

A NUTRIÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA: AINDA A GARANTIA OU JÁ A RESTRIÇÃO DE DIREITOS?

LUÍSA NETO (*)

SUMÁRIO: I — O pretexto. II — O contexto. II.1 — Os constrangimentos internacionais. II.2 — Os constrangimentos europeus. II.3 — O estado da arte em Portugal. III — Os limites.

I — O PRETEXTO

O tema que nos propomos tratar parece paradoxal: como pode o *quantum* de uma política pública do Estado em matéria de alimentação e/ou nutrição ⁽¹⁾ — aparentemente insuspeita e justificada por mudanças no perfil de alimentação, em larga medida resultantes dos efeitos da globalização de hábitos de consumo e padrões de comportamento — fazer ressaltar uma discussão clara dos respectivos limites, impostos pelo cotejo com os direitos fundamentais dos cidadãos?

Enquanto se escreviam estas linhas, os *media* foram contribuindo para a percepção da actualidade do tratamento do tema que nos propuseramos tratar. De facto, a 12 de Março de 2009, era o Director-Geral da Federação da Indústria Portuguesa Agro-Alimentar que se insurgia contra as restrições na publicidade a alimentos dirigida a crianças ⁽²⁾, antes apontando

(*) Prof. Auxiliar da FDUP.

(1) Dicotomia a dilucidar *infra*.

(2) A preocupação surge no contexto da declaração intitulada “O direito humano da criança e do adolescente a uma alimentação saudável e a estarem livres da obesidade e doenças: as responsabilidades das empresas de alimentos e bebidas e dos sectores dos *media* e propaganda” aprovada em 2006 pelo Comité Permanente de Nutrição das Nações Unidas.

para mecanismos de auto-regulação que completem o reforço e a clarificação da informação nutricional dirigida aos consumidores e a reformulação de produtos alimentares, e para a disponibilização de alimentos com menor carga de nutrientes cujo excesso é prejudicial à saúde, como açúcares, sal e gorduras.

Precisamente no dia seguinte, discutia-se na Assembleia da República um projecto de lei do Partido Socialista para reduzir a quantidade de sal no pão, medida por muitos apodada de fundamentalista ⁽³⁾.

Também a 12 de Abril de 2009 saltava para a ordem do dia o plano da Direcção-Geral de Saúde quanto à alimentação e aos horários das cantinas das escolas.

Assim, e apenas exemplificativamente, se comprova a existência do fio condutor que pretendemos afirmar como objecto unificador de estudo. De facto, o objectivo deste excurso é precisamente o de delimitar uma eventual política pública de alimentação e/ou nutrição, quer no que tange aos respectivos *indirizzos* internacionais e constitucionais, quer quanto à eventual tensão entre a concretização e a restrição de direitos fundamentais aí implicados.

II — O CONTEXTO

A questão não pode ser apartada do contexto actual: o do constitucionalismo global, da fragmentação do Estado ⁽⁴⁾, da distribuição da despesa pública, da avaliação das normas constitucionais que prometem a oferta de bens sociais ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ E que veio a ser vertido na Lei n.º 75/2009, de 12 de Agosto, que “estabelece normas com vista à redução do teor de sal no pão bem como informação na rotulagem de alimentos embalados destinados ao consumo humano”.

⁽⁴⁾ Sobre a qual, entre nós, escreveu v. g. Gomes Canotilho, «Constitucionalismo político e constitucionalismo societal num mundo globalizado» (2005), in id., “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, 2006, pp. 281-300.

⁽⁵⁾ Neste sentido, e em termos que se acompanham *pari passu*, veja-se José de Melo Alexandrino, “*Controlo Jurisdicional das políticas públicas: regra ou excepção?*”, comunicação apresentada no II Encontro de Professores de Direito Público, Janeiro de 2009, disponível em <http://encontrosdireitopublico.blogspot.com/>. Veja-se também Celina Souza, «Políticas Públicas: uma revisão da literatura», in *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n.º 16 (2006), p. 23 [20-45].

Acresce que a definição operatória de política pública — incidente sobre objectos ditados pelas fontes internacionais ou pelo quadro constitucional, como veremos — merece no entanto uma nova precisão, se nos aproximarmos do contexto específico da alimentação e/ou nutrição. De facto, a escolha dos níveis de intervenção pode decorrer de uma estratégia programática de carácter meramente assistencialista radicada nas determinantes sociais da fome/desnutrição, — que identificamos como uma política de alimentação *stricto sensu* — ou pretender-se um desiderato mais evidente do ponto de vista nutricional ⁽⁶⁾ enquanto componente da política de saúde.

Ou seja, podemos falar — gradativamente — da facilitação do acesso aos bens alimentares, de um *plus* de garantia quanto à segurança alimentar, de um outro *plus* de salvaguarda de alternativas saudáveis de alimentação e/ou, finalmente, de uma questionável imposição de hábitos alimentares — seja esta justificada de um ponto de vista de protecção dos sujeitos, seja justificada com base numa perspectiva meramente economicista ⁽⁷⁾. Aliás, recorde-se que se foi a eminente escassez mundial de alimentos a provocar em 1974, em Roma, a convocação pela FAO da I.^a Conferência Mundial de Alimentos, a principal conclusão dessa conferência foi a de os países que dela participaram se comprometerem a uma nova ordem quanto às Políticas de Alimentação e Nutrição, tendo sido precisamente suscitada a necessária multisectorialidade da intervenção nutricional e a desejável implementação de um sistema de vigilância alimentar e de avaliação das políticas setoriais.

Acresce ainda não ser irrelevante a própria fixação dos indicadores nutricionais que servem de base à definição das políticas de que vimos

⁽⁶⁾ Neste sentido, analisem-se os objectivos e as práticas da política oficial de nutrição brasileira, o Programa Nacional de Alimentação e Nutrição — PRONAN, no período 1973-79, como instrumento de racionalização do planeamento económico de Estado. A experiência tem repetido os exemplos de programas aplicada anterior ou paralelamente na América Latina tem sido historicamente determinada pelas formas de dependência internacional nas relações desses países com os países centrais da economia de mercado — v. g. exemplificada pela desregulação no mercado de cereais a nível internacional no início da década de 70, ou os fenómenos globais de escassez de alimentos e/ou seca mundial. Mais recentemente, ainda no Brasil, refira-se o Programa *Fome Zero — política pública e cidadania* e a criação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional — CONSEA —, em Maio de 2003.

⁽⁷⁾ De facto, se se considerar que uma alimentação saudável e equilibrada é um factor determinante para ganhos em saúde, a prevenção de erros em matéria de alimentação pode desde logo ser encarada como forma de evitar gastos do erário público.

falando. De facto, a escolha dos indicadores adoptados em saúde pública pode mascarar realidades particulares atrás de valores médios, especialmente em regiões de pobreza, levando a falsas interpretações sobre o estado nutricional e o consumo de alimentos ⁽⁸⁾.

II.1. Os constrangimentos internacionais

A discussão sobre a mera vantagem e/ou deseabilidade de uma política pública nesta matéria cede, no entanto, à análise dos efectivos constrangimentos e determinações resultantes das fontes internacionais básicas — multilaterais ou bilaterais, gerais/universais ou sectoriais ⁽⁹⁾ — que vinculam os Estados (v. g. o Estado português) nos termos dos artigos 8.º e 16.º da nossa Lei Fundamental.

Logo a Carta das Nações Unidas prevê, respectivos nos artigos 55.º e 56.º, a garantia conjunta de *níveis de vida mais elevados e a solução de problemas internacionais de carácter económico, social, de saúde, e de outros problemas conexos (...)*.

Mais detidamente, a previsão expressa da matéria alimentar resulta do artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (doravante DUDH), aprovada em 1948: *Toda a pessoa tem direito a um nível de vida adequado que lhe assegure, assim como à sua família, saúde e bem-estar, inclusivé **alimentação**, vestuário, habitação, assistência médica e os serviços sociais necessários (...)*.

Em 1966, esta previsão veio a ser completada e concretizada pelo artigo 11.º do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Cul-

⁽⁸⁾ Semiramis Martins Álvares Domene, Indicadores nutricionais e políticas públicas, *Estud. av.* [online]. 2003, vol. 17, n. 48, pp. 131-135, disponível em SciELO Brasil, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000200011.

⁽⁹⁾ Como mero exemplo da dimensão sectorial que merecem determinados temas, veja-se a profusão de Resoluções das Assembleias Mundiais de Saúde (WHA), desde a década de 80 do século passado, sobre o aleitamento materno e respectivas actividades de promoção e/ou nutrição de lactentes e crianças pequenas — WHA 27.43, 31.47, 33.32, 34.22, 35.26, 37.30, 39.28, 41.11, 43.3, 45.34, 47.5, 49.15, 53.7, 54.2, 54.7, 55.14, 55.15, 55.25, 58.15, 58.32, 59.13, 59.21, disponíveis em <http://www.who.int/nutrition/>. Em todas elas se estabelece a ligação com graves problemas de saúde pública à escala global, e com o facto de se tratar de causa e consequência da pobreza, miséria, insegurança alimentar e desigualdade social.

Outros exemplos de preocupações sectoriais são por exemplo as relativas à nutrição e HIV/AIDS — v. g. Resolução WHA 59.7, 59.11.

turais (doravante PIDESEC): **1.** *Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e para a sua família, inclusivé **alimentação**, vestuário e habitação adequados, e a uma melhoria contínua das condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a efectividade deste direito, reconhecendo para esse efeito a importância essencial da cooperação internacional fundamentada no livre consentimento.* **2.** *Os Estados Partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa a estar livre da fome, adoptarão, individualmente e mediante a cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, necessárias para:*

- a) melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de alimentos, mediante a plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, a divulgação de princípios sobre nutrição e o aperfeiçoamento ou a reforma dos regimes agrários de forma a assegurar formas mais eficazes de desenvolvimento e utilização dos recursos naturais;
- b) assegurar uma distribuição equitativa do suprimento mundial de alimentos em relação às necessidades, tendo em conta os problemas existentes tanto nos países que importam produtos alimentícios como nos que os exportam ⁽¹⁰⁾.

Esclareça-se, no entanto, que estas proclamações meramente declaratórias não têm forma de efectivar a vinculação dos Estados às respectivas

⁽¹⁰⁾ Não deixe no entanto de se lembrar que o mesmo diploma vem expressamente reconhecer, no n.º 1 do artigo 2.º, um traço indelével do regime dos direitos económicos, sociais e culturais: a chamada cláusula ou reserva do possível, que retomaremos *infra*, limitando a obrigação dos Estados “*progressivamente, por todos os meios apropriados*” e “*até ao máximo de seus recursos disponíveis/ assegurar*”. No entanto, e como também salientou o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU no seu Comentário de 1999 a este artigo 11.º, nos casos em que o Estado alegue insuficiência de recursos como causa justificativa para se eximir a assegurar o acesso aos alimentos, terá de demonstrar que “*todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos a seu dispor, para satisfazer, em termos de prioridade, esta parte mínima de sua obrigação. (...) Um Estado que alegue ser incapaz de cumprir a sua obrigação, por razões além de seu controle, tem, portanto o ónus de provar que isto é verdade e que procurou, sem sucesso, obter ajuda internacional para garantir a disponibilidade e acessibilidade ao alimento necessário*”.

metas ⁽¹¹⁾. Assim, não se pode dizer que destas fontes resultem claramente especificados os contornos de um direito fundamental à alimentação (adequada) ⁽¹²⁾, enquanto posição jurídica subjectiva densificada.

A esta *capitis diminutio* do Direito Internacional acresce a discussão sobre a estrita exigibilidade destes direitos económicos e sociais (DESC), característicos de um Estado Social e portanto dependentes de uma actuação ao nível das políticas públicas.

Ancorados no princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais — na sua multifuncionalidade e/ou multidimensionalidade — são limite condicionador da organização económica e dos poderes públicos. Nesta vertente — ou sobretudo nesta —, há que retomar a distinção entre Estado liberal e Estado Social. De facto, no que respeita às fases do Estado Constitucional, Representativo e de Direito, é clássica a equivalência tendencial entre os direitos de primeira geração e os direitos liberdades e garantias característicos da fase de Estado Liberal — previstos através de normas preceptivas e exigindo mera abstenção por parte do Estado —, e entre os direitos ditos de segunda geração e os direitos económicos, sociais e culturais reclamados pela fase do Estado Social (em termos de equivalência operatória, *Welfare State* ou Estado Providência, do Bem Estar, do mínimo ético), previstos frequentemente através de normas programáticas. Se procedermos à distinção entre os dois tipos de normas referidas, sabemos que as normas programáticas (necessariamente não exequíveis por si mesmas) reclamam precisamente a interposição de uma política pública — que se não reduz a intervenção legislativa — e imediatamente remetem para um princípio básico de socialidade.

Ora, o caminho percorrido pelo Direito Internacional tem produzido alguma tentativa de clarificação do conteúdo mínimo do direito a que nos vimos referindo ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Não se avançará aqui na confrontação entre os conceitos de direitos humanos (ou do homem) e de direitos fundamentais. Mas sempre se dirá que a primeira expressão é utilizada na ordem jurídica internacional, ao passo que os “direitos fundamentais” correspondem a posições firmadas nas constituições estaduais, a que corresponde garantia acrescida de efectividade.

⁽¹²⁾ Encontram-se outras formulações: “direito à alimentação correcta” e/ou “direito fundamental de não ter fome”.

⁽¹³⁾ Vejam-se, por todos, Flavio Valente, Thaís Franceschini, Valéria Burity, *A Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada Brasília* (DF), Brasil, Dezembro/2007, disponível em www.abrandh.org.br.

De facto, a adopção da Declaração de Alma-Ata, aprovada na Assembleia Mundial de Saúde em 1978, constituiu um marco importante no movimento da "Saúde para Todos no Ano 2000". O espírito de Alma-Ata teve o seu desenvolvimento na Carta de Promoção da Saúde, adoptada em Ottawa, em 1986, que sublinhou a exigência da justiça social e da equidade enquanto pré-requisitos para a saúde pública. Também a Conferência de Adelaide (em Abril de 1988) deu continuidade às orientações estabelecidas em Alma-Ata e em Otawa.

Todos estes instrumentos ligam de forma indelével as políticas públicas saudáveis à criação de um ambiente favorável que permita às pessoas viverem saudavelmente (14). Neste sentido, não só a saúde é um direito humano fundamental e um sólido investimento social, como a satisfação das necessidades fundamentais é um princípio básico de justiça social, já que as desigualdades em saúde têm as suas raízes nas injustiças sociais (15). Neste contexto, e em especial, as recomendações de Adelaide designaram a Alimentação e Nutrição como uma das quatro áreas de acção prioritária imediata: *“A eliminação da fome e da subnutrição é um objectivo fundamental das políticas públicas saudáveis. Tais políticas devem garantir o acesso universal a quantidades suficientes de alimentos saudáveis, com o necessário respeito pelas diferenças culturais.*

As políticas de alimentação e nutrição devem integrar métodos de produção e distribuição de alimentos, de modo a que sejam conseguidos preços equitativos, tanto no sector público como no privado.

Todos os governos devem dar prioridade ao desenvolvimento de uma política de alimentação e nutrição que integre factores agrícolas, económicos e ambientais para se poder assegurar um impacto positivo sobre a saúde, a nível nacional e internacional.

A primeira prioridade desta política deve centrar-se no estabelecimento de objectivos, no âmbito da nutrição e da dietética.

Os impostos e os subsídios devem facilitar o acesso universal a uma alimentação saudável e equilibrada.

A conferência recomenda que os governos tomem medidas directas e imediatas, relacionadas com o seu poder de compra no mercado alimentar,

(14) Esta perspectiva globalizada do “ambiente” e “qualidade de vida” é também a que resulta da epígrafe e do articulado do artigo 66.º da Constituição portuguesa.

(15) Neste sentido de compromisso com a saúde pública global, a Conferência de Adelaide definia como pré-requisitos para a saúde e o desenvolvimento social, entre outros, o acesso a alimentação nutritiva e água potável.

para que o abastecimento de alimentos que está sob o seu controlo directo ("catering" nos hospitais, nas escolas, nos centros de dia, nos serviços dependentes da Segurança Social e nos locais de trabalho) dê ao consumidor fácil acesso a uma alimentação equilibrada sob o ponto de vista nutricional" (16).

A tentativa de amarrar os Estados à prossecução dos *standards* de protecção de exigibilidade e a realização dos DESC resultaria ainda evidente da Declaração de Quito, de 24 de Julho de 1998, subscrita pelos Estados da América Latina (*et pour cause*, tendo em conta as carências respectivas).

A referida declaração — ainda sem paralelo no âmbito da União Europeia (17) — adverte para a imperiosidade de considerar os DESC parte indivisível dos direitos humanos, e “parte dos valores fundamentais de uma verdadeira democracia, entendida como o conjunto de práticas sócio-políticas que nascem da participação e livre autodeterminação dos cidadãos/as e dos povos”.

A Declaração apresenta os DESC como “limites mínimos que deve cumprir o Estado em matéria económica e social para garantir o funcionamento de sociedades justas e para legitimar a sua própria existência” e encara a exigibilidade como um “processo social, político e legal”: para a existência desta ordem económica-social mínima os instrumentos internacionais de direitos económicos, sociais e culturais não impõem fórmulas uniformes, mas requerem que o Estado faculte os meios para que sejam cumpridas as necessidades mínimas da população e para que sejam definidos melhoramentos progressivos do nível de vida dos cidadãos.

Neste sentido, a Declaração de Quito — quase como um verdadeiro compêndio de doutrina dos direitos sociais — determina a especificação de cada um de três tipos de obrigações (18):

- a) a obrigação de respeito, que consistiria na não interferência do Estado na liberdade de acção e uso dos recursos próprios de cada indivíduo, grupos e colectividades;

(16) Veja-se, neste contexto, a *World Declaration and Plan of Action for Nutrition*, FAO/WHO, resultante da Conferência Internacional sobre Nutrição, Roma, Dezembro de 1992.

(17) Aliás, as discussões sobre a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deixaram clara a distância a que estaria o consenso nesta matéria.

(18) Esta tripartição veio a ser retomada e sistematizada mais tarde, pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU no Comentário de 1999 ao artigo 11.º do PIDESC, já referido. Originariamente, em *Right to adequate food as a human right*, Study Series No. 1, 1989, United Nations Publication, Sales No. E.89.XIV, estes três níveis de obrigações foram propostos da seguinte forma: respeitar, proteger e assistir/realizar.

- b) a obrigação de protecção, que consistiria na protecção do gozo destes direitos face a violações de terceiros, em especial através de protecção constitucional e de mecanismos específicos e adequados de protecção jurídica que assegure a sua exigibilidade e justiciabilidade ante os tribunais;
- c) a obrigação de satisfação, de maneira plena, do gozo e exercício dos direitos.

Com o objectivo de salvaguarda destas obrigações principais, os Estados devem obedecer às seguintes obrigações procedimentais:

- a) Obrigação de não discriminação, que impõe a adopção de medidas especiais — incluindo medidas legislativas e políticas diferenciadas — para grupos vulneráveis ⁽¹⁹⁾;
- b) Obrigação de adequação da legislação ordinária às disposições resultantes das normas internacionais;
- c) Obrigação de produzir informação pública sobre os meios necessários para garantir o acesso aos bens sociais necessários para a satisfação das necessidades colectivas;
- d) Obrigação de promover os expedientes judiciais aptos a reprimir as situações de violações;
- e) Obrigação de progressividade e correlativa proibição de retrocesso ou irrazoável demora na adopção de medidas: esta progressividade implica que os Estados fixem de maneira imediata estratégias e metas para alcançar a plena vigência dos DESC, com um sistema de verificação de indicadores que permitam uma efectiva supervisão do respectivo cumprimento.

Em 1999, novo influxo resultou do Comentário produzido pelo Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas que veio afirmar o “direito à alimentação adequada é indivisivelmente ligado à dignidade inerente à pessoa humana” e “indispensável para a realização de outros direitos humanos consagrados na Declaração dos Direitos do Homem”. De acordo com a mesma fonte, este direito é também “inseparável da justiça social, requerendo a adopção de políticas económicas, ambientais e sociais, tanto no âmbito nacional como internacional, orien-

(19) Em termos que podem aliás justificar as *affirmative actions* de origem americana.

tadas para a erradicação da pobreza e a realização de todos os direitos humanos para todos.”

Em sentido paralelo, o mesmo Comité veio ainda salientar que “enquanto os problemas da fome e da desnutrição são frequentemente agudos em países em desenvolvimento, a desnutrição, a subnutrição e outros problemas, relacionados com o direito à alimentação adequada e ao direito a estar livre da fome, também existem em alguns dos países mais desenvolvidos do mundo. Fundamentalmente, as raízes do problema da fome e desnutrição não residem na falta de alimento, mas na falta de acesso ao alimento disponível, entre outras razões por causa da pobreza de grandes segmentos da população mundial”.

Mas o Comité densificou ainda, ao tratar do conteúdo normativo do artigo 11.º do PIDESC, o que deve entender-se por “alimentação adequada”, salientando que este direito “não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os Estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11.º, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não”.

Assim, ainda que “o significado preciso de ‘adequado’ esteja condicionado, em grande parte, pelas condições sociais, económicas, culturais, climáticas, ecológicas, e outras e apesar de a ‘sustentabilidade’ incorporar a noção de disponibilidade e acessibilidade em longo prazo”, o Comité veio claramente elencar o conteúdo típico deste direito:

- a) a disponibilidade do alimento, em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitável para uma dada cultura;
- b) a acessibilidade (económica, quanto aos custos, e física, com especial preocupação com grupos vulneráveis) ao alimento de forma sustentável e que não interfira com a fruição de outros direitos do homem.

E, não obstante a natureza dependente destes direitos económicos e sociais, o Comité veio de novo reiterar as três dimensões para as obrigações a cumprir pelo Estado: respeitar, proteger e satisfazer (facilitar e prover) o direito que, como vimos, resultavam já da Declaração de Quito para o espaço da América Latina.

Mais um passo no sentido da assunção da nutrição como factor de saúde pública resultou, em 2000, da inclusão desta dimensão nos objectivos de desenvolvimento e do esforço mundial para redução da desigualdade social no planeta, aprovados por 189 países durante a realização da Cimeira do Milénio das Nações Unidas.

Por outro lado, em 2002, o Relator Especial das Nações Unidas para o Direito à Alimentação veio redefinir o direito humano à alimentação adequada como a faculdade de “ter acesso regular, permanente e irrestrito, quer directamente ou por meio de aquisições financeiras, a alimentos seguros e saudáveis, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes, correspondentes às tradições culturais do seu povo e que garanta uma vida livre do medo, digna e plena nas dimensões física e mental, individual e colectiva” (20).

Neste sentido, parece que este direito se não centra apenas na dimensão da luta contra a fome, abrangendo ainda o acesso a informação nutricional e alimentação adequada. Por outro lado, a sua concretização deve implicar uma participação activa e informada e a inclusão dos mais vulneráveis em obediência a princípios de equidade e não-discriminação (21).

Saliente-se ainda a aprovação da Estratégia Mundial para a Alimentação e Actividade Física em 2004 na Assembleia Mundial de Saúde. Com o mesmo fito, em Novembro de 2004, a 127.ª sessão do Conselho da FAO foi o palco para aprovação das “directrizes voluntárias” tendentes à realização progressiva do direito à alimentação adequada, explicitando a Directriz n.º 19, quanto à dimensão internacional de cooperação, que devem ser apoiados esforços nacionais para alcançar a realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar nacional, conforme o estabelecido na Cimeira Mundial da Alimentação e, cinco anos depois, no contexto da Declaração do Milénio.

No presente, não deixa de ser curiosa a evolução futura que se antevê e que corresponde a um novo e distinto grau de protecção do âmbito nutricional: fala-se hoje da protecção da dieta mediterrânica como património imaterial. A protecção — que radica na Convenção da UNESCO de 2003

(20) J. Ziegler, *Relatório do Relator Especial das Nações Unidas para o Direito à Alimentação* (Comissão de Direitos Humanos, 23 de Janeiro de 2002, E/CN.4/2002/58/Add.1).

(21) Têm sido fundamentais os papéis do Programa Mundial de Alimentação (WFP) e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (UNHCR) e, cada vez mais, os da UNICEF e da FAO, do Banco Mundial e dos bancos de desenvolvimento regionais.

para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial — resulta entre nós do artigo 91.º (e ss.) da Lei de Bases do Património Cultural que expressamente se refere aos “modos de preparar os alimentos”. Saliente-se, no entanto, que este diploma exclui as realidades culturais imateriais da classificação e da inventariação (4.º/1 e 16.º1), opção criticada — pelo menos no que toca à inventariação já que a classificação está intrinsecamente ligada à corporeidade dos bens — por alguns autores, por entenderem que o património cultural incorpóreo deveria ser objecto de uma acção de preservação tão sistemática quanto a sua intensa rarefacção consinta (22).

O Decreto-Lei n.º 139/2009, de 15 de Junho, veio entretanto estabelecer o regime jurídico de salvaguarda do património cultural imaterial, harmonizando o direito nacional com as imposições decorrentes da ratificação da referida Convenção da UNESCO de 2003 para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial.

II.2. Os constrangimentos europeus

Já a nível regional, e na União Europeia, e até 1996, parecem in-existent os esforços de implementação de uma Política Alimentar Comum. De facto, a questão viria a ser reintroduzida por efeito da harmonização de políticas de controlo e fiscalização da qualidade e segurança alimentar (23)

(22) Sobre a questão leia-se Carla Amado Gomes, no artigo *Desclassificação e desqualificação do património cultural: ideias avulsas*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 26, n.º 101, Jan-Mar 2005. Veja-se ainda o Decreto-Lei n.º 139/2009, de 15 de Junho, que estabelece precisamente o regime jurídico de salvaguarda do património cultural imaterial.

(23) Convém no entanto deixar claro que mesmo quando falamos em segurança alimentar, a noção não tem nada a ver com o que se entendia por segurança alimentar nos anos 70 do século passado. Na altura, devido aos esforços da FAO, e porque os países em desenvolvimento viviam sob o espectro da fome, impôs-se o princípio da segurança alimentar como equivalendo ao acesso a alimentos salubres e nutritivos, indispensáveis à saúde humana. Gradualmente, este princípio abarcou a higiene e a saúde pública. Aliás, na actualidade, a Organização Mundial da Saúde considera que o maior risco para a saúde humana em matéria de alimentação é a possibilidade de se propagarem doenças transmitidas pelos alimentos, probabilidade de risco superior aos padrões de alimentação deficientes.

Mas a questão está hoje deslocada para novas discussões, desde a eclosão, com maior ou menos intensidade, de outros temores alimentares ou crises sanitárias: organismos geneticamente modificados, aditivos alimentares proibidos, carne com hormonas, produção animal preparada com promotores de crescimento proibidos, frango com dioxinas, vacas loucas, etc. A União Europeia dotou-se de uma Autoridade Alimentar, fundamenta-se numa análise de riscos, em dispositivos de controlo e legislativos demarcados do princípio da independência da avaliação.

em virtude da entrada em vigor do mercado único Europeu em 1993 e das crises alimentares iniciadas com a BSE em 1996 (24).

À dimensão de intervenção securitária tem-se no entanto vindo a juntar, no que respeita a este contexto europeu (25), uma abordagem integrada que contemple igualmente a redução dos problemas de saúde devido à má alimentação, ao excesso de peso e à obesidade — aliás na sequência da Plataforma de Acção Europeia em matéria de Regimes Alimentares, Actividade Física e Saúde e do Livre Verde sobre a “*Promoção de regimes alimentares saudáveis e da actividade física: uma dimensão europeia para a prevenção do excesso de peso, da obesidade e das doenças crónicas*”.

Se algumas das acções previstas estão directamente relacionadas com o funcionamento do mercado interno (tais como os requisitos de rotulagem, as autorizações em matéria de alegações de saúde e os procedimentos de controlo alimentar), outras fazem parte de quadros mais específicos, tais como a política agrícola comum (através da organização comum de mercado no sector das frutas e produtos hortícolas), iniciativas da Comissão no domínio da educação, a política regional (fundos estruturais) e, por fim, apesar de não menos importante, a política em matéria de audiovisuais e meios de comunicação.

Neste sentido, propugna-se fundamentalmente o respeito pela tripla dimensão dos direitos dos consumidores (informação, segurança e lealdade), mas não sem deixar claro que os objectivos da intervenção do Estado devem ser o de desnudar os riscos relacionados com a saúde e o de tornar disponível a opção saudável. Saliente-se no entanto que as posições assumidas pelo Livro Branco de 2007 realçam — até pelo que veremos *infra* sobre as restrições que daí podem advir para os direitos dos cidadãos — que tornar disponível tal opção não pode equivaler a impô-la, o que impõe um complexo equilíbrio de *checks and balances*.

II.3. O estado da arte em Portugal

Não obstante as fontes já analisadas vincularem putativamente o Estado português, quer por via do artigo 8.º quer por via do artigo 16.º da Cons-

(24) Para análise exaustiva, veja-se Elisabet Helsing, “*The history of nutrition policy*”, in *Nutrition Reviews*, vol. 55, n.º 11, s1 ss, Nov. de 1997, s1-s3.

(25) Veja-se, por todos, o Livro Branco sobre uma estratégia para a Europa em matéria de problemas de saúde ligados à nutrição, ao excesso de peso e à obesidade, COM(2007) 279 final, Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 30.5.2007.

tuição de 1976 (CRP), não encontramos ao nível da lei fundamental qualquer referência directa à matéria da alimentação e/ou nutrição, podendo no entanto encarar a sua subsunção desde logo ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) ⁽²⁶⁾ e ainda às previsões dos artigos 64.º (direito à saúde) e 66.º (ambiente e qualidade de vida), que sempre cabe ao Estado efectivar, em termos de igualdade real — tal como determina a alínea *d*) do artigo 9.º da Lei Fundamental. Acresce ainda, numa outra perspectiva sectorial, a referência aos direitos dos consumidores (no artigo 60.º, e depois plasmada reflexamente em várias outras previsões), que precisamente se vertem nos citados direitos à informação, à lealdade e à segurança ⁽²⁷⁾.

Por outro lado, e em sentido que pode precisamente ser o inverso — no que tange às limitações aos poderes de intervenção do Estado — recorde-se que a par do direito à reserva da intimidade da vida privada que sempre delimita uma esfera própria de determinação, imune a intervenções alheias ⁽²⁸⁾, a CRP garante desde 1997 um direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Estes direitos, ambos previstos no artigo 26.º

⁽²⁶⁾ No que se refere especificamente ao direito à saúde, o artigo 12.º do PIDESC reconhece o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental, sendo que o n.º 1 da Recomendação Geral 14 de 2000 do Comité sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais estabelece a relação entre a saúde e a dignidade: “Todo o ser humano deve ter o direito a desfrutar o mais elevado nível de saúde que conduza ao aproveitamento de uma vida digna”. Ademais, afirma o Comité que o direito à saúde requer atenção às dimensões da disponibilidade, da acessibilidade, da tolerância e da qualidade.

⁽²⁷⁾ Não deixando de salientar a criação da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica pelo Decreto-Lei n.º 237/2005, de 30 de Dezembro — com as conhecidas discussões quanto ao âmbito das respectivas atribuições e competências —, lembre-se que a intervenção legiferante ordinária para incorporação no ordenamento jurídico nacional dos instrumentos internacionais — mormente de origem europeia — se tem manifestado plural e com pretensões de globalidade quanto a estas três vertentes. No que tange à vertente da informação, refiram-se as normas sobre a rotulagem, a protecção de indicações geográficas e de denominações de origem de produtos agrícolas e de géneros alimentícios, os certificados de especificidade e regulamentação do modo de produção biológico e, em geral, a rastreabilidade e de controlo das exigências de informação ao consumidor. Já no que tange à segurança e lealdade, vejam-se as normas relativas amodo de produção biológico de produtos agrícolas, a qualidade da água, os organismos geneticamente modificados, os critérios de pureza específicos nos géneros alimentícios, os critérios de certificação das condições sanitárias e modos de produção de carnes e produtos de origem animal e produtos da pesca e respectiva colocação no mercado, ou a utilização de corantes nos géneros alimentícios.

⁽²⁸⁾ O “right to be let alone”, assim qualificado por Louis Brandeis em 1890.

como corolário do direito à liberdade, bem podem impôr limites ao que seja uma pretensão de determinação estadual de regimes alimentares ⁽²⁹⁾.

Qual deve ser hoje o objectivo das políticas públicas do Estado em matéria de alimentação? Se quisermos utilizar um conceito lato de segurança alimentar, poderão estar em causa quatro dimensões: a dimensão de quantidade e de consumo mínimo de calorias, proteínas e vitaminas para uma vida activa e saudável; a dimensão da qualidade; a dimensão da regularidade e a dimensão da dignidade ⁽³⁰⁾.

III — OS LIMITES

Quer encontrem previsão constitucional directa quer encontrem mera fonte de legitimação nos instrumentos internacionais, o certo é que os direitos subjacentes às políticas públicas de alimentação e/ou nutrição — um direito à alimentação adequada/correcta ou uma posição jurídica subjectiva genericamente abrangida pelo direito à saúde, pelo direito à qualidade de vida ou, ainda mais genericamente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana (e por específicos direitos à dignidade e igualdade daquele decorrentes) — são sempre qualificáveis como DESC (inscritos portanto no título III da Parte I da CRP) ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ E ainda que nem todos admitam um direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo — veja-se aqui, por todos, Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, Coimbra Editora 2004.

⁽³⁰⁾ Como resulta dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 177/2002 e 509/2002, tenta-se hoje delimitar um mínimo existencial no núcleo essencial dos direitos sociais, associando-o precisamente associado ao princípio da dignidade da pessoa humana como vedação, imposta ao legislador, de redução arbitrária do nível de concretização legislativa de um direito fundamental social.

⁽³¹⁾ Desprezam-se, a benefício da clareza e simplicidade de exposição, tanto a situação extrema da eventual lesão do direito à vida por falta de acesso a alimentos, como a consideração *a se* do direito à integridade física, previsto no artigo 25.º da CRP, por se entender que ao menos estritamente, e não obstante eventual situação de concorrência, deve ceder face à previsão do artigo 64.º Exactamente pelas mesmas razões, neste campo prefere-se a consideração do dano corporal como dano infligido à saúde (ou *danno alla salute*, impropriamente chamado dano biológico) e “expropriação forçada temporária da saúde”. Enquanto tutela da pessoa no seu todo (e não somente do direito à saúde ou à integridade física) refiram-se ainda os conceitos de “dano à pessoa”, de dano à vida de relação (*danno alla vita di relazione*) ou de dano existencial (na sequência das sentenças 500/99 e 7.713/2000, da Corte de Cassação Italiana) que precisamente apela à inversão de razoáveis

Sucede que é tradicional a doutrina determinar um regime específico para estes DESC ⁽³²⁾ — apesar de não encontrarmos a respectiva previsão directa no texto constitucional, ao invés do que resulta dos artigos 18.º e 19.º para os direitos, liberdades e garantias — vertido em regras materiais ⁽³³⁾ que se podem sintetizar do seguinte modo:

- a) a realização dos DESC está associada à realização de certas tarefas pelo Estado nos termos da alínea d) do artigo 9.º da CRP;
- b) há uma dependência da efectivação que o Estado consiga imprimir aos DESC: assim, impõe-se uma perspectiva quantitativa que atende ao grau de efectivação que já foi atingido pelo Estado, cumprindo falar aqui de um princípio da reserva do possível que no entanto encontra o seu limite reverso num outro, o princípio da proibição do retrocesso ⁽³⁴⁾.

No entanto, e como acentuou o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, na sua Recomendação Geral n.º 3 ⁽³⁵⁾, a respeito da natureza das obrigações estatais, há um “*minimum core obligation*” concernente aos direitos económicos, sociais e culturais a ser implementado pelos Estados, na medida em que devem assegurar o núcleo essencial destes direitos (...) particularmente aos segmentos mais carentes ou vulneráveis da população.

É certo que os DESC reclamam uma nova hermenêutica constitucional, mas esta não pode ser determinada exclusivamente pela necessidade dos limites fácticos da reserva do possível. Ou seja: importa esclarecer que os direitos sociais têm limites em função da sua natureza e estrutura e

expectativas de vida. Entre nós, veja-se Manuel A. Carneiro da Frada, em *Nos 40 anos do Código Civil Português, Tutela da personalidade e dano existencial*, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL (Código Civil Português — Evolução e Perspectivas Actuais), Edição Especial, 2008, pp. 47-68.

⁽³²⁾ Por não ser esta a sede para tal explanação, deixa-se na penumbra a consideração, progressivamente mais aceite, de uma eventual dogmática unitária dos direitos fundamentais.

⁽³³⁾ Pelas mesmas razões, não se explanará o regime orgânico dos DESC.

⁽³⁴⁾ Sobre esta matéria, ver, por todos Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2006.

⁽³⁵⁾ Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, General Comment n. 3, UN doc. E/1991/23, 1990.

não apenas os que resultem de carência orçamental e da decrescente capacidade prestacional do Estado — não obstante a intersecção da matéria do “custo dos direitos”, tratada de forma magistral por Holmes e Sunstein.

Nestes termos, a teorização dos limites da intervenção do Estado centra-se na discussão teórica dos conteúdos mínimos dos DESC, bem assim como do núcleo intangível e essencial de cada direito e nos respectivos mecanismos de exigibilidade. A discussão não está pois alheada do que seja a ideia de activismo na definição de uma política pública geral e/ou de políticas sectoriais, e implica uma consideração procedimental bem mais complexificada — ao nível do *status activae civitatis* e do *status activus processualis* ⁽³⁶⁾.

No entanto, a procedimentalização do Direito no espaço de jogo democrático — aspecto importante de um certo contratualismo “revisitado” — deixa na sombra a discussão da prevalência dos interesses da pessoa sobre os interesses da sociedade e do princípio da igualdade equitativa de oportunidades no acesso à saúde, bem como a necessidade de estabelecer critérios claros, transparentes e democráticos de priorização na saúde, na esteira do princípio de uma *public accountability* e das teorias de *public choice* e da utilidade marginal, reconvertidas por Rawls ou de Walzer ou ainda por Raz e Dworkin ⁽³⁷⁾.

Mas para além deste limite básico resultante da reserva de possível há outras condicionantes, que devem ser axiologicamente tidas em conta quando deparamos com a pretensão da evolução de uma política pública de acesso à alimentação/segurança alimentar (formal) para uma política pública de nutrição e combate à obesidade (material).

De facto, ao discutir os limites desta política pública não questionamos obviamente os níveis que já *supra* identificámos como básicos — os do acesso não discriminatório ou a regulação dos aspectos estritamente sanitários e/ou securitários que no fundo se justapõem aos direitos dos consumidores (informação, segurança e lealdade) protegidos pelo artigo 60.º da CRP. Aliás, este direito à informação claramente abrange a disponibilização de dados e elementos sobre opções de regimes alimentares saudáveis e alternativos (tal como salientado no Livro Branco de 2007). Quanto a estas dimensões, não só legítimas como impostas no contexto de

⁽³⁶⁾ Esta interdependência entre os Estados implica a consideração de um direito de ingerência, quando esteja em dúvida a garantia de direitos fundamentais, nos termos reconhecidos desde a Convenção de Helsínquia de 1975.

⁽³⁷⁾ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, p. 303.

um Estado de Direito, incumbe ao poder político criar mecanismos — alguns emergenciais, outros permanentes — de acesso à alimentação básica como direito inalienável de qualquer ser humano.

Mas o Estado não pode ultrapassar uma fronteira radicalmente relevante no âmbito das ciências sociais jurídicas: é que o Direito tem como objecto actos voluntários lícitos juridicamente relevantes, o que é dizer, trata do exercício do poder de autodeterminação nas decisões comportamentais e decisões humanas (38).

Aliás, a inalienabilidade do estatuto do indivíduo pode mesmo fundar um direito de resistência passiva do indivíduo face ao tipo hodierno de sociedade, fazendo relevar a liberdade, integrante do referido *status* inalienável da pessoa humana: não são os direitos fundamentais nunca direitos acéfalos, já que, como refere Manuel de Andrade, todo o direito há-de ter um titular, um senhor que o exercite ou em nome do qual ele seja exercido. Os direitos individuais, sobre a própria pessoa, são oponíveis *erga omnes*, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e universais.

Ora, nos termos previstos na CRP, o Estado só pode restringir direitos — que acima identificámos tentativamente como sendo os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade (e/ou direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo) (39) — se, em obediência a uma tripla dimensão do princípio da proporcionalidade, tal restrição for necessária para salvarguardar outro bem ou interesse constitucionalmente protegida, se a mesma restrição for adequada à produção de tal ponderação casuística e, ainda, se não for excessiva nem atingir o núcleo essencial dos direitos (40).

(38) Afasta-se também, por simplicidade, a questão dos distúrbios alimentares como a anorexia e/ou a bulimia, partindo do pressuposto de que correspondem a doenças, não sendo (apenas) decorrentes de manifestação de vontade dos indivíduos.

(39) Estes são aliás previstos na CRP como direitos liberdades e garantias e beneficiam de um regime específico de protecção. Acresce ainda, em termos residuais, a eventual consideração do direito de liberdade religiosa e culto e de objecção de consciência previstos no artigo 41.º da CRP, nos casos em que a opção por determinado regime alimentar resulte de ditame de crença religiosa e/ou ética — *v. g.* no caso da opção por regimes vegetarianos. Sobre a matéria, e para geral contextualização, pode ler-se Augusto Silva Dias, *A relevância jurídico penal das decisões de consciência*, Almedina, Coimbra, s. d., p. 139.

(40) Por uma questão de facilidade de exposição, encaramos a determinação de um regime alimentar como forma de restrição e não de mero condicionamento ou conformação, não obstante estarem em causa aos mesmos preceitos enformadores. Também a benefício da simplicidade de exposição não nos referimos a outros requisitos de restrição previstos no artigo 18.º da CRP.

De facto, dispõe o artigo 18.º/2 que devem as restrições limitar-se ao “necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, o que explica a ideia de que as restrições não são um fim em si mas uma forma de resolução de conflitos (entre direitos) ou de colisões (entre um direito e um bem). De facto, a doutrina alerta aliás para que a leitura constitucional deve ter em mente que os direitos aí previstos não podem ser exercidos total e absolutamente sem necessidade de inter-relação recíproca. A CRP prevê direitos *prima facie*, direitos absolutos. Há que transformar esses direitos *prima facie* em direitos definitivos e perceber que comportamentos se podem considerar abrangidos na invocação do respectivo *Tatbestand*.

Entendeu-se durante muito tempo que a solução de conflitos ou de colisões seria conseguida através de um princípio de prevalência hierárquica. Afastada essa ideia, há hoje que atender ao tipo da lesão em causa e ao chamado princípio da concordância prática e da ponderação. Dirão decerto alguns que uma eventual imposição, pelo Estado, de dietas tipo, seria legitimada pela concordância prática que justificaria a restrição da liberdade do indivíduo para salvaguarda de um outro direito ou bem — saúde, *brevitatis causae* (41).

Parece no entanto impossível de estabelecer esta conclusão geral, já que a colisão entre direitos e bens apenas demonstra que estes são direitos *prima facie* e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjectiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas. Aliás, recorde-se John Stuart Mill, o filósofo do século XIX, que mantinha que os poderes sociais só poderiam intervir quando alguém com a sua conduta lesasse direitos de outrém. É verdade que mesmo a opção por um determinado regime alimentar pode provocar em certas pessoas determinados efeitos, decorrentes apenas de não gostarem de tal conduta ou de a encararem mesmo como repugnante ou mesmo imoral. Mill salienta todavia que, quando não se esteja perante um dano, mesmo que a maioria das pessoas considere a conduta absurda, perversa ou errada e que tais sentimentos sejam genuínos e intensos — sendo pois os outros seriamente afectados —, “com os gostos pessoais e as opções que dizem respeito ao próprio indivíduo, a sociedade nada tem que ver”.

(41) Volta a alertar-se para o que ficou dito *supra* sobre esta questão, na Nota de Rodapé n.º 31.

De facto, o valor da autonomia não só não deriva como nem sequer é compatível com uma visão externa e paternalista das preferências, implicando uma decisão de consciência. No campo das relações humanas cabe a cada um traçar um caminho em que se reconheça. Pode ainda suceder que o Direito se encontre já em face de comportamentos externos e, mesmo assim, se julgue obrigado a não intervir, porque eles assumem um relevo puramente individual. Ao âmbito em que os interesses em causa podem ser cabalmente prosseguidos sem que tenha de comprimir-se ou eliminar-se um interesse alheio pode chamar-se o da “indiferença jurídica”. Mas o Direito pode ainda a achar-se já perante actividades de relação, perante factos que voluntária ou involuntariamente vão afectar, em maior ou menor medida, a situação doutros indivíduos, e todavia, não se julgar ainda obrigado a regulamentar tais actividades, área a que podemos chamar de “irrelevância jurídica”. Entre as primeiras hipóteses e as duas últimas estabelece-se contudo uma nítida e profunda barreira. Em face das primeiras três o Direito encontra limites inultrapassáveis e fixos, enquanto as outras lhe permitem já um juízo sobre a significação do facto nas situações da indiferença jurídica ⁽⁴²⁾.

O próprio bem estar físico se perfila como um meio de pressão sobre determinada instância, como as autoridades estatais, mediante a criação na opinião pública de uma corrente de simpatia e solidariedade ou quanto menos de interesse ⁽⁴³⁾. Só assim se garante a liberdade como "um âmbito de poder reconhecido a uma pessoa, dentro do qual pode decidir mediante um processo interno da sua vontade a sua própria conduta entre uma pluralidade de alternativas, aprovadas pelo ordenamento jurídico" ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Contra, A. Levi, *Attività lecita ed attività discrezionale*, in studi in onore di Federico Cammeo, Cedam, 1933, vol. II, p. 83: "os marcos à extensão da ordem jurídica são postos por ela mesma, ao reconhecer que certa situação é, para os seus efeitos, uma autêntica situação individual. O conceito de situação individual não é portanto um conceito que para a ordem jurídica se revele e imponha *ab extra*, mas sim um que ela *ab intra*, tendo em conta o complexo das suas preocupações numa determinada situação histórica, vai construir e depois aplicar a cada tipo de casos."

⁽⁴³⁾ Cite-se como exemplo óbvio, ainda que não seja esta a sede para o respectivo desenvolvimento, o caso das greves fome e eventual obrigação de alimentação forçada pela administração penitenciária. Especialmente exemplificativo é o manancial de decisões da jurisprudência constitucional espanhola a propósito do caso GRAPO.

⁽⁴⁴⁾ L. Benéitez Merino, *La libertad protegida. Introducción al estudio de los delitos contra la libertad y seguridad de las personas*, Ed Colex, Madrid, 1994, p. 148.

Questão diferente e controvertida é a de saber se a disposição sobre o próprio corpo enquanto atitude voluntária do sujeito pode depois exigir que outrem se arrisque ou responsabilize por tais causas. Tratar-se-ia, neste caso, de saber se em consequência dessa opção — tomada conscientemente com base na informação que o Estado é obrigado a disponibilizar e tendo conscientemente recusado outras hipóteses alternativas de dietas tipo ⁽⁴⁵⁾ —, o indivíduo pode ser responsabilizado (desde logo em termos de responsabilidade própria, configurável como culpa do lesado) ou pode não merecer tratamento idêntico por parte da administração de saúde.

De facto, a integridade física impõe a protecção quanto a danos que resultem de intervenção alheia. Mas haverá ainda responsabilidade quando o sujeito é o próprio causador dos danos ⁽⁴⁶⁾, quase emitindo um consentimento informado? Ou deve o ordenamento jurídico permitir que existam neste caso circunstâncias eximentes atendíveis? Tratar-se-ia portanto de uma autocolocação em perigo ⁽⁴⁷⁾ em que o próprio lesado colabora conscientemente para o resultado típico através da sua própria conduta, o que dis-

⁽⁴⁵⁾ Neste contexto, saliente-se a preponderante importância da responsabilidade de formação/educação para estilos de vida saudáveis em consonância com as orientações da OMS e veja-se, por todos, Educação Alimentar em Meio Escolar, Referencial para uma oferta alimentar saudável, Direcção-Geral de Inovação e de Desenvolvimento Curricular, Coordenadora do Núcleo de Educação para a Saúde (NES), (DGIDC — NES), (FCNAUP), Outubro de 2006, em consonância com as orientações da OMS e com as conclusões do um Fórum Europeu (*Eating at school making healthy choices*) organizado pelo Conselho da Europa em 2003, e que determinou a aprovação pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa da Resolução ResAP (2005)3 de 14.9.2005 em que se fazem recomendações, relativamente à alimentação nas escolas.

⁽⁴⁶⁾ Por uma questão de simplificação, afastaremos aqui a situação de autocolocação em perigo como resultado de heterodeterminação, *id est*, ditada por outrem, através de ordem, conselho, recomendação (v. g. de nutricionista) ou mesmo mera manifestação de desejo (pense-se no marido que pressiona a mulher para fazer sucessivas dietas).

⁽⁴⁷⁾ Alguns utilizarão aqui o conceito de aumento de risco ou de limitação. A par da assunção voluntária de riscos decorrentes de determinadas dietas ou regimes alimentares, e para melhor contextualização da questão, pense-se ainda noutros casos como as do consumo de tabaco e álcool, ou as alterações do corpo a que se sujeitam por contrato modelos e actores, a opção pelas modernas técnicas do *body piercing*, *cutting e branding* — comportamentos que implicam uma dor voluntária e não necessária, em termos distintos obviamente de uma visita ao dentista, a automedicação — mormente no caso das controversas farmácias *on line* —, assunção voluntária dos riscos de determinado medicamento — como no caso da pílula ou da contracepção ou mesmo do *dopping* —, o recurso a medicinas alternativas, a sujeição deliberada a rituais de iniciação que envolvem ofensas da integridade física.

tingue a figura da colocação em perigo alheia consentida. Dirão alguns que esta autocolocação em perigo não é nunca admissível por estarem em causa bens indisponíveis para efeitos de consentimento/auto-limitação/renúncia. Dirão outros, mais abertos a novos paradigmas de consideração da vontade própria⁽⁴⁸⁾, que não poderá haver uma discriminação negativa no acesso a recursos (ainda que escassos) de saúde, desde logo pela intervenção de factores *v. g.* de predisposição genética⁽⁴⁹⁾ e que portanto escapam ao âmbito de conformação do próprio indivíduo⁽⁵⁰⁾.

É que é verdade que o poder coercivo do Direito pressupõe como aceite a autoridade do legislador. No entanto, esta autoridade não pode ser vista enquanto processo fechado, mas sempre legitimada e testada pelas instâncias de participação e discussão democráticas.

(48) Não entraremos aqui em considerações sobre figura da culpa na formação da vontade.

(49) Vejam-se neste sentido estudos vindos a público recentemente sobre a relação entre a sobrealimentação e certas variantes do gene FTO, conhecido por estar ligado à massa corporal.

(50) Estas figuras podem relevar a propósito de problemas de saúde associados a regimes alimentares, podendo também ter implicação a figura da perda de *chance* para efeitos da distinção entre os casos de cirurgia plástica e reconstrutiva no caso da colocação de bandas gástricas (e respectiva cobertura pelos seguros de saúde acima de determinado índice de massa corporal, *v. g.*).