CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 14 de Abril de 2011[1]

Índice

I – Introdução ..... I - 10553

II – Quadro normativo ..... I - 10555

A – Direito da União ..... I - 10555

B – Direito nacional ..... I - 10556

III – Fase pré-contenciosa ..... I - 10557

IV – Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes ..... I - 10559

V – Principais argumentos das partes ..... I - 10560

A – Quanto à legislação portuguesa ..... I - 10560

B – Quanto ao direito da União ..... I - 10562

VI – Apreciação jurídica ..... I - 10565

A – Aplicabilidade do artigo 49.º CE ..... I - 10565

1. Direito aplicável ratione temporis ..... I - 10566

2. Âmbito de aplicação material ..... I - 10567

a) As competências da União e dos seus Estados-Membros no domínio da política da saúde ..... I - 10567

b) Inclusão do regime nacional controvertido ..... I - 10569

B – Restrição à livre prestação de serviços ..... I - 10571

1. Possibilidade de reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro ..... I - 10572

1 — Língua original das conclusões: alemão. Língua do processo: português.

2. A exigência de uma autorização prévia para assistência médica «de grande especialização» ..... I - 10574

3. Exclusão do reembolso de «outros» tratamentos médicos ..... I - 10576

C – Justificação da restrição ..... I - 10578

1. Justificação no caso de tratamentos médicos «de grande especialização» I - 10578

a) Preservação do equilíbrio financeiro do sistema de segurança social I - 10580

i) Justificação legítima ..... I - 10580

ii) Exigências relativas a um procedimento de autorização conforme com o direito da União ..... I - 10584

– Considerações gerais ..... I - 10584

– Exigências específicas da jurisprudência ..... I - 10584

– Proporcionalidade ..... I - 10586

b) Controlo da qualidade dos cuidados de saúde prestados no estrangeiro ..... I - 10588

c) Conclusão provisória ..... I - 10589

2. Justificação no caso de «outros» tratamentos médicos ..... I - 10591

a) Preservação do equilíbrio financeiro do sistema de segurança social I - 10591

i) Justificação legítima ..... I - 10591

ii) Proporcionalidade ..... I - 10591

b) Controlo da qualidade dos cuidados de saúde prestados no estrangeiro ..... I - 10593

c) Conclusão provisória ..... I - 10593

D – Conclusão final ..... I - 10593

VII – Quanto às despesas ..... I - 10594

VIII – Conclusão ..... I - 10594

I – Introdução

1. O presente litígio surge na sequência de uma série de processos, nos quais o Tribunal de Justiça indicou os limites, decorrentes do direito da União, às restrições dos Estados-Membros ao acesso transfronteiriço a serviços de saúde no mercado interno europeu. No exercício das competências que lhe foram atribuídas para a interpretação do direito da União, neste caso, das disposições de direito primário relativas à livre prestação de serviços, o Tribunal de Justiça proferiu, ao longo do tempo, uma vasta jurisprudência, que tem aperfeiçoado à medida que os Estados-Membros submetem pedidos de decisão prejudicial através dos órgãos jurisdicionais nacionais. É também graças à vasta jurisprudência nesta matéria que o direito dos cidadãos da União a um acesso, o mais livre possível, a cuidados de saúde transfronteiriços, que é conhecido, em geral, por conceito da «mobilidade dos pacientes» [2], tem vindo a ganhar contornos claros. Até agora, o Tribunal de Justiça teve, de certo modo, um papel de precursor na aplicação do direito, actualmente garantido a todas as pessoas no artigo 35.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [3], de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos. Com efeito, graças à jurisprudência, foi possível eliminar restrições sob a forma de regimes nacionais que impediam a criação de um mercado interno para cuidados de saúde, não obstante a inacção do legislador da União. Nesse contexto, surgiram alguns princípios importantes relativos às condições em que os doentes têm direito ao tratamento médico noutro Estado-Membro e ao reembolso, pelos regimes de seguro de saúde nacionais de que são beneficiários, das despesas suportadas com esse tratamento.

2. Os princípios desenvolvidos nesta jurisprudência podem, entretanto, ser considerados parte do acervo do direito da União, que o legislador da União terá de tomar em conta na elaboração de uma futura «[d]irectiva relativa [ao exercício] dos direitos dos

2 — V. as conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed, de 15 de Dezembro de 2005, no processo Watts (C-372/04, Colect. 2006, pp. I-4325, I-4331, n.º 1).

3 — O artigo 35.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê: «Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.»

doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços» [4]. As acções por incumprimento que a Comissão intentou contra vários Estados-Membros e que, até agora, deram origem aos acórdãos de 15 de Junho de 2010 (Comissão/Espanha), de 5 de Outubro de 2010 (Comissão/França), e de 27 de Janeiro de 2011 (Comissão/Luxemburgo) demonstram o empenho da União no sentido de aplicar de modo consequente o direito, no interesse dos seus cidadãos.

3. No presente processo, a Comissão Europeia intentou uma acção nos termos do artigo 226.º CE [5], pedindo que se declare que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, por não ter previsto, no seu direito nacional, a possibilidade do reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro, a não ser nas circunstâncias previstas no Regulamento (CEE) n.º 1408/71 [6], ou por subordinar a possibilidade de reembolso de despesas médicas não hospitalares à concessão de uma autorização prévia.

4. O cerne da questão é saber se o regime criticado pela Comissão, constante do Decreto-Lei n.º 177/92, cujo conteúdo será examinado em pormenor, pode ser objecto da classificação jurídica de restrição à livre prestação de serviços na acepção do artigo 49.º CE, na medida em que impõe a exigência de uma autorização prévia, pelas autoridades competentes, para receber prestações médicas no estrangeiro. Se, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a resposta for afirmativa, põe-se ainda a questão de saber se esta restrição pode ser justificada por razões

4 — Esse parece ter sido o caso até aqui. Na sua Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2 de Julho de 2008, relativa à aplicação dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços [COM(2008) 414 final], a Comissão expressa a intenção de criar, com a directiva prevista, um regime «baseado nos princípios da livre circulação e nos princípios subjacentes às decisões do Tribunal de Justiça». No sexto considerando desta proposta de directiva, encontra-se uma remissão correspondente para a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Lê-se aí que algumas questões relacionadas com os cuidados de saúde transfronteiriços, em particular o reembolso das despesas relativas a cuidados de saúde prestados num Estado-Membro diferente do Estado de residência do seu beneficiário, já foram analisadas pelo Tribunal de Justiça. Tendo em conta que os cuidados de saúde foram excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, sobre os serviços no mercado interno (JO L 376, p. 36), é importante «abordar estas questões num instrumento jurídico comunitário de carácter específico, para garantir uma aplicação mais geral e efectiva dos princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça para cada caso». A Posição n.º 14/2010, adoptada pelo Conselho, em 13 de Setembro de 2010, em primeira leitura, tendo em vista a adopção de uma directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços (2010/C 275 E/01) (JO C 275 E, p. 1), contém várias referências à jurisprudência do Tribunal de Justiça. Nos termos do oitavo considerando, essa directiva tem por objectivo, designadamente, «estabelecer regras destinadas a facilitar o acesso a cuidados de saúde transfronteiriços seguros e de elevada qualidade na União, a assegurar a mobilidade dos doentes de acordo com os princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça e a promover a cooperação entre os Estados-Membros em matéria de cuidados de saúde».

5 — Dado que a acção da Comissão se baseia no artigo 226.º CE e que o Estado-Membro demandado é acusado de violar as disposições do Tratado CE, as conclusões referem-se ao quadro jurídico da União antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

6 — Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98).

imperiosas de interesse geral, sendo relevante para a apreciação jurídica, no caso vertente, tratar-se exclusivamente de cuidados não hospitalares.

II – Quadro normativo

A – *Direito da União* [7]

5. O artigo 49.º, n.º 1, CE dispõe:

«No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação.»

6. O artigo 152.º, n.º 5, primeiro período, CE, dispõe:

«A acção da Comunidade no domínio da saúde pública respeitará plenamente as competências dos Estados-Membros em matéria de organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos.»

7. De acordo com o artigo 22.º do Regulamento n.º 1408/71:

«1. O trabalhador assalariado ou não assalariado que preencha as condições exigidas pela legislação do Estado competente para ter direito às prestações, tendo em conta, quando necessário, o disposto no artigo 18.º, e

[...]

c) Que seja autorizado pela instituição competente a deslocar-se ao território de outro Estado-Membro a fim de nele receber tratamentos adequados ao seu estado,

terá direito:

i) Às prestações em espécie concedidas, por conta da instituição competente, pela instituição do lugar de estada ou

7 — Com base na terminologia utilizada no TUE e no TFUE, utilizarei o conceito de «direito da União» para designar quer o direito comunitário quer o direito da União. As diferentes disposições de direito primário citadas são as aplicáveis *ratione temporis*.

de residência, nos termos da legislação aplicada por esta instituição, como se nela estivesse inscrito, sendo, no entanto, o período de concessão das prestações regulado pela legislação do Estado competente;

2. […] A autorização exigida nos termos do n.º 1, alínea c), não pode ser recusada quando os tratamentos em causa figurarem entre as prestações previstas pela legislação do Estado-Membro em cujo território reside o interessado e se os mesmos tratamentos não puderem, tendo em conta o seu estado actual de saúde e a evolução provável da doença, ser-lhe dispensados no prazo normalmente necessário para obter o tratamento em causa no Estado-Membro de residência.

[...]»

B – *Direito nacional*

8. O Decreto-Lei n.º 177/92, de 13 de Agosto, regula vários aspectos relativos aos cuidados de saúde a prestar no estrangeiro aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde português (SNS). Nos termos deste decreto-lei, cabe à Direcção-Geral dos Hospitais coordenar todo o processo de deslocações ao estrangeiro para fins de assistência médica.

9. O artigo 1.º, que define o âmbito de aplicação do decreto-lei, prevê:

«1 - A assistência médica de grande especialização no estrangeiro que, por falta de meios técnicos ou humanos, não possa ser prestada no País é regulada pelo presente diploma.

2 - São abrangidos os beneficiários do Serviço Nacional de Saúde.

3 - Excluem-se do âmbito do presente diploma as propostas de deslocação ao estrangeiro que provenham de instituições privadas.»

10. O artigo 2.º do decreto-lei define os requisitos para o reembolso integral das despesas médicas (regulado no artigo 6.º):

«São condições essenciais para [a] atribuição dos benefícios previstos no artigo 6.º:

a) A existência de um relatório médico hospitalar favorável, a elaborar circunstanciadamente pelo médico que tenha acompanhado a assistência ao doente, confirmado pelo respectivo director de serviço;

b) A confirmação de tal relatório por parte do director clínico da unidade hospitalar onde o doente foi assistido;

c) A decisão favorável do director-geral dos Hospitais, mediante parecer da assessoria técnica.»

11. Relativamente à competência decisória do director-geral dos Hospitais, o artigo 4.º prevê o seguinte:

«É da competência do director-geral dos Hospitais a decisão dos processos de assistência médica no estrangeiro que lhe sejam submetidos pelos interessados, atentos os requisitos previstos no artigo 2.º»

III – Fase pré-contenciosa

12. Em 12 de Julho de 2002, a Direcção-Geral do Mercado Interno da Comissão enviou aos Estados-Membros um questionário, relativo à conformidade da legislação e das práticas nacionais com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, sobre a aplicação das regras do mercado interno no domínio dos serviços de saúde. As autoridades portuguesas responderam à Comissão, por ofício de 17 de Janeiro de 2003, fornecendo informações sobre a legislação portuguesa aplicável nesta matéria.

13. Em 28 de Julho de 2003, a Comissão publicou um «Relatório de síntese sobre a aplicação das regras do mercado interno aos serviços de saúde – Aplicação pelos Estados-Membros da jurisprudência do Tribunal de Justiça» [8].

8 — SEC(2003) 900.

14. Com base nas informações em seu poder, a Comissão enviou à República Portuguesa, em 18 de Outubro de 2006, uma notificação para cumprir, na qual considerava que a República Portuguesa não cumpria as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, ao prever, nos termos das disposições pertinentes do Decreto-Lei n.º 177/92, de 13 de Agosto, que o reembolso das despesas médicas relativas a prestações não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro estivesse subordinado a uma autorização prévia, que só é concedida em condições restritivas. Além disso, a Comissão convidava as autoridades portuguesas, em conformidade com o artigo 226.º CE, a apresentar as observações que entendessem, no prazo de dois meses.

15. Por ofício de 12 de Janeiro de 2007, as autoridades portuguesas responderam que compreendiam «dificilmente que os serviços de saúde possam ser submetidos a princípios de mercado interno» e que um Estado-Membro tem a faculdade de estabelecer, na sua legislação, que o reembolso de despesas médicas não hospitalares está subordinado à concessão de uma autorização prévia.

16. Em 29 de Junho de 2007, a Comissão enviou às autoridades portuguesas um parecer fundamentado, no qual lhes comunicou que a resposta dada em 12 de Janeiro de 2007 não apresentava novos elementos que pudessem pôr em causa, no seu conjunto, a jurisprudência reiterada do Tribunal de Justiça. A Comissão reafirmou que, tendo mantido em vigor as disposições do Decreto-Lei n.º 177/92, de

13 de Agosto, que subordinam o reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro à concessão de uma autorização prévia, a República Portuguesa não cumpria as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça. A Comissão convidou as autoridades portuguesas a tomar as medidas necessárias para, no prazo de dois meses, se conformarem com o parecer fundamentado.

17. Por ofício de 4 de Setembro de 2007, as autoridades portuguesas responderam que o Decreto-Lei n.º 177/92 não contrariava a aplicação do direito da União em matéria de acesso dos cidadãos portugueses aos cuidados de saúde na União Europeia, nem direitos fundamentais dos cidadãos europeus, tal como consagrados no Tratado da União Europeia.

18. Em 12 de Fevereiro de 2008, as autoridades portuguesas comunicaram à Comissão que tencionavam analisar as consequências financeiras a nível do sistema de saúde, para o que precisariam de, pelo menos, um mês, sobretudo atendendo à recente alteração da composição governamental.

19. Em 18 de Junho de 2008, a Comissão solicitou às autoridades portuguesas que a informassem das alterações que previam introduzir no Decreto-Lei n.º 177/92 para eliminar rapidamente a infracção ao direito da União.

20. Por ofício de 24 de Julho de 2008, as autoridades portuguesas reiteraram a posição defendida na sua resposta de 4 de Setembro de 2007, de que o Decreto-Lei n.º 177/92 não contrariava o direito da União.

21. Em 15 de Abril de 2009, a Comissão enviou às autoridades portuguesas um parecer fundamentado complementar, no qual, no interesse da transparência e da segurança jurídica, precisou o alcance da violação do direito da União que imputava à República Portuguesa. A Comissão indicou aí que, não tendo previsto, no Decreto-Lei n.º 177/92 nem em nenhuma outra medida de direito nacional, a possibilidade de reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro, a não ser nas circunstâncias previstas no Regulamento n.º 1408171, a República Portuguesa não cumpria as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE.

22. Por ofício de 15 de Maio de 2009, as autoridades portuguesas responderam ao parecer fundamentado complementar, declarando que o reembolso das despesas realizadas com tratamentos noutro Estado-Membro estava previsto no Decreto-Lei n.º 177/92. Declararam ainda que a legislação portuguesa não exclui o pagamento de despesas médicas realizadas no estrangeiro, mesmo com consultas de especialidade, desde que se observe o

procedimento de referenciação prévia da necessidade clínica.

IV – Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

23. Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 9 de Julho de 2009, a Comissão intentou a presente acção, solicitando que o Tribunal de Justiça se digne:

— Declarar que, não tendo previsto, no Decreto-Lei n.º 177/92, de 13 de Agosto de 1992, que fixa as condições de reembolso das despesas médicas efectuadas no estrangeiro, nem em nenhuma outra medida de direito nacional, a possibilidade do reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro, excepto nas circunstâncias previstas no Regulamento (CEE) n.º 1408/71, ou, caso o citado decreto-lei admita a possibilidade do reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro, tendo subordinado o respectivo reembolso à concessão de uma autorização prévia, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE;

— Condenar a República Portuguesa nas despesas.

24. Na contestação, registada em 2 de Outubro de 2009, o Governo português pede que a acção seja julgada improcedente e a condenação da Comissão nas despesas.

25. Com a réplica de 16 de Novembro de 2009 e a tréplica de 4 de Fevereiro de 2010 foi encerrada a fase escrita do processo.

26. Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 2009, o Reino de Espanha foi autorizado a intervir em apoio dos pedidos da República Portuguesa.

27. Foram ouvidas as alegações das partes e do Governo espanhol, na audiência de 9 de Fevereiro de 2011.

28. Por acto de 24 de Março de 2011, a Comissão desistiu parcialmente da sua acção e alterou os seus pedidos, passando a solicitar que o Tribunal de Justiça se digne:

— Declarar que, não tendo previsto, no Decreto Lei n.º 177/92, de 13 de Agosto de 1992, que fixa as condições de reembolso das despesas médicas efectuadas no estrangeiro, nem em nenhuma outra medida de direito nacional, a possibilidade do reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado Membro, excepto nas circunstâncias previstas no Regulamento (CEE) n.º 1408/71, ou, caso o citado decreto-lei admita a possibilidade do reembolso

das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado Membro, tendo subordinado o respectivo reembolso à concessão de uma autorização prévia (com excepção do reembolso das despesas relativas a alguns tratamentos médicos que, embora sejam realizados num consultório, exigem a utilização de equipamentos pesados fornecidos pelo Estado-Membro de inscrição, por ele subvencionados e taxativamente enumerados na legislação nacional, como, por exemplo, câmara de cintilação munida ou não de detector de emissão de positrões em coincidência, tomógrafo de emissões, câmara de positrões, aparelhos de espectroscopia ou de espectrometria por ressonância magnética nuclear para uso clínico, *scanner* para uso médico, câmara hiperbárica, ciclotrão para uso médico), a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE;

— Condenar a República Portuguesa nas despesas.

29. Por acto de 6 de Abril de 2011, o Governo português alterou os seus pedidos, passando a solicitar que o Tribunal de Justiça se digne:

— Julgar a acção improcedente;

— Se a acção for julgada procedente, constatar a desistência parcial da acção;

— Condenar a Comissão nas despesas.

V – Principais argumentos das partes

A – *Quanto à legislação portuguesa*

30. A Comissão afirma que sentiu algumas dificuldades em compreender a posição do Governo português, tendo em conta que as informações que dele recebeu sobre o reembolso das despesas médicas não hospitalares eram de teor ambíguo ou contraditório.

31. A Comissão concluiu da resposta do Governo português ao questionário da Direcção-Geral do Mercado Interno, relativo à conformidade da legislação nacional com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que o Decreto-Lei n.º 177/92 era o acto legislativo nacional que continha as disposições aplicáveis ao reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas no estrangeiro.

32. A Comissão salienta, todavia, que, na sua resposta ao parecer fundamentado, as autoridades portuguesas afirmaram que o Decreto-Lei n.º 177/92 não tem por finalidade subordinar o reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas no estrangeiro a uma autorização prévia e que, no ordenamento jurídico português, não existe nenhuma outra disposição que o preveja. A Comissão declara que concluiu daí que o ordenamento jurídico português não previa a possibilidade do reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro, a não ser nas circunstâncias previstas no Regulamento n.º 1408/71.

33. A Comissão observa que as autoridades portuguesas declararam, no entanto, na resposta ao parecer fundamentado complementar, que o acesso aos cuidados de saúde noutro Estado-Membro obedece a um procedimento de referenciação da necessidade clínica, o que indica que, em Portugal, existe um sistema de autorização prévia de reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro.

34. Por último, a Comissão esclarece que as autoridades portuguesas reconheceram expressamente na sua contestação que não há possibilidade alguma de reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro, a não ser nas circunstâncias previstas no Regulamento n.º 1408/71.

35. O Governo português repudia a acusação baseada na natureza alegadamente ambígua ou mesmo incongruente das explicações sobre o regime legal vigente em Portugal.

36. O Governo português explica que, no ordenamento jurídico português, há duas possibilidades de acesso a cuidados de saúde prestados no estrangeiro, definidas, por um lado, no Regulamento n.º 1408/71, sobretudo no seu artigo 22.º, e, por outro, no Decreto-Lei n.º 177/92, que regula «a assistência médica de grande especialização no estrangeiro que, por falta de meios técnicos ou humanos, não possa ser prestada no País».

37. O Governo português indica que o Decreto-Lei n.º 177/92 foi pensado para funcionar como um instrumento de gestão hospitalar. Assim, um tratamento médico no estrangeiro é possível nas situações em que se verifique a falta, no sistema de saúde português, dos meios necessários para tratar as pessoas abrangidas por este sistema. Esta solução visa proporcionar ao doente os cuidados que a sua situação requer, prestados com efectiva garantia de qualidade e proficiência médica.

38. Um tratamento no estrangeiro está sujeito a determinadas condições, definidas pelo Decreto-Lei n.º 177/92. Este diploma prevê que os pedidos de assistência médica de grande especialização devem ser formulados pelos hospitais do Serviço Nacional de Saúde, acompanhados de um relatório circunstanciado do médico assistente, confirmado pelo director de serviço e pelo director clínico (artigo 2.º, n.ºs 1 e 2). A decisão final cabe ao director-geral da Saúde. Além disso,

o relatório médico deve especificar um conjunto de exigências, atinentes à condição clínica do doente e ao tratamento, bem como à indicação das instituições estrangeiras onde o doente será tratado ou submetido a intervenção cirúrgica. Verificadas as condições legais, o paciente tem direito ao pagamento integral das despesas, incluindo as relativas à deslocação e ao alojamento do próprio e de um acompanhante. O pagamento é efectuado pela unidade hospitalar responsável pelo processo de referenciação prévia (artigo 6.º).

39. O Governo português sustenta que não se deve proceder a uma distinção entre despesas hospitalares e despesas não hospitalares. A assistência médica de grande especialização no estrangeiro, sob a forma de uma cooperação institucional, pode, com efeito, abranger ambos os tipos de tratamento. O Governo português estabelece ainda um paralelo entre o procedimento da referenciação prévia da necessidade clínica de um tratamento no estrangeiro e o procedimento de encaminhamento para um médico especialista.

40. Observa ainda que a cooperação médica prevista no Decreto-Lei n.º 177/92 corresponde às necessidades do Serviço Nacional de Saúde, que, em conformidade com as exigências do direito constitucional, tem carácter universal, geral e de auto-suficiência e que, além disso, é financiado pelo Estado.

B – *Quanto ao direito da União*

41. A Comissão entende que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, tal como é interpretado pelo Tribunal de Justiça. Da sua jurisprudência resulta que o artigo 49.º CE se aplica à situação de um paciente que recebe prestações médicas mediante remuneração num Estado-Membro diferente do Estado da sua residência. Ora, em Portugal, o Decreto-Lei n.º 177/92, que fixa as condições de reembolso das despesas médicas efectuadas no estrangeiro, não prevê expressamente o reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro, a não ser nas circunstâncias previstas no Regulamento n.º 1408/71, ou, segundo a interpretação avançada pelas autoridades portuguesas, subordina o reembolso dessas despesas médicas não hospitalares à concessão de uma autorização prévia, em condições restritivas.

42. A Comissão entende que, mesmo admitindo que um sistema que subordina o reembolso de despesas médicas a uma autorização prévia possa ser justificado apesar da jurisprudência do Tribunal de Justiça, as condições de concessão dessa autorização são restritivas e, deste modo, incompatíveis com o direito da União.

43. Quanto aos argumentos deduzidos pelo Governo português a favor de uma justificação por razões imperiosas relativas, designadamente, à sustentabilidade financeira do Serviço Nacional de Saúde e à garantia do

acesso a cuidados gerais de saúde, a Comissão alega que a exigência de autorização prévia não pode ser justificada por motivos de saúde pública nem por um risco grave para o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social. Além disso, a Comissão critica as autoridades portuguesas por não terem invocado nem demonstrado a existência de um risco real de ruptura do equilíbrio financeiro do sistema de segurança social português, que pudesse decorrer do reembolso das despesas médicas não hospitalares incorridas no estrangeiro.

44. O Governo português defende que não existe no Tratado nenhuma disposição que reconheça aos cidadãos da União o direito de exigir o reembolso das despesas médicas incorridas no estrangeiro, ou que lhes reconheça o exercício irrestrito de um tal direito, sem estar regulado por um mecanismo de autorização prévia.

45. O Governo português é de opinião de que, com a presente acção por incumprimento, a Comissão pretende forçar no plano jurídico uma solução que não só carece de fundamento jurídico, mas que tem sido também recusada pelos Estados-Membros, titulares da competência para organizar os sistemas de segurança social e de prestação de cuidados de saúde. O Governo português estranha o modo de proceder da Comissão, atendendo ao facto de que está actualmente em curso um procedimento legislativo que visa definir os direitos e as obrigações dos Estados-Membros nesta matéria. Resulta do considerando 23 da Directiva 2006/123 que só uma solução normativa, de enunciado suficientemente claro, poderá justificar um veredicto judicial. Estando convencido de que um acórdão do Tribunal de Justiça teria o efeito indesejado de produzir uma sobreposição entre o nível jurisdicional de decisão e o nível político da decisão normativa, pede ao Tribunal de Justiça que suspenda a instância, nos termos do artigo 82.º-A, n.º 1, alínea a), do Regulamento de Processo.

46. Segundo o Governo português, a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à aplicabilidade do artigo 49.º CE a cuidados de saúde transfronteiriços caracteriza-se por dois elementos, a saber, o seu contexto processual específico e uma falta de segurança e clareza jurídicas. Todos os acórdãos do Tribunal de Justiça foram proferidos no contexto de reenvios prejudiciais nos termos do artigo 234.º CE, o que impede uma extrapolação das soluções encontradas nesses processos para o caso vertente.

47. Alega que, embora, em certos casos, a autorização prévia possa constituir um entrave à livre prestação de serviços, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não a considera contrária ao artigo 49.º CE, quando depende de critérios objectivos que são, igualmente, exigidos como requisitos para o reembolso de despesas com cuidados médicos dispensados no território nacional.

48. Além disso, o artigo 22.º do Regulamento n.º 1408/71 estabelece a exigência de autorização prévia para a prestação de serviços

de saúde transfronteiriços. De resto, o artigo 49.º CE deve ser conjugado com as outras disposições do Tratado. A este respeito, o Governo português remete para o artigo 152.º, n.º 5, CE, que define uma reserva de competência a favor dos Estados-Membros e cujo efeito útil exclui a aplicação de outras regras do Tratado com um sentido que esvazie de conteúdo os poderes do decisor nacional para definir a organização, o financiamento e a configuração do modelo do sistema nacional de saúde.

49. O Governo português não postula uma viragem jurisprudencial, mas solicita ao Tribunal de Justiça que estabeleça uma concordância prática entre o artigo 49.º CE e o artigo 152.º, n.º 5, CE, de modo que o artigo 49.º CE possa passar para segundo plano por razões imperiosas de interesse geral. Invoca vários motivos, já qualificados como legítimos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, entre os quais a necessidade de preservar o equilíbrio financeiro dos sistemas de segurança social e de cuidados de saúde.

50. O Governo espanhol sustenta, em primeira linha, que o artigo 49.º CE não impõe aos Estados-Membros a obrigação de adoptarem actos positivos de transposição, tanto mais que a directiva é o instrumento expressamente previsto pelo direito da União para criar estes actos positivos de transposição nas ordens jurídicas nacionais. Observa que o artigo 52.º CE indica expressamente a directiva como meio para liberalizar o mercado interno dos serviços. É exactamente o que a Comissão pretende, presentemente, com a sua proposta de directiva [9]. A não adopção, por Portugal, de um procedimento de reembolso de despesas médicas complementar ao do Regulamento n.º 1408/71, não pode, pois, constituir um incumprimento das obrigações impostas pelo artigo 49.º CE.

51. O Governo espanhol alega ainda que a Comissão não demonstrou que as autoridades portuguesas apliquem a sua legislação de forma contrária às obrigações que resultam do artigo 49.º CE, por exemplo, negando sistematicamente a autorização de tratamento no estrangeiro que o sistema prevê.

52. Quanto à compatibilidade da legislação portuguesa com o artigo 49.º CE, o Governo espanhol salienta que o regime de autorização prévia não constitui necessariamente uma restrição injustificada à livre prestação de serviços. Há razões imperiosas de interesse geral que justificam esse regime, em particular no âmbito das prestações hospitalares. Entende que é errado extrapolar a jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão Kohll e no acórdão Müller-Fauré e van Riet, relativos a prestações dentárias, para qualquer serviço médico não hospitalar. O Governo espanhol recorda que, no acórdão Kohll, o Tribunal de

9 — Já referida na nota 4.

Justiça afirmou que «o artigo 56.º do Tratado permite aos Estados-Membros restringir a livre prestação de serviços médicos e hospitalares, na medida em que a manutenção da capacidade de tratamento ou de uma especialidade médica no território nacional seja essencial para a saúde pública, ou mesmo para a sobrevivência da sua população».

53. Quanto à proporcionalidade da medida controvertida, o Governo espanhol observa que a questão que deve ser examinada é a de saber se o sistema português instaura um procedimento de autorização administrativa baseado em critérios objectivos e não discriminatórios, conhecidos antecipadamente pelos interessados, e que permite apreciar os limites ao exercício da faculdade de apreciação pelas autoridades nacionais.

VI – Apreciação jurídica

A – *Aplicabilidade do artigo 49.º CE*

54. Segundo jurisprudência assente e de acordo com as regras de direito processual da União, no quadro de uma acção por incumprimento, cabe à Comissão provar o incumprimento alegado. É a Comissão que deve apresentar ao Tribunal de Justiça os elementos necessários para que este verifique a existência desse incumprimento, não podendo basear-se em meras presunções [10]. Só há inversão do ónus da prova quando a Comissão apresentou factos suficientes, que permitam reconhecer a violação do Tratado. Nesse caso, incumbe ao Estado-Membro defender-se de forma fundamentada e pormenorizada, para, por sua vez, provar que foi respeitado o direito da União [11].

55. Com a sua acção, a Comissão acusa a República Portuguesa de não ter cumprido as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE. Isto é contestado pelo Governo português, que, em primeiro lugar, remete para o procedimento legislativo em curso, que visa a adopção de uma directiva relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços – sobretudo para as negociações que actualmente têm lugar no Conselho –, e, em segundo lugar, põe em causa a aplicabilidade das disposições de direito primário relativas

10 — V., nomeadamente, acórdãos de 25 de Maio de 1982, Comissão/Países Baixos (96/81, Recueil, p. 1791, n.º 6), de 22 de Setembro de 1988, Comissão/Grécia (272/86, Colect., p. 4875, n.º 17), de 26 de Junho de 2003, Comissão/Espanha (C-404/00, Colect., p. I-6695, n.º 26), de 6 de Novembro de 2003, Comissão/Reino Unido (C-434/01, Colect., p. I-13239, n.º 21), de 29 de Abril de 2004, Comissão/Áustria (C-194/01, Colect., p. I-4579, n.º 34), de 13 de Novembro de 2007, Comissão/Irlanda (C-507/03, Colect., p. I-9777, n.º 33), de 6 de Outubro de 2009, Comissão/Suécia (C-438/07, Colect., p. I-9517, n.º 49), e de 29 de Outubro de 2009, Comissão/Finlândia (C-246/08, Colect., p. I-10605, n.º 52).

11 — V. acórdão de 12 de Dezembro de 1996, Comissão/Alemanha (C-298/95, Colect., p. I-6747, n.º 17), e acórdão Comissão/Grécia (já referido na nota 10, n.º 21). Neste sentido, Burgi, M. – in *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union* (H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann, EE.), Munique 2003, § 6, n.º 45, p. 79, e Schwarze, J. – *EU-Kommentar* (Jürgen Schwarze, E.), 2.ª ed., 2009, artigo 226.º TCE, n.º 27, p. 1755.

à livre prestação de serviços, em especial do artigo 49.º CE, no domínio dos serviços de saúde transfronteiriços. Ambos os argumentos se referem, no plano jurídico, ao âmbito de aplicação quer temporal quer material do artigo 49.º CE ao presente litígio, o que importa analisar a seguir.

1. Direito aplicável *ratione temporis*

56. Quanto à primeira objecção formulada pelo Governo português contra a presente acção, deve notar-se, antes de mais, que um Estado-Membro não pode invocar com êxito um acto jurídico que nem sequer está em vigor e que, por isso, ainda não produz efeitos na ordem jurídica da União. A confiança na existência inalterada de uma determinada proposta da Comissão para um acto jurídico não pode ser objectivamente considerada digna de protecção, tanto mais que essas propostas estão sujeitas, no decurso do processo legislativo, a várias alterações pelo Conselho e pelo Parlamento. Este é também o motivo pelo qual só de modo limitado podem ser utilizadas como elemento de interpretação.

57. Além disso, importa lembrar que o procedimento previsto no artigo 226.º CE tem por objectivo constatar violações do direito da União pelos Estados-Membros, ocorridas num determinado momento relevante. Segundo jurisprudência entretanto assente do Tribunal de Justiça, a existência de um incumprimento deve ser apreciada atendendo à situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado. Este é o único momento determinante para apreciar a existência de um incumprimento do Tratado [12]. Por isso, não são tomadas em conta alterações posteriores do direito da União nem regularizações ulteriores pelo Estado-Membro em causa [13]. A probabilidade, que não é possível excluir, de o processo legislativo ser concluído com êxito num futuro previsível e de ser adoptada uma directiva que regule ao pormenor o exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços em nada altera o objecto da acção e não tem, por isso, repercussões no presente processo por incumprimento.

58. Consequentemente, deve ser rejeitada a objecção do Governo português contra a aplicabilidade do artigo 49.º CE para os fins do exame de uma eventual violação do direito da União.

12 — V. acórdãos de 1 de Junho de 1995, Comissão/Itália (C-182/94, Colect., p. I-1465), de 10 de Setembro de 1996, Comissão/Alemanha (C-61/94, Colect., p. I-3989), de 16 de Dezembro de 1997, Comissão/Itália (C-316/96, Colect., p. I-7231, n.º 14), de 11 de Junho de 1998, Comissão/Grécia (C-232/95 e C-233/95, Colect., p. I-3343, n.º 38), de 9 de Março de 2000, Comissão/Bélgica (C-355/98, Colect., p. I-1221, n.º 22), de 3 de Outubro de 2002, Comissão/Espanha (C-47/01, Colect., p. I-8231, n.º 15), e de 14 de Abril de 2005, Comissão/Luxemburgo (C-519/03, Colect., p. I-3067, n.º 18).

13 — V., também, Burgi, M. (*op. cit.* na nota 11, n.º 38, p. 75); Cremer, W. – *EUV/EGV- Kommentar* (Christian Calliess/ Matthias Ruffert, EE.), 3.ª ed., Munique 2007, artigo 226.º TCE, n.º 33, p. 1991.

2. Âmbito de aplicação material

59. A segunda objecção do Governo português deve ser entendida no sentido de que, no fundo, põe em causa, como tal, o âmbito de aplicação material das disposições de direito primário relativas à livre prestação de serviços. Em apoio do seu entendimento, remete para o artigo 152.º, n.º 5, CE, uma disposição que, segundo alega, atribui aos Estados-Membros a responsabilidade em matéria de organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos. O Governo português refere ainda a necessidade de um regime de direito derivado neste domínio.

a) As competências da União e dos seus Estados-Membros no domínio da política da saúde

60. Há que concordar com o Governo português na medida em que alega que os Estados-Membros são, em princípio, competentes em matéria de cuidados de saúde. Na verdade, pode-se dizer, pura e simplesmente, que os Estados-Membros, continuam a ser, em princípio, «donos e senhores da política de saúde pública» [14], o que significa que a União não deve contrariar a sua política. No domínio de actividade delineado pelo artigo 152.º CE, as competências da União são menos nítidas do que noutras áreas. Quanto ao seu conteúdo, limitam-se, nos termos do n.º 1, segundo e terceiro parágrafos, a «complementar» as políticas dos Estados-Membros e, a nível organizacional, nos termos do n.º 2, primeiro parágrafo, a «incentivar» a cooperação entre eles. O facto de, na área da protecção da saúde, a actividade da União ocupar, em princípio, um plano secundário relativamente às políticas dos Estados-Membros deve ser considerado uma expressão do princípio da subsidiariedade, consagrado no artigo 5.º CE. Contudo, isto não afecta a faculdade da União de criar padrões de protecção para todo o seu território, tendo em vista eliminar restrições às liberdades fundamentais, no contexto da harmonização das políticas nacionais de protecção da saúde, baseada no artigo 95.º CE. A proposta de directiva da Comissão que, nos termos do seu oitavo considerando, visa, designadamente, garantir a mobilidade dos doentes e a liberdade de prestação de cuidados

14 — O oitavo considerando da proposta, apresentada pela Comissão, de «directiva relativa à aplicação dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços» (já referida na nota 4) é do seguinte teor: «A presente directiva tem como objectivo estabelecer um quadro geral para a prestação de cuidados de saúde transfronteiriços seguros, eficazes e de elevada qualidade na Comunidade, e garantir a mobilidade dos doentes, a liberdade de prestação de cuidados de saúde e um elevado nível de protecção da saúde, respeitando simultaneamente as responsabilidades dos Estados-Membros pela definição das prestações de segurança social no domínio da saúde e, em particular, as prestações de doença, e pela organização e prestação dos cuidados de saúde e dos tratamentos médicos.»

de saúde, assenta precisamente na referida faculdade.

61. O Tribunal de Justiça está consciente da complexidade da repartição de competências entre a União e os seus Estados-Membros. Com efeito, conforme tem declarado em jurisprudência assente, o direito da União não prejudica a competência dos Estados-Membros para organizarem os seus sistemas de segurança social [15]. Isto significa que, na falta de harmonização ao nível da União Europeia, incumbe à legislação de cada Estado-Membro determinar as condições de concessão das prestações em matéria de segurança social [16]. Neste contexto, importa remeter para o acórdão Watts [17], no qual o Tribunal de Justiça indicou claramente que, nos termos do artigo 152.º, n.º 5, CE, a acção da União deve respeitar plenamente as competências dos Estados-Membros em matéria de organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos.

62. Todavia, como o Tribunal de Justiça explicou no mesmo acórdão, esta disposição não exclui que os Estados-Membros sejam obrigados, por força de outras disposições do Tratado, como o artigo 49.º CE, ou de medidas da União adoptadas com base noutras disposições do Tratado, como o artigo 22.º do Regulamento n.º 1408/71, a introduzir adaptações nos seus sistemas nacionais de saúde e de segurança social [18]. Já em acórdãos anteriores, o Tribunal de Justiça tinha salientado que os Estados-Membros, ao exercerem a faculdade que lhes é conferida no artigo 152.º, n.º 5, CE, devem respeitar o direito da União, em especial as disposições em matéria da livre prestação de serviços [19]. Estas disposições incluem a proibição de os Estados-Membros introduzirem ou manterem restrições injustificadas ao exercício dessa liberdade no domínio dos cuidados da saúde [20]. Note-se ainda que o Tribunal de Justiça advertiu expressamente que os Estados-Membros não devem considerar que as inevitáveis adaptações a introduzir nos seus sistemas nacionais de segurança social, para aplicarem as liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, violam a sua competência soberana na

15 — Acórdãos de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar e o. (238/82, Recueil, p. 523, n.º 16), de 17 de Junho de 1997, Sodermare e o. (C-70/95, Colect., p. I-3395, n.º 27), de 28 de Abril de 1998, Kohll (C-158/96, Colect., p. I-1931, n.º 17), de 18 de Março de 2004, Leichtle (C-8/02, Colect., p. I-12641, n.º 29), de 16 de Maio de 2006, Watts (C-372/04, Colect., p. I-4325, n.º 92), e de 15 de Junho de 2010, Comissão/Espanha (já referido na nota 2, n.º 53).

16 — Acórdãos de 24 de Abril de 1980, Coonan (110/79, Recueil, p. 1445, n.º 12), de 4 de Outubro de 1991, Paraschi (C-349/87, Colect., p. I-4501, n.º 15), de 30 de Janeiro de 1997, Stöber e Piosa Pereira (C-4/95 e C-5/95, Colect., p. I-511, n.º 36); acórdão Watts (já referido na nota 15, n.º 92); acórdão de 13 de Maio de 2003, Müller-Fauré e van Riet (C-385/99, Colect., p. I-4509, n.º 100); acórdão Comissão/Espanha (já referido na nota 15, n.º 53); e acórdão de 27 de Janeiro de 2011, Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 2, n.º 32).

17 — Acórdão Watts (já referido na nota 15, n.º 146). V., também, acórdão Comissão/Espanha (já referido na nota 15, n.º 75).

18 — Acórdão Watts (já referido na nota 15, n.º 147).

19 — Acórdãos de 28 de Abril de 1998, Decker (C-120/95, Colect., p. I-1831, n.º 19), de 12 de Julho de 2001, Smits e Peerbooms (C-157/99, Colect., p. I-5473, n.ºs 44 a 46); acórdão Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 100); acórdão de 23 de Outubro de 2003, Inizan (C-56/01, Colect., p. I-12403, n.º 17); e acórdãos Watts (já referido na nota 15, n.º 92) e Comissão/Espanha (já referido na nota 15, n.º 53).

20 — Acórdão de 5 de Outubro de 2010, Elchinov (C-173/09, Colect., p. I-8889, n.º 40); acórdão Comissão/Espanha (já referido na nota 15, n.º 23); acórdão de 19 de Abril de 2007, Stamatelaki (C-444/05, Colect., p. I-3185, n.º 23); e acórdão Watts (já referido na nota 15, n.º 92).

matéria [21]. Por último, importa não esquecer que a União Europeia pode exercer uma influência considerável nos sistemas de saúde dos Estados-Membros, através de medidas que visam, por exemplo, garantir as liberdades fundamentais [22].

63. No domínio dos cuidados de saúde transfronteiriços, verifica-se, por assim dizer, um cruzamento entre o direito da União e o direito nacional, de modo que, muito frequentemente, o direito da União se limita, no essencial, a indicar um objectivo vinculativo – como a concretização da livre circulação de pessoas para os pacientes, bem como da sua igualdade de tratamento pelas autoridades nacionais, independentemente da sua nacionalidade –, mantendo os Estados-Membros as suas competências, as quais se devem inserir no quadro normativo fixado pelo direito primário e derivado, na medida em que os Estados-Membros não podem violar o direito da União no exercício das suas competências [23]. O Tribunal de Justiça determina a amplitude do quadro jurídico da União que o artigo 49.º CE estabelece para o exercício das competências dos Estados-Membros. Com efeito, nos termos dos Tratados constitutivos, incumbe-lhe esclarecer e precisar o significado e o alcance de uma norma do direito da União, tal como deve ser entendida e aplicada desde o momento da sua entrada em vigor [24].

64. Por conseguinte, a República Portuguesa também não pode invocar com êxito a sua competência originária em matéria de organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos no seu território, para se eximir ao cumprimento das obrigações que lhe são impostas pelo restante direito primário da União, sobretudo pelas disposições relativas às liberdades fundamentais.

b) Inclusão do regime nacional controvertido

65. Quanto à outra questão de saber se o regime nacional controvertido está abrangido pelo âmbito de aplicação material do

21 — Acórdãos Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 16, n.º 45), Watts (já referido na nota 15, n.º 147) e acórdão Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 102).

22 — V., por exemplo, acórdão de 11 de Dezembro de 2003, Doc-Morris (C-322/01, Colect., p. I-14887) – proibição nacional de venda por correspondência de medicamentos; acórdão de 9 de Setembro de 2003, Jaeger (C-151/02, Colect., p. I-8389) – permanências asseguradas por um médico num hospital, no contexto da protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores; acórdão Leichtle (já referido na nota 15, n.º 51) – requisitos para o reembolso das despesas relativas a um tratamento termal noutro Estado-Membro; e acórdão de 3 de Outubro de 2000, Ferlini (C-411/98, Colect., p. I-8081, n.ºs 47 e seg.).

23 — Neste sentido, Van Raepenbusch, S. – «Dossier: l'Europe de la santé – L'état de la jurisprudence de la CJCE relative au libre accès aux soins de santé à l'intérieur de l'Union européenne après l'arrêt du 16 mai 2006, Watts, C-372/04», *Gazette du Palais*, Dezembro de 2006, p. 8.

24 — V. acórdão de 19 de Novembro de 2009, Comissão/Itália (C-540/07, Colect., p. I-10983, n.º 63).

artigo 49.º CE, importa lembrar que, segundo jurisprudência assente, as prestações médicas fornecidas mediante remuneração estão abrangidas pelo âmbito de aplicação das disposições relativas à livre prestação de serviços [25], sem que haja que distinguir consoante os cuidados sejam dispensados no quadro hospitalar ou fora dele [26]. Foi também decidido que a livre prestação de serviços inclui a liberdade de os destinatários destes, designadamente as pessoas que devam receber tratamento médico, se deslocarem a outro Estado-Membro para aí beneficiarem desses serviços, sem serem afectados por restrições [27]. O Tribunal de Justiça declarou ainda que uma prestação médica não perde o carácter de prestação de serviços, na acepção do artigo 49.º CE, pelo facto de o paciente, após ter pago ao prestador estrangeiro o tratamento recebido, solicitar que os respectivos custos sejam suportados por um serviço nacional de saúde [28].

66. Logo, disposições nacionais como as constantes do Decreto-Lei n.º 177/92, que definem as condições quer do acesso dos pacientes a cuidados de saúde transfronteiriços quer do reembolso de despesas médicas pelas autoridades de um sistema nacional de protecção da saúde, estão abrangidas pelo âmbito de aplicação material do artigo 49.º CE [29].

67. De resto – contrariamente ao que foi defendido pelo Governo português, que invocou várias vezes este argumento contra a aplicabilidade ao presente processo dos princípios desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça –, o facto de o Serviço Nacional de Saúde em Portugal, ao invés dos sistemas de saúde de muitos outros Estados-Membros, ser financiado, não através de contribuições dos segurados mas, exclusivamente, através de impostos e de outros recursos orçamentais do Estado, não se opõe, de modo algum, a uma apreciação da compatibilidade das disposições do Decreto-Lei n.º 177/92 com o artigo 49.º CE, tal como

25 — Acórdãos Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 16, n.º 34), Comissão/Espanha (já referido na nota 15, n.º 47), Stamatelaki (já referido na nota 20, n.º 19), Watts (já referido na nota 15, n.º 86), de 4 de Outubro de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Colect., p. I-4685, n.º 18), e acórdão Kohll (já referido na nota 15, n.º 29).

26 — Acórdãos Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 16, n.º 34), de 5 de Outubro de 2010, Comissão/França (já referido na nota 2, n.º 30), Leichtle (já referido na nota 15, n.º 28), Stamatelaki (já referido na nota 20, n.º 19), Watts (já referido na nota 15, n.º 86), Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 103), de 12 de Julho 2001, Vanbraekel e o. (C-368/98, Colect., p. I-5363, n.º 41), e acórdão Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.º 53).

27 — Acórdãos Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 16, n.º 35), Comissão/França (já referido na nota 26, n.º 31), Elchinov (já referido na nota 20, n.º 37), Comissão/Espanha (já referido na nota 15, n.º 49), Stamatelaki (já referido na nota 20, n.º 20) e Watts (já referido na nota 15, n.º 87).

28 — Acórdãos Comissão/Espanha (já referido na nota 15, n.º 47), Stamatelaki (já referido na nota 20, n.º 21) e acórdão Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 103).

29 — V. acórdão Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.ºs 60 a 69) e acórdão do Tribunal da EFTA, Rinsal e Slinning (E-11/07 e C-1/08, n.º 44), nos quais é afirmada não só a aplicabilidade material das disposições de direito primário relativas à livre prestação de serviços nos Tratados CE e EEE mas também o carácter restritivo das disposições nacionais em causa. O conteúdo do artigo 49.º, n.º 1, CE corresponde ao do artigo 36.º, n.º 1, do Acordo EEE, cuja interpretação compete ao Tribunal da EFTA (relativamente aos Estados da EFTA/do EEE). Atendendo à exigência de uma jurisprudência homogénea no seio do Espaço Económico Europeu, o Tribunal da EFTA aplicou a supramencionada jurisprudência do Tribunal de Justiça a esta disposição do Acordo.

é interpretado pelo Tribunal de Justiça, pois como o Tribunal de Justiça declarou inequivocamente no acórdão Watts [30], em especial a respeito de um serviço nacional de saúde financiado através de impostos, como o National Health Service (NHS) no Reino Unido, as disposições de direito primário relativas à livre prestação de serviços aplicam-se «independentemente do modo de funcionamento do [respectivo] sistema nacional». Gostaria de observar ainda que uma das inovações do acórdão Watts consistiu em aplicar a sistemas nacionais de saúde financiados por meio de impostos a jurisprudência anterior, relativa à livre circulação no contexto de um regime legal do seguro de doença financiado em primeira linha através de contribuições [31]. Importa remeter, neste contexto, para o acórdão Müller-Fauré e van Riet [32], no qual o Tribunal de Justiça declarou expressamente que, na perspectiva da livre prestação de serviços, não há lugar a uma distinção consoante seja «a caixa de seguro de doença ou o orçamento nacional a pagar directamente o prestador». Por conseguinte, deve ser rejeitado o argumento em contrário do Governo português.

68. Deste modo, é aplicável o artigo 49.º CE.

B – *Restrição à livre prestação de serviços*

69. É ainda necessário examinar se o regime do Decreto-Lei n.º 177/92, como a Comissão critica, constitui uma restrição à livre prestação de serviços na acepção do artigo 49.º CE. Segundo jurisprudência assente, o artigo 49.º CE opõe-se à aplicação de qualquer legislação nacional que tenha por efeito tornar a prestação de serviços entre Estados-Membros mais difícil do que a prestação de serviços puramente interna num Estado-Membro [33].

70. Contudo, só é possível constatar a existência de uma restrição injustificada à livre prestação de serviços e, deste modo, da violação do direito da União, se o objecto do litígio estiver suficientemente definido. Para este efeito, há que examinar a finalidade dos pedidos da Comissão que determinam o objecto do litígio.

71. Note-se, a este respeito, que a Comissão baseia a sua acção em dois incumprimentos alternativos. Na sua acção, a Comissão acusa a República Portuguesa, em particular, de não prever no seu direito nacional a possibilidade de reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro,

30 — Já referido na nota 15, n.º 90.

31 — Neste sentido, Schneider, U. – «Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG», *European Law Reporter*, 9/2006, p. 348; Schiano, R. – «Arrêt "Yvonne Watts"», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2/2006, p. 461.

32 — Já referido na nota 16, n.º 103.

33 — Acórdãos Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 16, n.º 33), Comissão/Espanha (já referido na nota 15, n.º 55), Stamatelaki (já referido na nota 20, n.º 25), Watts (já referido na nota 15, n.º 94), Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.º 61), Kohll (já referido na nota 15, n.º 33) e acórdão de 5 de Outubro de 1994, Comissão/França (C-381/93, Colect., p. I-5145, n.º 17).

a não ser nas circunstâncias previstas no Regulamento n.º 1408/71. A título subsidiário, critica-a por ter criado um sistema que subordina o reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro à concessão de uma autorização prévia.

1. Possibilidade de reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro

72. Decorre da redacção do primeiro pedido que a sua segunda parte («ou então, caso o citado decreto-lei admita a possibilidade do reembolso das despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro») deve ser entendida como um pedido subsidiário da Comissão, para o caso de o Tribunal de Justiça declarar que a legislação portuguesa relevante – contrariamente à suspeita da Comissão – prevê o reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro, ou seja, também em circunstâncias não previstas no Regulamento n.º 1408/71.

73. Assim, há que examinar, antes de mais, face às informações prestadas ao Tribunal de Justiça pelas partes, se o regime nacional controvertido prevê o reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro.

74. Na sua petição inicial [34], a Comissão indica que, com base nas informações que lhe foram fornecidas pelas autoridades portuguesas no âmbito do procedimento pré-contencioso, concluiu que a legislação portuguesa não prevê a possibilidade de reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro, a não ser nas circunstâncias previstas no Regulamento n.º 1408/71. Nesse contexto, a Comissão remete para a resposta das autoridades portuguesas de 4 de Setembro de 2007 ao parecer fundamentado [35], na qual estas esclarecem que, na ordem jurídica portuguesa, não existe nenhuma disposição que regule o direito ao reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro. Além disso, as autoridades portuguesas admitiram aí que, nesse caso, não havia lugar a um reembolso de despesas médicas.

75. Na sua petição inicial [36], a Comissão critica, além disso, as indicações imprecisas das autoridades portuguesas a respeito da finalidade normativa do Decreto-Lei n.º 177/92 e da aplicabilidade deste diploma a cuidados não hospitalares prestados noutro Estado-Membro. Neste contexto, afirma que as

34 — V. n.os 32 e 33 da petição inicial.

35 — V. p. 15 da resposta das autoridades portuguesas, de 4 de Setembro de 2007, ao parecer fundamentado.

36 — V. n.º 38 da petição inicial.

autoridades portuguesas declararam, na sua resposta de 15 de Maio de 2009 ao parecer fundamentado complementar, que, nos termos do Decreto-Lei n.º 177/92, o reembolso de despesas realizadas com tratamentos noutro Estado-Membro depende de uma autorização prévia. A Comissão deduz daí que o Decreto-Lei n.º 177/92 se deve, em qualquer caso, aplicar também a tratamentos não hospitalares.

76. O presente processo por incumprimento revela uma certa insegurança por parte da Comissão, ao reproduzir de modo detalhado o conteúdo normativo das disposições controvertidas assim como os aspectos susceptíveis de constituir uma restrição à livre prestação de serviços. Isto é surpreendente, atendendo a que a fase pré-contenciosa foi iniciada logo em 2006 e a que a correspondência trocada entre ela e as autoridades portuguesas, na qual foi discutida a questão da compatibilidade da legislação portuguesa com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, já remonta a 2003. Teria sido possível evitar equívocos e indicações contraditórias, patentes à leitura das peças processuais, se determinados aspectos relevantes, por exemplo, relativos à aplicabilidade das disposições do Decreto-Lei n.º 177/92 a tratamentos não hospitalares, tivessem sido analisados em profundidade logo na fase pré-contenciosa. Recordo, neste contexto, que os Estados-Membros devem, por força do artigo 10.º CE, facilitar à Comissão o cumprimento da sua missão, que consiste especialmente, segundo o artigo 211.º CE, em velar pela aplicação das disposições adoptadas pelas instituições com base no Tratado [37]. Como o Tribunal de Justiça já declarou, resulta dessa obrigação que os Estados-Membros têm o dever de cooperar de boa fé em todas as investigações efectuadas pela Comissão ao abrigo do artigo 226.º CE e de lhe fornecer as informações requeridas para o efeito [38].

77. Decorre do Decreto-Lei n.º 177/92 que nele estão estabelecidas as condições de reembolso das despesas médicas efectuadas no estrangeiro, não se encontrando aí nenhuma indicação da distinção entre tratamentos não hospitalares e tratamentos hospitalares. O Governo português parece partir igualmente deste entendimento, dado que, na sua contestação, por um lado, põe em causa o sentido desta distinção de princípio entre tipos de tratamento e, por outro, declara categoricamente que a legislação portuguesa – referindo-se expressamente ao Decreto-Lei n.º 177/92 – permite o reembolso integral das despesas médicas efectuadas no estrangeiro com tratamentos hospitalares e com tratamentos não

37 — V., designadamente, acórdãos de 13 de Dezembro de 1991, Comissão/Itália (C-33/90, Colect., p. I-5987, n.º 18), e de 26 de Abril de 2005, Comissão/Irlanda (C-494/01, Colect., p. I-3331, n.º 197).

38 — V., designadamente, acórdãos de 11 de Dezembro de 1985, Comissão/Grécia (192/84, Recueil, p. 3967, n.º 19), de 6 de Março de 2003, Comissão/Luxemburgo (C-478/01, Colect., p. I-2351, n.º 24), de 13 de Julho 2004, Comissão/Itália (C-82/03, Colect., p. I-6635, n.º 15), e acórdão Comissão/Irlanda (já referido na nota 37, n.º 198). Neste sentido, também: Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. – *Procedural Law of the European Union*, 2.ª ed., Londres, 2006, n.º 5-057, p. 163.

hospitalares, desde que sejam justificados por razões médicas [39].

78. Importa constatar, portanto, que, ao contrário do que a Comissão supõe, o Decreto-Lei n.º 177/92, que é legislação nacional pertinente, prevê, em princípio, a possibilidade de reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro.

2. A exigência de uma autorização prévia para assistência médica «de grande especialização»

79. A título subsidiário, a Comissão acusa a República Portuguesa de ter criado um sistema que subordina o reembolso de despesas médicas não hospitalares efectuadas noutro Estado-Membro à concessão de uma autorização prévia. Note-se, a este respeito, que o Tribunal de Justiça considerou que a mera exigência de uma autorização prévia para o reembolso de despesas constitui, quer para os pacientes quer para os prestadores, um entrave à livre prestação de serviços [40], se um sistema desse tipo desincentivar, ou mesmo impedir, os pacientes de se dirigirem a prestadores de serviços médicos estabelecidos noutro Estado-Membro, para receber os tratamentos em causa [41].

80. A Comissão critica, em particular, o facto de se manter, na ordem jurídica portuguesa, um regime legal incompatível com o direito da União. Contrariamente ao que é defendido pelos Governos português e espanhol [42], para apreciar o efeito restritivo de um regime nacional, não é, de modo algum, absolutamente necessário constatar a existência de uma prática administrativa concreta, contrária ao direito da União, isto é, no caso vertente, de uma prática eventualmente restritiva das autoridades portuguesas na concessão de autorizações. Como se depreende da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 49.º CE, o alcance da livre prestação de serviços é interpretado de modo tão extensivo que, para constatar a existência do efeito restritivo de uma disposição nacional, basta que esta seja susceptível de impedir, entravar ou tornar menos atractiva a utilização de um serviço, oferecido noutro Estado-Membro, pelo seu destinatário [43]. Assim, para os fins do presente processo, é suficiente examinar se as disposições nacionais controvertidas podem dissuadir os potenciais destinatários dos serviços.

39 — V. n.os 16, 24 e 58 da contestação.

40 — Acórdãos de 31 de Janeiro de 1984, Luisi e Carbone (286/82 e 26/83, Recueil, p. 377, n.º 16), de 28 de Janeiro de 1992, Bachmann (C-204/90, Colect., p. I-249, n.º 31), e acórdão Kohll (já referido na nota 15, n.º 35). V. acórdão do Tribunal da EFTA, Rinsal e Slinning (já referido na nota 29, n.os 44 e 45).

41 — Acórdãos Comissão/França (já referido na nota 26, n.º 32), Watts (já referido na nota 15, n.º 98), Leichtle (já referido na nota 15, n.º 30), Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 41 e 44) e acórdão Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.º 69).

42 — V. n.º 21 das alegações do Governo espanhol.

43 — V. acórdão de 8 de Setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International (C-42/07, Colect., p. I-7633, n.º 51).

81. Só a análise das disposições nacionais relevantes permitirá apurar se o disposto no Decreto-Lei n.º 177/92 tem esse efeito dissuasivo sobre potenciais pacientes, de modo a preencher os requisitos do conceito de restrição.

82. Como já foi indicado, o Decreto-Lei n.º 177/92 define as condições de reembolso das despesas médicas efectuadas no estrangeiro. Submete o reembolso das despesas médicas efectuadas no estrangeiro a uma reserva de autorização, criando, para tal, um procedimento administrativo específico em que participam várias autoridades hospitalares. Por força do artigo 2.º do decreto-lei, o paciente que necessita de assistência médica de grande especialização no estrangeiro tem de obter, antes de ser tratado no estrangeiro, a autorização de três entidades diferentes. Pode-se deduzir tanto dos considerandos como do artigo 1.º, n.º 1, e do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do decreto-lei que a autorização atesta, no essencial, que o tratamento tem de ser realizado no estrangeiro, no âmbito da cooperação médica, porque, por falta de meios técnicos ou humanos, não pode ser realizado no país. Os pedidos de assistência médica de grande especialização têm de ser apresentados pelos hospitais do Serviço Nacional de Saúde, devendo esses pedidos ser acompanhados de um relatório circunstanciado do médico, que tem de ser confirmado pelo respectivo director de serviço e pelo director clínico.

83. Assim, o Decreto-Lei n.º 177/92 condiciona o reembolso de despesas médicas efectuadas no estrangeiro a uma autorização prévia, o que, em caso de recusa, implica que o paciente tem, em última análise, de suportar sozinho as suas despesas médicas. É certo que o regime controvertido não impede directamente os pacientes de se dirigirem a um prestador de serviços noutro Estado-Membro. No entanto, a perspectiva de um prejuízo financeiro, no caso de as despesas médicas não serem cobertas pelo Serviço Nacional de Saúde devido a uma decisão administrativa desfavorável, é, em si, objectivamente adequada a desencorajar os potenciais pacientes que desejem receber assistência médica no estrangeiro. Este entendimento é corroborado pelo acórdão Kohll, pelo acórdão Smits e Peerbooms e pelo acórdão Müller-Fauré e van Riet [44], nos quais o Tribunal de Justiça confirmou, designadamente, o efeito dissuasivo de tais exigências de autorização, que visam comprovar a necessidade clínica de um tratamento no estrangeiro. Um outro factor dissuasivo para recorrer a serviços de saúde transfronteiriços é a complexidade deste procedimento de autorização, que está patente, em especial, na sua configuração em três fases. Não é de excluir a possibilidade de opiniões diferentes das várias entidades quanto à necessidade clínica de um tratamento no estrangeiro.

84. É certo que, na fase escrita do processo, o Governo português alegou que o procedimento previsto no Decreto-Lei n.º 177/92 de «referenciação prévia da necessidade clínica» de um tratamento no estrangeiro é

44 — V. acórdãos Kohll (já referido na nota 15, n.os 33 a 36), Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.os 62 e 64) e acórdão Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.os 41 e 42).

comparável ao encaminhamento para um médico especialista no território nacional [45]. Este argumento destina-se, manifestamente, a contrariar a suposição de que o regime controvertido poderia tornar mais difícil a prestação de serviços entre a República Portuguesa e outros Estados-Membros da União do que a prestação de serviços no interior de um Estado-Membro. Tenho dúvidas quanto à exactidão deste argumento, tanto mais que o Governo português nada indicou que pudesse apoiar essa afirmação. Não foi demonstrado, por exemplo, que o encaminhamento para um médico especialista em Portugal torne necessário obter uma autorização de três entidades diferentes. Por conseguinte, é de supor que o encaminhamento para um médico especialista no território nacional implica um procedimento administrativo muito menos complexo do que uma deslocação ao estrangeiro para fins de assistência médica no âmbito do procedimento de autorização controvertido. À margem destas considerações, é de notar que o referido regime se refere expressamente a factos transfronteiriços, sendo manifesto que visa dificultar o acesso a serviços de saúde no estrangeiro por parte dos cidadãos que vivem em Portugal.

85. Importa, portanto, constatar que o regime controvertido de autorização prévia é susceptível de dissuadir potenciais pacientes e, deste modo, também de os impedir de se dirigirem a prestadores de serviços de saúde estabelecidos noutro Estado-Membro. Deste modo, o regime nacional controvertido tem como resultado tornar a prestação de serviços entre Estados-Membros mais difícil do que a prestação de serviços no território de um Estado-Membro. Constitui, por isso, um entrave à livre prestação de serviços quer para estes pacientes quer para o prestador.

3. Exclusão do reembolso de «outros» tratamentos médicos

86. A suspeita da Comissão, atrás referida, sobre a eventual impossibilidade de reembolso das despesas médicas [46] nos termos do direito português parece ser fundada ainda num outro contexto. Como já foi constatado ao apresentar este diploma, o Decreto-Lei n.º 177/92 não abrange todos os tipos de tratamento médico. Pelo contrário, limita-se exclusivamente à chamada assistência médica «de grande especialização» no estrangeiro. Por conseguinte, o reembolso das despesas só é possível para este tipo de tratamentos – pressupondo que seja concedida a autorização correspondente. Atendendo a que, na falta de indicações em contrário do Governo português, não há, na ordem jurídica portuguesa, nenhuma norma que consagre expressamente um direito ao reembolso de despesas médicas efectuadas com «outros» tratamentos não hospitalares no estrangeiro, deve partir-se do princípio de que esta possibilidade também não está prevista no direito português.

45 — V. n.os 22 e 23 da contestação.

46 — V. n.º 74 das presentes conclusões.

87. Neste sentido apontam também, além da finalidade, da sistemática e da redacção do Decreto-Lei n.º 177/92, as alegações do Governo português relativas às características fundamentais do sistema português de protecção da saúde, que, no essencial, se distingue pela sua autonomia, sendo manifesto que, por isso, um tratamento médico no estrangeiro não é considerado tão digno de promoção como os tratamentos correspondentes a nível nacional. Um outro indício é a declaração do Governo português de que a República Portuguesa não pode garantir o reembolso das despesas com tratamentos de qualquer tipo no estrangeiro [47]. O facto de o Governo português remeter para o Decreto-Lei n.º 177/92, para contestar a afirmação da Comissão segundo a qual, na ordem jurídica portuguesa, não há nenhuma disposição que preveja um reembolso correspondente de despesas médicas, também não pode ser invocado como argumento contra o entendimento do quadro jurídico nacional apresentado nas presentes conclusões, pois o Decreto-Lei n.º 177/92, como já foi indicado, não regula precisamente o reembolso de despesas médicas efectuadas com «outros» tratamentos não hospitalares.

88. Devido à sua natureza de cuidados de saúde, os «outros» tratamentos não hospitalares no estrangeiro são igualmente protegidos pela livre prestação de serviços. A recusa categórica de reconhecimento de um direito ao reembolso de despesas médicas efectuadas no âmbito de tais tratamentos no estrangeiro constitui claramente uma restrição à livre prestação de serviços no sentido da definição supra-referida [48], dado que, para os pacientes que residem em Portugal, torna o acesso aos cuidados de saúde noutros Estados-Membros mais difícil do que o acesso aos mesmos cuidados de saúde no território nacional. Na verdade, só se fossem tratados no próprio país é que teriam direito ao reembolso do Serviço Nacional de Saúde. Como já foi indicado a propósito da exigência de autorização prevista no decreto-lei [49], é certo que a não cobertura das despesas médicas não impede directamente os pacientes de se dirigirem a um prestador de serviços noutro Estado-Membro. Todavia, uma análise objectiva revela que já a perspectiva de um prejuízo financeiro é, por si própria, susceptível de desencorajar potenciais pacientes que desejem ser tratados no estrangeiro [50]. O carácter restritivo deste regime manifesta-se, em última análise, nos seus efeitos.

89. Em consequência, a impossibilidade de reembolso das despesas com «outros» tratamentos médicos deve igualmente ser considerada uma restrição à livre prestação de serviços.

47 — V. n.º 54 da contestação.

48 — V. n.º 69 das presentes conclusões.

49 — V. n.º 83 das presentes conclusões.

50 — V. acórdão Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 16, n.º 41).

C – *Justificação da restrição*

90. Tendo sido constatada uma restrição à livre prestação de serviços para tratamentos médicos «de grande especialização» e «outros», importa examinar a seguir se a respectiva restrição pode ser objectivamente justificada.

91. Para este fim, é necessário distinguir rigorosamente entre ambas as situações. No caso de tratamentos «de grande especialização», coloca-se a questão da justificação da restrição resultante da exigência de autorização [51]. Ao invés, no caso de «outros» tratamentos médicos, trata-se de examinar a justificação da restrição decorrente da impossibilidade do reembolso das despesas médicas [52]. No sentido de um exame separado da justificação aponta, em primeiro lugar, a diferente intensidade com que cada um dos regimes nacionais controvertidos restringe a livre prestação de serviços e, em segundo lugar, a circunstância de que as exigências jurídicas para uma justificação nos termos do direito da União são, em parte, distintas.

1. Justificação no caso de tratamentos médicos «de grande especialização»

92. Como o Tribunal de Justiça tem declarado reiteradamente, o direito da União não se opõe, em princípio, a um sistema de autorização prévia, mas as condições para a concessão dessa autorização devem ser justificadas e preencher o requisito da proporcionalidade [53]. Para isso, é necessário, segundo jurisprudência assente, que a restrição não exceda o que é objectivamente necessário para esse fim e que o mesmo resultado não possa ser obtido com regras menos gravosas [54]. Este sistema deve ainda assentar em critérios objectivos, não discriminatórios e conhecidos antecipadamente, de modo a estabelecer limites ao exercício do poder de apreciação das autoridades nacionais, evitando que este seja utilizado de modo arbitrário [55].

93. O nível da justificação é, na metodologia jurídica, o aspecto do exame em que se deve estabelecer a «concordância prática», exigida pelo Governo português, entre a soberania normativa e de organização dos Estados-Membros no domínio da protecção da saúde, por um lado, e as regras do mercado interno, por outro [56]. Nesse contexto, incumbe ao Tribunal de Justiça conciliar, na medida do possível, o interesse do segurado de um serviço nacional de saúde em beneficiar das vantagens do mercado interno, na perspectiva da liberdade de circulação das prestações

51 — V. n.º 85 das presentes conclusões.

52 — V. n.º 89 das presentes conclusões.

53 — Acórdão Elchinov (já referido na nota 20, n.º 44) e acórdão Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.º 82).

54 — Acórdão Watts (já referido na nota 15, n.º 106).

55 — V. acórdãos Elchinov (já referido na nota 20, n.º 44), Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.ºs 83 a 85) e Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.ºs 82 e 90).

56 — V. Cousins, M. – «Patient Mobility and National Health Systems», *Kluwer Law International*, 2007, p. 190.

de serviços de saúde, e a vontade dos Estados-Membros de manterem a estabilidade financeira dos seus serviços de saúde, para poderem continuar a garantir aos segurados cuidados de saúde de elevada qualidade [57].

94. Contudo, uma restrição às liberdades fundamentais só pode ser justificada por um motivo legítimo. O Tribunal de Justiça reconhece na sua jurisprudência relativa a cuidados de saúde transfronteiriços uma série de justificações escritas e desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais. Mas, até agora, o Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou sobre a questão de saber se, numa situação como a que está em apreço, na qual a restrição à livre prestação de serviços é a consequência da aplicação de um regime nacional discriminatório – na medida em que prevê uma exigência de autorização exclusivamente para tratamentos médicos no estrangeiro –, a restrição pode ser justificada. Recorde-se, neste contexto, que, segundo a jurisprudência tradicional, as razões imperiosas de interesse geral não podem ser invocadas para justificar restrições às liberdades fundamentais aplicadas de modo discriminatório [58]. Por conseguinte, é duvidoso se o Tribunal de Justiça pode realmente analisar as justificações invocadas pelo Governo português para a restrição à livre prestação de serviços. Por outro lado, a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça contém indícios claros de que as razões imperiosas de interesse geral podem ser invocadas em determinados domínios também para justificar restrições discriminatórias às liberdades fundamentais, naturalmente sempre no respeito do princípio da proporcionalidade [59]. No presente processo, penso que não é necessário dar uma resposta definitiva à questão de saber se a controvertida restrição discriminatória à livre prestação de serviços pode, em princípio, ser justificada por razões imperiosas de interesse geral, pois essa justificação pressupõe sempre o respeito do princípio da

57 — V. Schiano, R. (*op. cit.* na nota 31), segundo o qual o Tribunal de Justiça é chamado, em cada processo, a estabelecer um equilíbrio adequado entre ambos os interesses em conflito. No mesmo sentido, v. também Van Raepenbusch, S. (*op. cit.* na nota 23, p. 8), segundo o qual o Tribunal de Justiça tem a difícil tarefa de conciliar, por um lado, as exigências da livre circulação de pessoas e, por outro, a necessidade de manter o equilíbrio financeiro dos serviços nacionais de saúde, no interesse dos cuidados gerais de saúde.

58 — Com carácter fundamental, o acórdão de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 37). V., quanto a restrições discriminatórias da livre prestação de serviços: acórdãos de 6 de Outubro de 2009, Comissão/Espanha (C-153/08, Colect., p. I-9735, n.º 36), de 30 de Março de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Colect., p. I-2941, n.ºs 36 e seg.), e de 16 de Janeiro de 2003, Comissão/Itália (C-388/01, Colect., p. I-721, n.º 19). Quanto ao princípio de que as restrições à liberdade de estabelecimento baseadas na nacionalidade não podem ser justificadas por razões imperiosas de interesse geral, v. acórdãos de 16 de Dezembro de 2010, Comissão/França (C-89/09, Colect., p. I-12941, n.ºs 50 e seg.), de 1 de Junho de 2010, Blanco Pérez e Chao Gómez (C-570/07 e C-571/07, Colect., p. I-4629, n.ºs 61 e seg.), de 19 de Maio de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e o. (C-171/07 e C-172/07, Colect., p. I-4171, n.ºs 25 e seg.), e de 10 de Março de 2009 (Hartlauer, C-169/07, Colect., p. I-1721, n.ºs 44 e seg.).

59 — Este é o caso, por exemplo, no âmbito de medidas nacionais de protecção do ambiente com carácter discriminatório. V., a este respeito, as minhas conclusões de 16 de Dezembro de 2010 no processo, ainda pendente, Comissão/Áustria (C-28/09, n.ºs 82 e segs.).

proporcionalidade. Como demonstrarei no âmbito da minha apreciação, este requisito não está preenchido no caso vertente.

a) Preservação do equilíbrio financeiro do sistema de segurança social

i) Justificação legítima

95. O Governo português invoca, para justificar a restrição a esta liberdade fundamental, em primeira linha, a necessidade de preservar o equilíbrio financeiro do sistema nacional de segurança social. Alega que o artigo 64.º, n.º 2, alínea c), da Constituição portuguesa obriga o Estado a criar um sistema nacional de protecção da saúde que ofereça à população, na medida do possível, serviços gratuitos. Sustenta que, devido ao carácter gratuito do sistema, é necessário financiá-lo com receitas fiscais e recursos orçamentais. O financiamento do sistema nacional de protecção da saúde é a tarefa mais importante e, ao mesmo tempo, mais dispendiosa do Estado. Na opinião do Governo português [60], o financiamento do sistema nacional de protecção da saúde com recursos públicos proíbe a tomada a cargo financeira de tratamentos no estrangeiro. Este sistema caracteriza-se ainda pela sua natureza autónoma e pela sua ampla cobertura. A estrutura deste sistema previsto no direito constitucional português impõe necessariamente limites ao acesso dos pacientes a cuidados médicos no estrangeiro, bem como ao reembolso de despesas médicas.

96. Importa contrapor aos argumentos do Governo português que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma restrição ao princípio fundamental da livre prestação de serviços não pode ser justificada por motivos de natureza puramente económica. Por outro lado, *de per se,* isto não é suficiente para rejeitar os argumentos referidos, tanto mais que o Tribunal de Justiça não excluiu que um risco grave para o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social possa, em certas situações, constituir uma razão imperiosa de interesse geral, susceptível de justificar essa restrição [61]. Assim, o Tribunal de Justiça recordou, há pouco tempo, no seu acórdão de 5 de Outubro de 2010, Comissão/França, a sua jurisprudência anterior, segundo a qual os imperativos de planificação podem justificar a exigência que consiste em submeter a uma autorização prévia a tomada a cargo financeira, pela instituição competente, dos tratamentos previstos noutro Estado-Membro [62].

60 — V. n.º 20 da contestação.

61 — V. acórdãos Kohll (já referido na nota 15, n.º 41), Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.º 72), Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 73) e Stamatelaki (já referido na nota 20, n.º 30).

62 — Acórdão Comissão/França (já referido na nota 26, n.º 33), que remete para os acórdãos Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.ºs 76 a 81), Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.ºs 76 a 81) e Watts (já referido na nota 15, n.ºs 108 a 110).

97. Contudo, estas considerações, que se referem a prestações médicas em hospitais, não podem ser transpostas para a situação em causa no presente litígio. Com efeito, uma análise da jurisprudência mostra que o Tribunal de Justiça admitiu que esta razão imperiosa só pudesse ser invocada em situações em que estavam em causa cuidados de saúde prestados em hospitais, mas não fora deles [63]. A seguir, examinarei este aspecto em pormenor.

98. Na análise da referida justificação, o Tribunal de Justiça distingue sempre entre prestações médicas hospitalares e não hospitalares, mas só para as primeiras é que reconhece uma necessidade de planificação dos Estados-Membros. Segundo o Tribunal de Justiça, esta planificação visa, em geral, várias finalidades. Por um lado, prossegue o objectivo de garantir, no território do Estado em causa, uma acessibilidade suficiente e permanente a uma oferta equilibrada de cuidados hospitalares de qualidade. Por outro lado, destina-se a contribuir para um controlo dos custos e a evitar, na medida do possível, qualquer desperdício de recursos financeiros, técnicos e humanos [64]. Esta planificação dos Estados-Membros diz respeito a diversos aspectos, por exemplo, ao número de infra-estruturas hospitalares, à sua repartição geográfica, à sua organização e aos equipamentos de que dispõem, ou ainda à natureza dos serviços médicos que estão em condições de oferecer. O Tribunal de Justiça entende que, nesta dupla perspectiva, a exigência que consiste em submeter a autorização prévia a tomada a cargo financeira pelo sistema nacional de segurança social de cuidados hospitalares dispensados noutro Estado-Membro pode constituir uma medida necessária e razoável [65].

99. No entanto, é evidente que estas considerações não podem ser aplicadas a tratamentos não hospitalares, que são prestados por

63 — V. acórdão Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.os 72 a 92), no qual o Tribunal de Justiça efectua um exame diferente relativamente a prestações hospitalares e prestações não hospitalares. V. acórdão Comissão/França (já referido na nota 26, n.º 34), no qual o Tribunal de Justiça esclareceu que os imperativos de planificação, para evitar qualquer desperdício de recursos financeiros, técnicos e humanos, podem constituir justificações, na medida em que se trate de prestações médicas realizadas em meio hospitalar. V. n.º 94 das conclusões do advogado-geral P. Mengozzi, de 25 de Fevereiro de 2010, no processo Comissão/Espanha (acórdão já referido na nota 15).

64 — Acórdão Elchinov (já referido na nota 20, n.º 43) e acórdão Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 80). Becker, U.; Walser, C. – «Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr – von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU», *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2005, p. 450, deduzem daí que o acesso a cuidados não hospitalares já não pode, em princípio, ser subordinado a uma autorização prévia. Bieback, K.-J. – «Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-372/04», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 7/2006, p. 242, entende a jurisprudência do Tribunal de Justiça no sentido de que uma autorização prévia do acesso a prestações transfronteiriças constitui uma restrição à livre prestação de serviços consagrada no artigo 49.º CE, que é inadmissível no caso de acesso a prestações não hospitalares, mas admissível no caso de acesso a prestações hospitalares, dado que, relativamente a estas, importa proteger a planificação e a segurança da assistência.

65 — V. acórdão Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.os 62 e 64).

um médico no seu próprio consultório, pelo que, em regra, não se põe a questão relativa à planificação estatal.

100. É certo que, em princípio, há que concordar com as apreensões do Governo português relativas à dificuldade de uma distinção nítida entre prestações hospitalares e prestações não hospitalares [66], uma vez que o próprio Tribunal de Justiça se referiu, na sua jurisprudência, a esta dificuldade [67]. Com efeito, não se pode excluir que determinadas prestações médicas realizadas num hospital possam igualmente ser realizadas numa clínica, num centro de saúde ou no consultório de um médico de clínica geral, com a consequente dificuldade de distinção no caso concreto [68]. Para os fins do presente processo por incumprimento, essa distinção é, contudo, totalmente irrelevante, dado que, em primeiro lugar – ao contrário do que sucedia noutros processos decididos pelo Tribunal de Justiça –, não é decisiva a distinção no caso concreto e, em segundo lugar, segundo as indicações do Governo português, o Decreto-Lei n.º 177/92 se aplica indistintamente a ambos os tipos de tratamento.

101. Logo, o Tribunal de Justiça não precisa de se debruçar – ao invés do que sucedia no acórdão Comissão/França, no qual se tratava de imperativos de planificação que resultavam do recurso a equipamentos materiais pesados [69] – sobre a questão de saber se determinados cuidados não hospitalares são eventualmente equiparáveis, devido à sua complexidade, a prestações médicas realizadas em hospitais. Para os fins do presente processo, basta lembrar que, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça, tendo em conta as circunstâncias particulares relacionadas com a utilização de equipamentos materiais pesados, se limitou a renunciar a uma distinção entre os dois tipos de tratamento médico. O Tribunal de Justiça seguiu aí o entendimento do Governo francês, que tinha invocado o custo muito elevado desses equipamentos e, deste modo, imperativos de planificação. Como o Tribunal de Justiça reconheceu, a justo título, independentemente do meio, hospitalar ou não, no qual se destinam a ser instalados e utilizados, os equipamentos materiais pesados, taxativamente enumerados, devem poder ser objecto de uma política de planificação do Estado. No acórdão referido, o Tribunal de Justiça indicou que essa política de planificação diz respeito quer ao número quer à repartição geográfica desses equipamentos e é necessária para garantir, em todo o território nacional, uma oferta de cuidados avançados e também para evitar, na medida do possível, qualquer desperdício de recursos. Por mais acertadas que estas considerações no processo acima referido possam ser, não há indícios de que, no presente processo, se verifique uma situação comparável. É certo que isto não significa que alguns dos tratamentos não hospitalares abrangidos pelo âmbito de aplicação do decreto-lei possam eventualmente preencher os requisitos para uma equiparação no sentido referido. Contudo, os factos apresentados ao

66 — V. n.º 34 da contestação.

67 — V. acórdão Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.ºs 76 a 80).

68 — V. acórdão Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 75), bem como n.º 67 das conclusões da advogada-geral E. Sharpston, de 15 de Julho de 2010, no processo Comissão/França (acórdão já referido na nota 26).

69 — V. acórdão Comissão/França (já referido na nota 26, n.ºs 34 a 37).

Tribunal de Justiça não permitem tirar essa conclusão.

102. Atendendo ao facto de que o objecto da acção por incumprimento são exclusivamente os tratamentos não hospitalares prestados no estrangeiro, a República Portuguesa não pode invocar eventuais imperativos de planificação ou mesmo um risco para o equilíbrio financeiro do sistema nacional de protecção da saúde, para restringir a livre prestação de serviços, fazendo depender o reembolso de despesas médicas de uma autorização prévia.

103. Além disso, como a Comissão acertadamente critica [70], o Governo português não provou, até hoje, a existência efectiva desse risco. Como já foi referido [71], no âmbito do presente processo por incumprimento, é sobre ele que recai o ónus da alegação e da prova da existência de uma justificação. O Governo português não cumpriu este ónus da alegação e da prova. O número, por ele fornecido, de segurados que receberam recentemente o reembolso das suas despesas médicas [72] não parece ser, quando apreciado objectivamente, demasiado elevado, e também não afirmou que o número de segurados que se deslocam ao estrangeiro e solicitam um reembolso seja tão significativo que venha a perturbar o equilíbrio financeiro do sistema português de protecção da saúde, pondo em perigo o nível global de protecção da saúde pública.

104. Penso que o Governo português ignora ainda, nos seus argumentos relativos ao alegado risco para o financiamento do seu sistema nacional de protecção da saúde, alguns aspectos relacionados com a mobilidade dos pacientes, aos quais o Tribunal de Justiça se referiu, a justo título, no acórdão Müller-Fauré e van Riet [73] e que devem ser considerados importantes, dado que, independentemente de uma eventual possibilidade de reembolso de despesas médicas, também influenciam a decisão do paciente de se tratar no estrangeiro. Esses aspectos contradizem o receio, manifestado implicitamente, de que os pacientes procurariam, em primeira linha, cuidados de saúde no estrangeiro. Por um lado, esses aspectos referem-se ao próprio tipo de assistência. Os cuidados não hospitalares são geralmente dispensados na proximidade do local de residência do paciente, num ambiente cultural que lhe é familiar e lhe permite estabelecer uma relação de confiança com o médico assistente. Isto implica necessariamente que, abstraindo dos casos de urgência, os pacientes se deslocam ao estrangeiro, sobretudo,

70 — V. n.º 21 da réplica.

71 — V. n.º 54 das presentes conclusões.

72 — No n.º 16 da sua tréplica, o Governo português indica que, nos anos de 2006 a 2008, receberam tratamento médico noutros Estados europeus e um reembolso das suas despesas médicas 1 275 segurados, tendo estes tratamentos sido realizados sobretudo em Espanha, na Alemanha, em França, no Reino Unido e na Suíça.

73 — Já referido na nota 16, n.os 95 e 96.

nas regiões fronteiriças, ou para o tratamento de patologias específicas. Por outro lado, importa não esquecer os aspectos que, em regra, impedem a mobilidade dos pacientes, como, por exemplo, as inevitáveis barreiras linguísticas, a distância geográfica, as despesas com a estada no estrangeiro, bem como a falta de informações sobre o tipo de cuidados dispensados no estrangeiro. O Governo português devia ter equacionado estes aspectos no âmbito de uma análise do risco. Em vez disso, parece ter-se baseado em suposições não suficientemente fundadas.

105. Pelos motivos referidos, entendo que o receio expresso pelo Governo português a respeito da preservação do equilíbrio financeiro do sistema de segurança social não constitui uma justificação legítima.

ii) Exigências relativas a um procedimento de autorização conforme com o direito da União

– Considerações gerais

106. Se o Tribunal de Justiça, contrariamente à jurisprudência que proferiu até hoje, e apesar das provas, a meu ver insuficientes, do risco, alegado pelo Governo português, para o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social português, concluir que existe uma justificação legítima, o regime nacional controvertido teria ainda de satisfazer as exigências, enunciadas pelo Tribunal de Justiça, de conformidade de um procedimento de autorização com o direito da União e de preencher o requisito da proporcionalidade, que é referido no n.º 92 das presentes conclusões.

107. A Comissão duvida que o procedimento de autorização previsto no Decreto-Lei n.º 177/92 satisfaça estas exigências. Além disso, entende que as condições a que este diploma sujeita a concessão de uma autorização são excessivamente rigorosas e desproporcionadas face ao objectivo prosseguido [74].

– Exigências específicas da jurisprudência

108. O Tribunal de Justiça desenvolveu critérios específicos para apreciar a compatibilidade, com o direito da União, das condições, fixadas pelas normas nacionais, para a concessão de uma autorização de tratamento no estrangeiro, da qual depende, em última análise, o reembolso das despesas médicas. Quanto ao método de exame, decorre da jurisprudência que estas exigências relativas à conformidade do procedimento de autorização com o direito da União, embora estejam estreitamente ligadas à análise da

74 — V. n.º 13 da réplica.

proporcionalidade de uma medida nacional, constituem um aspecto autónomo do exame da justificação de uma restrição a uma liberdade fundamental [75]. Assim, o exame do cumprimento dessas exigências não substitui a apreciação da proporcionalidade, mas complementa-a. Por este motivo, analisarei em separado cada um dos dois aspectos.

109. Segundo jurisprudência assente, um regime de autorização prévia, mesmo que derrogue uma liberdade fundamental, está justificado se assentar em critérios objectivos, não discriminatórios e conhecidos antecipadamente, de modo a estabelecer limites ao exercício do poder de apreciação das autoridades nacionais, evitando que seja utilizado de modo arbitrário. Tal regime de autorização prévia deve, além disso, assentar num sistema processual facilmente acessível e adequado a garantir aos interessados que os seus pedidos serão tratados dentro de um prazo razoável e com objectividade e imparcialidade, devendo, além disso, as eventuais recusas de autorização poder ser impugnadas no quadro de um recurso jurisdicional [76].

110. O Decreto-Lei n.º 177/92 encarrega as entidades competentes da decisão sobre a «necessidade clínica» de um tratamento médico no estrangeiro. O referido diploma visa uma decisão célere das autoridades competentes, o que é manifesto atendendo a que o artigo 4.º, n.º 3, prevê que os interessados devem ser informados pela forma mais expedita da decisão e das diligências efectuadas. Por força do artigo 4.º, n.º 4, o prazo de comunicação é, em regra, de 15 dias, podendo, em casos de excepcional urgência, ser reduzido para cinco dias, nos termos do artigo 5.º, n.º 1. Assim, não se levantam dúvidas quanto à razoabilidade dos prazos para o exame de um pedido de deslocação ao estrangeiro para fins de assistência médica. A possibilidade de recurso da decisão administrativa para o Ministro da Saúde português está prevista no artigo 4.º, n.º 5, o que, em princípio, não levanta problemas, desde que o requerente tenha a possibilidade de impugnar esta decisão em juízo.

111. Contudo, surgem dúvidas quanto à compatibilidade das disposições do Decreto-Lei n.º 177/92, na medida em que delas não resulta claramente quais os critérios em que as entidades competentes devem basear a sua decisão sobre o pedido de deslocação de pacientes ao estrangeiro. Não parece que tenham sido estabelecidos critérios para a concessão ou a recusa da autorização prévia. Não há, pois, critérios objectivos que fixem limites ao poder de apreciação das autoridades nacionais e que evitem um exercício abusivo dessa competência decisória. Na falta de critérios claros, deve ser impossível para um paciente prever a decisão das entidades nacionais competentes. Esta falta de

75 — V. acórdãos Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 85), Watts (já referido na nota 15, n.º 116), Comissão/Espanha (já referido na nota 15, n.º 43) e Elchinov (já referido na nota 20, n.º 44).

76 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, Analir (C-205/99, Colect., p. I-1271, n.º 38), e acórdãos Smits e Peerbooms (já referido na nota 19, n.º 90), Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 85), Watts (já referido na nota 15, n.º 116) e Comissão/França (já referido na nota 26, n.º 43). V. também acórdão do Tribunal da EFTA, Rinsal e Slinning (já referido na nota 29, n.º 48).

enquadramento jurídico dificulta, por outro lado, o controlo judicial das decisões de recusa de autorização [77].

112. Por exemplo, é discutível se a impossibilidade de prestar assistência médica de grande especialização no país, por falta de meios técnicos ou humanos, deve ser considerada um requisito legal para uma deslocação ao estrangeiro para fins de tratamento, tanto mais que esta característica, como já foi explicado, pode implicar a aplicação do regime previsto no referido diploma. Caso se trate efectivamente de um requisito, fica ainda por esclarecer qual a margem de apreciação de cada entidade e se, ao tomar a sua decisão, está eventualmente vinculada por determinados critérios (por exemplo, custos reduzidos, qualidade do tratamento, etc.). A legislação nada diz a este respeito.

113. De resto, o Governo português nada alegou que pudesse afastar as dúvidas aqui formuladas quanto à transparência dos processos decisórios previstos no Decreto-Lei n.º 177/92 e à possibilidade de controlo judicial das posições neles tomadas. Nas suas observações, o Governo português limita-se a reproduzir o conteúdo das várias disposições legais, sem adiantar mais explicações sobre o procedimento de acordo com o qual as referidas decisões são adoptadas.

114. Penso que as disposições controvertidas do Decreto-Lei n.º 177/92 não satisfazem as exigências supra-referidas, que o Tribunal de Justiça formulou na sua jurisprudência relativa a um procedimento de autorização conforme com o direito da União.

– Proporcionalidade

115. Supondo que a justificação referida seja legítima, seria ainda necessário examinar se a exigência de uma autorização prévia para uma deslocação ao estrangeiro para tratamento médico é *adequada* e *necessária* para garantir o equilíbrio financeiro do sistema português de protecção da saúde. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma medida é adequada para atingir o objectivo visado quando responde verdadeiramente à preocupação de o alcançar de forma coerente e sistemática [78]. Uma medida é ainda necessária quando, entre várias medidas adequadas

77 — V. os paralelos com o acórdão Watts (já referido na nota 15, n.º 118), no qual o Tribunal de Justiça tinha criticado que o regime controvertido não definia os critérios para a concessão ou recusa da autorização prévia, que era necessária para a tomada a cargo financeira de tratamentos hospitalares noutro Estado-Membro.

78 — V. acórdãos de 11 de Março de 2010, Attanasio Group (C-384/08, Colect., p. I- 2055, n.º 51), e de 17 de Novembro de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Colect., p. I-10821, n.º 42).

para alcançar o objectivo prosseguido, é a menos gravosa para o interesse ou o bem jurídico em causa [79]. Por último, uma medida desse tipo teria ainda de ser *razoável*, isto é, não deverá ser desproporcionada relativamente ao objectivo prosseguido. Consequentemente, existe uma restrição desrazoável à livre prestação de serviços quando a medida nacional em causa, apesar de contribuir para alcançar o objectivo de interesse geral, implica uma ingerência excessivamente grave na livre prestação de serviços.

116. Ao contrário do que defende o Governo espanhol [80], incumbe não à Comissão mas ao Estado-Membro demandado alegar e provar que a medida criticada respeita o princípio da proporcionalidade [81].

117. Note-se, a este respeito, que o Governo português não fundamentou, até agora, em que medida um exame estatal dos pedidos individuais, para comprovar se o tratamento médico de grande especialização solicitado pode também ser realizado no país, é adequado para garantir o equilíbrio financeiro do sistema português de protecção da saúde. Em especial, não é claro o que poderia originar tal risco para o sistema. O Governo português não esclareceu se esse risco consiste em custos de tratamento mais elevados ou num eventual risco de abuso por centros de tratamento não reconhecidos. O Governo português muito menos se pronunciou sobre as medidas alternativas para evitar tais riscos.

118. Contudo, mesmo que a exigência de uma autorização prévia fosse adequada e necessária para garantir o equilíbrio financeiro do sistema português de protecção da saúde, seria duvidoso se poderia ainda ser considerada razoável na sua configuração legal concreta, tanto mais que o procedimento administrativo previsto no Decreto-Lei n.º 177/92 impõe que seja obtida a autorização de três entidades diferentes. Isto aumenta a incerteza do requerente quanto ao resultado do procedimento, incerteza que decorre logo do facto de o Decreto-Lei n.º 177/92 não estabelecer os critérios da concessão ou da recusa de uma autorização. Em especial, não é claro em que medida as entidades envolvidas estão vinculadas por um parecer favorável do médico assistente e em que condições podem discordar dele. Entendo, por isso, que o procedimento de autorização previsto vai para além do que é necessário para atingir o objectivo visado.

119. Por conseguinte, o regime controvertido não respeita o princípio da proporcionalidade.

79 — Acórdão de 11 de Julho de 1989, Schräder (265/87, Colect., p. 2237, n.º 21).

80 — V. n.º 34 das alegações do Governo espanhol.

81 — V. acórdão Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 16, n.º 44).

b) Controlo da qualidade dos cuidados de saúde prestados no estrangeiro

120. O Governo português alega ainda que a exigência de autorização prévia é necessária para garantir a qualidade dos serviços prestados pelo sistema nacional de protecção da saúde ou em seu nome. Numa perspectiva jurídica, este argumento deve ser entendido no sentido de que o Governo português invoca, deste modo, a protecção da saúde pública, nos termos do artigo 55.º CE, conjugado com o artigo 46.º, n.º 1, CE.

121. No entender da Comissão, o indeferimento de um pedido de reembolso de despesas médicas com base em que os cuidados de saúde prestados noutro Estado-Membro não teriam a mesma qualidade que os serviços prestados em Portugal assenta num critério subjectivo, manifestamente desrazoável e discriminatório.

122. Cabe responder aos argumentos do Governo português, antes de mais, que os Estados-Membros podem, é certo, limitar a livre prestação de serviços, por motivos relacionados com a protecção da saúde pública. Isto não os autoriza, porém, a excluir da aplicação do princípio fundamental da livre circulação o sector da saúde pública, enquanto sector económico do ponto de vista da livre prestação de serviços [82].

123. Noto ainda que este argumento foi já esgrimido no processo Kohll e rejeitado, a justo título, pelo Tribunal de Justiça, que remeteu para os requisitos de qualificação dos médicos noutros Estados-Membros, que, devido aos esforços de harmonização no seio da União Europeia, devem ser considerados equiparáveis. Nesse processo, o Governo luxemburguês tinha alegado que a exigência de autorização prévia para o reembolso de despesas médicas era necessária para garantir a qualidade das prestações médicas – qualidade esta que só poderia ser verificada, em relação aos que se deslocam a outro Estado-Membro, no momento do pedido de autorização [83]. Contudo, o Tribunal de Justiça não aceitou este argumento, dado que, como explicou, as condições de acesso e de exercício das actividades de médico e de dentista foram objecto de várias directivas de coordenação ou de harmonização, pelo que devem ser reconhecidas aos médicos e aos dentistas estabelecidos noutros Estados-Membros, para efeitos da livre prestação de serviços, garantias equivalentes às oferecidas pelos médicos e dentistas estabelecidos no território nacional. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça decidiu que um regime como o que estava em vigor no Luxemburgo, que previa a exigência de uma autorização prévia para o reembolso de despesas médicas, não pode ser justificado

82 — V. acórdão de 7 de Maio de 1986, Gül (131/85, Colect., p. 1573, n.º 17), e acórdão Kohll (já referido na nota 15, n.º 46).

83 — Acórdão Kohll (já referido na nota 15, n.º 43).

por razões de saúde pública ligadas à protecção da qualidade das prestações médicas fornecidas noutros Estados-Membros [84].

relativamente a eventuais diferenças de qualidade dos cuidados médicos nos vários Estados-Membros.

125. Logo, a exigência de autorização prévia para o reembolso de despesas médicas não pode ser justificada alegando que, por motivos relacionados com a protecção da saúde, é necessário controlar a qualidade dos cuidados de saúde prestados no estrangeiro.

124. As mesmas considerações são válidas para o presente processo. Como acto jurídico mais importante a nível do reconhecimento mútuo das qualificações profissionais dos médicos, há que referir a Directiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais [85], que substituiu a Directiva 93/16/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, destinada a facilitar a livre circulação dos médicos e o reconhecimento mútuo dos seus diplomas, certificados e outros títulos [86]. Nos termos do seu considerando 19, esta directiva visa facilitar a livre circulação e o reconhecimento mútuo dos títulos de formação para uma série de grupos profissionais (incluindo grupos de profissionais de saúde, como médicos, enfermeiros responsáveis por cuidados gerais, dentistas, veterinários, parteiras, farmacêuticos), através da criação de um mecanismo de reconhecimento automático dos títulos de formação, com base na coordenação das condições mínimas de formação. Atendendo às condições de formação equiparáveis dos profissionais de saúde, devem ser considerados infundados os receios expressos pelo Governo português

c) Conclusão provisória

126. Face ao exposto, concluo que, no caso em apreço, relativamente a tratamentos médicos «de grande especialização», existe uma restrição à livre prestação de serviços, que não está objectivamente justificada. O Governo português não indicou justificações legítimas nem apresentou a prova de que haja um risco concreto para o equilíbrio financeiro do seu sistema nacional de segurança social. Deste modo, não é necessário, em princípio, examinar a compatibilidade da medida controvertida com o princípio da proporcionalidade. Contudo, mesmo que o Tribunal de Justiça considere que há uma justificação legítima, as disposições do Decreto-Lei n.º 177/92 não respeitam as exigências que o Tribunal de Justiça enunciou para um procedimento de autorização conforme com o direito da União.

84 — Acórdão Kohll (já referido na nota 15, n.os 47 a 49).

85 — JO L 255, p. 22.

86 — JO L 165, p. 1.

127. Para completar a análise, gostaria ainda, neste contexto, de abordar brevemente os paralelos estabelecidos pelo Governo português com as disposições do Regulamento n.º 1408/71. Penso que o Governo português não pode invocar com êxito o facto de o regime do artigo 22.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1408/71 prever uma exigência de autorização, para também estabelecer uma exigência de autorização para cuidados de saúde abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 49.º CE. Como ficou patente na audiência, ao tecer estas considerações, não toma em conta que o artigo 22.º do Regulamento n.º 1408/71 tem um objecto normativo distinto. Esse artigo confere ao segurado o direito às prestações em espécie concedidas, por conta da instituição competente, pela instituição do lugar de estada, de acordo com a legislação do Estado-Membro onde as prestações são concedidas, como se o segurado estivesse inscrito nesta última instituição [87]. Para esse efeito, é aplicável o regime de cobertura em vigor no Estado-Membro onde são realizadas as prestações [88]. As eventuais diferenças de custos de um Estado-Membro para outro assim como as consequências financeiras que daí resultam para a entidade pagadora justificam, em princípio, a exigência de uma autorização prévia. Todavia, isto não se aplica, precisamente, no caso do artigo 49.º CE, dado que esta disposição garante um direito ao reembolso das despesas apenas nos termos das normas jurídicas do Estado-Membro onde o paciente tem a sua residência [89]. Assim, se o segurado teve de suportar despesas mais elevadas no Estado-Membro onde foram realizadas as prestações, só pode, nos termos desta disposição, exigir o seu reembolso de acordo com as tarifas da entidade pagadora no Estado onde está segurado [90]. Além disso, importa lembrar que o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão Müller-Fauré e van Riet [91] e, por último, no acórdão Comissão/Luxemburgo [92], que, no próprio quadro da aplicação do Regulamento n.º 1408/71, os Estados-Membros que tenham instituído um regime de prestações em espécie, ou mesmo um serviço nacional de saúde, devem prever mecanismos de reembolso, *a posteriori*, de cuidados dispensados noutro Estado-Membro que não o de inscrição. Logo, deve ser rejeitado o argumento em sentido contrário do Governo português.

128. Recapitulando, importa constatar que, tendo subordinado, no Decreto-Lei n.º 177/92, a possibilidade de reembolso de despesas médicas relativas aos denominados tratamentos não hospitalares «de grande especialização» noutro Estado-Membro à concessão de uma autorização prévia, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE.

87 — Acórdãos Watts (já referido na nota 15, n.º 48) e Inizan (já referido na nota 19, n.º 19).

88 — Acórdão Comissão/França (já referido na nota 26, n.º 27).

89 — V. acórdão Watts (já referido na nota 15, n.º 48). Neste sentido, Schneider, U. (*op. cit.* na nota 31, p. 349).

90 — Neste sentido, Bieback, K. J. (*op. cit.* na nota 64, p. 245).

91 — Acórdão Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 105).

92 — Acórdão Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 16, n.º 46).

2. Justificação no caso de «outros» tratamentos médicos

129. O Governo português não se pronuncia expressamente sobre a restrição que resulta da impossibilidade de reembolso das despesas efectuadas com «outros» tratamentos médicos. As suas observações referem-se, no essencial, à finalidade do Decreto-Lei n.º 177/92, bem como a algumas características básicas do sistema de protecção da saúde português. Todavia, resulta das declarações do Governo português que a República Portuguesa não está disposta a cobrir, em geral, os custos de tratamentos no estrangeiro [93]. Fundamenta a sua posição com os mesmos argumentos que estão subjacentes ao regime do Decreto-Lei n.º 177/92. Daqui cabe concluir que, também em relação a «outros» tratamentos médicos, são invocadas as justificações acima expendidas.

a) Preservação do equilíbrio financeiro do sistema de segurança social

i) Justificação legítima

130. Aplicam-se aqui, *mutatis mutandis,* as considerações que teci quanto à questão de saber se o receio relativo à preservação do equilíbrio financeiro do sistema de segurança social no contexto de cuidados de saúde transfronteiriços não hospitalares pode constituir uma justificação legítima [94]. Na verdade, também relativamente a «outros» tratamentos não hospitalares, não é possível reconhecer necessidades de planificação dos Estados-Membros, para – como o Tribunal de Justiça afirma na sua jurisprudência – «evitar [...] qualquer desperdício de recursos financeiros, técnicos e humanos». Acresce que o Governo português não provou, até hoje, que haja, efectivamente, um risco para o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social. Também, neste contexto, entendo que o receio expresso pelo Governo português a respeito da preservação do equilíbrio financeiro do sistema de segurança social não pode ser considerado uma justificação legítima.

ii) Proporcionalidade

131. A título subsidiário, se o Tribunal de Justiça, contrariamente à jurisprudência que proferiu até agora e ao que decorre das provas, entender que existe uma justificação legítima, será necessário também examinar a impossibilidade absoluta de reembolso das despesas médicas efectuadas com «outros» tratamentos não hospitalares, à luz do princípio da proporcionalidade, cujos pressupostos referi no n.º 115 das presentes conclusões.

93 — V. n.º 87 das presentes conclusões.

94 — V. n.ºs 95 a 105 das presentes conclusões.

132. O Governo português nada apresentou em apoio da sua tese de que o carácter não reembolsável das despesas médicas em causa é susceptível de contribuir para preservar o equilíbrio financeiro do sistema nacional de segurança social. A mera referência à autonomia e ao financiamento deste sistema através de impostos, bem como ao risco de ter igualmente de reembolsar despesas com tratamentos em instituições privadas, não pode substituir uma argumentação objectiva quanto à adequação deste regime.

133. Contudo, mesmo que se entenda que a recusa de qualquer reembolso de despesas médicas pode contribuir para reduzir os custos e, deste modo, ser, em princípio, adequada para preservar o equilíbrio financeiro do sistema nacional de segurança social, seria duvidoso que esta medida possa respeitar as exigências da necessidade e da razoabilidade. Segundo jurisprudência assente, «um regime de autorização administrativa prévia não pode legitimar um comportamento discricionário das autoridades nacionais, susceptível de privar as disposições comunitárias, nomeadamente as relativas a uma liberdade fundamental como a que está em causa […] do seu efeito útil» [95]. Contudo, ao invés do que sucede com os tratamentos «de grande especialização», para as despesas médicas efectuadas no âmbito de «outros» tratamentos não hospitalares, não existe sequer uma possibilidade de reembolso. Em última análise, a República Portuguesa recorre a uma das medidas mais gravosas que existem, que limita a livre prestação de serviços ainda mais do que a exigência legal de autorização prévia. Esta medida priva a liberdade fundamental do seu efeito útil, sendo previsível que os beneficiários do sistema de saúde português raramente recorrerão a cuidados de saúde de outros Estados-Membros, pois estão cientes de que terão de suportar sozinhos a totalidade dos custos. Como depende do montante desses custos e da capacidade financeira dos segurados, o exercício da livre prestação de serviços parece ser ilusório nestas circunstâncias [96]. Atendendo ao facto de que existem medidas menos gravosas para atingir o objectivo de preservar o equilíbrio financeiro do sistema nacional de segurança social, deve entender-se que a impossibilidade absoluta de reembolso das despesas não é necessária. Também não é razoável, dado que inviabiliza, precisamente, a livre prestação de serviços, para proteger o sistema nacional de segurança social de um perigo não suficientemente provado.

134. Deste modo, o regime controvertido não respeita o princípio da proporcionalidade.

95 — V. acórdãos Smits e Peerbooms (já referido na nota 16, n.º 90), Müller-Fauré e van Riet (já referido na nota 16, n.º 84) e Watts (já referido na nota 15, n.º 132).

96 — V. acórdão Comissão/Luxemburgo (já referido na nota 16, n.º 41), no qual o Tribunal de Justiça constatou, acertadamente, que a perspectiva do não reembolso das despesas «dissuade» os segurados de exercerem a livre prestação de serviços, podendo mesmo «impedir» o exercício desta liberdade fundamental.

b) Controlo da qualidade dos cuidados de saúde prestados no estrangeiro

135. Quanto à justificação relativa à necessidade de garantir a qualidade dos serviços prestados pelo sistema nacional de protecção da saúde ou em seu nome, remeto para as considerações tecidas *supra* [97], que são aplicáveis *mutatis mutandis*. Face à clara jurisprudência do Tribunal de Justiça, que parte, nesta medida, de condições de formação equiparáveis para os profissionais de saúde e, deste modo, de padrões de qualidade comparáveis no tratamento dos pacientes, o receio expresso a respeito da qualidade do tratamento de pacientes residentes em Portugal não pode ser considerado uma justificação legítima da restrição da livre prestação de serviços.

c) Conclusão provisória

136. Por conseguinte, concluo que também relativamente a «outros» tratamentos médicos, que não estão abrangidos pelo âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 177/92, existe uma restrição à livre prestação de serviços, que não pode ser justificada objectivamente. Importa, por isso, constatar que a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, por não ter previsto, na sua ordem jurídica, a possibilidade de reembolso de despesas médicas relativas a «outros» tratamentos não hospitalares noutro Estado-Membro.

D – *Conclusão final*

137. Face ao exposto, entendo que a acção da Comissão é fundada. A República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, por ter subordinado, nas disposições da sua ordem jurídica nacional, o reembolso de despesas médicas com tratamentos não hospitalares «de grande especialização», efectuadas noutro Estado-Membro, à concessão de uma autorização prévia [98] e nem sequer prever a possibilidade de tal reembolso para as despesas relativas a «outros» tratamentos não hospitalares noutro Estado-Membro [99].

97 — V. n.os 120 a 125 das presentes conclusões.

98 — V. n.º 128 das presentes conclusões.

99 — V. n.º 136 das presentes conclusões.

VII – Quanto às despesas

138. Por força do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, numa acção por incumprimento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República Portuguesa e tendo esta sido vencida, há que a condenar nas despesas.

VIII – Conclusão

139. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que decida do seguinte modo:

«1) A República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49.º CE, por ter subordinado, nas disposições da sua ordem jurídica nacional, o reembolso de despesas médicas com tratamentos não hospitalares "de grande especialização", efectuadas noutro Estado-Membro, à concessão de uma autorização prévia e nem sequer prever a possibilidade de tal reembolso para as despesas relativas a "outros" tratamentos não hospitalares noutro Estado-Membro.

2) A República Portuguesa é condenada nas despesas.»