princípio da precaução: manual de instruções», in *Revista CEDOUA*, 2-2008, p. 17). Enquanto que o princípio da prevenção “implica o dever de adopção de medidas antes da ocorrência do dano concreto, cujas causas são bem conhecidas, com o fim de evitar o acontecimento de novos danos ou minorar significativamente os seus efeitos”, no princípio da precaução “os riscos são incertos quando abalizados pela ciência, o que não afasta a necessidade de adotar medidas de cautela” (cf. AIRTON GUILHERME BERGER FILHO e GUSTAVO OLIVEIRA VIEIRA, «O Direito internacional e a governança dos riscos ambientais das nanotecnologias», in *O Direito*, n.º 144, 2012, Vol. 1, p. 81). Em sentido contrário, há quem duvide da autonomia da precaução em face da prevenção (neste sentido ANA GOUVEIA FREITAS MARTINS, in *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*, 2002, pp. 20 e 21; CARLA AMALDO GOMES, «Das Providências Cautelares e o “Princípio da Precaução”: Ecos da Jurisprudência», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Cunha*, 2012, p. 233, e *Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o “Princípio da Precaução*, disponível em <https://fenix.tecnico.ulisboa.pt/downloadFile/3779571743265/precaucau.pdf>).

⁶⁵ Sobre a origem etimológica dos léxicos “risco” e “perigo”, veja-se JOÃO LOUREIRO, *op. cit.*, pp. 859 e 860.

⁶⁶ V. n.ºs 9 e 14 do artigo 3.º do Regulamento (CE) 178/2002. Para uma distinção doutrinária entre perigo e risco, veja-se, *inter alia*, ANA GOUVEIA FREITAS MARTINS, *op. cit.*, pp. 61 a 65).

⁶⁷ Partindo desta noção, MIGUEL ÂNGEL REQUERDA GIRFA clarifica que a operacionalização do conceito de risco depende do recurso a critérios empíricos e probabilísticos próximos das ciências das

Retomando a narrativa pausada, acentua-se que o princípio da precaução pressupõe um diálogo claro e permanente entre a ciência e a técnica, por um lado, e o direito e a política, por outro. Estes dois últimos apenas poderão intervir se as duas primeiras malograrem as tentativas de comprovação da inocuidade de determinado produto⁶⁸. A avaliação científica do risco funciona, portanto, como a força motriz do princípio da precaução, impelindo ou obstaculizando a uma qualquer intervenção regulatória pública nessa base. Discute-se, inclusive, a este propósito se estaremos perante um fenómeno de “cientificação da política” ou de “politização da ciência”⁶⁹, tal é a subserviência que os poderes públicos têm perante os peritos.

A incerteza científica (e/ou a insuficiência ou inconclusividade da informação científica disponível) sobre a nocividade de um produto é, assim, o “elemento chave”⁷⁰ para que se inste à adopção de medidas precaucionais. Estas implicam, por sua vez, que uma avaliação científica cuidada tenha sido levada a cabo, de onde resulte comprovada a potencialidade de ocorrência de riscos sérios ou efeitos adversos incompatíveis com o nível de protecção escolhido para o bem em causa⁷¹.

matemáticas, o que o diferencia do conceito de perigo. Concretiza esta distinção com a referência ao caso da *semicarbazida*, uma substância química que, em 2008, foi detectada em alimentos que haviam sido embalados em frascos e bñões de vidro. Embora configurasse um factor de perigo, neste caso um perigo químico (derivado da temperatura utilizada no processo de embalagem, da selagem das tampas), os cientistas concluíram que não constituía um risco para a saúde dada a sua insignificante quantidade nos alimentos. O mesmo já não se verifica, por exemplo, com as biotoxinas marinhas presentes em moluscos bivalves (v. Directiva do Conselho 91/492/CEE, de 15 de Julho de 1991, e Decisão da Comissão 2002/225/CE, de 15 de Março de 2002). Estes foram comprovados serem perigos naturais que, em certos níveis e associados a alguns alimentos, constituem risco para a saúde, inclusive de morte (in *op. cit.*, p. 126).

⁶⁸ Filosoficamente falando, MARIA DA GILÓRIA GARCIA entrelaça nesta relação o valor da justiça, o qual permite tomar o direito mais humanizado – por encontrar o seu “lugar no tempo longo na radicalidade da pessoa” que define a sua ontologia e renova a sua validade – em razão da esperança que o princípio da precaução sustém («Princípio da Precaução: Lei do Medo ou Razão de Esperança?», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilha*, Vol. I, 2012, p. 328 e pp. 329 e 330).

⁶⁹ Neste sentido, v. GWYN PERMANAN e ELLEN VOS, «EU regulatory agencies and health protection», in ELIAS MOSSIALOS *et al.* (ed.), *Health Systems Governance in Europe*, 2010, Cambridge University Press, p. 168.

⁷⁰ Cf. JAAP HANEKAMP, *The precautionary principle: a critique in the context of the EU Food Supplements Directive*, 2006, p. 46 (disponível em http://www4.dr-rath-foundation.org/NFIC/studien_pdf/new/Precautionary_Principle_-_Critique_FSD_-_Henckamp_Bast_-_EL_06_2.pdf).

⁷¹ De acordo com a jurisprudência firmada do Tribunal de Primeira Instância Europeu, “uma medida preventiva não pode ser validamente fundamentada por uma abordagem puramente hipotética do risco, assente em meras suposições ainda não cientificamente verificadas” (Caso *Alpha* vs. *Consejo*

Para o Tribunal Europeu de Primeira Instância, o princípio da precaução “pode ser definido como um princípio geral de Direito Comunitário que exige que as autoridades competentes tomem medidas para prevenir determinados riscos potenciais para a saúde pública, a segurança e o ambiente, dando precedente às exigências relacionadas com a protecção desses interesses em relação aos interesses económicos”⁷².

No campo da regulação dos alimentos, centrando-se nestes produtos perigosos e riscos de vária ordem, os princípios da prevenção e da precaução assumem uma função curial. O princípio da precaução foi, aliás, elevado a princípio fundamental do Direito Alimentar Europeu [no artigo 7.º do Regulamento (CE) 178/2002].

Ultrapassada a utopia do “risco-zero”, é sabido que um risco, ainda que residual (*aléa*)⁷³, sempre existirá, quer perante ações quer perante inações dos poderes públicos. Não se afigura, contudo, tarefa fácil catalogar objetivamente e de modo estanque os riscos permitidos e proibidos. Indagações várias se suscitam: Qual o nível adequado de protecção? Que tipo de danos devem ser prevenidos/evitados? Qual o risco em concreto aceitável⁷⁴? Qual o grau de prova admissível? Em sùmula, *how safe is safe enough?*

da União Europeia, Proc. N.º T-70/99, acórdão de 11 de Setembro de 2002, parágrafo 156, p. II-3564, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999TJ0070&tid=1>. Esta exigência de suporte científico rigoroso apto a demonstrar a incerteza tem sido criticada por se mostrar excessiva, paradoxal e inconsistente (v. neste sentido, MARIA EDUARDA GONÇALVES, «O princípio da precaução no direito europeu ou a difícil relação do direito com a incerteza», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010, pp. 573 e 574).

⁷² Cf. acórdão do caso *Artegodan vs. Comissão* (Processos conjuntos T-75/2000, T-76/2000, T-83/2000, T-132/2000, T-137/2000 e T-141/2000), de 26 de Novembro de 2002, parágrafo 184, p. II-5015 e II-5016 (disponível em <http://euria.europa.eu/juris/showPdf.js?text=&docid=47533&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&sid=363161>).

⁷³ Para uma construção do conceito de “risco residual”, sustentando a sua admissibilidade, veja-se JOÃO LOUREIRO, *op. cit.*, pp. 863 e 864. Veja-se igualmente a este propósito ANA GOUVEIA FREITAS MARTINS, *op. cit.*, pp. 61 a 65.

⁷⁴ Para uma resenha sobre as concepções maximalistas, minimalistas e medianas do risco considerável, v. MICHEL FRANC, *Traitement juridique du risque et principe de précaution*, in *Actualité Juridique Droit Administratif* (AJDA), n.º 3, Março 2003, p. 362.

A questão assume contornos assaz complexos quando percebemos que a tipologia dos perigos não se esgota na sobredita enumeração triádica (biológicos, químicos e físicos). Outros perigos modernos emergentes⁷⁵ – v.g., perigos nutricionais, genéticos, alergias e intolerâncias⁷⁶ - compelem a ciência, o direito e a política a levar em linha de conta nas suas decisões outros indicadores, indicadores de ordem ética, moral, espiritual, cultural.

Um dos domínios em que tal miscelânea se acentua com acuidade é precisamente na alimentação e, em particular, no que toca aos produtos não saudáveis ou de baixo valor nutritivo. Os (novos) riscos inerentes a estes produtos trazem dificuldades acrescidas por virtude da “distância temporal entre a origem do perigo e a consciencialização cultural do seu sintoma”, o que faz com que “os perigos sejam internalizados pela indústria e se transformem em desastres económicos potenciais”⁷⁷. São os chamados “riscos retardados” que se “desenvolvem lentamente, ao longo de décadas ou séculos, que levam gerações a materializar-se, mas que assumem, a certa altura, dimensões catastróficas em virtude da extensão e da irreversibilidade”⁷⁸. É precisamente o que acontece, em nossa opinião, com os perigos resultantes dos alimentos não nutritivos ou hipercalóricos que, introduzidos legitimamente no mercado, convolveram-se, com o transcurso do tempo nas sociedades desenvolvidas, em riscos gravosos para a saúde pública, riscos estes que entretanto se concretizaram em danos efectivos de proporções globais epidémicas. Referimo-nos às supracitadas doenças relacionadas com desequilíbrios nutricionais (obesidade, diabetes, doenças cardiovasculares, etc.).

3.3. E da precaução à prevenção (de doenças não-transmissíveis)

Existem hoje comprovações científicas suficientes sobre o nexo causal entre a ingestão desequilibrada de determinados produtos alimentares (ricos em gorduras, sal, açúcares e afins) e o surgimento de certas doenças crónicas não transmissíveis.

⁷⁵ Os chamados “novos riscos”, típicos da “segunda modernidade” ou da “modernidade reflexiva” teorizada por Ulrich Beck, que terão sucedido aos “riscos tradicionais” e aos “riscos de desenvolvimento” (V. SUSANA AIRES DE SOUSA, «Risco, Precaução e Responsabilidade Penal no Horizonte de Incerteza», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I, pp. 684 a 690).

⁷⁶ V. MIGUEL ÁNGEL RELUERDA GIRLA *op. cit.*, pp. 123 a 125.

⁷⁷ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 688.

⁷⁸ Cf. ALEXANDRA ARAÇÃO, *op. cit.*, p. 21.

Não obstante se mostre difícil reverter o grau de cronicidade epidêmica que já está instalada, parece afigurar-se possível, pelo menos, travar o processo para futuro com a adoção presente de medidas precaucionais nesta área.

Desta forma, a precaução funcionaria aqui como um mecanismo de medicina preventiva, concretamente ao nível da chamada prevenção primordial, passível de impedir a proliferação posterior de maior incidência destas doenças.

No domínio da medicina preventiva, é comum assinalar-se, pelo menos, quatro níveis de prevenção: *primordial* (associada às doenças crônicas não transmissíveis, visa evitar o estabelecimento de estilos de vida que se sabem contribuir para um risco elevado de doença. Implica programas de promoção de determinantes positivos da saúde, como a abstinência tabágica, a nutrição adequada e o exercício físico); *primária* (visa evitar a exposição de um indivíduo ou população a um factor de risco antes que surja a patologia. Implica a vacinação e imunização); *secundária* (pretende detectar problemas de saúde em uma fase precoce. Os mecanismos de acção principais são os rastreios); *terciária* (a finalidade é reduzir os custos sociais e económicos dos estados de doença através da reabilitação e reintegração precoces do indivíduo na sociedade ou no trabalho. Implica o tratamento e controlo das doenças crônicas)¹⁹.

O papel da nutrição na saúde pública e na medicina preventiva é, como atesta Marion Nestle, evidente por si mesmo: as pessoas precisam de comer para viver e quer a ingestão de comida inadequada, quer a ingestão de comida em excesso pode afectar adversamente a saúde, ambos contribuindo para as maiores causas de mortalidade e morbidade de cada nação²⁰.

Mais do que uma tarefa de prevenção de perigos, urgiria neste domínio antecipar os riscos latentes de danos, colocando o princípio da precaução ao serviço da melhoria da existência humana²¹ e da realização cabal do Estado-Providência²².

¹⁹ Cf. LUCIO MENESES DE ALMEIDA (*Da prevenção primordial à prevenção quaternária*, 2005 (disponível em <http://www.ensp.unl.pt/dispositivos-de-apoio/cdi/cdi/sector-de-publicacoes/revista/2000-2008/pdfs/1-07-2005.pdf>).

²⁰ *Op. cit.*, p. 1195.

²¹ V. MARIA GLÓRIA GARCIA, *op. cit.*, p. 328.

²² V. CARLA AMADO GOMES, «Risque sanitaire et protection de l'individu contre soi-même», in *Revista do Ministério Público*, n.º 116, Out./Dez. 2008, p. 136.

A eventual adoção de medidas precaucionais nesta sede – v.g., restringir/proibir a comercialização de certos nutrientes/produtos, informar o consumidor sobre produtos não saudáveis, etiquetar determinados produtos como perigosos à semelhança do que já se faz com o tabaco, tornar mais disponíveis física e economicamente as alternativas mais saudáveis, etc. – é, bem o sabemos, controversa e, até por vezes, paradoxal.

Controvérsias emergem, nomeadamente, dos interesses económicos que rodeiam a política alimentar. Sabe-se, por exemplo, que os *lobbies* dos produtores de alimentos objeto de medidas restritivas têm exercido muitas pressões sobre o poder político com vista à eliminação ou enfraquecimento das recomendações sobre “orientações dietéticas” sugestivas de que as pessoas devem comer menos, ou não comer de todo, determinados nutrientes/produtos⁴¹. Igualmente por motivos de marketing – e não necessariamente de promoção da saúde –, temos assistido nos últimos anos a uma demanda crescente por parte dos produtores em fabricar produtos com adição de vitaminas, com indicação expressa nos rótulos da qualidade nutricional e dos seus efeitos benéficos para a saúde (v.g. cereais fortalecidos com vitaminas, fibra e ferro, iogurtes com *bifidus activus*, alimentos enriquecidos com cálcio ou ómega-3). Perante esta tendência mercantilista, os reguladores enfrentam, por seu turno, dificuldades no que toca ao controlo da veracidade e fiabilidade da informação disponibilizada ao público⁴².

Pode, por outro lado, relevar-se paradoxal nos casos em que, qual “trágica ironia”, ao procurarem evitar perigos e riscos, as próprias soluções criam novos riscos⁴³. Cite-se, a título de exemplo, os mais recentes dados científicos que apontam no sentido de que os designados “adoçantes”, crescentemente utilizados nos últimos anos para substituir o consumo de açúcar, afinal provocam eles próprios desequilíbrios na flora intestinal que contribuem para exacerbar as doenças metabólicas (de obesidade e diabetes) que precisamente se destinavam a prevenir⁴⁴.

⁴¹ Cf. MAYA JOSEPH e MARION NESTLE, «Food and Politics in the Modern Age: 1920 – 2012», in *A Cultural History of Food in the Modern Age*, Vol. VI, pp. 99 a 102, *passim* (Bentley Ed.), disponível em <http://www.foodpolitics.com/wp-content/uploads/Pages-from-CH-of-Food-vol-6.pdf>. Os Autores referem outros exemplos de cedências feitas pelo Governo norte-americano perante os interesses económicos dos *stakeholders* da indústria alimentar.

⁴² Cf. MAYA JOSEPH e MARION NESTLE, *Food and Politics*, *op. cit.*, pp. 102 a 105.

⁴³ Cf. JOÃO LOUREIRO, *op. cit.*, p. 810.

⁴⁴ Cf. estudo divulgado, em Setembro de 2014, na revista *Nature*, acessível em <http://www.nature.com/news/sugar-substitutes-linked-to-obesity-1.15938>.

4. Alimentação em Portugal

4.1. Enquadramento Normativo

O direito à alimentação, enquanto direito autónomo, não se encontra explícita e directamente consagrado na ordem jurídica portuguesa, porquanto nenhuma menção ao mesmo se vislumbra na Constituição e/ou na lei ordinária. É o mesmo, porém, reconhecido pelo Estado Português por duas vias: de permeio com os instrumentos internacionais de direitos humanos relevantes (nomeadamente a DUDH e o PIDESC), assinados e ratificados pelo Estado Português; e enquanto componente de certos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (v.g., direito à vida, direito à segurança social, direito à protecção da saúde).

Pese embora o quadro constitucional e legal de Portugal se apresente débil no que à protecção do direito à alimentação diz respeito⁸⁷, algumas medidas meritórias, embora ainda iniciáticas, têm sido tomadas em sede de política de saúde. Merece, por ora, destaque o *Programa Nacional para a Promoção da Alimentação Saudável* (PNPAS) para 2012-2016, adoptado pela Direcção-Geral de Saúde (doravante “DGS”)⁸⁸, o qual, na esteira do *Plano Nacional de Saúde*, configura um instrumento importante de promoção de uma *cultura de cidadania em saúde* que visa habilitar e capacitar os cidadãos, em termos de saberem quais os comportamentos e estilos de vida considerados mais saudáveis e, assim, fazerem as suas escolhas com consciência e responsabilidade⁸⁹.

⁸⁷ Nomeadamente, por carecer de incorporação positiva na ordem jurídica nacional (cf. relatório da FAO sobre *Direito à Alimentação e Segurança Alimentar e Nutricional nos Países da CPLP. Diagnóstico de Base*, 2011, p. 17 (acessível em <http://www.fao.org/docrep/018/i3348p03348p.pdf>).

⁸⁸ Cujo sítio da internet é o seguinte: <http://www.alimentacaosaudavel.dgs.pt/>.

⁸⁹ Cf. *Plano Nacional de Saúde* (revisão e extensão 2020), p. 14, disponível em <http://pns.dgs.pt/files/2015/06/Plano-Nacional-de-Saude-Revisao-e-Extensao-a-2020.pdf.pdf>

4.2. Determinante de saúde

Constata-se assim que a alimentação, sendo correlacionada com a nutrição, é em Portugal predominantemente tratada como determinante do direito à protecção da saúde⁹⁰.

O direito à protecção da saúde está explicitamente consagrado na Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”), no seu artigo 64.º, como um direito fundamental pertencente à categoria dos direitos económicos, sociais e culturais. Embora estabeleça que o mecanismo precípuo de concretização desse direito social reconduz-se à implementação de um Serviço Nacional de Saúde (adiante “SNS”) universal e tendencialmente gratuito, o legislador constituinte não menoscou a importância social e económica que outros factores desempenham *a latere* na senda da melhoria da saúde dos portugueses. Foram, portanto, endereçadas instruções para o Estado português criar as condições económicas, sociais e culturais necessárias à promoção da melhoria do estado de saúde das populações, designadamente através do “desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável” (cf. alínea b), do n.º 2 do predito artigo 64.º).

Na verdade, o chamamento da regulação desta matéria pelas políticas de saúde compreende-se se atentarmos nos impactos que as “práticas de vida não saudáveis” têm sobre o SNS. Os dados estatísticos mais recentes indicam a existência em Portugal de 1 milhão de obesos e 3,5 milhões de pré-obesos (isto em um universo de uma população de cerca de 10 milhões de pessoas)⁹¹. As causas estarão directamente relacionadas com hábitos alimentares não saudáveis da população portuguesa, consistentes nomeadamente na ingestão excessiva de energia proveniente de gordura de origem animal, de sal, bem como no baixo consumo de frutas e legumes. São evidentes as alterações, para pior, nos padrões e consumos alimentares dos portugueses nos últimos anos, com preocupantes repercussões no estilo de vida das crianças e adolescentes. Nos primeiros anos de vida, verifica-se um encurtamento do período do aleitamento materno (média de 3,6 meses) e a introdução progressiva de uma dieta hipercalórica (v.g. ausência de pequeno-almoço diário, consumo

⁹⁰ Seguindo atrás as orientações internacionais. A alimentação segura e nutrição adequada são consideradas, pelo ODESC, como determinantes do direito ao melhor estado de saúde possível de atingir (cf. Comentário Geral n.º 14, pontos 4 e 11).

⁹¹ Cf. relatórios da DGS sobre os hábitos alimentares dos portugueses relativamente aos anos de 2013 e 2014 (*Portugal - Alimentação Saudável em Números - 2013* e *Portugal - Alimentação Saudável em Números - 2014*, consultável em <https://www.dgs.pt/>).

excessivo de doces, refrigerantes e sal, consumo reduzido de frutas e vegetais) que tende a manter-se na idade adulta⁹².

A dieta tem sido, por conseguinte, o factor de risco responsável pelo valor mais elevado da carga global de doença em Portugal. Em 2010, por exemplo, correspondeu a 13,7% dos *Disability Adjusted Life Years* (DALY). Dos DALY atribuíveis aos hábitos alimentares inadequados, 75% corresponderam a perdas por doenças cardiovasculares, 17% por tumores malignos (principalmente, cancro do cólon e reto) e 6% por diabetes⁹³.

É bem visível, portanto, a tendência que existe de aumento da taxa de mortalidade e morbilidade por doenças nutricionais.

Consequentemente, nos últimos anos, Portugal tem sido um dos países da OCDE com maior índice de despesa global em saúde em percentagem do PIB, a qual se cifra em 10%⁹⁴.

4.3. Mecanismos “precaucionais de prevenção”

Ante o exposto, afigura-se imperiosa a adopção de medidas que, ancoradas no princípio da precaução, se mostrem aptas a prevenir a superveniência de doenças crónicas não transmissíveis provocadas por distúrbios alimentares. Tais medidas, sublinhe-se, adstringem o Estado em maior medida, uma vez que a prevenção é uma exigência materialmente constitucional. Com efeito, o conteúdo do direito à protecção da saúde não se queda por um tipo de medicina puramente curativa ou reabilitativa, tendo a Constituição, seguindo uma visão integrada e compreensiva dos cuidados de saúde, cometido ao Estado a tarefa de garantir o acesso de todos os cidadãos aos *cuidados de medicina preventiva*⁹⁵.

⁹² *Idem, passim*, nomeadamente, pp. 17 a 29, 44 e 93.

⁹³ Cf. PAULO FERRINHO *et al.*, «O Percurso dos Factores Determinantes da Saúde», in *40 Anos de Abril na Saúde* (ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS e JORGE SIMÕES, Coords.), 2014, p. 115.

⁹⁴ Cf. PAULO FERRINHO *et al.*, *op. cit.*, pp. 96-98. V. também <https://www.pordata.pt/Portugal/Despesa+corrente+em+cuidados+de+sa%C3%BAde+em+percentagem+do+PIB-610>.

⁹⁵ Cf. alínea b), do n.º 3, do artigo 64.º da CRP. Veja-se, neste sentido, MARIA JOÃO ESTORRINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *ibidem*.

Diversos mecanismos podem ser antolhados com vista ao redireccionamento dos hábitos alimentares dos cidadãos em um sentido mais saudável. Na esteira de Andrea Faeh⁹⁶, referenciam-se os seguintes: (i) imposição de códigos de conduta aos produtores de alimentos e bebidas; (ii) imposição de limites aos índices de gordura, açúcar ou sal toleráveis nos alimentos; (iii) proibição da comercialização de certos ingredientes ou produtos; (iv) concessão de incentivos financeiros/tributários para a produção de produtos saudáveis ou, *a contrario*, imposição de desincentivos (v.g., taxas) à produção de produtos não saudáveis.

Com referência a Portugal, imporá sublinhar as três primeiras categorias de medidas acima mencionadas. Assim, quanto ao ponto (i), no seguimento da alteração da Directiva dos Serviços de Comunicação Social Audiovisual⁹⁷, com o sentido de exortar os prestadores de serviços de comunicação a aprovarem códigos de conduta aplicáveis à comunicação comercial sobre alimentos e bebidas não saudáveis dirigidos a crianças, Portugal aditou um Código de Auto-Regulação em matéria de Comunicação Comercial de Alimentos e Bebidas dirigida a Crianças⁹⁸; no que respeita ao ponto (ii), Portugal assumiu um papel pioneiro ao aprovar, por intermédio da Lei n.º 75/2009, de 12 de Agosto, limites máximos ao teor de sal no pão, bem como obrigações de rotulagens dos produtos pré-embalados sobre o respectivo teor salino, ficando, desde então, o Governo incumbido de replicar essas restrições em outro tipo de produtos alimentícios⁹⁹; com relação ao ponto (iii), regista-se com agrado a medida de proibição de venda (através das máquinas de venda automática) nas instituições de saúde do SNS de alimentos com excessos de calorias, com altos teores de sal, de açúcar e de gorduras *trans* (cf. Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 7515-A/2016, de 6 de junho).

Ainda quanto à questão epigrafada, merece menção o Livro Verde e o Livro Branco divulgados pela União Europeia, em 2005 e 2007, respectivamente. O primeiro dedicado à "Promoção de Regimes alimentares saudáveis e da actividade física: uma dimensão europeia para a prevenção do excesso de peso, da obesidade e

⁹⁶ Cf. *op. cit.*, pp. 81 e 82.

⁹⁷ Directiva 89/552/CE do Conselho, alterada pela Directiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Março.

⁹⁸ Consultável em <http://www.alimentacaosaudavel.dgs.pt/ambientes-saudaveis/marketing-alimentar/>. Estes códigos de conduta são, contudo, criticados por não ditarem regras vinculativas (v. ANDREA FAEH, *op. cit.*, p. 80).

⁹⁹ Tendo, nessa conformidade, sido aprovada uma *Estratégia Nacional para a Redução do Consumo de Sal na Alimentação em Portugal* (v. <http://www.dgs.pt/?cr=24482>).

das doenças crônicas”¹⁰⁰. O segundo definindo “Uma estratégia para a Europa em matéria de problemas de saúde ligados à nutrição, ao excesso de peso e à obesidade”¹⁰¹.

De entre as medidas sugeridas aos Estados-membros para “remediar os problemas relacionados com a nutrição e a saúde” expendidas no Livro Branco, duas se enfatizam: a informação do consumidor e a disponibilidade da opção saudável. O reforço da informação a conceder ao consumidor é, em primeiro lugar, percebido como um meio essencial para incentivar mudanças no estilo de vida e hábitos alimentares das populações. Essa informação poderá ser transmitida na forma de “rotulagem nutricional”, com indicações claras sobre os nutrientes que compõem cada produto, ou por publicidade e marketing sérios, cautelas especiais se impondo quando os destinatários destas ações são as crianças. Ciente, porém, de que a eficaz informação ao consumidor de pouco vale se a opção saudável não for disponibilizada, a Comissão propõe-se ademais a promover uma série de medidas com este fito: distribuição da produção excedentária de frutas e legumes nas escolas e centros de férias para crianças, co-financiamento de projectos de promoção dirigidos aos jovens consumidores, etc.

4.3.1. Em especial: a educação nutricional

Mais do que informar, é necessário educar. Ou seja, mais do que informar sobre os produtos saudáveis, mais do que informar sobre a dieta ideal recomendada, é necessário assegurar que conhecimentos básicos sobre nutrição – sobre os efeitos no corpo da ingestão de determinados produtos, sobre as causas da obesidade, sobre o significado das alegações nutricionais contidas nos produtos alimentares, sobre as consequências de um estilo de vida não saudável, etc. – são apreendidos¹⁰², porquanto somente assim as pessoas ficam aptas a fazer escolhas alimentícias conscientes. A educação nutricional assume-se aqui, no nosso ponto de vista, com uma das principais chaves para a resolução, ao nível preventivo, do problema em apreço.

¹⁰⁰ COM (2005) 637 final.

¹⁰¹ COM (2007) 279 final

¹⁰² Cf. ANDREA FAGH, *op. cit.*, pp. 83 e 85.

Nas palavras da Comissão Europeia, o indivíduo é, em última instância, responsável pelo seu estilo de vida e pelo dos seus filhos. Não obstante, só um consumidor informado é capaz de tomar decisões racionais¹⁰³. Aquiescendo com esta afirmação, consideramo-la todavia incompleta, pois não basta que o consumidor seja informado, mas também educado. A assunção do risco, efetuada no âmbito do livre-arbítrio do indivíduo, apenas se afigura uma decisão válida se, para além de livre, for devidamente esclarecida.

Resultam das estatísticas divulgadas que são os grupos socioeconómicos mais desfavorecidos os que estão mais expostos a situações de risco nutricional. Curioso se mostra o paradoxo que se verifica, nestes casos, entre excesso e carência, é dizer, entre o aumento da prevalência da obesidade na razão inversa da diminuição dos rendimentos e nível de instrução dos agregados familiares.

Urge, em nossa opinião, actuar ao nível da percepção social dos riscos nutricionais, afigurando-se a educação da população um aliado impreterível da informação. A educação para a saúde e a correlativa disseminação de informação sobre nutrição e estilos de vida saudáveis é, na esteira do conceptualizado no Sistema Universal dos Direitos Humanos, uma verdadeira obrigação para os Estados, sem a qual o direito à saúde não poderá considerar-se plenamente realizado.

Sem desdourar o louvável trabalho que já começou a ser levado a cabo pela DGS no domínio da promoção da literacia e capacitação consciencial dos cidadãos (nomeadamente em concretização do referido *Programa Nacional para a Promoção da Alimentação Saudável*), mereceria também o nosso aplauso a ponderação, como medida de medicina preventiva, da introdução de uma disciplina de educação nutricional nos programas curriculares das escolas públicas.

4.4. Do (des)controlo dos estilos de vida

Se é verdade que é indiscutível que todas as pessoas são livres de escolher o seu regime alimentar, também é um facto que determinada opção individual pode ter impactos na sociedade e, concretamente, nos sistemas de saúde nacionais. O risco de violação de um bem pessoal pode tornar-se, em certos casos, em um risco colectivo, carecido de protecção estadual¹⁰⁴. Não ocorrendo aqui debater, de um ponto de

¹⁰³ Cf. Livro Branco da Comissão Europeia sobre “[u]ma estratégia para a Europa em matéria de problemas de saúde ligados à nutrição, ao excesso de peso e à obesidade”, *op. cit.*, p. 3

¹⁰⁴ V. CARLA AMADO GOMES, *Risque sanitaire*, *op. cit.*, p. 137.

vista constitucional, a temática da protecção dos direitos fundamentais contra si próprio, nem tão pouco adomar a questão do grau de interferência dos Estados nos espaços de liberdade dos indivíduos com axiomas de filosofia ou moralidade¹⁰³, cremos porém justificar-se discernir sobre esta problemática da perspectiva paralela, a da saúde pública. Sem fazer claudicar a premissa – direito à liberdade –, cabe averiguar da legitimidade de certas medidas serem tomadas com vista a reverter ou minorar os reflexos negativos que do exercício liberdade individual podem recair obre os sistemas de saúde, em geral, e sobre o SNS, em particular. Tal questão assume relevância acrescida nos países, como Portugal, de recorte *beveridgiano* em que, em regra, não é o utilizador final a pagar os serviços de saúde, mas todos os contribuintes através dos impostos. Levantam-se aqui, por referência à – difícil – articulação entre a solidariedade colectiva e a responsabilidade individual, problemas delicados de justiça distributiva.

Espraia-se a *vexata quaestio* do seguinte modo: podem os doentes com hábitos alimentares inadequados ver restringido/limitado o seu acesso às prestações de saúde de que necessitem para tratamento de doenças derivadas ou agravadas pelo seu estilo de vida alimentar?

Dois tipos de restrições/limitações possíveis são, cada vez menos discretamente, debatidos. Um ao nível da equidade, outro de ordem económica.

No que à equidade respeita, a questão, ainda que teórica, que se suscita prende-se com a (in)admissibilidade de critérios fundados no estilo de vida dos doentes suportarem determinadas decisões de (sub)priorização no acesso aos cuidados de saúde. Pense-se na hipótese de um doente obeso ou diabético, persistente na adopção de comportamentos de risco, perder prioridade ou até ser eliminado da lista de espera para intervenção cirúrgica relacionada com o tratamento da doença.

É hoje máxima elevada a dogma que nenhuma vida é mais valiosa do que outra. Talqualmente, a tutela jusfundamental que o bem jurídico da saúde beneficia no direito português não se compadece com diferenciações baseadas em características subjectivas dos seus titulares. A elegibilidade de um doente para o acesso a determinada terapêutica e/ou para a inclusão em lista de espera cirúrgica não

¹⁰³ É conhecido o entendimento filosófico clássico sobre a matéria preconizado por JOHN STUART MILL que, sob o epíteto “princípio do dano” (*harm principle*), preconiza o seguinte: “A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano” (in *Sobre a Liberdade*, Edições 70, 2010, p. 40, tradução do original *On Liberty*, 1859).

deverá ter, em princípio, na sua base outros critérios que não sejam critérios médicos¹⁰⁶. Sendo esta a regra, são todavia conhecidos exemplos em Portugal de impedimentos de acesso ou prioridades fundadas em factores não exclusivamente relacionadas com a condição clínica dos interessados. Referencio-se, a título ilustrativo, o regime das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (adiante PMA)¹⁰⁷. A questão torna-se mais anfractuosa por força da existência de vários polos de decisão – central, regional, local - no sector da saúde, que minam a equidade desejável com a heterogeneidade normativa, nem sempre transparente para os particulares¹⁰⁸.

A sobredita asseveração – da exclusividade dos critérios médicos – não se afigura objectável em termos ideais. Se confrontarmos, no entanto, a mesma com a realidade das circunstâncias espaço-temporais do SNS, contomos de maior flexibilidade aparentam soerguer-se. É que concretização do direito à protecção da saúde está, enquanto direito fundamental social, sujeito à reserva do financeiramente possível. E os recursos financeiros alocados ao orçamento da saúde são hoje, como sabemos, insuficientes. Não sendo possível assegurar a todos, todos os cuidados de saúde de que necessitam em tempos razoáveis, a questão em apreço convola-se, perante

¹⁰⁶ Veja-se, neste sentido, excursando sobre o caso dos doentes cardíacos que não deixam de fumar e dos doentes hepáticos que não deixam de beber e que necessitem de uma transplantação de coração ou fígado, CATARINA SAMPAIO VENTURA («O Direito à Saúde Internacionalmente Conformado: Uma Perspectiva de Direitos Humanos», in *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, N.º 4, 2005, pp. 56 e 57). Ainda a este propósito, veja-se, BRIGIT TORRES, *The Right to Health in International Law*, 1999, p. 320. Analisando a questão à luz do direito de saúde holandês, elucida a Autora ser consensual na doutrina que, em casos de escassez de recursos, apenas considerações médicas podem ser sopesadas para priorizar os doentes, não sendo, por conseguinte, admissível outro tipo de distinções baseadas no estilo de vida, na idade, na importância para a sociedade ou para a família. A despeito da teoria, na Holanda verifica-se todavia, na prática, uma tendência para, por exemplo, conceder prioridade aos doentes que estão empregados, em detrimento dos desempregados.

¹⁰⁷ Estão estabelecidos limites de idade para a admissão a técnicas de PMA, o que se prenderá com questões de presunção de efectividade do procedimento. Na opinião de MARIA JOÃO ESTURNINHO e TIAGO MACIEIRINHA o legislador democraticamente eleito está, porém, “autorizado a empreender um juízo, orientado pelo princípio da proporcionalidade, que o conduza a excluir determinadas prestações de saúde, cujo resultado, numa lógica de custo-benefício ou de custo-efectividade, seja desproporcionado ou pouco relevante em função dos custos inerentes à sua realização” (*op. cit.*, p. 57).

¹⁰⁸ Indique-se um caso singular ocorrido em um hospital público, cujo Conselho de Administração, em face da escassez de recursos e da conseqüente incapacidade de resposta a todos os pedidos de consulta externa de pediatria em tempo clinicamente aceitável, deliberou internamente passar a priorizar as consultas das crianças com idades inferiores a 7 anos.

a recente agudização da conjuntura económico-financeira, em saber não se¹⁰⁹, mas que prioridades podem/devem ser estabelecidas. Encontramo-nos, assim, perante a “tragédia de ter de acordar nos critérios que devem presidir às escolhas”¹¹⁰.

Os valores paramétricos à luz dos quais são sopesados os critérios subjacentes à escolha de prioridades no sector da saúde são buscados no campo da Ética. Modelos de justiça social são nesta sede equacionados, uns partindo de uma visão mais igualitarista da justiça (ao estilo de John Rawls, do “maior bem para o maior número”), outros comungando de propósitos mais utilitaristas-realistas (“maior bem possível para o maior número”)¹¹¹.

Não nos competindo analisar a questão do ponto de vista da bioética, revertemos a mesma para a dimensão normativa, onde encontramos, pelo menos, dois escolhos jurídico-constitucionais que permitem entrever, ainda antes de fazermos os testes da igualdade e da proporcionalidade, a inviabilidade de arrimar na escassez de recursos uma restrição tão gravosa do acesso aos cuidados de saúde por parte dos doentes com patologias causadas por maus hábitos alimentares.

Referimo-nos à *universalidade* e à *generalidade*, princípios estruturantes do SNS, cuja explicitação no texto da Constituição lhes atribui uma tal “juridicidade reforçada” que se “impõem soberanamente aos poderes constituídos, independentemente dos respectivos programas, opções e preferências políticas”¹¹².

O sentido dos conceitos “universal” e “geral” está relativamente consolidado na doutrina relevante e na jurisprudência constitucional. A universalidade supõe a disponibilidade e acessibilidade do SNS para todos os cidadãos. A generalidade a

¹⁰⁹ Na verdade, é hoje ponto assente que o estabelecimento de prioridades é um procedimento legítimo e necessário nos sistemas de saúde contemporâneos. A questão que se discute na doutrina já não incide, portanto, sobre a respectiva admissibilidade, mas sobre os parâmetros que devem orientar os decisores político-legislativos, bem como sobre o nível de transparência a que os mesmos devem estar sujeitos (v. TESTYN WILLIAMS et al., *Rationing in Health Care: The Theory and Practice of Priority Setting*, Bristol, 2012; NORMAN DANIELS, *Accountability for reasonableness*, in *British Medical Journal* (BMJ), Vol. XXXII, Novembro 2000, pp. 1300 e 1301).

¹¹⁰ Cf. LUIS MENESES DO VALE, «A jurisprudência do TC sobre o direito à protecção da saúde», in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 12, Out./Dez. 2006, p. 44.

¹¹¹ Em Portugal, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) tem sido chamado a pronunciar-se sobre as políticas de racionamento que no domínio da saúde têm sido levadas a cabo. Veja-se, a este propósito, o Parecer n.º 64/CNECV/2012 “sobre um modelo de deliberação para financiamento do custo dos medicamentos” (disponível em <http://www.cncecv.pt>).

¹¹² Cf. JORGE REIS NOVAIS, «Constituição e Serviço Nacional de Saúde», in JORGE SIMÕES (Coord.), *30 anos do Serviço Nacional de Saúde – Um percurso comentado*, Almedina, 2010, p. 240.

sua aptidão para prestar todos os serviços e cuidados de saúde. O direito à protecção da saúde, tal como está configurado na CRP, assume um sentido “progressivamente inclusivo”, não sendo possível “condicionar ou excluir o acesso ao SNS de categorias particulares de cidadãos ou dele afastar prestações ou cuidados médicos necessários à protecção da saúde”¹¹³. Concretizando, não é constitucionalmente admissível condicionar ou excluir o acesso ao SNS do grupo de cidadãos que mantenham estilos de vida perigosos, nem tampouco, quanto a estes, afastar prestações ou cuidados médicos tomados necessários pelos seus comportamentos, admitindo outros que já não tivessem relação com o tratamento de patologias daí derivadas¹¹⁴.

As mesmas preocupações de constitucionalidade já não nos suscitam no que tange à eventual claudicação do terceiro elemento caracterizador do SNS. Referimo-nos à “tendencial gratuitidade, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos”¹¹⁵.

Na verdade, neste domínio, algumas vozes já se ouvem sustentando a admissibilidade de um “acesso progressivamente dificultado” em nome de uma maior responsabilização dos utentes pelos cuidados de saúde tomados necessários por estilos de vida arriscados¹¹⁶, bem como a hipótese de a responsabilidade pelos riscos individuais poderem/deverem ser transferidos para seguradoras privadas, desonerando o orçamento da saúde dos custos implicados nos tratamentos médicos consequentes que, particularmente nestes casos, tendem a ser morosos e custosos¹¹⁷.

O princípio da tendencial gratuitidade não significa que a prestação de cuidados e serviços de saúde no SNS tenha que ser gratuita ou sempre gratuita, mas que “tende a ser gratuita”. Com efeito, «o ser gratuito será a inclinação natural do SNS, será o seu sentido geral, a tendência, mas não será uma exigência de carácter absoluto, no sentido de vedar, hoje, o pagamento de qualquer “preço” do custo das prestações

¹¹³ Cf. JUDGE RIBEIRO NOVAIS, *Constituição*, *op. cit.*, p. 243.

¹¹⁴ Para esta conclusão parece concorrer o conteúdo normativo do direito à saúde internacionalmente conformado. De acordo com as orientações interpretativas veiculadas pelo CDFESC a este propósito, os Estados, no âmbito da sua obrigação de respeitar, devem abster-se de negar o acesso a cuidados de saúde como medida sancionatória (cf. Comentário Geral n.º 14, ponto 34).

¹¹⁵ Cf. alínea a), do n.º 2 do artigo 64.º da CRP.

¹¹⁶ V. LUIS MENeses DO VALE, *op. cit.*, pp. 43 e 55.

¹¹⁷ Neste sentido, discreta CARLA AMADO GOMES a propósito da regra impositiva de cintos de segurança sobre os condutores, considerando-a uma medida restritiva da liberdade individual constitucionalmente válida, por cotejo com os riscos sociais de gravidade superiores que a ausência de medida importaria (in *Rique Sanitaire*, *op. cit.*, pp. 141 a 145).

obtidas no âmbito do SNS»¹¹⁸. Assim, é hoje ponto assente que a tendencial gratuitidade do SNS é compatível com a exigência de pagamento de taxas moderadoras por parte dos utentes¹¹⁹, bem como com a exigência de pagamento do preço integral dos serviços em determinadas circunstâncias. Isto considerando que o seu conteúdo mínimo – *i.e.*, isenção para os grupos populacionais sujeitos a maiores riscos e os financeiramente mais desfavorecidos¹²⁰ – está sempre assegurado.

Pois bem, a questão que se coloca em concreto é se os doentes portadores de patologias causadas por padrões alimentares nocivos poderão ver agravados os montantes de taxas moderadoras cobrados pelo acesso ao SNS ou ver ser-lhes exigido o pagamento dos preços dos cuidados de saúde.

Quanto às taxas moderadoras, é comum ver-se dito que a Constituição apenas admite diferenciações nos montantes a cobrar desde que estas se baseiem nas “condições económicas e sociais dos cidadãos”. Nessa linha de raciocínio, soluções no sentido do gradualismo das taxas moderadoras em função dos rendimentos dos utentes, com vista a fazer repercutir maiores custos sobre os menos carenciados e vice-versa, têm sido aventados em várias arenas¹²¹. Verificamos, contudo, com estranheza, que este segmento da norma constitucional seja normalmente interpretado como se referindo exclusivamente às condições económicas, em termos de rendimentos percebidos, dos cidadãos.

Suscita-nos, por isso, a dúvida sobre se as “condições sociais” inscritas no texto constitucional devem continuar a ser interpretadas com um significado sobreponível às “condições económicas”, com correspondência única aos rendimentos dos utentes fiscalmente comprovados, ou se poderão ser investidas com um significado autónomo,

¹¹⁸ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Constituição, op. cit.*, p. 257. No mesmo sentido, SÉRVILLO CORREIA, «As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde», in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1996, p. 43.

¹¹⁹ Essa compatibilidade foi, desde logo, validada pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos que se debruçaram sobre a redação constitucional em apreço: Acórdão n.º 330/89, proc. N.º 4/87, ainda antes de ser acoplado o advérbio “tendencialmente”; e Acórdão n.º 731/95, proc. n.º 274/90, que manteve idêntica posição já depois de o princípio ter sido flexibilizado com a introdução, na letra da norma, daquele advérbio.

¹²⁰ Base XXXIV da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 47/90, de 24 de Agosto).

¹²¹ V. JORGE REIS NOVAIS, *Constituição, op. cit.*, pp. 268-270, V. Recomendação n.º 11/B/2012 dirigida, pelo Provedor de Justiça ao Ministro da Saúde, na qual, entre outras medidas, foi sugerida a ponderação da “criação de um escalonamento do montante solicitado a título de taxa moderadora em função da situação económica dos utentes, estabelecendo nível ou níveis intermédios de isenção parcial” (acessível em <http://www.provedor-jus.pt/?idc=67&idi=14991>).

por exemplo, abrangendo grupos de cidadãos cujos distúrbios alimentares patológicos tenham correlação directa com determinadas as características sociais, como seja, a iliteracia ou, concretamente, a iliteracia nutricional¹²².

Relativamente ao pagamento ou co-pagamento dos cuidados de saúde, já não nos parece que o mesmo fosse admissível à luz do direito da saúde português. No âmbito do SNS, o custo real das prestações de saúde só pode ser cobrado nos casos excepcionais elencados na Lei de Bases da Saúde¹²³ e no Estatuto do SNS¹²⁴. Entre os casos excepcionais, encontram-se aqueles em que existe um terceiro legal ou contratualmente responsável (por exemplo, uma companhia seguradora, um subsistema de saúde, o autor de um acidente de viação). Tendo existido, no passado, muitos casos em que, partindo desta regra, as vítimas de acidentes de viação acabavam por ser chamadas a pagar as despesas hospitalares resultantes da sua assistência – ou porque não existia um seguro válido, ou porque a apólice de seguro não cobria o tipo de dano ou a totalidade do montante, ou porque o autor do acidente era desconhecido, ou porque a vítima também era culpada do acidente por não levar posto o cinto de segurança, etc. –, foi debatida a interpretação daquela regra em face, nomeadamente, das situações de responsabilidade própria do assistido. Para dissipar as dúvidas, o Ministério da Saúde clarificou que “o carácter tendencialmente gratuito do Serviço Nacional de Saúde imposto pelo n.º 2 do artigo 64º da Lei Fundamental impede que um assistido beneficiário do Serviço Nacional de Saúde, ainda que tenha tido uma conduta culposa na produção dos danos que motivam a prestação de saúde seja obrigado a suportar as despesas e os encargos decorrentes da sua assistência”¹²⁵.

Dúvidas não existem, destarte, de que o grau de censurabilidade da conduta do assistido não é fundamento bastante para se obrigar o mesmo suportar, por motivo de culpa, os custos da prestação de cuidados que lhe tenham sido administrados. Idêntico raciocínio já não vale, contudo, no nosso entendimento, para a cobrança de taxas moderadoras, não nos chocando que nestes casos um agravamento das mesmas possa ter lugar.

¹²² Admitindo a abertura de uma brecha para que, ao lado da condição económica, critérios relacionadas com a evidência médica, dados sociológicos, elementos de justiça social, sejam igualmente atendíveis, veja-se LLIS MENESES DO VALE, *op. cit.*, p. 44.

¹²³ V. alínea b), do n.º 2, da Base XXXIII, da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto.

¹²⁴ V. n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro.

¹²⁵ Cf. Circular Informativa do Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde n.º 1, de 1 de julho de 2005.

Considerações finais

Combater a malnutrição, nomeadamente na vertente da hiper-nutrição, deixou de ser uma mera questão de moralidade ou de opção política. É hoje, ao invés, na maioria dos países mais desenvolvidos, uma obrigação de direitos humanos com apreciável grau de vinculatividade para os Estados. Portugal não é excepção, encontrando-se as obrigações estaduais neste domínio ancoradas quer no sistema internacional dos direitos humanos recebido internamente, quer na própria Lei Fundamental de permissão com o direito à protecção da saúde.

A responsabilidade pela promoção e consecução de estilos de vida saudáveis não é, contudo, unidirecional. Antes se desdobra em uma relação triádica, em cujos vértices figuram, para além do Estado (a quem cabe adoptar providências necessárias para generalizar padrões de alimentação adequados e, assim, reverter a tendência de “McDonaldização” da sociedade¹²⁶), a indústria alimentar (de quem se espera, para além da responsabilidade social de não fabricação de alimentos deletérios, a não sonegação de informação sobre as características nutricionais dos produtos e, muito menos, a fraude informativa) e, não se pode escamotear, os próprios consumidores (que devem assumir uma atitude proactiva, procurando informar-se o melhor possível, para consentaneamente tomarem as decisões que, do ponto de vista da protecção da sua saúde, se afigurem as mais adequadas). O exercício deste poder de decisão pelos consumidores não é, todavia, verdadeiramente livre e consciente se os dois polos referidos anteriormente – Estado e indústria alimentar – não cumprirem apropriadamente as suas funções. E o cumprimento apropriado das suas funções não pode deixar de, no nosso entender, arrear-se no princípio da precaução, funcionando as medidas precaucionais como mecanismos de medicina preventiva, considerando que este eixo se afigura fundamental na incumbência do Estado de, em termos qualitativos, aumentar o índice de saúde da população portuguesa e, em termos quantitativos, reduzir as despesas em saúde pública.

¹²⁶ Cf. João Loureiro, *op. cit.*, p. 815.

Na escolha das medidas precaucionais mais adequadas, e tal como Dédalo advertira Ícaro¹²⁷, deveríamos prevenir voos demasiado altos – nomeadamente, não considerando à partida que todos os “novos alimentos”, alternativos aos conhecidos com alto índice calóricos, são seguros (relembre-se o supracitado caso dos adoçantes)¹²⁸ – para evitar riscos desconhecidos. Deveríamos, no entanto, estar cômicos de que voar demasiado baixo – nomeadamente, considerando seguros os alimentos não saudáveis – pode ser ainda mais perigoso, por permitir a acumulação de pequenos factores de perigo, cuja tensão os vai metamorfoseando em riscos e que, qual onda sísmica, serão invariavelmente libertados de modo catastrófico, com relevantes réplicas sobre os orçamentos dos sistemas de saúde.

Pensando na realidade portuguesa e reconhecendo o mérito das medidas já providenciadas, permitimo-nos a sustentar que a introdução de uma disciplina de educação nutricional nos programas curriculares das escolas públicas funcionaria como um dos paliativos mais eficazes para mitigar os efeitos do problema exposto – aumento exponencial de doenças crônicas derivado de hábitos alimentares inadequados – a médio/longo prazo.

Em um patamar jurídico-constitucional, não seria, nesta equação, despidiendo autonomizar-se normativamente o direito à alimentação adequada na ordem jurídica portuguesa, nele se enucleando, como determinante fundamental, o direito à nutrição.

¹²⁷ Diz-se que a lenda se mostra incompleta, na medida em que Dédalo não só avisou Ícaro para não voar demasiado alto, demasiado perto do sol, mas também para não voar demasiado baixo, demasiado perto do mar, porque a água estragaria a sustentação das asas. Terá, assim, a sociedade ocultado parte do mito, “encorajando-nos a esquecer a parte do mar, e criou uma cultura em que recordamos constantemente uns aos outros os perigos de nos erguermos, de nos projetarmos e de fazermos barulho.” (cf. SETH GODIN, in *The Icarus Deception – How High Will You Fly*, Portfolio, USA, 2012, tradução de Elsa T. S. Vieira, *A Fraude de Ícaro, Não deixe que a ilusão o impeça de ir mais longe*, Gestão Plus, 2013, pp. 13 e 14).

¹²⁸ V. *supra* § 3.3.