



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A TRIBUTAÇÃO DA SAÚDE EM PORTUGAL

Paulo Jorge Ferreira Rosa

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Fiscal
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Professor Doutor Licínio Lopes Martins

Coimbra, 2014

Aos meus queridos Pais e Irmão.

Aos meus pequenos Sobrinhos, Dinis e Clarinha.

À Sofia, com quem aprendi o que significa Amor.

Ao Coro Misto da Universidade de Coimbra,
onde aprendi...a dizer Saudade.

INTRODUÇÃO

1. Importância e delimitação do tema.....	6
2. Direito da Saúde e Direito Tributário da Saúde.....	7

PARTE I – SAÚDE E ESTADO SOCIAL

1. A crise do Estado social como crise do Estado fiscal.....	10
1.1. O Estado social: contexto, ascensão e ‘declínio’(?)......	10
1.2. O princípio da sustentabilidade e a justiça intergeracional.....	14
1.3. Pressão e controlo das despesas em saúde. A eficiência operacional e o combate ao desperdício.....	17
2. A crise do Estado social como crise do Estado providência.....	21
2.1. A renovação do Estado social: o novo Estado (social) de garantia e a emergência de uma noção funcional de serviço público.....	21
2.2. A nova regulação pública e as autoridades reguladoras independentes.....	25
2.3. A regulação da saúde: a Entidade Reguladora da Saúde.....	28

PARTE II - O SISTEMA DE SAÚDE E O SEU FINANCIAMENTO

1. Evolução Histórica dos Sistemas de Saúde.....	33
1.1. A saúde e a protecção social: os modelos Beveridge e Bismarck.....	33
1.2. A evolução do sistema de saúde português: das confrarias à Constituição de 1976.....	34
2. A saúde na Constituição de 1976.....	38
2.1. O direito (fundamental social) à protecção da saúde. A imposição constitucional de criação de um Serviço Nacional de Saúde.....	38
2.2. O SNS e as suas características.....	40
3. O Sistema de Saúde Português Actual.....	44
3.1. Fases da evolução do sistema de saúde português desde a CRP de 1976.....	44
3.2. As transformações na administração pública e a empresarialização da saúde.....	47
3.2.1. A empresarialização da saúde.....	47
3.2.2. O caso particular dos hospitais.....	47
3.2.3. A questão do modelo constitucional: a natureza pública do SNS.....	49
3.3. Organização administrativa da saúde (visão geral).....	51
3.3.1. Serviço Nacional de Saúde e Sistema de Saúde.....	51
3.3.2. Serviços e organismos não integrados no SNS.....	53
3.3.2.1. Órgãos e serviços centrais do Ministério da Saúde (Administração Directa Estadual).....	56
3.3.2.2. Entidades da Administração Indirecta do Estado.....	61

3.3.3. Serviços e Estabelecimentos Integrados no SNS (Administração Indirecta Prestadora).....	71
3.3.3.1. Estabelecimentos Hospitalares.....	71
3.3.3.2. Agrupamentos de Centros de Saúde.....	74
3.3.3.3. Unidades Locais de Saúde E.P.E.....	76
3.3.3.4. Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados...	77
3.3.4. Administração Autónoma Profissional: as ordens profissionais da área da saúde.....	78
3.3.5. Administração Independente da saúde: a ERS.....	79
PARTE III - OS ‘MOMENTOS’ DA TRIBUTAÇÃO DA SAÚDE	81
1. Recorte dogmático dos tributos portugueses.....	81
1.1. Impostos.....	81
1.2. Taxas.....	87
1.3. “Demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas”...	85
2. As taxas moderadoras do SNS.....	89
2.1. Evolução político-legislativa da implementação das taxas moderadoras em Portugal.....	90
2.2. O Regime Jurídico actual das taxas moderadoras (breve excursão)...	94
2.2.1. Âmbito de aplicação objectivo.....	95
2.2.2. Dispensa de Cobrança de taxa moderadora.....	96
2.2.3. Âmbito de aplicação subjectivo: as categorias de isenções no novo regime.....	99
2.2.4. O montante das taxas.....	10
2.2.5. Cobrança e incumprimento do dever de pagamento.....	2
2.2.6. A compatibilidade das taxas moderadoras com a fórmula constitucional na jurisprudência do TC.....	5
2.2.7. A evolução da jurisprudência do TC: alguns momentos essenciais.....	10
2.2.8. Crítica à jurisprudência do TC. Posição adoptada: a abertura constitucional ao financiamento através de tributos bilaterais.....	10
2.3. A natureza jurídico-tributária das taxas moderadoras do SNS na actualidade.....	7
2.3.1. A evolução do montante - ainda moderadoras?.....	
2.3.2. Ainda taxas?.....	11
	0
CONCLUSÕES.....	
	11
BIBLIOGRAFIA.....	2
	11
	2

Principais Abreviaturas

ACES – Agrupamentos de Centros de Saúde

ACSS – Administração Central do Sistema de Saúde

ARS – Administrações Regionais de Saúde

Al(s). – Alínea(s)

Apud – Junto a

Art(s). – Artigo(s)

CRP – Constituição da República Portuguesa

ERS – Entidade Reguladora da Saúde

ESNS – Estatuto do Serviço Nacional de Saúde

LBS – Lei de Bases da Saúde

LFL – Lei das Finanças Locais

LGT – Lei Geral Tributária

LOE – Lei do Orçamento de Estado

LSNS – Lei do Serviço Nacional de Saúde

MCDT – Meios complementares de diagnóstico e terapêutica

P(p) – Página(s)

RGTA – Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais

SAP – Serviços de Atendimento Permanente

SNS – Serviço Nacional de Saúde

Ss. – Seguintes

ULS – Unidade Local de Saúde

V. - *Vide*

V.g. – *Verba gratia*

INTRODUÇÃO

1. Importância e delimitação do tema

O tema da presente dissertação - A Tributação da Saúde em Portugal - tem vindo a ser trazido à discussão a propósito dos problemas suscitados pela actual conjuntura económico-financeira e pelas insuficiências ou incapacidades do Estado fiscal para suportar o Estado social que possibilitou e a que, nesse sentido, deu origem. Neste sentido, o problema actual da saúde em Portugal não é diferente do problema dos restantes subsistemas sociais (segurança social, educação, etc.), inserindo-se todos no problema mais amplo da sustentabilidade do Estado social e da necessidade de reponderação das funções sociais do Estado e de redimensionamento da Administração Pública.

Ora, são justamente estas questões que transformam a crise do Estado fiscal num problema verdadeiramente de direito tributário, que não apenas de direito fiscal, levando-nos a analisar aqui a questão específica da tributação da saúde. Na verdade, sendo o problema da insuficiência dos impostos, enquanto suporte financeiro principal do Estado fiscal, comum aos vários subsistemas do Estado social, impõe-se, pela sua especificidade, proceder a uma dissecação da tributação no domínio da saúde, que é dizer, perceber exactamente de que forma é esta financiada e com recurso a que meios.

É neste contexto que daremos aqui especial atenção à, tão polémica quanto actual, questão das chamadas *taxas moderadoras* cobradas aos utentes em decorrência da utilização dos cuidados públicos de saúde.

A presente dissertação dividir-se-á em três partes: a Parte I - Saúde e Estado Social, em que se procurará contextualizar a discussão no âmbito dos problemas amplos e gerais da

sustentabilidade do Estado social; a Parte II- O Sistema de Saúde e o seu Financiamento, em que daremos uma visão geral acerca dos sistemas de saúde e, em particular, do sistema de saúde português; e a Parte III - Os ‘Momentos’ da Tributação da Saúde em Portugal, onde intentamos proceder, de forma mais analítica, ao estudo dos vários tipos de receitas a que o Estado recorre hoje para tentar cobrir as despesas crescentes da saúde, dando-se especial destaque à problemática das taxas moderadoras.

2. Direito da Saúde e Direito Tributário da Saúde

A presente dissertação enquadra-se na área do direito da saúde. Na noção proposta por Sérvulo Correia, o direito da saúde é “*o sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objecto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde*”^{1,2}

É discutível, ainda hoje, se o direito da saúde constitui ou não um ramo autónomo do saber jurídico³. Com efeito, apesar de ser hoje possível autonomizar um *sistema normativo* que tem por objecto principal⁴ a defesa e promoção da saúde, isto é, um “*conjunto de preceitos cujos vínculos mútuos e interrelações obrigam o «operador jurídico» a ter presente a*

¹ CORREIA, José Manuel Sérvulo, “Introdução ao Direito da Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991, p.41. Segundo ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago, *Direito da Saúde Lições*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p.19, o direito da saúde é o “*conjunto de regras e princípios que disciplina as relações jurídicas sanitárias ou de saúde*”. Segundo estes Autores, o direito da saúde tem como subramos o direito da medicina, o direito da saúde pública e o direito das prestações de saúde (pp. 17 e 18).

² A noção de saúde proposta pela Organização Mundial de Saúde é a de que “*a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consiste somente na ausência de doença ou enfermidade*”. Esta noção, pela sua amplitude, tem sido criticada por falta de operacionalidade. V. LOUREIRO, João Carlos, *Aegrogationis medicinam ab iure peto?*, in *Cadernos de Bioética*, n.º 25, 2001, pp. 25 e 26, onde o Autor refere que “*A verdade da interdependência entre o bem saúde e um conjunto de dimensões sociais, que estão na raiz da definição, não podem fazer esquecer a insustentabilidade e a inoperacionalidade, em muitos domínios, desta noção holística: tão secular versão do céu aponta para uma ideia de «doença permanente»*”.

³ Defendendo que sim, ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 13 e ss. Defendendo que não é ramo autónomo, CORREIA, Sérvulo, op. cit., 41 e 52. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2012, pp. 36 e ss. Fala numa autonomia do direito da medicina e não do direito da saúde.

⁴ No que se distingue por exemplo do direito do ambiente ou do direito da higiene e segurança no trabalho. V. ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 17 e CORREIA, José Manuel Sérvulo, op. cit., p. 42.

chave estrutural do complexo”⁵, nomeadamente para efeitos lectivos, não será possível falar ainda de uma “*estrutura conceitual integrada por princípios específicos*”⁶, já que, como refere Sérvulo Correia, aquele sistema de normas “*não representa ainda o objecto de um sistema científico, ou seja um ramo abstracto do conhecimento correspondente a um bloco temático e composto por um conjunto articulado e específico de princípios conceitos e institutos*”^{7,8}.

Seguro é que, independentemente de se qualificar ou não como ramo jurídico autónomo, o direito da saúde é sobretudo uma “*interdisciplina*”⁹, a qual, atravessando vários ramos do direito, não dispensa ainda os institutos e quadros dogmáticos próprios desses ramos. No entanto, pelas especificidades que vem introduzindo, desafiando os tradicionais quadros institucionais de outros ramos do direito¹⁰, não pode deixar de reconhecer-se que a autonomia científica do direito da saúde está hoje em “*acelerado processo de construção*”¹¹.

Esta dissertação situa-se no ramo do direito tributário. O direito tributário é o direito das receitas públicas coactivas, as quais, por sua vez, se subdividem em receitas unilaterais ou impostos¹² e em receitas bilaterais ou comutativas (taxas e contribuições¹³)¹⁴.

⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo, op. cit., p. 52. O Autor refere no texto que o “*entendimento pleno só se alcança através das relações que entre [as normas] propicia o objecto comum*” (p. 41).

⁶ CORREIA, José Manuel Sérvulo, op. cit., p. 41.

⁷ Op. cit., p. 52. O Autor compara o direito da saúde com o exemplo do direito da economia, que também ainda “*não é um conceito jurídico típico*”. Já PEREIRA, André Gonçalo Dias, op. cit., p. 40, nota 76, compara com o direito das empresas. O Autor acrescenta que o direito da saúde “*regula, pois, uma atividade humana de elevadíssima relevância social e económica, mas quiçá demasiado grande, demasiado diversa, demasiado heterogénea para constituir uma Dogmática jurídica autónoma*”, sendo composto por “*dinâmicas normativas*” que necessitam de dogmáticas específicas, como o direito administrativo, o direito constitucional ou o direito penal.

⁸ Defendendo a autonomia científica do direito da saúde, por razões científicas, pragmáticas e pedagógicas, e pela especificidade da sua teleologia, ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 13 e ss.

⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo, op. cit., p. 52.

¹⁰ Pense-se nas especificidades da responsabilidade civil por erro médico, nos problemas do contrato de prestação de serviços médicos, na temática do consentimento informado ou no recente tema das directivas antecipadas de vontade. Sobre estes temas, ver, em especial, OLIVEIRA, Guilherme de (coordenação), *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, e PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

¹¹ LOUREIRO, João Carlos, op. cit., p. 34

¹² Entre nós, os impostos têm vindo, preferencialmente, a ser estudados no âmbito do direito fiscal, por este se referir ao mais importante sector das receitas públicas. V. NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 34 e 35.

¹³ Cfr. *infra* Parte III.

Quer isto dizer que o território normativo específico em que nos iremos mover, ao longo deste trabalho, é o do *direito tributário da saúde*. Não se trata de propugnar qualquer ramo jurídico autónomo, mas tão-só de autonomizar, para efeitos de investigação, aquele conjunto de preceitos jurídico-tributários (dentro dos quadros dogmáticos próprios do direito tributário) especificamente aplicáveis no terreno da saúde. O que não prejudicará - e até incentivará -, naturalmente, o percurso por outros sectores, como o direito constitucional da saúde e o direito administrativo da saúde (*maxime*, a organização administrativa da saúde), tendo em conta o aludido carácter interdisciplinar do direito da saúde¹⁵.

¹⁴ Segundo NABAIS, José Casalta, op. cit., pp. 32 e 33, o direito tributário enquadra-se no domínio mais amplo do direito financeiro. O direito financeiro é o “conjunto de normas jurídicas que disciplinam a actividade financeira do Estado e demais entes públicos”. A actividade financeira pública inclui o direito das despesas, o direito da gestão financeira e, finalmente, o direito das receitas. É neste último sector que se enquadra o direito tributário.

¹⁵ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 20 e 21 apontam ainda como características do direito da saúde, para além da interdisciplinaridade, a “juventude”, o “diálogo com a técnica” e a “pluralidade de fontes”.

PARTE I – SAÚDE E ESTADO SOCIAL

1. A crise do Estado social como crise do Estado fiscal

1.1. O Estado social: contexto, ascensão e ‘declínio’(?)

O Estado moderno, que emergiu das revoluções liberais oitocentistas teve como nota fundamental a separação rígida entre Estado e sociedade, assentando numa dicotomia profunda entre o mundo dos valores políticos e da autoridade, pertencente, em ‘regime de monopólio’, à intervenção estadual, e o terreno dos interesses privados, *maxime* económicos, deixado à livre actuação privada, sem interferências do poder público.¹⁶ De acordo com esta concepção, não havia, pois, qualquer confusão ou sobreposição entre as esferas pública e privada: aos cidadãos ficava, em geral, vedada a prossecução dos interesses da colectividade, não devendo existir qualquer forma de cooperação; ao Estado exigia-se que interferisse o menos possível na área reservada à sociedade (quer como agente económico, quer como regulador), devendo, numa estrita lógica de subsidiariedade da intervenção pública, limitar-se a assegurar os direitos e liberdades fundamentais -

¹⁶ GONÇALVES, Pedro Costa, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, pp. 98-100, e GONÇALVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in *Estudos de Regulação Pública – I* (org. Vital Moreira), Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

designadamente, a livre iniciativa económica e a livre concorrência -¹⁷, deixando à auto-regulação do mercado o natural equilíbrio social (Estado mínimo).

Foi, no entanto, ainda durante a época liberal, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, que começou a verificar-se a necessidade de uma intervenção estadual bem diferente da correspondente àquela administração de polícia¹⁸. É que, na verdade, em pleno período de expansão industrial, com as grandes actividades económicas (nomeadamente, transportes ferroviários, transportes rodoviários, electricidade, gás, telefone, etc.) a colocarem necessidades infra-estruturais de monta, começaram a surgir novas e complexas exigências que pressupunham uma intervenção planificadora e de programação a uma escala nacional. Uma intervenção que, como é bom de ver, não estava ao alcance dos privados, empurrando, dessa forma, o Estado para um novo posicionamento na economia e para a assunção de tarefas (projectão e planeamento, controlo, gestão e exploração, etc.) até aí deixadas ao mercado.

Acontece que tais actividades, por serem actividades de ‘rede’, não podiam facilmente conceber-se senão segundo um regime exclusivo ou de monopólio. Nos Estados Unidos da América, a solução encontrada foi a de constituir monopólios privados publicamente regulados - as *public utilities* -, enquanto, na Europa, optou-se por ser o próprio Estado a assumir a titularidade do exercício destas tarefas - as quais, por essa razão, passaram a designar-se por tarefas de *serviço público*¹⁹²⁰.

É, contudo, no século XX, após a Primeira Guerra Mundial, mas sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, já na segunda metade do século²¹, que nasce efectivamente o *Estado social de direito*, quando se compatibiliza “o *intervencionismo económico e social do*

¹⁷ Portanto, funções estritamente executivas, correspondentes às funções de soberania e de autoridade. A este propósito, GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – o Exercício de Poderes Públicos por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 42, refere que se tratava de uma época em que “*surgia óbvia a pretensão de afirmar com nitidez a contraposição entre os domínios do público e do privado*”.

¹⁸ GONÇALVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., pp. 174 e ss.

¹⁹ No entanto, alertam GONÇALVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., p. 176, que não foi propriamente por opção política ou ideológica que tomaram tal designação. Terá sido, isso sim, por as actividades usarem larga extensão de parcelas do domínio público ou por estarem associadas ao estabelecimento e instalação de infra-estruturas de natureza pública (estradas, pontes, caminhos de ferro, redes de comunicações, etc).

²⁰ Segundo GONÇALVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., p. 176, pode, pois dizer-se que se assiste nesta fase a uma “*relativa publicização das novas actividades económicas*”, utilizando-se o esquema concessório. Com efeito, a tarefa permanece na titularidade pública, devido ao facto de as infra-estruturas serem públicas, mas depois é o privado que presta o serviço, mediante contrato.

²¹ Se bem que já em 1883, com os seguros sociais de Bismarck, é possível falar de um sistema de protecção social.

Estado com o Estado de direito e com o Estado democrático”²². O que acaba de dizer-se resulta bem ilustrado pela Declaração Universal dos Direitos de Homem de 1948, que, no rescaldo da guerra, associa a democracia e os direitos e liberdades aos direitos sociais de carácter univeral (ligados a uma ideia de cidadania²³) em áreas como a saúde, o emprego e a segurança social (cfr. art. 40.º)²⁴.

Este Estado social do século XX, surgido em resposta às crises sociais originadas pelas duas grandes guerras, e também à crise económico-financeira causada pela Grande Depressão de 1929²⁵, é, pois, um Estado preocupado e voltado para o *bem-estar*, um Estado que produz, distribui e fornece serviços económicos²⁶ e sociais universais à população. Trata-se, enfim, de um *Estado de serviço público*, que, diferentemente do Estado liberal do século XIX, o qual se limitava à titularidade de determinadas tarefas, é igualmente o prestador directo dos próprios serviços públicos.

Do que acaba de ser dito, impõe-se concluir, desde já, o seguinte: a noção de serviço público foi-se desenvolvendo ao ritmo a que foi crescendo e alargando este Estado social prestador de serviços económicos (distribuição de água potável, de energia eléctrica e de gás, transporte colectivo terrestre, marítimo, fluvial e aéreo, telecomunicações, correios, saneamento básico) e sociais (segurança social, saúde, educação, cultura). Perante esta constatação, fácil será intuir que um tal Estado - conhecido como *Estado providência* - era composto por um extenso aparelho administrativo, complexo e burocrático (e, portanto, tendencialmente ineficiente).

Ora, esta passagem do Estado liberal do século XIX para este Estado social só foi possível no quadro de um Estado fiscal, isto é, um Estado cujo principal suporte financeiro assenta

²² NABAIS, José Casalta, e SILVA, Suzana Tavares da, “O Estado Pós-Moderno e a Figura dos Tributos”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3965, 2011, p.82. Cfr. SILVA, Filipe Carreira da, *O Futuro do Estado Social*, Lisboa, FFMS, 2013, pp. 27 e 28.

²³ Sobre a ideia de cidadania, v. NABAIS, José Casalta, “Estado Fiscal, Cidadania Fiscal e Alguns dos seus Problemas”, e “Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal”, ambos in *Por Um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 57 e ss. e 99 e ss., respectivamente.

²⁴ SILVA, Filipe Carreira da, op. cit. p. 22.

²⁵Cfr. SILVA, Filipe Carreira da, op. cit., p. 21.

²⁶ Pois que, na verdade, estes também foram nacionalizados (transportes, comunicações, banca e seguros etc.). O Estado era agente económico no mercado em concorrência através de empresas públicas.

na cobrança de impostos aos respectivos cidadãos²⁷. Com efeito, foram as receitas provenientes da cobrança de tributos unilaterais que possibilitaram os elevados níveis de bem-estar, sem precedentes históricos comparáveis, atingidos durante o século XX.

O peso deste Estado social - entendido na sua feição mais superlativa, de Estado providência²⁸ - foi sustentável durante aqueles trinta anos ‘de ouro’ da economia europeia, os chamados “trinta gloriosos anos” - que é usual mediar-se entre o final do segundo conflito mundial e o ano de 1975 -, graças à conjugação de um conjunto extraordinário de circunstâncias favoráveis²⁹.

No entanto, a partir de meados dos anos 70 e inícios dos anos 80 do século XX, com o exponencial **alargamento dos direitos sociais**, aumentando a pressão da despesa pública com prestações sociais, a par do choque petrolífero de 1973 e da subsequente recessão económica, depressa aquele crescimento económico dos anos 60, que havia sido a base do investimento de capital e do pleno emprego, foi cedendo lugar a uma **economia débil**, incapaz de gerar receitas que pudessem sustentar as crescentes despesas sociais (e que, *inclusive*, provocou aumento ainda maior dessas despesas, fruto das carências sociais resultantes do desemprego), com que o Estado se havia entretanto comprometido.

Foi por esta altura que o aumento de impostos que então se verificou, em decorrência da necessidade de satisfazer a voracidade deste Estado providência, veio colocar o problema *do limite (superior) da tributação*³⁰. Para pôr cobro a este problema, na década de 80 do século passado, os governos neoliberais de Margaret Thatcher (eleita em 1979³¹, para a liderar o governo inglês) e de Ronald Reagan (eleito em 1981, para liderar o governo norte-americano), ante a constatação de um novo contexto em que as **circunstâncias económicas** (quebra na produção) e **demográficas** (envelhecimento populacional e

²⁷Apesar de não estar expresso na Constituição, resulta claramente dela, por contraposição a um estado patrimonial. NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, Almedina, 2004, pp 210 e ss.

²⁸Cfr. NABAIS, José Casalta, “Algumas Refleões Críticas Sobre os Direitos Fundamentais”, in *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudos Sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 101 e ss., e SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 110 e 111.

²⁹CARREIRA, Henrique Medina, *O Fim da Ilusão*, Carnaxide, Objectiva, 2011, p. 22 e ss, e SILVA, Filipe Carreira da, op. cit., p. 24.

³⁰NABAIS, José Casalta e SILVA, Suzana Tavares da, op. cit., p. 83.

³¹SILVA, Filipe Carreira da, op. cit. p. 25 deixa o seguinte apontamento: “Quando na Europa se começa a questionar este modelo, em Portugal dão-se os primeiros passos na sua criação. É sintomático que (...) o nosso Serviço Nacional de Saúde nasça em 1979, o mesmo ano em que, em Inglaterra, Margaret Thatcher é eleita para liderar um governo cujo objectivo declarado é o de romper com o nanny state do pós-guerra”.

inversão da pirâmide etária)³² não podiam mais acompanhar as despesas decorrentes do sucessivo alargamento dos direitos sociais conquistados na sequência do pós-guerra, acusando o Estado social de ser a causa maior dos problemas sociais³³, encetaram um conjunto de programas políticos que visavam a contenção da despesa pública e que prupunham o regresso a um modelo baseado na autonomia individual e na iniciativa privada, que ficou conhecido como *neoliberalismo*.

Entretanto, a abertura das economias à internacionalização e à integração regional (no caso português, à União Europeia), trouxeram também problemas novos para os tradicionais Estados unitários, já que estes passaram a ter de, num quadro de **globalização** económica e de abertura internacional, concorrer com outras economias abertas, com possibilidades de oferecer regimes fiscais mais atractivos para as empresas, o que fez com que (sobretudo no caso dos Estados com menor dimensão territorial e com maiores fragilidades económicas) a receita fiscal se reduzisse substancialmente. Assim, este fenómeno de concorrência fiscal entre Estados, ao fazer com que os Estados sejam obrigados a reduzir cada vez mais os seus níveis de fiscalidade, sobretudo em relação às empresas, a fim de atrair investimento estrangeiro, vem colocar o problema do *limite inferior da tributação*, ou seja, o problema da insuficiência das receitas fiscais para a cobertura das despesas estaduais - enfim, o problema da insustentabilidade financeira do Estado.

Por outro lado, tais circunstâncias - essencialmente, graças à liberdade de circulação de capitais e de bens que essa abertura veio trazer - foram também a causa de uma carga fiscal cada vez mais agravada sobre a chamada ‘classe média’, na medida em que atinge sobretudo as actividades que não beneficiam da ‘mobilidade’ que lhes permita deslocalizarem-se em busca de países com uma tributação menos agravada³⁴.

Em suma, a anunciada crise do Estado social³⁵ corresponde afinal, em larga medida, à crise do Estado fiscal, uma vez que, com a diminuição da receita fiscal aquele fica órfão do seu principal suporte financeiro, ficando em causa a sua capacidade para cumprir as suas funções - quer as que dizem respeito ao Estado *tout court*, quer as correspondentes ao

³² Sobre os dados do envelhecimento, ver ROSA, Maria João Valente e CHITAS, Paulo, *Portugal e a Europa: os Números*, Lisboa, FFMS, 2013, pp. 20 e ss.

³³ Cfr. SILVA, Filipe Carreira da, op. cit., p. 25.

³⁴ Sobre o tema, ver NABAIS, José Casalta, “A Soberania Fiscal no Quadro da Integração Europeia” e “Reforma Tributária Num Estado Fiscal Suportável”, ambos in *Por Um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 8-39 e 84 e ss., respectivamente.

³⁵ Que, aliás, levou ao anúncio de um novo estado pós-moderno ou pós social. Cfr. NABAIS, José Casalta e SILVA, Suzana Tavares, op. cit. pp. 80 e 87 e ss.

Estado social³⁶. Não tendo outra forma de cobrir as despesas sociais senão mediante o recurso ao endividamento, o Estado vê emergir uma nova questão: a da *justiça intergeracional*.

1.2. O princípio da sustentabilidade e a justiça intergeracional

Como acabamos de ver, factores como a debilidade da economia e a questão demográfica (caracterizada pela inversão da pirâmide etária, que se traduz num alargamento das camadas superiores da pirâmide, constituída pela população idosa, e por um progressivo estreitamento da base da pirâmide, constituída por população jovem e, portanto, activa), bem como a globalização económica, vieram ameaçar os postulados em que assentava o Estado social, na sua versão de Estado de serviço público ou Estado providência³⁷, devido à insuficiência das receitas arrecadadas através do seu principal suporte financeiro - os impostos. É dizer: perante a crise do Estado fiscal, aquele conjunto de factores veio colocar o problema da *sustentabilidade* do Estado providência.

Apesar de, no que ao princípio da sustentabilidade diz respeito, apenas existir uma referência constitucional ao “*princípio da solidariedade entre gerações*” no domínio específico do ambiente (art. 66.º, n.º 2, al. d) da CRP), aquele tem de ser entendido como um “*princípio multidimensional mais vasto, que não pode deixar de ser compreendido como um princípio constitucional*”³⁸, que se expressa em termos “*transversais*” e “*transtemporais*”³⁹. Com efeito, se em termos jurídico-constitucionais, sustentabilidade em sentido estrito é a sustentabilidade ecológica, que consiste na “*protecção/manutenção a longo prazo de recursos através do planeamento, economização e obrigações de condutas e de resultados*”⁴⁰, é na noção de sustentabilidade em sentido amplo, enquanto “*conceito*

³⁶ Pois que, na verdade, todos os direitos têm custos e não apenas os direitos sociais. Cfr. NABAIS, José Casalta, “A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direitos” e “Reflexões sobre Quem Paga a Conta do Estado Social”, in *Por um Estado Fiscal Suportável*, vol I e III, respectivamente, Coimbra, Almedina, 2005 e 2010, respectivamente, pp 21-24 e pp. 112-115, respectivamente.

³⁷ V. a síntese desses postulados em SILVA, Suzana Tavares, op. cit., pp. 107-116.

³⁸ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?: A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 262.

³⁹ LOUREIRO, João Carlos, *A “porta da memória” : (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?)capitalismo : contributos para uma “dogmática da escassez”*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, Separata de Estudos do século XX, n.º 13, 2013, pp. 111-126.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O Princípio da Sustentabilidade como Princípio Estruturante do Direito Constitucional”, in *Revista de Estudos Politécnicos*, n.º 13, vol. VIII, 2010, p. 9 (disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/tek/n13/n13a02>)

federador”⁴¹, que encontramos espaço para falar numa sustentabilidade financeira, económica e social⁴², que nos avance alguns dados para uma “*reconstrução da socialidade*”⁴³. Neste contexto (e agora tendo em conta, sobretudo, a sustentabilidade financeira, que é a que nos ocupa), é necessário assumir uma “*dogmática da escassez*”⁴⁴, que tome em devida conta os constrangimentos provocados pela realidade fáctica, nomeadamente no que toca à (in)disponibilidade de recursos financeiros suficientes para cobrir as despesas sociais inerentes ao Estado social.

Segundo Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva⁴⁵, a “*trilogia da nova socialidade*” deverá reconduzir-se à fórmula “*reduzir, reformular e refinar*”. Tendo em conta o princípio da sustentabilidade, o primeiro objectivo há-de ser o da *redução* da despesa pública, que deverá ser levada a cabo através de medidas de racionalização e de racionamento das prestações⁴⁶, e ainda através de um melhor desempenho dos serviços públicos (eficiência). Por outro lado, haverá que *reformular* ou reconfigurar a própria socialidade, através da passagem de muitos serviços públicos tradicionais para o mercado (privatização), conquanto que sujeitos a regulação pública que assegure o cumprimento das obrigações de serviço público (desde logo, as exigências de universalidade), por parte das

⁴¹ *Idem...*, p. 9.

⁴² Fórmula consagrada no campo da segurança social no Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de Fevereiro. No campo da segurança social, foi previsto em 2007 o “factor de sustentabilidade”. É nesta área que, sobretudo num sistema de repartição, como o nosso, questões como a dos direitos adquiridos, do princípio da protecção da confiança dos cidadãos e do princípio proibição do retrocesso social assumem particular importância, nomeadamente, a respeito da questão intagibilidade das pensões de reforma, quanto ao seu montante. LOUREIRO, João Carlos, *Adeus...cit.*, pp. 117-137. Sobre o sistema de repartição e os problemas actuais de sustentabilidade, v. MENDES, Fernando Ribeiro, *Segurança Social: O Futuro Hipotecado*, Lisboa, FFMS, 2011, pp. 36 e ss.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 7.ª edição, 2003, p. 339 agora admitindo uma “*reversibilidade fáctica*” do princípio da proibição do retrocesso perante “*recessões e crises económicas*”, mas ainda diferente da posição de ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 5.ª edição, 2012, pp. 380-381, que defende a garantia do “*conteúdo mínimo imperativo do preceito*”.

⁴³ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos...*, cit., p. 116.

⁴⁴ LOUREIRO, João Carlos, A “*Porta...cit.*”, identifica, no plano constitucional, com a “reserva do possível”, que reconhece que o grau de realização dos direitos sociais “*não é indiferente*” à conjuntura financeira. A reserva do possível actua para lá de uma zona de indisponibilidade, que é o conteúdo mínimo dos direitos sociais. O conteúdo mínimo identifica-se com a garantia de condições materiais para uma vida condigna (que não mera sobrevivência) (ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos...cit.*, p.369-370, 374 e 378).

⁴⁵ Op. cit. p. 89.

⁴⁶ De acordo com SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos...cit.*, p. 117., **racionalização** das prestações consiste em fazer um exame completo ao catálogo das prestações e eliminar as que não tenham razão de ser num quadro de escassez; **racionamento** das prestações, por seu lado, consiste em ajustar a medida de cada prestação às condições existentes (significa, no fundo, haver alguma coisa para todos e não muito para poucos). Sobre o tema, VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde: Contributo para uma Perspectiva Jurídico-constitucional*, Coimbra, 2007.

entidades prestadoras reguladas, atento o interesse público do serviço em causa⁴⁷. Finalmente, é imperioso encontrar novas formas de *financiamento* dos serviços, designadamente através da partilha de custos entre o Estado e os utentes⁴⁸.

A este propósito não pode deixar de relevar-se a importância, neste domínio, do *princípio da justiça intergeracional*. Com efeito, ao princípio da sustentabilidade - de que vimos falando - subjaz uma ideia de justiça intergeracional, seja entre gerações já existentes ou relativamente a gerações vindouras⁴⁹, a qual obviamente pressupõe a sustentabilidade do sistema de protecção social.

Pois bem, como dissemos *supra*, perante a insuficiência das receitas fiscais (principal suporte financeiro do Estado social), os Estados, para corresponderem aos anseios sociais da população, vêm-se forçados a recorrer ao endividamento. Ora, ao contraírem dívida, os Estados estão, verdadeiramente, a interferir nas gerações futuras⁵⁰. É neste sentido que o princípio da sustentabilidade surge como instrumento de *accounting* intergeracional, enquanto “*limite de possibilidade do sistema*”⁵¹.

Por outro lado, como destaca João Carlos Loureiro, pode haver sistemas sociais que, “*de um ponto de vista económico-financeiro sejam sustentáveis a médio prazo, mas nem por isso são necessariamente justos em chave intergeracional*”⁵², pelo que a leitura do princípio da justiça intergeracional há-de ter por referência uma dimensão temporal dos princípios da igualdade e da proporcionalidade⁵³

1.3. Pressão e controlo das despesas em saúde. A eficiência operacional e o combate ao desperdício

⁴⁷ SILVA, Suzana Tavares, *Direitos...cit.*, p. 117. Ver *infra*.

⁴⁸ Analisaremos na parte III o que acontece na área da saúde, nomeadamente no que toca às taxas moderadoras.

⁴⁹ Em relação às quais não existirão verdadeiros direitos, mas sim deveres... LOUREIRO, João Carlos, *O Adeus...cit.*, pp. 275 e ss.

⁵⁰ No campo da segurança social, as pensões do sistema previdencial que o sistema se obriga a pagar no futuro devem ser vistas como dívida. LOUREIRO, João Carlos, *O Adeus...cit.*, p. 134

⁵¹ *Idem*, p.134

⁵² *Idem*, p.135

⁵³ *Idem* pp.134-135, 277 e 279, e 131 e 135.

O aumento progressivo das despesas públicas sociais, em geral, não deixou de se verificar ao nível das despesas públicas com cuidados de saúde, e, aliás, com particular ênfase⁵⁴. De facto, sendo a saúde uma área central num Estado social, a tendência geral de crescente pressão da despesa pública relacionada com os direitos sociais teve na saúde uma das áreas de maior expansão, com os cidadãos, cónscios desses direitos (sobretudo se enquadrarmos este crescimento da despesa social na época dourada - os “trinta gloriosos” anos - da economia europeia⁵⁵), a reclamarem uma cada vez maior extensão do âmbito dos cuidados curativos, preventivos e de reabilitação - com o conseqüente aumento do número de prestações de saúde a serem providenciadas pelo Estado -, acompanhada de uma exigência de qualidade (muitas vezes traduzida na exigência de introdução de novos produtos de saúde, *maxime* medicamentos, ou de novos equipamentos, cuja respectiva mais-valia é discutível ou improvable). Vejamos, no caso específico da saúde, os principais factores que contribuem para o crescimento das despesas.

Em primeiro lugar, é usual referir-se o **envelhecimento populacional** como um importante factor de gastos em saúde. Não nos reportamos aqui aos problemas que o envelhecimento e a conseqüente inversão da pirâmide etária trazem em termos de financiamento do Estado social (devido ao facto de haver cada vez menos população activa - ainda para mais, com elevado número de desempregados, a carecer igualmente de protecção social - a contribuir, nomeadamente ao nível das pensões de reforma, para um cada vez mais alargado grupo etário constituído por população idosa, com tendência para aumento da longevidade⁵⁶), pois que esses têm, mais precisamente, a ver com as questões da insuficiência da receita fiscal e dos limites (inferior e superior) da tributação, já atrás referidas. Referimo-nos ao facto de a população mais idosa tender, naturalmente (devido às suas maiores carências físicas), para a necessidade de utilização de mais cuidados de saúde. Uma ideia que, na realidade, como alerta Pedro Pita Barros, poderá ser mais “*intuitiva*” do que outra coisa, já

⁵⁴ Portugal encontra-se entre os países europeus com maior percentagem do produto interno bruto (PIB) em gastos de saúde. Em 2008, 10% do PIB. O país que mais gasta é a França, logo seguida pela Alemanha. Cfr. ROSA, Maria João Valente e CHITAS, Paulo, op. cit., p. 76.

⁵⁵ BARROS, Pedro Pita, *Pela Sua Saúde*, Lisboa, FFMS, 2013, p.30 refere que “*A discussão da sustentabilidade financeira do SNS não pode ser isolada da sustentabilidade das contas públicas, do contexto do Orçamento do Estado e suas condicionantes*”, pois que “*o problema da sustentabilidade financeira do SNS é (...) em grande medida um problema associado ao crescimento económico do País e à disponibilidade em geral de fundos públicos*”.

⁵⁶ Ganhos em saúde – longevidade, esperança média de vida, mortalidade infantil

que o envelhecimento da população, afinal, “*não tem sido nem será previsivelmente o principal factor de crescimento das despesas com saúde*”⁵⁷.

Um factor que - esse sim - tem contribuído brutalmente para o crescimento das despesas em saúde é a **inovação tecnológica**. A crença ‘popular’ de que o SNS tem de prestar aos seus cidadãos *todos* os cuidados de saúde, numa compreensão manifestamente desadequada do princípio da generalidade do SNS (art. 64.º da CRP), é, em parte, responsável pela aquisição de equipamentos novos e de tecnologias de ponta sem, previamente, proceder à necessária *avaliação económica de tecnologias em saúde*. Em face do ritmo, verdadeiramente alucinante, a que se desenvolve a inovação tecnológica, v.g., ao nível da concepção de equipamentos de saúde, e num quadro de escassez de recursos financeiros, o Estado não pode simplesmente adquirir toda e qualquer inovação tecnológica que traga *algum* benefício; é necessário que, perante a existência de inovação tecnológica os benefícios adicionais de a utilizar compensem os custos adicionais que lhe estejam associados⁵⁸. As mesmas considerações valem, de resto, para o sector dos **medicamentos**, onde esta avaliação tem sido praticada, verificando-se uma maior selecção na entrada de novos medicamentos no mercado⁵⁹.

Dignas de referência são ainda as despesas originadas pelo **comportamento das populações**, muitas vezes associadas a comportamentos de risco. Numa perspectiva de longo prazo, não restam dúvidas de que os esforços deverão ser dirigidos à educação das

⁵⁷ BARROS, Pedro Pita, op.cit., pp. 31 e ss. Fundamentando esta posição, o Autor esclarece que “*está hoje estabelecido de forma sustentada por análises em diversos países que cada pessoa ao longo da sua vida tem um momento de grande necessidade de cuidados de saúde, e logo um volume elevado de despesas associado a essa necessidade, nos últimos dois anos de vida. Essas despesas de fim de vida não são muito diferentes que os dois últimos anos de vida ocorram aos 50 anos ou aos 80 anos*”. Neste sentido, continua o Autor dizendo que, “*quando aumenta a esperança média de vida da população, há mais pessoas a terem o seu ponto de consumo de cuidados de saúde mais elevado em idade mais avançada*”, pelo que, ao ter mais idosos na população, parte substancial da despesa com idosos resulta de “*transferência que dantes surgia em grupos etários mais novos*”, o que significa que esse ‘aumento’ (nessa medida) “*não corresponde verdadeiramente a um aumento da despesa total, da sociedade, com cuidados de saúde*”. O Autor conclui dizendo que, em rigor, “*o crescimento da despesa provocado pelo envelhecimento corresponde, então, apenas às despesas todas nos anos de vida adicionais, excluídos os dois últimos de vida da contagem (em média)*”, acrescentando que, “*em geral, os custos do envelhecimento (...) são muito menores do que os custos associados com a proximidade à morte*”.

⁵⁸ BARROS, Pedro Pita, op. cit., p. 63, dá o seguinte exemplo: “*se há um limite de despesa total para o sector público na área da saúde, então o custo de oportunidade da adopção de uma nova tecnologia é o valor dos cuidados de saúde que deixam de ser prestados para libertar fundos suficientes para custear a nova tecnologia*”, não se alterando, assim, a despesa total em saúde. E, neste caso, com ganhos em saúde para a população.

⁵⁹ *Idem* pp. 63 e 65.

populações no sentido da adopção de estilos de vida saudáveis, conseguindo-se, por essa via, um menor recurso a cuidados de saúde⁶⁰.⁶¹

Uma preocupação que, independentemente de quaisquer medidas que se possam tomar para reduzir as despesas em saúde, não pode deixar de estar presente, é a da procura por uma maior **eficiência** operacional⁶², combatendo o desperdício, para que seja possível, com menos recursos financeiros, obter os mesmos resultados⁶³.⁶⁴

⁶⁰ *Idem* p. 38.

⁶¹ Noutro sentido, mas, de certa forma, ainda relacionado com o comportamento das pessoas, serão sempre de ponderar, no curto prazo, medidas que visem combater os hábitos generalizados de recurso aos hospitais, como o aumento dos valores das taxas moderadoras, especialmente nas urgências (para além da sensibilização, através de informação, para a maior utilização de cuidados de saúde primários e para a prevenção de riscos, ou para a utilização de meios como a Linha Saúde 24), as quais contribuem para o combate à utilização desnecessária de cuidados de saúde, reduzindo, assim, a despesa.

Também o crescimento do rendimento é responsável pelo maior consumo de cuidados de saúde. É que, na verdade, há uma grande elasticidade do rendimento face a consumo de cuidados de saúde SIMÕES, Jorge, *Retrato Político da Saúde: Dependência do Percurso e Inovação em Saúde: da Ideologia ao Desempenho*, Coimbra, Almedina, 2009, p.53 e BARROS, Pedro Pita, op. cit., p. 34. Este último Autor informa que está em causa a segunda maior fonte de despesa a seguir à inovação tecnológica, sendo que 10% do rendimento médio do país leva a um acréscimo da despesa de saúde de 10%, em média, por cidadão.

É evidente que uma forma de controlar as despesas em saúde é, igualmente, e em si mesma, a partilha de custos entre o Estado e os utentes, passando estes a pagar um preço ou co-pagamento no momento da utilização dos cuidados de saúde. Cfr. BARROS, Pedro Pita, op. cit. p.38. Este assunto será objecto da nossa atenção na Parte III.

⁶² Não nos referimos aqui à eficiência em termos de organização do SNS (cfr. BARROS, Pedro Pita, op. cit., p. 39). É claro que uma forma de melhorar a eficiência organizativa é a empresarialização dos serviços públicos (que veremos *infra*), inspirada pelo movimento do New Public Management. V. SILVA, Suzana Tavares da, “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, in *III.º Encontro de Professores de Direito Público*, Porto, 2009, p.11 (disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Suzana10.pdf). BARROS, Pedro Pita, op. cit., pp.48 e ss., define três linhas de acção para a procura da eficiência: combate ao desperdício (este de que tratamos aqui) (melhor organização e gestão; “fazer mais/melhor com os mesmos custos” – melhor utilização dos recursos que temos); melhor combinação de recursos (ver margem de substituição nas várias profissões de saúde – ex: seguimento de grávidas sem complicações e de doentes crónicos –; “fazer o mesmo com menos custos”); determinar qual o volume de cuidados de saúde que deve ser utilizado pela população (eliminação de *consumo excessivo*: “sempre que o benefício social retirado da prestação de um determinado cuidado de saúde é inferior ao custo social de prestar esse mesmo nível de saúde”. Por outro lado, pode influenciar-se a procura através do aumento das taxas moderadoras ou com medidas como a Linha Saúde 24; Para influenciar o lado da oferta pode pensar-se em o SNS pagar menos ao hospital a partir de certo número de urgências ao hospital. Cfr. BARROS, Pedro Pita, op cit. pp. 48-55.

⁶³ BARROS, Pedro Pita, op. cit, p. 36. O Autor utiliza a expressão “volume” de actividade desenvolvida, mas o mais correcto será falar em “resultado”, pois que, como adverte SILVA, Suzana Tavares da, *O Princípio...cit.*, p.1, não se trata apenas de uma “relação de grandeza”, pois nesse caso procurar-se-ia o maior rendimento, “mas sim de quantidade/qualidade”. Esta Autora, apoiando-se no *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Lisboa, 2003, define o conceito de eficiência, em termos genéricos, como sendo “a característica dos elementos (pessoas, coisas, organizações) que alcançam o melhor resultado (...) com o menor dispêndio de recursos (tempo, trabalho, energia, matérias primas)”.

⁶⁴ É central, a este respeito, a obra de ANTUNES, Manuel, *A Doença da Saúde Lisboa*, Qetzal, 4.ª edição, 2001, onde o Autor identifica inúmeros problemas de desperdício no âmbito do SNS, reconduzíveis à falta de eficiência operacional.

Note-se, no entanto, que a eficiência operacional, apesar de necessária, representa um caminho que parece estar já esgotado⁶⁵, havendo que procurar novas soluções para a redução das despesas em saúde⁶⁶.

2. A crise do Estado social como crise do Estado providência

2.1. A renovação do Estado social: o novo Estado (social) de garantia e a emergência de uma noção funcional de serviço público

⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites Constitucionais à Alteração do Modelo de Financiamento do Serviço Nacional de Saúde”, Anexo 4 ao *Relatório Final da Comissão para a Sustentabilidade do Financiamento do Serviço Nacional de Saúde*, Lisboa, 2007, pp. 19 e ss. (disponível em: <http://www.min-saude.pt/NR/rdonlyres/050CB0A2-7ACC-4975-A1E4-4312A1FBE12D/0/RelatorioFinalComissaoSustentabilidadeFinanciamentoSNS.pdf>). O conteúdo deste Relatório está agora reproduzido em SIMÕES, Jorge, BARROS, Pedro Pita, e PEREIRA, João, (coordenação), *A Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde*, Lisboa, Ministério da Saúde, 2008 (ver NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites Constitucionais à Alteração do Modelo de Financiamento do Serviço Nacional de Saúde”, Anexo 4 a SIMÕES, Jorge, BARROS, Pedro Pita, e PEREIRA, João, (coordenação), *A Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde*, Lisboa, Ministério da Saúde, 2008, pp 221 e ss.).

ROSA, Maria João Valente e CHITAS, Paulo, op. cit., pp.76 e 77, observam que, ao comparar os dados da Europa com os dados dos Estados Unidos da América (EUA), verifica-se que a despesa expressa em percentagem do PIB é muito inferior na Europa (onde o país mais dispendioso é a França, que, em 2008, gastava 10,6% do PIB em despesas de saúde), sendo, em 2008, de 16% do PIB nos EUA. O valor por habitante nos EUA é de 5019 euros. Perante os dados, concluem os Autores tratar-se de “*um inequívoco sinal da eficiência dos sistemas de saúde europeus – mais baratos do que o norte-americano e com melhores resultados medidos através da baixa taxa de mortalidade infantil e da elevada esperança média de vida à nascença*”. Os mesmos Autores referem ainda que, com excepção do Chipre, onde, em 2008, a maior fatia das despesas com saúde cabia aos cidadãos (cerca de 50%), nos restantes países da União Europeia é o Estado que assume a maior parte dessas despesas - regra geral, uma parte superior a 60% -, referenciando esse facto como “*uma das marcas do chamado Estado social*”, em que “*através dos impostos, o Estado assume, com a manutenção de um sistema próprio ou pagando serviços disponibilizados pelo setor privado ou, ainda, através de uma simbiose de ambos, serviços de saúde aos seus cidadãos*”.

Não obstante ser habitual ouvir críticas relativamente ao funcionamento do sistema de saúde português, este foi classificado pela Organização Mundial de Saúde como um dos mais eficientes sistemas de saúde a nível mundial, ocupando, no Relatório *The World Health Report 2000 – WHO*, o 12.º lugar no ranking dos sistemas de saúde. Enfatizando o tema, CABRAL, Ana Paula, “Reforma do Sector da Saúde – O Serviço Nacional de Saúde e o Novo Paradigma na Protecção da Saúde” in *A Reforma do Sector da Saúde: Uma Realidade Iminente?*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 45 e 46. Sobre o tema da *responsiveness* dos sistemas de saúde, ver VALE, Luís António Meneses do, “A Responsividade nos Sistemas de Saúde: o Exemplo da OMS”, Coimbra, Coimbra Editora, Separata de: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, 2010 pp. 1067 e ss.

⁶⁶ Na verdade, como releva BARROS, Pedro Pita, op. cit. p.37: “*os ganhos de eficiência operacional reuzem a despesa num ano (ou dois anos), mas depois de alcançados esses ganhos, a dinâmica de crescimento da despesa em cuidados de saúde que tem estado presente rapidamente ultrapassa os efeitos conseguidos e volta a colocar a mesma situação de pressão sobre a despesa dentro de pouco tempo (e nessa altura, por definição, já sem capacidade de ganhar eficiência no imediato, se o esforço nesse sentido tiver sido bem-sucedido inicialmente)*”.

A enorme pressão sobre a despesa pública, sobretudo a partir do último quartel do século XX, e o conseqüente aumento da carga fiscal para o seu financiamento, bem como o crescimento do défice público, levou a que se começasse a assistir, nas décadas de 80 e 90, a processos de liberalização e de privatização⁶⁷ que colocaram determinadas tarefas tradicionalmente prestadas pelo Estado nas mãos do mercado. E quando falamos aqui em privatização referimo-nos, não a uma privatização da gestão, mas a uma verdadeira *privatização material*, em que se dá uma deslocação de certas actividades e serviços públicos económicos para o sector privado⁶⁸.

Entre nós, a revisão constitucional de 1997 veio desconstitucionalizar a obrigatoriedade da existência de sectores básicos da economia fechados à iniciativa privada (aos quais os privados apenas poderiam aceder mediante concessão⁶⁹), deixando ao legislador ordinário a possibilidade da sua previsão.

A noção tradicional de **serviço público** tem origem no *service public* francês, tendo-se desenvolvido, desde finais do século XIX, em torno do encargo assumido pelos Municípios de prestar aos seus munícipes um conjunto de serviços considerados básicos e essenciais, tais como o abastecimento de água, a electricidade ou o telefone.

Seguindo a noção proposta por Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins⁷⁰, podemos definir o serviço público no sentido tradicional como sendo a “*actividade ou tarefa de prestação de bens e serviços que satisfaz necessidades essenciais dos cidadãos e cujo*

⁶⁷ De acordo com a noção de SILVA, João Nuno Calvão, *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 41, **privatização** significa a “*transmissão da titularidade de um bem/empresa públicos para o sector privado dos meios de produção*”. Num sentido amplo, poder-se-á falar de privatização também quando a gestão é confiada a privados, designadamente através de concessão - até porque, na verdade, vai nesse sentido o n.º 3 do art. 82.º da CRP, quando diz que “*o sector privado é constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas*” (p. 43). Por seu lado, **liberalização** “*implica o fim dos exclusivos públicos ou monopólios na prestação de serviços públicos*” (p. 44). Muito embora os dois processos andem normalmente ‘de mãos dadas’, é possível configurar um sem o outro.

⁶⁸ GONÇAVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., p. 180.

⁶⁹ De acordo com GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., p. 226, a concessão pode ser definida, “*em termos genéricos*”, como sendo “*o acto ou negócio jurídico (acto ou contrato administrativo) através do qual uma entidade pública transfere para outra entidade o direito à exploração de actividades públicas ou procede à criação, na esfera jurídica de outra entidade, de direitos relativos à utilização de bens públicos*”.

⁷⁰ Op. cit., p. 185.

*exercício deve ser regulado por regras especiais e assegurado, de forma directa ou indirecta*⁷¹, *por uma entidade da Administração Pública*⁷²⁷³.

Como se vê, a noção clássica de serviço público é composta por duas notas essenciais: uma nota objectiva ou material e uma nota subjectiva ou orgânica. Do ponto de vista objectivo, o serviço público deve ter como finalidade a satisfação de necessidades colectivas ou a prossecução de um interesse geral. De acordo com a nota orgânica, o serviço público há-de ter como titular uma entidade pública, isto é, tem de referir-se a actividades reservadas aos poderes públicos, portanto subtraídas ao mercado (exclusivo público).

Aos serviços públicos foram ficando associados, por via da doutrina e jurisprudência francesas, determinados princípios, que vieram a ser designados por *princípios clássicos do serviço público* (frequentemente conhecidos por “Leis de Roland”). Na lição de Vital Moreira⁷⁴, tais princípios serão, em síntese, os seguintes: *garantia de disponibilidade* (i.e, efectiva existência e provisão do serviço, ainda que o mercado o não proporcione); *continuidade ou permanência* (ou seja, fornecimento razoavelmente ininterrupto); *universalidade* (ou seja, garantia do acesso de todos os utentes, independentemente da sua localização); *igualdade de tratamento*; *retribuição uniforme e estável* (i.e, independentemente dos custos de fornecimento de cada utente e independentemente das variações conjunturais dos custos); *acessibilidade quanto a preço (affordability)*; *qualidade e adaptabilidade* (ou seja, constante ajustamento às necessidades sociais).

Ora bem, com a crise do Estado providência e as subsequentes transformações do pesado e complexo aparelho administrativo estadual, no sentido de o tornar menos burocrático e mais simples e eficiente, assistimos a uma reconfiguração das responsabilidades públicas

⁷¹ Sobre as possibilidades de organização dos serviços públicos, v. MOREIRA, Vital, “Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia”, in *Revista de Direito Público: RDPE*. Belo Horizonte, Editora Forum, n.º 1, 2003, pp. 229 e ss.

⁷² Na noção de MOREIRA, Vital, op. cit., pp. 227 e 228, os serviços públicos são “*prestações organizadas e proporcionadas pelo poder público aos particulares, destinadas a satisfazer necessidades colectivas essenciais susceptíveis de fruição individual*”.

⁷³ Há aqui que procedr à distinção entre serviços públicos de carácter administrativo e serviços públicos de carácter industrial. Os primeiros referem-se a tarefas ou actividades que, não podendo pela sua natureza ou não dando lugar (por opção) a uma facturação individual, são assumidas pela colectividade – referem-se, sobretudo, às funções soberanas do Estado (justiça, defesa segurança, etc.) e a algumas tarefas sociais (ensino, saúde, segurança social). Os segundos referem-se a actividades que podem ser alvo de facturação detalhada e que são usualmente financiados por um *preço* ou *taxa* pago pelos utentes desse serviço – são os serviços públicos económicos. Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa e MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., p. 185.

⁷⁴ MOREIRA, Vital, “Os Serviços Públicos...”, cit., p. 228. e “Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral” in *Estudos de Regulação Pública - I* (organização: Vital Moreira) Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p 552-553.

em matéria de serviços públicos. Com efeito, onde existia, até aqui, uma separação ‘cortante’ entre Estado e sociedade, começa a ser visível uma nova atitude de *cooperação* ou de *partilha de responsabilidades* entre os dois mundos, a qual veio assumir uma importância fundamental no domínio da economia, ou seja, do mercado. Começa, assim, a verificar-se uma dinâmica de externalização dos fins estaduais, podendo mesmo falar-se num “*deliberado «aproveitamento», «mobilização» e activação da capacidade dos particulares para a realização de objectivos e de fins públicos*”⁷⁵.

Pois bem, com a crise da nota orgânica do serviço público⁷⁶, passando a prestação destes serviços essenciais (responsabilidade de execução) - tradicionalmente da responsabilidade do Estado - a estar a cargo dos privados, mas não tendo esses serviços perdido o seu ‘estatuto’ no que respeita à sua importância para a satisfação das necessidades básicas ou essenciais dos cidadãos, a responsabilidade do Estado passa a ser, essencialmente, uma *responsabilidade de garantia*, designadamente através da disciplina e regulação do modo como os agentes privados prestam tais serviços. Nas palavras de Pedro Gonçalves⁷⁷, “*o novo grau ou patamar da responsabilidade pública de garantia procura promover a articulação entre os dois pólos ou subsistemas em que se divide uma comunidade politicamente organizada - Estado e Sociedade (Mercado) -, de modo a preservar a racionalidade inerente de cada um deles e a aproveitar as respectivas vantagens*”.

Ou seja, ao ‘emagrecimento’ do aparelho administrativo estadual, através da privatização (e liberalização) de serviços públicos, não correspondeu um descomprometimento do Estado face àquelas actividades ou tarefas, consideradas essenciais. Dá-se, efectivamente, uma ruptura com o Estado providência (ou de serviço público, em sentido subjectivo) - que é aquele que assume uma responsabilidade directa na prestação desses serviços considerados essenciais -, mas uma tal ruptura não implicou o desrespeito pelas notas materiais que integravam a noção clássica de serviço público (universalidade, acessibilidade, igualdade, continuidade, qualidade, etc.); no novo **Estado de garantia**, tais tarefas e actividades reputadas essenciais e de interesse geral continuam, na verdade, a ser merecedoras de um regime jurídico especial. Simplesmente, ao deixar o Estado de estar presente na execução (ainda que por intermédio de concessão), a sua principal tarefa passa a ser a de regular a execução levada a cabo pelos privados, nomeadamente, e desde logo,

⁷⁵ GONÇALVES, Pedro Costa, “Estado de Garantia...”, cit., p. 100.

⁷⁶ *Idem*, p. 186.

⁷⁷ “Estado de Garantia...”, cit., p. 102.

através da imposição de um conjunto de obrigações de serviço público⁷⁸. O Estado de garantia é, pois, antes de mais, um Estado regulador (que não meramente activador ou incentivador social).

Neste sentido, pode hoje falar-se na emergência de uma **concepção funcional de serviço público**⁷⁹, pois que, apesar do tendencial desaparecimento da nota orgânica, que se caracterizava pela presença pública na prestação dos serviços, as notas materiais, correspondentes aos princípios clássicos do serviço público, mantêm-se, devendo o Estado preocupar-se em assegurar ou garantir a obtenção de certos *resultados* e com a realização de certas finalidades de interesse público^{80, 81}.

Às mudanças ao nível do modelo institucional de Estado⁸² e à emergência de uma nova noção funcional de serviço público, verificadas sobretudo no domínio dos serviços públicos económicos, não ficaram indiferentes os serviços públicos de carácter social, onde se enquadra o serviço público de saúde.

2.2. A nova regulação pública e as autoridades reguladoras independentes

⁷⁸ V. *supra*.

⁷⁹ Que no domínio dos serviços públicos económicos se pode traduzir pela fórmula “serviços de interesse económico geral”. Cfr. MOREIRA, Vital, “Os Serviços Públicos...”, cit., pp. 238 e ss., e GONÇALVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., pp. 187 e ss. V. também SILVA, João Nuno Calvão, op. cit., pp. 209-279 João nuno e GONÇALVES, Pedro Costa, “Estado de Garantia...”, cit., pp. 105 e ss. De uma auto-regulação dos mercados passamos para uma hetero-regulação pública.

⁸⁰ Aliás, dizem GONÇAVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., p. 214, que, “*impressivamente, ainda que do ponto de vista da organização do «novo modelo de serviço público» as regras se tenham modificado substancialmente, é de notar que do ponto de vista do utente a mutação não é tão visível*”.

⁸¹ Uma responsabilidade pelo resultado que nos permite falar ainda de um outro nível ou patamar da responsabilidade de garantia. É que o Estado garantidor tem ainda uma responsabilidade residual ou subsidiária, que consiste numa “função de reserva *do Estado, que recorda a situação do jogador suplente, que entra em jogo para substituir um outro que não está a jogar bem*”. Cfr. Gonçalves, Pedro Costa, “Estado de Garantia...”, cit., p. 104. Assim, quando o mercado não conseguir dar resposta satisfatória aos objectivos definidos, deve o Estado abandonar a posição de mero regulador e avançar (*step in*) para a própria execução da tarefa ou actividade. Foi o que aconteceu com a crise de 2008.

⁸² Assim, do modelo de mercado, primeiro, e do modelo de Estado, depois, passamos para o modelo de regulação. Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, “Estado de Garantia...”, cit., p.102. O Autor afirma ainda que estamos “*a meio caminho*” entre dois modelos extremados (p.102).

A passagem de um Estado de serviço público, que acumulava “*em regime de monopólio*”⁸³ as funções de concepção e construção, colocação em funcionamento, gestão, prestação directa dos serviços, financiamento e regulação, para um novo modelo de Estado garantidor e regulador, veio trazer alterações ao nível da regulação. Com efeito, os fenómenos de privatização e de liberalização, que tiveram início nos 80 do século passado, levaram a uma desintervenção do Estado na economia, através da diminuição do seu papel enquanto prestador e enquanto empresário e da crescente preponderância do seu papel de regulador.

Pois bem, uma das grandes transformações que se verifica com o novo modelo é a *desgovernamentalização da regulação*, passando esta a ser levada a cabo por organismos substancialmente independentes do Governo - **as autoridades reguladoras independentes**, que têm a sua origem nas *independent agencies* e nas *independent regulatory commissions*, nos Estados Unidos da América⁸⁴.

Na verdade, a tradicional regulação por entidades pertencentes à administração directa ou indirecta do Estado, sujeitas a um controlo governamental acrescido, fazia sentido num modelo em que o Estado acumulava aquelas funções de prestador e de regulador; contudo, no novo quadro de abertura à concorrência e com a separação das funções de prestador e regulador, o próprio Estado, quando intervenha como empresário ou prestador, deve estar sujeito às mesmas regras do mercado e à mesma regulação que os restantes agentes⁸⁵.

Uma regulação que, no caso dos serviços públicos, quer sejam prestados directamente pelo Estado, quer sejam prestados por particulares, no quadro da passagem dessas tarefas para as mãos do mercado (serviços de interesse económico geral), deve garantir o cumprimento das obrigações de serviço público, de modo a assegurar, designadamente os direitos dos utentes, colmatando as chamadas “falhas de mercado”. Ora, também nestes casos, quanto mais independente for a entidade reguladora, mais autoridade ela terá para prosseguir uma tal tarefa.

Uma outra razão fundamental que milita em favor da adopção de um modelo de regulação através de autoridades reguladoras independentes é o facto de que, por vezes, a própria

⁸³ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito Administrativo da Saúde”, in Tratado de Direito Administrativo Especial, vol III (coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves), Coimbra, Almedina, 2009, p. 285.

⁸⁴ Cfr. MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 17 e ss, e SILVA, João Nuno Calvão da, op. cit., pp. 130 e ss.

⁸⁵ MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, op. cit., p. 12

natureza da tarefa ou actividade pode aconselhar a uma regulação mais neutra (ou seja, mais distante da ingerência governamental e também dos próprios interesses dos regulados⁸⁶), específica e técnica.

Seguindo a lição de Vital Moreira, as autoridades reguladoras independentes podem ser definidas como “*toda a Administração infra-estadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à auto-administração de quaisquer interesses organizados*”⁸⁷.

Para levarem a cabo as suas tarefas regulatórias, as autoridades reguladoras independentes estão dotadas de certos poderes de autoridade, que, na recente Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, vêm discriminados no artigo 40.º e que se resumem, em síntese, a três poderes essenciais: poderes regulamentares, poderes de supervisão e poderes sancionatórios^{88, 89}.

⁸⁶ Pretende-se uma independência “face ao governo e face aos regulados”, para que não haja “captura”. Cfr. MOREIRA, Vital, e FORTE, André Matos, “Por uma Regulação ao Serviço da Economia de Mercado e do Interesse Público: a “Declaração de Condeixa””, in *Revista de Direito Público: RDPE*, Belo Horizonte, Editora Forum, n.º1, 2003. V. em MOREIRA, Vital, e Maças, Fernanda, op. cit., o art. 17.º da proposta de Lei-Quadro, que estabelece um conjunto de incompatibilidades. Cfr., sobre esta matéria, SILVA, João Nuno Calvão da, op. cit., pp. 183 e ss.

⁸⁷ MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 127 e 128.

⁸⁸ Embora prolixo e, a passos, algo confuso, transcrevemos o art. 40.º da Lei-Quadro:

“1 - Nos termos e limites dos respetivos estatutos, compete às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes de regulação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações respeitantes às atividades económicas dos setores privado, público, cooperativo e social, designadamente:

- a) Fazer cumprir as leis, os regulamentos e os atos de direito da União Europeia aplicáveis;
- b) Fixar ou colaborar na fixação de taxas, tarifas e preços a praticar no respetivo setor regulado;
- c) Fixar as regras de acesso à atividade económica regulada, nos casos e nos termos previstos na lei;
- d) Assegurar, nas atividades baseadas em redes, o acesso equitativo e não discriminatório às mesmas por parte dos vários operadores, nos termos previstos na lei;
- e) Garantir, nas atividades que prestam «serviços de interesse geral», as competentes «obrigações de serviço público» ou «obrigações de serviço universal»;
- f) Implementar as leis e demais regulamentos aplicáveis ao respetivo setor de atividade;
- g) Verificar o cumprimento de deveres legais ou regulamentares a que se encontram sujeitos os destinatários das suas atividades;
- h) Verificar o cumprimento de qualquer orientação ou determinação emitida pela entidade reguladora ou de qualquer outra obrigação relacionada com o respetivo setor de atividade;
- i) Emitir ordens e instruções, conceder autorizações e aprovações ou homologações nos casos legalmente previstos.

2 - Nos termos e limites dos respetivos estatutos, compete ainda às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes de regulamentação, designadamente:

- a) Elaborar e aprovar regulamentos e outras normas de carácter geral, instruções ou outras normas de carácter particular referidas a interesses, obrigações ou direitos das entidades ou atividades reguladas ou dos seus utilizadores;
- b) Emitir recomendações e diretivas genéricas;

2.3. A regulação da saúde: a Entidade Reguladora da Saúde

Não obstante o facto de a nova filosofia do serviço público, concebida sob o impacto do direito da união europeia, incidir principalmente sobre os serviços de interesse económico geral, a verdade é que o conjunto de transformações na administração pública e no sistema de saúde portugueses⁹⁰ e a expansão do sector privado da saúde⁹¹, levaram a que surgisse a necessidade de uma nova regulação pública (também) na área da saúde, que viesse suprir as insuficiências da tradicional regulação político-legislativa e administrativa, levada a

c) Propor e homologar códigos de conduta e manuais de boas práticas dos destinatários da respetiva atividade;

d) Pronunciarem-se, a pedido da Assembleia da República ou do Governo, sobre iniciativas legislativas ou outras relativas à regulação do respetivo setor de atividade;

e) Formular sugestões com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório.

3 - Nos termos e limites dos respetivos estatutos ou do regime sancionatório aplicável, compete às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes em matéria de inspeção e auditoria, de fiscalização e sancionatórios, designadamente:

a) Fiscalizar e auditar a aplicação das leis e regulamentos, e demais normas aplicáveis, bem como as obrigações contraídas pelos concessionários ou prestadores de serviços nos respetivos contratos para a prestação de serviço público ou de serviço universal, quando respeitem a atividades sujeitas à sua regulação;

b) Fiscalizar e auditar a aplicação das leis e regulamentos, e demais normas aplicáveis às atividades sujeitas à sua jurisdição e proceder às necessárias inspeções, inquéritos e auditorias;

c) Desencadear os procedimentos sancionatórios em caso de infrações de deveres e obrigações derivados de normas legais ou regulamentares, bem como de obrigações contraídas pelos concessionários ou prestadores de serviços nos respetivos contratos para a prestação de serviço público ou de serviço universal, quando respeitem a atividades sujeitas à sua regulação;

d) Adotar as necessárias medidas cautelares e aplicar as devidas sanções;

e) Denunciar às entidades competentes as infrações cuja punição não caiba no âmbito das suas atribuições e colaborar com estas;

f) Cobrar coimas.

4 - Nos termos e limites dos respetivos estatutos, quando lhes sejam atribuídos poderes de mediação, compete às entidades reguladoras, designadamente:

a) Divulgar a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos e disponibilizar serviços de mediação de conflitos;

b) Atuar na resolução de conflitos entre as empresas e outras entidades sujeitas à sua jurisdição, ou entre estas e os seus clientes ou terceiros, reconhecendo ou não os direitos alegados e invocados;

c) Apreciar das reclamações dos consumidores ou terceiros e adotar as providências necessárias, nos termos previstos na lei;

d) Prestar informação, orientação e apoio aos utentes e consumidores dos respetivos setores de atividade económica, bem como sobre as reclamações apresentadas.

5 - Os órgãos da entidade reguladora não podem delegar ou concessionar a entidades públicas ou privadas, por prazo determinado ou indeterminado, com ou sem remuneração, contrapartida ou renda periódica, a prossecução de quaisquer das suas atribuições ou poderes regulatórios e sancionatórios.”

⁸⁹ Sobre os problemas de legitimidade democrática com que se defrontam as autoridades reguladoras independentes e que levaram a que ficassem conhecidas como o “quarto poder”, v. MOREIRA, Vital, MAÇÃS, Fernanda, op. cit., p. 41, e SILVA, João Nuno Calvão da, op. cit., pp. 191 e ss.

⁹⁰ Fenómeno que ficou conhecido, entre nós, como a “fuga para o direito privado”. V. ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2009. Cfr. MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., pp. 286-292.

⁹¹ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p.292.

cabo pelo Estado, designadamente pelas estruturas do Ministério da Saúde e por institutos públicos.

Assim, à semelhança do que aconteceu nos restantes sectores da economia, com o fenómeno de liberalização das actividades e o fim do “exclusivo público”, começou a sentir-se na área da saúde a necessidade de uma regulação independente do governo (desgovernamentalização da regulação) e mais técnica.

É neste contexto que, em 2003, nasce a Entidade Reguladora da Saúde (ERS)⁹², criada pelo Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, e mais tarde reestruturada pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio⁹³. Em consonância com o que vimos de dizer sobre as transformações na lógica do serviço público, podia ler-se no preâmbulo daquele diploma:

“Em primeiro lugar, por efeito das referidas reformas institucionais, parte das entidades prestadoras de cuidados de saúde do SNS, sejam públicas, sociais ou privadas, por delegação ou concessão de serviço público, deixam de estar sujeitas ao comando administrativo do Estado, como até agora sucedia.

Em segundo lugar, uma vez que a generalidade dos estabelecimentos do SNS vão estar sujeitos a uma lógica empresarial, e a depender portanto da quantidade e qualidade dos serviços que consigam produzir e prestar, tal gera, potencialmente, factores de competição indesejáveis que só podem ser prevenidos e corrigidos por intervenção de uma autoridade externa.”

Do mesmo preâmbulo é possível retirar ainda a ideia de “*separação da função do Estado como regulador e supervisor, em relação às suas funções de operador e de financiador*”, pois que, mantendo o Estado a sua função de operador, é necessário que os papéis de regulador e de prestador se não confundam, já que a ERS deve regular não apenas a actividade prestadora privada mas ainda a dos operadores públicos (v. art. 4., n.ºs 1 e 2 dos Estatutos da ERS).

⁹² A possibilidade de criação de uma autotridade reguladora sectorial para a saúde estava já prevista no Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 agosto, que estabelece o regime das parcerias público-privadas em saúde. Dispunha o art. 37.º que o financiamento era assegurado pelas entidades reguladas. Também o Decreto-Lei n.º 60/2003, 10 de Dezembro, que criou a rede de prestação de cuidados primários, fixou a sua entrada em vigor em simultâneo com o diploma a aprovar a criação de uma entidade reguladora que enquadre a participação e actuação dos operadores privados e sociais no âmbito da prestação de serviços públicos de saúde (art. 31.º). Tudo isto no que respeita a casos de participação ou cooperação de entidades privadas ou sociais na saúde. Muda permanece, no entanto a LBS quanto à existência de uma entidade sectorial na saúde, a qual, por se tratar de uma opção de fundo sobre o sistema de saúde e quanto ao respectivo modo de regulação, deveria ali ter tratamento expresso. MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., pp. 302 e 303.

⁹³ *Idem*, p. 299.

Em consequência da entrada em vigor da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que aprova a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, veio recentemente o Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de Agosto, aprovar os novos Estatutos da ERS, em ordem a proceder à respectiva adaptação àquele regime.

De acordo com o art. 1.º deste diploma, a ERS é uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica⁹⁴, funcional e técnica e de património próprio⁹⁵, gozando de “*poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórios*”. No âmbito da sua missão de regulação da actividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde (art. 5.º, n.º 1 dos Estatutos), a ERS tem as atribuições (art. 5.º, n.º 2 dos Estatutos) de supervisionar: o cumprimento dos requisitos de exercício da actividade e de funcionamento, incluindo o licenciamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde nos termos da lei (al. a)); a garantia dos direitos relativos ao acesso aos cuidados de saúde, à prestação de cuidados de saúde de qualidade, bem como dos demais direitos dos utentes (al. b)); a legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes (al. c)), cabendo-lhe ainda a elaboração de pareceres, estudos e informações previstos na lei (n.º 2).

Os arts. 10.º a 32.º dos Estatutos da ERS especificam as competências que, no âmbito daquelas atribuições (art. 8.º - princípio da especialidade do fim), cabem a esta entidade e os respectivos poderes de regulamentação e supervisão (arts. 17.º a 20.º)⁹⁶, de fiscalização

⁹⁴ Sobre a organização interna da ERS, v. NUNES, Rui, *Regulação da Saúde*, 2.ª edição, Porto, Vida Económica, 2009, pp. 215 e ss.

⁹⁵ Esta característica da independência (designadamente relativamente ao Governo – art. 68.º), que constitui uma das principais preocupações da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, vem depois densificada no art. 6.º dos Estatutos da ERS, que, pela sua centralidade e importância, transcrevemos:

“1 - A ERS é orgânica, funcional e tecnicamente independente no exercício das suas funções e não se encontra sujeita a superintendência ou tutela governamental no âmbito desse exercício, não podendo os membros do Governo dirigir recomendações ou emitir directivas aos seus órgãos ou a qualquer trabalhador sobre a sua actividade reguladora, nem sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução.

2 - A ERS é financeiramente independente, dotada dos recursos financeiros e humanos necessários e adequados ao desempenho das suas funções.

3 - A ERS é igualmente independente em relação às entidades titulares dos estabelecimentos sujeitos à sua regulação ou a qualquer outra entidade com intervenção no setor, não podendo designadamente aceitar qualquer subsídio, apoio ou patrocínio das mesmas, nem de qualquer associação representativa delas.

4 - O disposto no n.º 1 não prejudica a fixação pelo Governo dos princípios orientadores de política de saúde, nos termos constitucionais e legais, a definição de orientações quando a ERS atue em representação do Estado e a sujeição a aprovação prévia dos atos previstos nos presentes estatutos.”

⁹⁶ No âmbito dos seus **poderes de regulamentação** (art. 17.º), a ERS pode proceder à emissão de regulamentos, ou, caso esta se não revele necessária, emitir recomendações e directivas de carácter genérico.

(art. 21.º)⁹⁷ e sancionatórios (art. 22.º)⁹⁸. O art. 10.º dos Estatutos enumera as competências da ERS, que são, em síntese, as seguintes:

- a) Assegurar o cumprimento dos requisitos do exercício da actividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, *maxime*, quanto ao regime de licenciamento (v. art. 11.º);
- b) Assegurar o cumprimento dos critérios de **acesso aos cuidados de saúde**, nos termos da Constituição e da lei (v. art. 12.º);
- c) Garantir os **direitos e interesses legítimos dos utentes** (v. art. 13.º);
- d) Zelar pela prestação de cuidados de saúde de **qualidade** (v. art. 14.º);
- e) Zelar pela legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes do sistema (regulação económica – v. art. 15.º)⁹⁹;

No âmbito dos **poderes de supervisão** (art. 19.º) incumbe à ERS: velar pela aplicação das leis e regulamentos e demais normas aplicáveis às actividades sujeitas à sua regulação, no âmbito das suas atribuições (al. a)); emitir ordens e instruções, bem como recomendações ou advertências individuais, sempre que tal seja necessário, sobre quaisquer matérias relacionadas com os objectivos da sua actividade reguladora, incluindo a imposição de medidas de conduta e a adopção das providências necessárias à reparação dos direitos e interesses legítimos dos utentes (al. b)); efectuar os registos, conceder autorizações e aprovações e emitir, suspender e revogar licenças de funcionamento, nos casos legalmente previstos (al. c)). A ERS pode ainda, no âmbito dos poderes de supervisão, realizar estudos de mercado e inquéritos sectoriais (art. 20.º)

⁹⁷ Nos termos do art. 21.º dos Estatutos, a ERS deve efectuar inspecções e auditorias pontualmente, em execução de planos de inspecções previamente aprovados e ainda sempre que se verificarem circunstâncias que indiquem perturbações no respectivo sector de actividade, sem prejuízo das competências da Inspeção-Geral das Actividades em Saúde (n.º 1).

No âmbito das actividades de **inspecção ou fiscalização**, o pessoal da ERS é equiparado a agente da autoridade, podendo (n.º 2): aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas e outras entidades destinatárias da actividade da ERS e a quem colabore com aquelas; inspeccionar os livros e outros registos relativos às empresas e outras entidades destinatárias da actividade da ERS e a quem colabore com aquelas, independentemente do seu suporte, com excepção do acesso aos registos clínicos individuais dos utentes; obter, por qualquer forma, cópias ou extractos dos documentos controlados; solicitar a qualquer representante legal, trabalhador ou colaborador da empresa ou de outras entidades destinatárias da actividade da ERS e a quem colabore com aquelas, esclarecimentos sobre factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da fiscalização, inspecção ou auditoria e registar as suas respostas; identificar, para posterior actuação, as entidades e pessoas que infringjam as leis e regulamentos sujeitos à fiscalização da ERS; reclamar o auxílio de autoridades policiais e administrativas, quando o julgue necessário para o cabal desempenho das suas funções.

⁹⁸ No âmbito dos seus **poderes sancionatórios** (art. 22.º), incumbe à ERS desencadear os procedimentos sancionatórios adequados, adoptar as necessárias medidas cautelares e aplicar as devidas sanções (n.º 1), cumprindo-lhe ainda denunciar às entidades competentes as infracções cuja punição não caiba na sua competência, bem como colaborar com estas, disponibilizando a informação relevante de que disponha (n.º 2).

⁹⁹ Nos termos do art. 15.º dos Estatutos, no campo da regulação económica, *“incumbe à ERS:*

a) Elaborar estudos e emitir recomendações sobre as relações económicas nos vários segmentos da economia da saúde, incluindo no que respeita ao acesso à atividade e às relações entre o SNS ou entre sistemas ou subsistemas públicos de saúde ou equiparados, e os prestadores de cuidados de saúde, independentemente da sua natureza, tendo em vista o fomento da transparência, da eficiência e da equidade do setor, bem como a defesa do interesse público e dos interesses dos utentes;

f) Promover e defender a concorrência nos segmentos abertos ao mercado, em colaboração com a Autoridade da Concorrência na prossecução das suas atribuições relativas a este sector (defesa da concorrência – v. art. 16.º)¹⁰⁰.

Especificamente em relação à questão do acesso aos cuidados de saúde, incumbe à ERS, nos termos do art. 13.º dos respectivos Estatutos, assegurar o direito de acesso universal e equitativo¹⁰¹ à prestação de cuidados de saúde nos serviços e estabelecimentos do SNS, nos estabelecimentos publicamente financiados, bem como nos estabelecimentos contratados para a prestação de cuidados no âmbito de sistemas ou subsistemas públicos de saúde ou equiparados (al. a)), prevenir e punir a rejeição ou discriminação infundadas (al. b)), bem como prevenir e punir as práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde (al. c)).¹⁰²¹⁰³

b) Pronunciar-se e emitir recomendações sobre os acordos subjacentes ao regime das convenções, bem como sobre os contratos de concessão e de gestão e outros que envolvam atividades de conceção, construção, financiamento, conservação ou exploração de estabelecimentos ou serviços públicos de saúde;

c) Elaborar estudos e emitir recomendações sobre a organização e o desempenho dos serviços de saúde do SNS;

d) Pronunciar-se e emitir recomendações sobre os requisitos e as regras relativos aos seguros de saúde e cooperar com a respetiva entidade reguladora na sua supervisão;

e) Pronunciar-se sobre o montante das taxas e preços de cuidados de saúde administrativamente fixados, ou estabelecidos por convenção entre o SNS e entidades externas, e zelar pelo seu cumprimento.”

¹⁰⁰ Nos termos do art. 16.º dos Estatutos, no campo da promoção e defesa da concorrência, “*incumbe à ERS em cooperação com a Autoridade da Concorrência, sempre que aplicável:*

a) Identificar os mercados relevantes que apresentam características específicas setoriais, designadamente definir os mercados geográficos, em conformidade com os princípios do direito da concorrência, no âmbito da sua atividade de regulação;

b) Zelar pelo respeito da concorrência nas atividades abertas ao mercado sujeitas à sua regulação;

c) Identificar situações que possam constituir ilícitos concorrenciais e comunicá-las, de imediato, à Autoridade da Concorrência;

d) Colaborar na aplicação da legislação da concorrência.”

¹⁰¹ *infra*

¹⁰² Nos termos da al. d) do mesmo artigo cabe-lhe ainda “*zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, incluindo o direito à informação*”. A este propósito ver o estudo da ers: consentimento informado. Sobre o tema do **direito ao consentimento informado** em geral, ver ADP. Quanto aos **restantes direitos dos utentes** que à Ers incumbe defender (art. 13.º dos Estatutos da ERS), cabe-lhe apreciar as queixas e reclamações dos utentes e monitorizar o seguimento dado pelos estabelecimentos de saúde às mesmas (v. art. 30.º), garantindo o acesso pela Direção-Geral da Saúde e pela Direção-Geral do Consumidor à informação quanto à natureza, tipologia e volume das causas mais prevalentes de reclamações (al. a)), verificar o cumprimento da Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde (al. b)) e prestar informação, orientação e apoio aos utentes dos serviços de saúde (al. c)).

Ainda ligado aos direitos dos utentes, cumpre à ERS garantir o cumprimento do **princípio da qualidade** (art. 14.º dos Estatutos da ERS), cabendo-lhe promover um sistema de âmbito nacional de classificação dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde quanto à sua qualidade global, de acordo com critérios objectivos e verificáveis, incluindo os índices de satisfação dos utentes (al. a)), verificar o não cumprimento das obrigações legais e regulamentares relativas à acreditação e certificação dos estabelecimentos (al. b)), garantir o direito dos utentes à prestação de cuidados de saúde de qualidade (al. c)) e propor e homologar códigos de conduta e manuais de boas práticas (al. d)).

¹⁰³ Contraordenações acesso art. 61.º.

Quanto ao financiamento, em linha com o que se encontra estabelecido na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras¹⁰⁴, prevê o art. 56.º dos Estatutos da ERS que são receitas da ERS: as contribuições cobradas às entidades sujeitas aos poderes de regulação da ERS; as taxas de licenciamento, de inscrição e de manutenção no registo público dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde; as taxas por outros serviços prestados pela ERS; o montante das coimas e outras sanções pecuniárias aplicadas pelas infrações que lhe compete sancionar; o produto da cobrança dos encargos administrativos gerados em processos de ilícito contraordenacional; as comparticipações ou subvenções concedidas por quaisquer entidades, bem como o produto de doações, heranças ou legados; o produto da venda das suas publicações e estudos; a remuneração de aplicações financeiras no Tesouro; as dotações do orçamento do Estado; quaisquer outras receitas previstas na lei.

A este propósito são de destacar as *contribuições* cobradas às entidades sujeitas à regulação da ERS (al. a)), que parecem escapar à tradicional divisão dicotómica dos tributos públicos, constituindo, porventura, um *tertium genus*, com estrutura própria e autónoma¹⁰⁵.

PARTE II - O SISTEMA DE SAÚDE E O SEU FINANCIAMENTO

1. Evolução Histórica dos Sistemas de Saúde

1.1. A saúde e a protecção social: os modelos Beveridge e Bismarck

A saúde, enquanto subsistema social, deve ser enquadrada no conceito amplo de protecção social, ao lado da segurança social, da educação e da habitação.¹⁰⁶

A emergência histórica dos sistemas de protecção social, e portanto dos sistemas organizados de saúde, está ligada à revolução industrial.¹⁰⁷ Com efeito, a partir do

¹⁰⁴ No n.º 2 do art. 36.º deste diploma vêm previstas as receitas das entidades reguladoras, das quais se destacam as “*contribuições, taxas ou tarifas cobradas pelo exercício da actividade reguladora ou pelos serviços prestados ou pela remoção de um obstáculo jurídico*” (al. a)), prevendo-se apenas “*supletivamente*” as dotações do orçamento do Estado (al. d)).

¹⁰⁵ *Infra* parte III.

¹⁰⁶ NABAIS, José Casalta, “O Financiamento da Segurança Social em Portugal”, in *Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, p. 180.

momento em que a deterioração do estado de saúde dos trabalhadores começou a ser identificada como factor de perda de produtividade, as entidades patronais passaram a ver-se obrigadas a garantir aos trabalhadores cuidados de saúde em termos de impedir que as doenças provocassem graves prejuízos económicos.

O primeiro sistema de protecção social surge em 1883, na Alemanha, quando o Primeiro-ministro Bismarck lança a primeira lei que obriga as entidades patronais a contribuir para um seguro-doença em benefício dos trabalhadores mais pobres, tendo sido essa contribuição posteriormente alargada aos trabalhadores. Este seguro obrigatório acautelava já os riscos de doença temporária, invalidez permanente, velhice e morte prematura. Pela primeira vez, tínhamos uma responsabilidade pelos cuidados de saúde partilhada entre três entidades: entidade patronal, trabalhador e Estado.

Este esquema jurídico do seguro obrigatório viria, entretanto, a ser adoptado, com maiores ou menores diferenças relativamente ao modelo alemão¹⁰⁸, por outros países da Europa, tais como a Áustria, a Bélgica, a França, o Luxemburgo e os Países Baixos.

Note-se, no entanto, como adverte Licínio Lopes Martins, que a racionalidade aqui presente não tinha por base uma preocupação social, sendo antes *“marcadamente económica, tendo, sobretudo, por finalidade melhorar os níveis de saúde dos trabalhadores, de forma a, pelo menos, diminuir as perdas de produtividade laboral devido a doença”*¹⁰⁹. O que, na verdade, visava, portanto, proteger-se era não a saúde dos trabalhadores em si mesma, mas a ‘saúde’ da produção industrial, a qual dependia sobremaneira do bom nível sanitário dos operários.

É sobretudo após a segunda guerra mundial que as preocupações sociais começam a surgir como uma nova tónica do papel estadual. É então criado, em 1948, no Reino Unido, como resultado das propostas do célebre “Relatório Beveridge”, o *National Health Service*, um sistema de saúde da inteira responsabilidade do Estado (que seria, simultaneamente, entidade pagadora e entidade prestadora do serviço), que obedecia a três princípios essenciais: generalidade, no sentido de que deveria oferecer aos utentes todos os cuidados de saúde disponíveis e não apenas aqueles que dessem resposta às doenças mais graves ou

¹⁰⁷ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 226.

¹⁰⁸ V.g., na Alemanha eram fundos geridos corporações de direito público, enquanto na França eram organizações privadas que geriam serviços públicos.

¹⁰⁹ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p.226. Veja-se também, SIMÕES, Jorge, op. cit., 29 e ss.

mais frequentes; universalidade, no sentido de que toda a população deveria beneficiar desses cuidados de saúde em condições de igualdade, independentemente da sua condição económica ou social, ou da sua localização geográfica (igualdade no acesso); gratuidade, uma vez que, para evitar qualquer espécie de discriminação, a saúde deveria ser financiada através de transferências do orçamento do Estado, ou seja, através de impostos. Assim, de acordo com este modelo o Estado é simultaneamente pagador e prestador dos cuidados de saúde à população, mediante uma extensa rede que se divide essencialmente em cuidados hospitalares e cuidados primários ou de proximidade.

Foram seguidores do modelo beveridgiano países como a Dinamarca, a Finlândia, a Noruega, a Suécia, a Grécia, a Espanha, a Itália e Portugal.¹¹⁰

1.2. A evolução do sistema de saúde português: das confrarias à Constituição de 1976

Historicamente, o início das actividades de assistência social¹¹¹ e de prestação de cuidados de saúde vai descobrir-se num passado longínquo, sendo possível encontrar instituições destinadas a prestar aqueles tipos de actividades nos “eranistas” gregos, nos “colégios” romanos, ou nas “guildas” germânicas.¹¹² Actividades que, a partir dos séculos XII e XIII, se foram implantando por todo o mundo cristão, levadas a cabo por “corporações de mesteres” ou por “confrarias”¹¹³, que, fosse numa lógica mutualista, de interesse

¹¹⁰ Para uma perspectiva comparatística dos sistemas de saúde e seu financiamento, v. SIMÕES, Jorge, BARROS, Pedro Pita, e PEREIRA, João, *A Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde*, Lisboa, Ministério da Saúde, 2008, pp. 25-44, e Quanto aos tipos de financiamento, pode ver-se SIMÕES, Jorge, op. cit., p.34 e 35.

¹¹¹ Tomada no sentido amplo utilizado por MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, 2000, p. 11, nota 1, a assistência social inclui “*toda aquela actividade organizada, pública ou particular, dirigida à satisfação de necessidades materiais ou morais da população, especialmente da mais carecida ou socialmente desprotegida*”. Ou seja, ainda não existe aqui uma ideia universalista de protecção social, mas tão-só uma ideia de acudir aos mais desfavorecidos. Cfr. também NABAIS, José Casalta, “O Financiamento...”, cit., p. 180.

¹¹² MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...*, cit., p. 11.

¹¹³ Como nos dá conta MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...*cit., pp. 12-15, de acordo com um critério dos fins essenciais ou predominantes, é possível distinguir as “corporações de mesteres”, que, unindo indivíduos pertencentes a uma mesma profissão, eram organizações essencialmente laicas, cujo fim essencial era o da defesa dos interesses profissionais ou de classe (interesses corporativos) e o da “*protecção mútua contra o risco, o infortúnio, a doença, valendo ou auxiliando, deste modo, os seus membros quando disso necessitassem*”, e as “confrarias”, que, podendo congrega pessoas de diversas profissões, prosseguiram essencialmente, e em estreita ligação à Igreja Católica, fins de beneficiência ou de caridade, acudindo a quaisquer necessitados, “*para além dos fins corporativos e de auxílio mútuo inerentes à organização corporativa*”.

corporativo, ou fosse antes essencialmente numa lógica de beneficiência ou caridade, de fundamento ético-cristão, procuravam dar cobro aos problemas originados por desastres, doenças, pobreza e miséria.

Em Portugal, apesar da inexistência de uma noção de administração pública que prosseguisse os interesses da colectividade¹¹⁴, desde a fundação da nacionalidade que foram sendo criadas confrarias de beneficiência, havendo que destacar o grande impulso que houve na sua criação durante o reinado de D. Dinis, pela Rainha Santa Isabel, designadamente às de invocação do Espírito Santo¹¹⁵. Na verdade, aos monarcas interessava estimular, promover e apoiar este tipo de organizações autónomas, porquanto estas, para além da sua importância económica, social e religiosa, representavam ainda uma importância política, devido ao seu papel enquanto “*centro de afirmação do poder político*” em relação à Igreja Católica¹¹⁶.

É, pois, com o advento do Estado moderno e a centralização do poder que começa a surgir a noção de que “*há uma tarefa a cumprir*”, a qual, não se limitando já à tarefa de um dado grupo delimitado, cura, ao invés, da prossecução do interesse geral da comunidade ao nível nacional¹¹⁷. Nesta nova forma política de organização da sociedade, é ao poder político, representado pela figura do monarca, que, neste “*processo de secularização e institucionalização da assistência social*”¹¹⁸, cumpre delimitar aquilo que viria a tomar a designação de *interesse público*¹¹⁹, designadamente regulamentando o estatuto das instituições que hão-de prestar a assistência social e a respectivas relações com o Estado (nomeadamente no que toca aos poderes deste em relação àquelas, exercidos através do ‘aparelho’ administrativo emergente)¹²⁰.

¹¹⁴ MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...*, cit., pp. 16 e ss.

¹¹⁵ *Idem*, p. 12, nota 4.

¹¹⁶ *Idem*, pp.17 e 18, afirma que “*não é de admirar que algumas das confrarias tenham sido instituídas sob autorização régia, ou que os respectivos estatutos tenham sido aprovados, quer pelo poder civil, quer pelo poder eclesiástico, ou ainda que o poder político régio vigiasse e até interferisse nestas organizações, com o fim de proteger a boa administração dos rendimentos ou a aplicação de esmolas*”. Poderes de regulamentação e fiscalização, apesar de as confrarias não estarem no aparelho (não administrativo) que suportava o poder político de então.

¹¹⁷ MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...cit.*, p. 20. É possível ver aqui um fenómeno antigo de colaboração público-privado (pp. 27-28).

¹¹⁸ *Idem* p. 24:

¹¹⁹ Sobre o conceito de interesse público, v. ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Interesse Público”, in DJAP, vol. V, Lisboa, 1993, pp. 275 e ss.

¹²⁰E, nomeadamente, através de funcionários do Estado. Cfr. MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...*, cit., p. 21.

As Ordenações Afonsinas, promulgadas por D. Afonso V, em 1446, marcam o importante momento em que a Igreja deixa de ter poder sobre as instituições de assistência fundadas por leigos, para além do que respeite a matérias espirituais¹²¹.

É, contudo, com o Regimento de 27 de Setembro de 1514, dado por D. Manuel, que ocorre a grande reforma da assistência social, a qual, com uma clara “*feição centralizadora*”, ao mesmo tempo que procurou unificar num só diploma as disposições relativas a toda a actividade de assistência, veio reforçar os poderes de direcção e de orientação do Estado sobre as instituições de assistência¹²². Nesta época, encetou-se igualmente uma unificação de inúmeros estabelecimentos de assistência, até aí dispersos, em grandes unidades de assistência. Foi já neste contexto que, em 1479, D. João II decidiu centralizar 43 hospitais dispersos pela cidade (pertencentes, na sua maioria, a confrarias), fundando o Hospital de Todos-os-Santos (hoje, Hospital de S. José)¹²³, inaugurado em 1501¹²⁴.

É também ao longo do século XVI que as misericórdias passam a assumir o papel central na assistência social e nos cuidados de saúde¹²⁵. A primeira misericórdia criada foi a Misericórdia de Lisboa, em 1498, e, a partir daqui, todas as novas instituições de assistência criadas deveriam basear-se nos “compromissos” (i.e, nos estatutos) desta, sob pena de não obterem autorização do Rei.¹²⁶

¹²¹ Segundo MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...*, cit., p. 21, a jurisdição cabe exclusivamente a juízes leigos, que têm o poder de fiscalizar e controlar. A igreja mantinha apenas os poderes de fiscalização e controlo em relação às instituições fundadas ou criadas sob autorização ou aprovação dos “prelados”. A resolução de litígios em matéria de gestão da instituição pertencia, no entanto, à jurisdição civil.

¹²² *Idem*, pp. 21-23 e 25-26.

¹²³ *Idem*, p.23, nota 47.

¹²⁴ O Hospital Real de Todos-os Santos, e outras medidas da mesma altura, representam, segundo ARNAUT, António, *Serviço Nacional de Saúde – 30 Anos de Resistência*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 109, “a primeira grande reforma da saúde, de cariz «estatizante»”, a qual, à época, terá sido, de acordo com MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...*, cit., p. 23, nota 47, “a mais perfeita e avançada da Europa”. Reforçando a construção de um sistema organizado de assistência, este Autor refere ainda que esta reforma há-de significar que “já nesta época, era dever fundamental do Estado prosseguir (e concretizar) uma política assistencial”.

¹²⁵ Tendo, em 1564, D. Sebastião concedido às misericórdias a gestão de todos os hospitais (com excepção dos “*hospitais oficiais*” - designadamente, Lisboa, Porto e Coimbra), bem como a incumbência da cobertura nacional de uma rede de hospitais. Cfr. MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...*, cit., pp.28 e 29, nota 61.

¹²⁶ *Idem*, p. 23. Quer dizer, segundo o Autor, que, apesar de as misericórdias terem “*como referente histórico imediato as típicas confrarias medievais de beneficência ou caridade*”, o papel determinante cabe, “*sem dúvida, à acção impulsionadora da obra reformadora concebida pelo próprio poder político*”, tendo os estatutos da Misericórdia de Lisboa sido convertidos por este em “*modelo ou parâmetro jurídico da aprovação dos restantes*”. Isto não obstante a autonomia das instituições e o facto de o respectivo impulso continuar a ser da sociedade civil. Apesar da autorização régia e da organização, planificação e disciplina normativa, entre vários outros poderes (de orientação e direcção), não fazem parte da organização administrativa do Estado (p.25). Esta doutrina viria a ser transposta para as Ordenações Filipinas e para as Ordenações Manuelinas (p. 23 e 24).

Até à Constituição Portuguesa de 1976, ou, *rectius*, até à criação do SNS, em 1979, a organização dos cuidados de saúde continuou, contudo, a ser “*dispersa e atomizada*”, inexistindo uma organização pública da responsabilidade do Estado¹²⁷. Antes disso, são, no entanto, dignos de realce os Serviços de Saúde e Beneficência Pública, criados em 1899¹²⁸, sob o impulso do Dr. Ricardo Jorge, e substituídos, a partir de 1911, pela Direcção-Geral de Saúde, em que, apesar de a prestação de cuidados de saúde permanecer privada, cabia ao Estado a assistência dos pobres¹²⁹.

Em 1946, através da Lei n.º 2011, de 2 de Abril, a organização dos serviços de saúde passa a incluir, para além dos prestadores privados, os hospitais das misericórdias e do Estado e ainda os Serviços Médico-Sociais e os Serviços de Saúde Pública.¹³⁰

Em 1963¹³¹, foram criadas as Caixas de Previdência, para certos trabalhadores, e a ADSE, para os trabalhadores do Estado.

Em 1971, surge, com a reforma de Gonçalves Ferreira, “*o primeiro embrião do SNS*”¹³², sendo criados os primeiros Centros de Saúde e legislação definidora de uma política de saúde planificada e integrada ao nível central, e descentralizada quanto à sua execução.¹³³

2. A saúde na Constituição de 1976

2.1. O direito (fundamental social) à protecção da saúde. A imposição constitucional de criação de um Serviço Nacional de Saúde

¹²⁷ MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...*, cit., p. 229.

¹²⁸ E, aliás, antes deles, já em 1707 a Procuradoria-mor da Saúde havia sido criada. Cfr. ARNAUT, António, op. cit., p. 109.

¹²⁹ CABRAL, Ana Paula, op. cit., p.43.

¹³⁰ *Idem*, pp. 43 e 44. MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições...*, cit., pp. 43 e ss.refere-se aqui ao princípio da supletividade ou da subsidiariedade do Estado. As instituições de assistência, em especial as misericórdias, eram agora integradas na organização administrativa estadual, apesar de manterem a sua natureza jurídico-privada. As instituições de beneficência, principalmente as misericórdias, são agora pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, mas com regime especial – diferente do das confrarias, regidas exclusivamente pelo direito canónico (p.48).

¹³¹ Fica por referir o famoso “Relatório das Carreiras Médicas” publicado em 1961, sob impulso da Ordem dos Médicos, com algum significado histórico para a construção do SNS. ARNAUT, António, op. cit., p.110.

¹³² CABRAL, Ana Paula, op. cit., p.44.

¹³³ *Idem.*, p.44 e ARNAUT, António, p.110.

A Constituição Portuguesa de 1976, veio prever, no seu art. 64.º, o direito à protecção da saúde^{134 135}, inserto na parte relativa aos direitos económicos, sociais e culturais¹³⁶, abreviadamente designados por direitos sociais.

Os direitos sociais caracterizam-se, por se consubstanciarem, sobretudo, em direitos positivos dos cidadãos a prestações ou actividades estaduais¹³⁷, ao contrário dos direitos, liberdades e garantias, que, enquanto direitos de liberdade¹³⁸, se caracterizam, essencialmente, por um *status negativus* dos cidadãos relativamente ao Estado e também relativamente aos restantes cidadãos (ou seja, a exigir um dever geral de abstenção da parte destes), assumindo a natureza de direitos de defesa¹³⁹. No entanto, a generalidade dos direitos sociais - como é o caso do direito à protecção da saúde - comportam simultaneamente as duas dimensões: para além da vertente positiva, que se concretiza no direito a prestações públicas positivas, assumem ainda uma dimensão negativa, que se analisa no direito a exigir do Estado e de terceiros que se abstenham de praticar actos que prejudiquem o bem protegido¹⁴⁰.

O direito à protecção da saúde é, portanto, um direito fundamental que, apesar de previsto na parte dedicada aos direitos sociais, se apresenta com uma estrutura complexa¹⁴¹, constituindo uma posição jurídica subjectiva¹⁴² que compreende, quer uma dimensão positiva, tipicamente prestadora, que confere ao cidadão o direito de exigir dos poderes públicos determinadas acções tendentes à protecção da saúde (v.g. cuidados de medicina

¹³⁴ Expressão mais correcta do que “direito à saúde”, que é equívoca, já que não existe um direito a ser saudável. Cfr. LOUREIRO, João Carlos, “Direito à (Protecção da) Saúde”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Lisboa, 2006, p. 674.

¹³⁵ No entanto, note-se que o bem saúde não é protegido apenas pelo art. 64.º, existindo, na verdade, “zonas de sobreposição” com esferas que são autonomamente protegidas como é o caso da vida, integridade físico-psíquica, alimentação, ambiente, higiene e segurança no trabalho, etc. Cfr. LOUREIRO, João Carlos, “Direito à...”, cit., p. 666.

¹³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, vol., 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 315.

¹³⁷ *Idem*, pp. 314 e 315. Existem excepções, como são os casos do direito de iniciativa privada (61.º) e do direito de propriedade privada (62.º), os quais têm um perfil clássico, de sentido negativo.

¹³⁸ *Idem*, p. 310. Para a distinção entre direitos, liberdades e garantias, v. pp. 310 e ss.

¹³⁹ Para a distinção entre direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação, v. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos...*, cit., p.168.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, op. cit. p. 825.

¹⁴¹ VALE, Luís António Malheiro Meneses do, “O Direito à Saúde na União Europeia em Perspectiva Diacrónica: Elementos para uma Genealogia do artigo 35.º da CDFUE”, in *Nascer e Crescer, revista do hospital de crianças maria pia*, n.º 4, vol. XX, ano 2011, pp. 281 (disponível em: http://repositorio.chporto.pt/bitstream/10400.16/1297/1/09a_PerspectivasBioetica_20-4.indd.pdf)

¹⁴² *Idem*, p. 281. E ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos...*, cit., pp. 358 e ss e 363, acentuado que eles não são meramente proclamatórios, dando origem a verdadeiras *pretensões*.

preventiva, curativa ou de reabilitação)¹⁴³, quer uma dimensão negativa, que se traduz num direito a que o Estado e terceiros se abstenham de praticar “ações que degradem ou afetem negativamente a saúde humana”¹⁴⁴ (correspondente, portanto, a um dever geral de abstenção). Na sua dimensão negativa, o direito à protecção da saúde apresenta, pois, uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias (sendo-lhe, nessa medida, aplicável o respectivo regime, designadamente o do art. 18.º).¹⁴⁵

Quanto à dimensão positiva - aquela que, indiscutivelmente, prepondera no art. 64.º e que mais nos importa aqui -, correspondente à estrutura de direito social propriamente dito, o direito à protecção da saúde está dependente da densificação político-legislativa¹⁴⁶, compreendendo uma grande margem de livre conformação deixada na disponibilidade do legislador ordinário.

Sendo os direitos sociais direitos “sob reserva do possível”¹⁴⁷, não obstante a sua imediata aplicabilidade, em razão da sua jusfundamentalidade¹⁴⁸, é ao legislador que cumpre densificar o conteúdo do direito, que pode densificar o conteúdo consoante a realidade fáctica, económica e social que se lhe apresenta. Uma *reserva do possível* que só opera no âmbito do *conteúdo constitucionalmente indeterminado* do direito social, mas já não no que diz respeito ao conteúdo constitucionalmente determinado¹⁴⁹.

Pois bem, no caso do direito à protecção da saúde, ao contrário do que acontece com outros preceitos relativos a outros direitos sociais, a Constituição, para além de impor ao

¹⁴³ Podendo também ser lido como direito à protecção em sentido próprio, enquanto correlativo da obrigação do Estado de impedir condutas de outros aptas a prejudicar a saúde. Nomeadamente através de actividades positivas. Cfr. LOUREIRO, “Direito à...”, cit., p. 675.

¹⁴⁴ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 45.

¹⁴⁵ VALE, Luís António Malheiro Meneses do, “O Direito...”, cit., p.281 refere-se, em modo de síntese, à “dimensão defensiva, definidora de uma *satus negativus e libertatis*” e à “componente participativa, como direito de quota-parte em sentido amplo (i.e. direito de tomar parte nos sucessos e insucessos da vida social)”, dominada pelas “pretensões prestativas em sentido amplo”, as quais se subdividem em “direitos do *status positivus liberattis* (direitos de protecção, vale dizer, a exigir do Estado a adopção das medidas materiais e/ou normativas necessárias à protecção da saúde dos cidadãos)” e “direitos do *status positivus socialis* (integrado pelos direitos de participação em sentido estrito ou direitos a prestações materiais (ou fácticas) sociais – cuidados de saúde, distribuição de medicamentos, etc.)”.

¹⁴⁶ No entanto, segundo ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos...*, cit., pp. 369 e 374, pode retirar-se directamente da CRP um direito (originário) a determinada prestação, caso esteja em causa o conteúdo mínimo.

¹⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos...*, cit., p. 180. Assim, os direitos sociais são de realização gradual para lá do conteúdo mínimo (p.190). CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “«Metodologia Fuzzy» e «Camaleões Normativos» na Problemática Actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais”, in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 107, explora a melhor interpretação a dar à expressão.

¹⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos...*, cit., pp. 364 e 365.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 368 e ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, op. cit., p. 47.

legislador a realização ou concretização desse direito, não podendo este “*optar entre «fazer e não fazer»*”¹⁵⁰, estabelece ainda como deverá aquele assegurá-lo, não podendo ele densificar o direito “*à sua maneira*”¹⁵¹. Neste contexto, surge com particular centralidade a imposição, de natureza organizatória, de criação de um “*serviço nacional de saúde*”, dotado de determinadas características (art. 64.º, n.º 2, al. a)).

2.2. O SNS e as suas características

Como acabamos de ver, o direito fundamental à protecção da saúde é, na sua dimensão positiva ou prestacional, essencialmente garantido através da criação de um SNS. Esse conjunto articulado de serviços que prestam cuidados de saúde (*maxime*, cuidados médicos) - que o Estado não pode deixar de garantir, sob pena de omissão inconstitucional -, se bem que composto de um conteúdo constitucionalmente indeterminado, que confere ao legislador ordinário uma razoável liberdade de conformação, comportam também um não despidendo conteúdo constitucionalmente determinado, o qual resulta essencialmente da alínea a) do n.º 2 do art. 64.º da CRP, onde se determina que o SNS há-de ser “*universal, geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito*” (sublinhados nossos). Analisemos com mais vagar cada uma destas características.

a) Universalidade

A característica da universalidade, prevista na alínea a) do n.º 2 do art. 64.º, diz respeito ao âmbito subjectivo do SNS e não pode deixar de ser lida em articulação com o princípio geral da igualdade, ou seja, todos os indivíduos são titulares do direito à protecção da saúde em condições de igualdade (direito de acesso universal e equitativo).

De resto, lembre-se que a Constituição Portuguesa adopta uma visão universalista do acesso, estabelecendo no art. 15.º um princípio geral de equiparação entre portugueses e estrangeiros. Com efeito, prescreve aquela norma que os estrangeiros que se “*encontrem ou*

¹⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 317.

¹⁵¹ *Idem*.

residam” em Portugal são titulares dos direitos e estão sujeitos aos deveres dos cidadãos portugueses. De fora ficam os direitos políticos, as funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição ou pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses (n.º 2 do art. 15.º da CRP).¹⁵²

b) Generalidade

A nota da generalidade do SNS, por sua vez, diz respeito ao âmbito objectivo do SNS, i.e, ao conjunto, maior ou menor, de prestações que o SNS deve realizar. Ora, a nossa Constituição estipula, neste domínio, um princípio de cobertura global, o que significa que o SNS sempre terá de assegurar “*as prestações de saúde adequadas à situação de doença ou de carência de cuidados de saúde dos indivíduos que a ele recorrem*”¹⁵³.

Tal significa, desde logo, que não poderão ser excluídas quaisquer doenças¹⁵⁴.

Em segundo lugar, significa que deverão ser disponibilizadas todas as prestações de saúde infungíveis, isto é, para as quais não exista alternativa terapêutica eficaz¹⁵⁵.

Quanto às prestações relativamente às quais exista alternativa terapêutica apta a produzir os mesmos resultados, existe uma razoável margem de livre conformação do legislador, podendo *inclusive* fazer considerações com base no custo-benefício ou no custo-effectividade das várias soluções¹⁵⁶. Uma tal lógica permitirá, por exemplo, justificar o não investimento em determinados equipamentos ou inovação tecnológica, em razão de os

¹⁵² Admitindo, entretanto, certas restrições, justificáveis à luz de um “*imperativo de organização ou de gestão racional dos serviços públicos*”, conquanto que com o “*limite inultrapassável*” da dignidade da pessoa humana e com respeito do princípio da proporcionalidade, ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 51 e ss. Os mesmos Autores acrescentam ainda que tais restrições haveriam de encontrar fundamento igualmente num “*imperativo de justiça*”, porquanto, “*embora a Constituição não adopte uma visão contributiva ou laboralista dos direitos sociais (...), a realização dos direitos sociais está sobretudo pensada para aqueles que estabelecem com o Estado uma relação estável e que, de alguma forma, participam ou, pelo menos, tendem a participar, no esforço colectivo indispensável ao financiamento dos serviços públicos*”.

¹⁵³ *Idem*, p.56

¹⁵⁴ Ainda que, como afirma Rui Medeiros, o conceito de doença seja difícil, facto que, por si só, também acaba por conferir alguma margem de liberdade interpretativa. Cfr. MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada* (em co-autoria com MIRANDA, Jorge), vol. I, 2.ª edição revista e actualizada Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.1312.

¹⁵⁵ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p.57.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, op. cit., p.827

resultados em saúde obtidos com esse investimento não serem suficientemente compensadores¹⁵⁷.

Associado à nota da generalidade do SNS, está, sem dúvida, um conjunto de direitos dos utentes, como o direito à qualidade e à prontidão dos serviços, que lhe emprestam uma dimensão material¹⁵⁸.

c) Tendencial Gratuitidade

A alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da CRP prevê, por último, que o SNS há-de ser “*tendencialmente gratuito*”. E acrescenta ainda que tal tendencial gratuitidade há-de ter em conta as “*condições económicas e sociais dos cidadãos*”.

A versão originária da Constituição tinha uma fórmula mais rígida, na medida em que, em vez de se referir a uma gratuitidade tendencial, estipulava simplesmente que o SNS deveria ser gratuito. Na verdade, antes da revisão constitucional de 1989, a fórmula contida no art. 64.º previa a criação de um SNS “*universal, geral e gratuito*”, não deixando, *prima facie*, margem senão para uma “*gratuidade tout court*”¹⁵⁹.¹⁶⁰

Só com a referida revisão constitucional de 1989 a fórmula se ‘flexibilizou’, abrindo uma grande discussão quanto à sua abrangência¹⁶¹. Hoje é pacífico que o Estado pode efectivamente cobrar uma determinada quantia decorrente da utilização dos cuidados de saúde. As dúvidas de compatibilidade com a fórmula constitucional surgem quando se começa a discutir a finalidade de tais pagamentos e o respectivo montante, levando-nos a questionar a natureza jurídica que tradicionalmente lhes vem sendo atribuída – a de “*taxas moderadoras*”. Voltaremos a este assunto mais à frente¹⁶².

d) Outras características: a gestão descentralizada e participada

¹⁵⁷ Sobre a análise custo-benefício, de uma perspectiva da economia da saúde, v. BARROS, Pedro Pita, *Economia da Saúde: Conceitos e Comportamentos*, Coimbra, Almedina, 2009, pp 465 e ss.

¹⁵⁸ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit. p58.

¹⁵⁹ A expressão é do TC, no Acórdão n.º 731/95, de 14 de Dezembro. V. *Infra*.

¹⁶⁰ O que, ainda assim, não impediu a implementação de taxas moderadoras logo em 1980, um ano após a fundação do SNS.

¹⁶¹ V. *Infra* Parte III.

¹⁶² Parte III

Para além das notas características apontadas, o art. 64.º, no seu n.º 4¹⁶³, debruça-se ainda sobre os aspectos organizatórios do SNS, estabelecendo, desde que este deve ter “*gestão descentralizada e participada*”.

É discutível o exacto sentido da expressão “*gestão descentralizada*”. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, a descentralização aludida pela presente norma significa que o SNS deve ter uma configuração *territorialmente* descentralizada¹⁶⁴. Com efeito, referem os Autores que, “*sendo embora um serviço de nível e âmbito nacional, o SNS há-de ter uma estrutura descentralizada, quer do ponto de vista funcional, quer sob o ponto de vista territorial (sobretudo a nível regional)*”¹⁶⁵.

Há, porém, quem faça uma interpretação mais flexível da expressão “descentralizada”, admitindo que possa haver uma mera “*descentralização técnica ou por serviços*”¹⁶⁶, o que permitiria que a organização do SNS pudesse ser feita através de formas de administração indirecta, sem necessidade de haver uma descentralização territorial^{167, 168}.

Quanto à gestão “*participada*”, parece impor a criação de órgãos onde estejam representados, por um lado, os utentes do SNS, e por outro lado, os profissionais de saúde¹⁶⁹, para que possam participar nas decisões ou, pelo menos, serem consultados quanto ao respectivo conteúdo¹⁷⁰.

3. O Sistema de Saúde Português Actual

Na sequência da previsão constitucional da organização, por parte do Estado, de um sistema de saúde do tipo serviço nacional de saúde (à imagem do *National Health Service* britânico, financiado essencialmente por via de impostos), e com um determinado conjunto de características precisas (universal, geral, tendencialmente gratuito, etc.), o legislador

¹⁶³ Introduzido na revisão constitucional de 1982.

¹⁶⁴ Op.cit., p. 828.

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp.62 e ss.

¹⁶⁷ Assim também o Acórdão n.º 731/95 do TC.

¹⁶⁸ Recorde-se, contudo, que, seja qual for o exacto alcance da expressão “descentralizada”, ela há-de limitar-se aos serviços que cumprem funções de organização e de fiscalização, e já não necessariamente aos prestadores dos concretos serviços de saúde, pois que, como vimos *supra*, estes não assumem forçosamente natureza pública, podendo ser prestadores privados integrados na estrutura (pública) do SNS. *Idem.*, p.63.

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, op. cit., p.828.

¹⁷⁰ Neste sentido, ver o Acórdão n.º 731/95 do TC.

infraconstitucional - destinatário primeiro das normas sobre direitos sociais -, concretizou o modelo organizacional previsto pela CRP, através da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, que criou o SNS, e depois através da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, que aprovou a Lei de Bases da Saúde (LBS) e do Decreto-lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, que aprovou o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (ESNS).

Vejam, em traços gerais, como se encontra hoje construído e arrumado o sistema de saúde português, começando, antes de mais, por conhecer as fases por que tem passado a sua evolução desde a Constituição de 1976.

3.1. Fases da evolução do sistema de saúde português desde a CRP de 1976

a) Primeira fase: de 1976 a 1989

Desde a Constituição Portuguesa de 1976, o sistema de saúde português passou por várias fases de evolução até chegar ao seu actual figurino¹⁷¹.

Uma primeira fase que é possível destacar de todas as seguintes é, sem dúvida, a fase que fica compreendida entre os anos de 1976, ano da entrada em vigor da CRP, e de 1989. Nesta fase são de destacar o Decreto-Lei n.º 707/74, de 7 de Dezembro, pelo qual os hospitais são integrados na administração indirecta do Estado, como institutos públicos, e, naturalmente, a Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, conhecida como Lei do Serviço Nacional de Saúde, que deu cumprimento ao comando constitucional de criação de um Serviço Nacional de Saúde “*universal geral e gratuito*”.

b) Segunda fase: de 1989 a 2002

Inicia-se a segunda fase de evolução do sistema de saúde português com a revisão constitucional de 1989, a qual introduziu a fórmula inovadora da “tendencial gratuidade”, “*tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos*”, afastando a regra da

¹⁷¹ Seguimos de perto ESTORNINHO, Maria João, Organização Administrativa da Saúde: Relatório sobre o programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 54 e ss, e ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp 73 e ss. Para uma síntese, veja-se ainda MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p.229. Pode ver-se ainda SIMÕES, Jorge, op. cit., pp. 96 e ss.

gratuidade *tout court*. É nesta fase que é aprovada a LBS, pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, e o ESNS, pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro.

Com este novo regime, orientado para os novos objectivos de eficiência do sistema de saúde, consagra-se a distinção entre Sistema de Saúde e Serviço Nacional de Saúde¹⁷², passando a enquadrar o papel deste último num contexto muito mais amplo e diversificado. Ao mesmo tempo que a Base XXXVI da LBS introduzia o conceito de “*experiências inovadoras de gestão*” para os estabelecimentos do SNS, dava-se início também ao surgimento dos esquemas de *contracting out*¹⁷³ na saúde, que colocavam os agentes privados num novo papel de prestador directo de cuidados de saúde e/ou eram investidos da gestão dos estabelecimentos do SNS, “*na vez e por conta*” do Estado¹⁷⁴.

Neste contexto, surge em 1994 o primeiro hospital público com gestão privada: o Hospital Fernando da Fonseca na Amadora - mais conhecido como Hospital Amadora-Sintra.

Pouco tempo depois, os Hospitais de Santa Maria da Feira, Barlavento Algarvio e a Unidade Local de Saúde de Matosinhos viriam a ser transformados em estabelecimentos públicos com natureza empresarial¹⁷⁵.

c) Terceira fase: de 2002 a 2005

Inicia-se em 2002 a terceira fase da evolução do nosso sistema de saúde, quando é aprovado o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamento privados (parcerias público-privadas), e a Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, que estabelece o regime jurídico da gestão hospitalar.

Uma nota para destacar que é com esta Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, sobre a gestão hospitalar, que se altera o sistema de financiamento do SNS. Com efeito, passa o SNS, a

¹⁷² V. *infra*.

¹⁷³ O *contracting out* enquadra-se no âmbito das relações de cooperação entre a Administração e os particulares, consistindo num tipo contratual através do qual a Administração “*confia a uma entidade exterior, normalmente uma entidade sem fins lucrativos e que desenvolve actividades coincidentes com as da Administração, a prestação ou gestão de um serviço ou actividade de natureza social.*” Sobre o *contracting out*, veja-se o trabalho de MARTINS, Licínio Lopes, “Contrato Público e Organização Administrativa”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Lisboa, Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2008, pp 672 e ss.

¹⁷⁴ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 230.

¹⁷⁵ V. *inra* o que se dirá sobre o tema da empresarialização.

partir de agora, a ser financiado através do pagamento dos actos e actividades efectivamente realizados.

Símbolo máximo da nova lógica de gestão dos hospitais, foi a criação, em Dezembro de 2002, dos Hospitais sociedade anónima (SA).

d) Quarta fase: de 2005 a 2011

Os Hospitais SA foram, posteriormente, na fase que podemos compreender entre 2005 e 2011 (quarta fase), transformados em Entidades Públicas Empresariais - Hospitais EPE -, através do Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho.

Nesta fase merece igualmente destaque a reforma dos cuidados de saúde primários, através da extinção das sub-regiões de saúde e da criação dos Agrupamentos de Centros de Saúde (ACES), pelo Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro.

É também nesta fase que foram integrados cuidados de saúde primários e cuidados de saúde hospitalares numa mesma Unidade Local de Saúde (ULS), entidade jurídica à qual incumbe a prestação e articulação dos dois níveis de cuidados de saúde.

3.2. As transformações na administração pública e a empresarialização da saúde

3.2.1. A empresarialização da saúde

Ao longo dos últimos anos tem vindo a verificar-se, por toda a Europa, um processo de empresarialização do sector público. Este fenómeno insere-se no contexto mais amplo da *new public management* e do “*modelo pós-burocrático*”¹⁷⁶ de administração pública e refere-se à aplicação dos instrumentos de gestão próprios dos operadores privados no âmbito da gestão pública¹⁷⁷, tendo em vista o controlo da despesa pública, designadamente através da adopção de técnicas e processos típicos da gestão empresarial privada.

¹⁷⁶ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 239

¹⁷⁷ *Idem.*

O processo, que tem vindo a ficar conhecido, entre nós, como “*fuga para o direito privado*”¹⁷⁸, tem sido implementado, no campo específico da saúde, através de novas formas de organização e de gestão do serviço público de saúde, assentado principalmente num princípio de separação entre o prestador e o financiador. Na verdade, com o aumento das despesas em saúde, os governos europeus procuraram melhorar o funcionamento dos estabelecimentos prestadores de saúde, em ordem a aumentar a eficácia e a eficiência da prestação¹⁷⁹.

Neste sentido, através da separação entre a entidade financiadora e a entidade prestadora dos cuidados de saúde, assumindo o Estado aquela primeira função, pretendeu-se promover as ideias de autonomia, responsabilização da gestão e avaliação pelos resultados¹⁸⁰. A forma mais importante de empresarialização na área da saúde verificou-se com a transformação dos hospitais em empresas públicas.¹⁸¹

3.2.2. O caso particular dos hospitais

Em Portugal, os hospitais públicos foram concebidos como estabelecimentos públicos integrados na administração indirecta do Estado, ou seja, institutos públicos prestadores de cuidados de saúde.

O processo de empresarialização dos hospitais públicos portugueses teve início em 1994, com a entrega da gestão do Hospital Fernando da Fonseca (Hospital Amadora-Sintra) a uma entidade privada, através de um contrato de gestão¹⁸². Com este contrato, visou o Estado “*procurar no mercado o «saber empresarial» e colocá-lo ao serviço da gestão de um estabelecimento público na modalidade de estabelecimento público social*”¹⁸³, mantendo-se os hospitais no sector público administrativo.

¹⁷⁸ ESTORNINHO, Maria João, *A fuga...*, cit.

¹⁷⁹ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 288, chamam a atenção para a diferença entre “ganhos de gestão” e “ganhos em saúde”, podendo a busca desenfreada pelos primeiros (diminuindo os custos na produção) provocar fenómenos de selecção adversa.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 240.

¹⁸¹ Sobre o tema da gestão empresarial na saúde, numa perspectiva proveniente das ciências económicas, veja-se a obra de REGO, Guilhermina, *Gestão Empresarial dos Serviços Públicos: Uma Aplicação ao Sector da Saúde*, 2.^a edição, Porto, Vida Económica, 2011

¹⁸² Sobre o modelo de gestão deste hospital e de outros SIMÕES, Jorge, op. cit. pp. 244 e ss.

¹⁸³ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 241. V. SIMÕES, Jorge, op. cit., p. 243, e ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 125.

Através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2002, de 7 de Março, o Governo aprovou as orientações genéricas para a empresarialização dos hospitais públicos (sob a forma de entidades públicas empresariais).

O Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, veio estabelecer (artigo 2.º) que os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde podem assumir os seguintes figurinos: i) estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial; ii) estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial; iii) sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos; iv) estabelecimentos sob a forma de entidade pública empresarial v) estabelecimentos em regime de gestão e financiamento privados (parcerias em saúde¹⁸⁴); vi) estabelecimentos sob gestão delegada mediante contrato de gestão¹⁸⁵ ou mediante convenção com grupos de médicos; vii) estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos, com quem sejam celebrados contratos de prestação de cuidados de saúde.¹⁸⁶

Em Dezembro de 2002, diversos diplomas¹⁸⁷ vieram transformar dezenas de hospitais em sociedades anónimas de capitais públicos (SA), passando a personalidade jurídica do hospital, até aí de direito público, a ser de direito privado. É a partir daqui que o modelo do hospital instituto público é definitivamente substituído pelo do hospital empresa¹⁸⁸.

Em 2005, com o Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, foram transformados 31 hospitais SA em entidades públicas empresariais (EPE)¹⁸⁹, tendo sido os respectivos estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 203/2005, de 29 de Dezembro, dando-se início a uma “nova experiência de empresarialização”, esta sob forma jurídico-pública¹⁹⁰.¹⁹¹

¹⁸⁴ Art 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto.

¹⁸⁵ Que foi o caso do Hospital Amadora-Sintra.

¹⁸⁶ V. MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., pp. 236-239, e, do mesmo Autor, “Contrato Público...”, cit., pp. 722-725.

¹⁸⁷ O primeiro dos quais foi o Decreto-Lei n.º 272/2002, de 9 de Dezembro.

¹⁸⁸ Para uma breve resenha histórica da empresa pública no direito português, v. MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., pp. 242 e ss.

¹⁸⁹ Regem-se pelo regime jurídico aplicável às entidades públicas empresarias, constante do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, com as especificidades previstas no Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, que contém o regime dos hospitais entidades públicas empresariais, e nos respectivos Estatutos.

¹⁹⁰ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p.128.

Na verdade, refira-se que esta nova experiência de empresarialização não apresenta, na prática, grandes novidades, porquanto as diferenças entre os hospitais SA e os hospitais EPE não são de monta. Com efeito, enquanto os primeiros têm personalidade jurídica privada, sendo o respectivo capital social dividido por acções e detido pelo Estado ou por empresas de capitais exclusivamente públicos, os segundos têm

3.2.3. A questão do modelo constitucional: a natureza pública do SNS

Na discussão sobre o modelo constitucional adoptado convém lembrar que a al. a) do n.º 2 do art. 64.º diz expressamente que o direito à protecção da saúde é realizado “*através de um serviço nacional de saúde*”, o que, desde logo, vincula o legislador ordinário à criação de um tal “serviço” (e organizado segundo as características que vimos), sob pena de omissão inconstitucional.

Resta, pois, saber se as instituições que compõem esse serviço (público), que é o SNS, têm de ter necessariamente uma natureza organicamente pública, i. e, se têm de pertencer à administração pública em sentido orgânico ou formal.

Pois bem, na verdade, a Constituição “*é omissa sobre o estatuto e o regime das unidades prestadoras de cuidados de saúde*”¹⁹², estando essa matéria deixada à liberdade conformadora do legislador. Imprescindível é não que o Estado, através do SNS, preste directamente os cuidados de saúde, mas que *garanta* essa prestação; e que a garanta segundo as condições de universalidade, generalidade e tendencial gratuitidade exigidas pela CRP, assegurando o “*acesso de todos os cidadãos, independentemente da condição económica, aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação*” (art. 64.º, n.º 3, al. a) da CRP)¹⁹³. A obrigação pública do Estado é, pois, do ponto de vista constitucional, uma responsabilidade de garantia das prestações de saúde (posto que em determinadas condições), que não forçosamente uma responsabilidade de execução directa dessas prestações¹⁹⁴¹⁹⁵.

personalidade jurídica de direito público, sendo dotadas de capital estatutário (portanto, não divisível por acções) e sujeitas aos poderes de superintendência e de tutela do Governo. A escassa relevância das diferenças de regime entre as duas formas (v., em pormenor, MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., pp. 244-249 e 252-258 e ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 126-129) e o facto de a transformação em EPE ter ocorrido pouco tempo depois da entrada em funções do novo Governo, levam-nos a crer que as transformações terão, em larga medida, a ver com razões de ‘afirmação’ político-ideológica.

¹⁹¹ Relativamente aos centros de saúde, veja-se MARTINS, Licínio Lopes, “Contrato Público...”, cit., pp. 725 e 726.

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, op. cit. p. 828.

¹⁹³ V. também o n.º 2 da Base I da LBS, que diz que “*O Estado promove e garante o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde nos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis*”.

¹⁹⁴ A Base XXIV, al. b) da LBS abre a porta a isso mesmo, ao dizer que “*O Serviço Nacional de Saúde caracteriza-se por prestar integralmente cuidados globais ou garantir a sua prestação*” (sublinhado nosso). Também a Base I, n.º 4 prescreve o seguinte: “*Os cuidados de saúde são prestados por serviços e*

Neste sentido, a empresarialização dos serviços públicos de saúde, ainda que sob forma jurídico-privada, assente na criação de hospitais SA, de capitais exclusivamente públicos (pertencentes ao sector empresarial do Estado), em nada contende com aqueles princípios do SNS, porquanto em causa está apenas uma introdução de novos mecanismos de gestão, continuando o financiamento a ser feito pelo Estado¹⁹⁶.

O mesmo se diga relativamente à prestação de cuidados de saúde por entidades privadas ou sociais, através de concessão de serviços públicos, mediante as designadas *parcerias em saúde*¹⁹⁷, e, bem assim, relativamente à delegação da gestão, através de contratos de gestão. Nestes casos, em vez da introdução de instrumentos de gestão empresarial nos estabelecimentos públicos (*new public management*), transfere-se mesmo para uma entidade privada (ou para uma entidade pública – v.g., autarquia local) a responsabilidade pela prestação dos cuidados de saúde ou pela gestão do estabelecimento. Também nestes casos não haverá qualquer impedimento constitucional, desde que sejam respeitados os princípios do SNS.

Em suma, o que a CRP impõe é a **criação** e a **organização** de um SNS com determinadas características (conteúdo constitucionalmente determinado¹⁹⁸), o qual, neste sentido, não pode deixar de assumir uma natureza pública, enquanto tarefa de que o Estado se não pode, em caso algum, alhear. Contudo, nada impede que a directa prestação de cuidados de saúde à população seja executada por entidades de natureza privada, conquanto que sejam respeitados os princípios do SNS e as obrigações de serviço público¹⁹⁹.

3.3. Organização administrativa da saúde (visão geral)

estabelecimentos do Estado ou, sob fiscalização deste, por outros entes públicos ou por entidades privadas, sem ou com fins lucrativos”.

¹⁹⁵ Neste sentido, LOUREIRO, João Carlos, “Direito à...”, cit., pp.681 e ss., MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., pp. 233 e ss, 249 e 288, e ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 47 e ss.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, op. cit., p.829, MEDEIROS, Rui, op. cit., p. 1319. MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., pp. 249 e 250. Sustentando a inconstitucionalidade dos hospitais SA, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Sociedade Anónima, A Sedutora [Hospitais S.A., Portugal, S. A.]*, in Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, n.º 1, Almedina, 2003, pp. 11 e ss.

¹⁹⁷ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 287.

¹⁹⁸ V. *Supra*.

¹⁹⁹ Nas palavras de ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 48, não existirá qualquer impedimento, “*desde que cumprindo as obrigações próprias decorrentes do estatuto público do serviço em causa, e sujeitas à fiscalização e organização estaduais*”.

Depois de conhecermos as fases da evolução do sistema de saúde português desde a Constituição de 1976 até aos dias de hoje, estamos agora em condições de compreender a actual organização administrativa da saúde. Façamos um breve cotejo da mesma, para que, através dos ensinamentos da teoria geral da organização administrativa²⁰⁰, possamos apreender de forma mais nítida os exactos contornos do actual sistema de saúde português.

3.3.1. Serviço Nacional de Saúde e Sistema de Saúde

Antes de passarmos ao percurso pela organização administrativa da saúde propriamente dito, convém começar por fazer uma distinção essencial, introduzida pela LBS em 2002, a que já temos vindo a fazer alusão. Trata-se da distinção entre os conceitos de Sistema de Saúde e de Serviço Nacional de Saúde, frequentemente confundidos na linguagem corrente.

Como vimos *supra*, a propósito da reconfiguração do papel do Estado relativamente à sociedade e da emergência de uma concepção funcional de serviço público²⁰¹, aquele, muito por influência do direito da união europeia, começa a assumir uma posição de garante, diminuindo o seu papel enquanto prestador directo de serviços públicos. Neste contexto, o Estado passa a ser, sobretudo, um supervisor e um regulador da prestação daqueles serviços de interesse geral, que passam a poder ser prestados tanto por entidades públicas como por entidades privadas, às quais, em qualquer caso, são impostas obrigações de serviço público.

Pois bem, prescreve o n.º 1 da Base XII da LBS que o **Sistema de Saúde** “*é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de algumas daquelas actividades*”.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Fernanda Paula, e DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp 62 e ss.

²⁰¹ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, *op. cit.*, pp. 67 e ss.

Estabelece, por sua vez, o n.º 2 da mesma Base que o **Serviço Nacional de Saúde** é constituído por “*todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde*”, dispondo de estatuto próprio²⁰².

Da leitura destes preceitos ressalta que o conceito de Sistema de Saúde é, na verdade, muito mais amplo que o conceito de SNS, o qual se limita às entidades prestadoras de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde. O Sistema de Saúde, por seu lado, integra não apenas o próprio SNS, como ainda outras entidades públicas na área da saúde e as entidades privadas (estabelecimentos privados e profissionais liberais) e sociais que contratualizem formas de colaboração com o SNS. Ou seja: a concepção funcional de serviço público está em consonância com este conceito amplo e objectivo de Sistema de Saúde adoptado pela LBS, na medida em que esta, ao considerar o SNS (conceito de natureza essencialmente orgânica ou subjectiva) como apenas um dos elementos daquele, acolhe uma noção abrangente de Sistema, enquanto “*estrutura organizacional e funcionalmente vocacionada para a prestação de cuidados de saúde, integrando uma pluralidade de elementos de diversa natureza (entidades públicas, privadas e sociais)*”²⁰³. Assim, para além das “*instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde*” (Base XII, n.º 2 da LBS) - que correspondem ao SNS -, o Sistema de Saúde inclui ainda outras entidades, públicas e privadas, prestadoras de cuidados de saúde, não se limitando à ideia reducionista de serviço de saúde em sentido orgânico²⁰⁴, correspondente à noção de serviço público de tradição francesa.

O conceito de SNS tem, portanto, uma natureza essencialmente orgânica, pois que é delimitado por referência à maior ou menor intensidade da sua integração no Ministério da Saúde²⁰⁵, como, de resto, pode retirar-se do art. 1.º do ESNS, onde pode ler-se que o SNS é “*um conjunto ordenado e hierarquizado de instituições e de serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde, funcionando sob a superintendência ou a tutela do Ministro da Saúde*”. Com maior independência actualmente se apresentam, desde logo, os estabelecimentos hospitalares, porque dotados de personalidade jurídica, o que lhes confere uma ampla autonomia de gestão, embora limitada pelos poderes de superintendência e de

²⁰² Também o n.º 2 do art. 7.º da LOMS prescreve que fazem parte do SNS “*todas as entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde, designadamente os estabelecimentos hospitalares, independentemente da sua designação, as unidades locais de saúde e os centros de saúde e seus agrupamentos.*”

²⁰³ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 233.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ *Idem*, p.232.

tutela administrativa exercidos pelo Ministro da Saúde. Já não assim, por exemplo, com os Centros de Saúde, os quais se encontram organicamente integrados nas Administrações Regionais de Saúde (ARS), não tendo autonomia de gestão.

No n.º 4 da Base XII da LBS encontramos ainda um outro conceito: o de **rede nacional de prestação de cuidados de saúde**. Esta última noção refere-se à possibilidade, prevista no n.º 3 da mesma Base, de o Ministério da Saúde e as ARS celebrarem contratos com entidades privadas, tendo em vista a prestação de cuidados de saúde. O conceito de rede nacional de prestação de cuidados de saúde abrange, pois, os estabelecimentos do SNS e os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados esses contratos.

3.3.2. Serviços e organismos não integrados no SNS

Nos termos do art. 1.º da Lei Orgânica do Ministério da Saúde (LOMS)²⁰⁶, o Ministério da Saúde *“tem por missão definir e conduzir a política nacional de saúde²⁰⁷, garantindo uma aplicação e utilização sustentáveis dos recursos e a avaliação dos seus resultados”*.²⁰⁸

²⁰⁶ Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 127/2014, DE 22 de Agosto.

²⁰⁷ Convém lembrar aqui os objectivos da política de saúde, constantes do n.º 1 da Base II da LBS:

“a) A promoção da saúde e a prevenção da doença fazem parte das prioridades no planeamento das actividades do Estado;

b) É objectivo fundamental obter a igualdade dos cidadãos no acesso aos cuidados de saúde, seja qual for a sua condição económica e onde quer que vivam, bem como garantir a equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços;

c) São tomadas medidas especiais relativamente a grupos sujeitos a maiores riscos, tais como as crianças, os adolescentes, as grávidas, os idosos, os deficientes, os toxicodependentes e os trabalhadores cuja profissão o justifique;

d) Os serviços de saúde estruturam-se e funcionam de acordo com o interesse dos utentes e articulam-se entre si e ainda com os serviços de segurança e bem-estar social;

e) A gestão dos recursos disponíveis deve ser conduzida por forma a obter deles o maior proveito socialmente útil e a evitar o desperdício e a utilização indevida dos serviços;

f) É apoiado o desenvolvimento do sector privado da saúde e, em particular, as iniciativas das instituições particulares de solidariedade social, em concorrência com o sector público;

g) É promovida a participação dos indivíduos e da comunidade organizada na definição da política de saúde e planeamento e no controlo do funcionamento dos serviços;

h) É incentivada a educação das populações para a saúde, estimulando nos indivíduos e nos grupos sociais a modificação dos comportamentos nocivos à saúde pública ou individual;

i) É estimulada a formação e a investigação para a saúde, devendo procurar-se envolver os serviços, os profissionais e a comunidade.”

Dispõe a seguir o art. 2.º do mesmo diploma que são atribuições do Ministério da Saúde:

“a) Assegurar as acções necessárias à formulação, execução, acompanhamento e avaliação da política nacional de saúde;

b) Exercer, em relação ao Serviço Nacional de Saúde, (...) funções de regulamentação, planeamento, financiamento, orientação, acompanhamento, avaliação, auditoria e inspecção;

c) Exercer funções de regulamentação, inspecção e fiscalização relativamente às actividades e prestações de saúde desenvolvidas pelo sector privado, integradas ou não no sistema de saúde, incluindo os profissionais neles envolvidos.”

O Ministério da Saúde é, portanto, o primeiro responsável pela política de saúde, incumbindo-lhe ainda financiar, orientar e fiscalizar o SNS, e regulamentar e fiscalizar o sector privado.

Relativamente à anterior lei orgânica do Ministério da Saúde²⁰⁹, a LOMS trouxe algumas alterações importantes ao nível da orgânica do Ministério, procedendo a um esforço de racionalização e de centralização das estruturas²¹⁰. Para esse efeito, procedeu-se à extinção de alguns órgãos, reforçando-se, por outra banda, as atribuições de outros.

Neste sentido, são reforçadas as atribuições da Direcção-Geral da Saúde, que passa a incluir a coordenação nos domínios do planeamento estratégico, da monitorização e avaliação da qualidade e acessibilidade aos cuidados de saúde prestados e das relações internacionais, acolhendo, desta forma, as atribuições cometidas ao Alto Comissariado da Saúde, agora extinto.²¹¹ Reforça igualmente as suas competências no domínio da monitorização e controlo da qualidade e da segurança das actividades dos serviços de sangue e colheita, análise e manipulação de tecidos e células de origem humana, em resultado da extinção da Autoridade para os Serviços do Sangue e da Transplantação.²¹²

Também a Inspeção-Geral das Actividades em Saúde reforçou as suas atribuições no domínio da fiscalização e inspecção, de carácter regular, com a centralização destas atribuições, antes conferidas a outras entidades, e alarga o seu âmbito de actuação no

²⁰⁸ Seguimos a divisão entre serviços e estabelecimentos integrados e não integrados no SNS, proposta por MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 30.

²⁰⁹ Decreto-Lei n.º 212/2006, de 27 de Outubro.

²¹⁰ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit. p.83.

²¹¹ V. Preâmbulo da LOMS.

²¹² *Idem*.

domínio da auditoria, que passa a incluir também a prestação de serviços regulares de auditoria interna a todas as instituições, serviços, estabelecimentos e organismos do Ministério da Saúde ou por este tutelados²¹³.

Dá-se ainda a transferência da área do planeamento dos recursos humanos e da elaboração do orçamento do Ministério da Saúde para a ACSS, passando esta entidade a assumir as atribuições de coordenação das actividades para a definição e desenvolvimento de políticas de recursos humanos e de coordenação das áreas de administração geral dos diferentes serviços, bem como de elaboração de todo o orçamento do Ministério da Saúde, absorvendo ainda as competências desenvolvidas pela Unidade de Missão para os Cuidados Continuados Integrados, igualmente extinta. Procede-se à criação do Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e Dependências, extinguindo-se, em consequência, o Instituto da Droga e da Toxicodependência, I. P., por forma a reforçar a componente de planeamento e acompanhamento de programas de redução do consumo de substâncias psicoactivas, na prevenção dos comportamentos aditivos e na diminuição das dependências.²¹⁴

O Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I. P., (nova designação do anterior Instituto Português do Sangue, I. P.) absorve as atribuições antes integradas na, agora extinta, Autoridade para os Serviços de Sangue e da Transplantação²¹⁵.²¹⁶

Conheçamos então a configuração orgânica actual do Ministério da Saúde, de acordo com a LOMS.

3.3.2.1. Órgãos e serviços centrais do Ministério da Saúde (Administração Directa Estadual)

²¹³ *Idem.*

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ Com excepção das relativas aos domínios da monitorização e controlo da qualidade e da segurança das actividades dos serviços de sangue e de colheita, análise e manipulação dos órgãos, tecidos e células de origem humana, agora com a DGS.

²¹⁶ V. Preâmbulo da LOMS.

A administração directa enquadra a actividade administrativa levada a cabo *directamente* pelos próprios serviços administrativos do Estado, sob direcção do Governo, enquanto órgão superior da Administração Pública (art. 182.º da CRP).²¹⁷

Nos termos do art. 4.º da LOMS, integram a administração directa do Estado, no âmbito do Ministério da Saúde, a Secretaria-Geral, a Inspecção-Geral das Actividades em Saúde, a Direcção-Geral da Saúde e o Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências.²¹⁸

a) Direcção-Geral da Saúde

A Direcção-Geral da Saúde é um serviço executivo central do Ministério da Saúde que tem por missão “*regulamentar, orientar e coordenar as actividades de promoção da saúde e prevenção da doença, definir as condições técnicas para a adequada prestação de cuidados de saúde, planear e programar a política nacional para a qualidade no sistema de saúde, bem como assegurar a elaboração e execução do Plano Nacional de Saúde*”²¹⁹ e ainda a coordenação das relações internacionais do Ministério da Saúde (art. 12.º, n.º 1 da LOMS).²²⁰

O n.º 2 do art. 2.º da LOMS, elenca as principais atribuições da Direcção-Geral da Saúde, das quais se destacam as seguintes: emissão de normas e orientações relativamente à melhoria da prestação de cuidados de saúde (al. a)); apoio ao Ministro da Saúde na definição das políticas de saúde (al. b)); promoção do desenvolvimento, implementação, coordenação e avaliação de instrumentos, actividades e programas de segurança dos doentes e de melhoria contínua da qualidade clínica e organizacional das unidades de saúde (al. c)); regulamentação e controlo da qualidade e da segurança das actividades relativas à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e

²¹⁷ OLIVEIRA, Fernanda Paula, e DIAS, José Eduardo Figueiredo, op. cit., pp 62 e 63.

²¹⁸ Dentro da administração directa do Estado existe a administração central, cuja competência se estende a todo o território nacional (ministérios, direcções gerais, inspecções-gerais, etc), e a administração periférica que, na dependência directa ou hierárquica do Governo, têm uma competência limitada a uma determinada parcela ou circunscrição administrativa (directores regionais, comissões de coordenação e desenvolvimento regional, serviços de finanças, etc.). OLIVEIRA, Fernanda Paula, e DIAS, José Eduardo Figueiredo, op.cit., p.63. Neste percurso, limitar-nos-emos a fazer referência à administração directa central.

²¹⁹ Após a extinção do Alto Comissariado da Saúde, a competência para a elaboração do Plano Nacional de Saúde passou para a Direcção-Geral de Saúde. ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit. pp. 77 e ss.

²²⁰ A organização interna da Direcção-Geral da Saúde consta do Decreto Regulamentar n.º 14/2012, de 26 de Janeiro.

distribuição de sangue humano, de componentes sanguíneos de órgãos, tecidos e células de origem humana, sem prejuízo da articulação com a Inspeção-Geral das Actividades em Saúde, em matéria de fiscalização e inspecção (al. d)), coordenação da vigilância epidemiológica a nível nacional e a respectiva contribuição no quadro internacional (al. e)); coordenação da gestão das crises alimentares em situação de risco grave para a saúde humana que não possa ser assegurada através da actuação isolada das autoridades competentes para o controlo oficial na área alimentar (al. f)); garantia da produção e divulgação de informação relevante sobre matéria de saúde, designadamente estatísticas de saúde (al. g)); coordenação da actividade do Ministério da Saúde no domínio das relações internacionais, assegurando a sua articulação com os serviços do Ministério dos Negócios Estrangeiros no âmbito das suas atribuições próprias (al. h)); coordenação nacional da definição e desenvolvimento de programas de saúde, com base num sistema integrado de informação, articulando com os demais serviços e organismos do sistema de saúde, designadamente com o Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I. P., em matéria de investigação científica e laboratorial (al. i)).

Como se torna fácil de concluir, a reconfiguração orgânica do Ministério da Saúde, resultante da LOMS²²¹, nomeadamente devido à extinção do Alto Comissariado da Saúde, aumentou muito as atribuições da Direcção-Geral da Saúde, que, em consequência, passa a ter um papel ainda mais preponderante no sistema de saúde.

b) Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências

O Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências (doravante, SICAD) é um serviço central do Ministério da Saúde que tem por missão promover a redução do consumo de substâncias psicoactivas, a prevenção dos comportamentos aditivos e a diminuição das dependências (art. 13.º, n.º 1 da LOMS).²²²

Trata-se de um serviço criado pela LOMS, em consequência da extinção do Instituto da Droga e da Toxicodependência, IP, que pertencia à administração indirecta estadual. Esta centralização enquadra-se na lógica de racionalização de recursos que subjaz à LOMS.

²²¹ Por aplicação do Plano de Redução e Melhoria da Administração Central (PREMAC)

²²² A organização do SICAD está prevista no Decreto-Lei nº 17/2012, de 26 de Janeiro.

Uma lógica que está igualmente presente no facto de a parte operacional do antigo Instituto da Droga e da Toxicoddependência, IP ter passado a estar integrado nas ARS, a fim de não haver duplicação de estruturas²²³.

De acordo com o n.º 2 do art. 13.º da LOMS, são atribuições do SICAD, designadamente:

- a) Apoiar o Ministro da Saúde na definição da estratégia nacional e das políticas de redução do consumo de substâncias psicoactivas, de prevenção das condutas aditivas e da diminuição das dependências e sua avaliação;
- b) Planear, coordenar e promover a avaliação de programas de prevenção, de redução de riscos, de minimização de danos, de reinserção social e de tratamento;
- c) Apoiar acções para potenciar a dissuasão dos consumos de substâncias psicoactivas;
- d) Promover a investigação e manter um sistema de informação (designadamente, estatístico) sobre o fenómeno da droga e das toxicoddependências;
- e) Assegurar a cooperação com entidades nacionais e internacionais no domínio dos comportamentos aditivos e das dependências.

c) Inspeção-Geral das Actividades em Saúde

A Inspeção Geral das Actividades em Saúde (doravante, IGAS) é um serviço central de controlo, auditoria e fiscalização que tem “*por missão auditar, inspeccionar, fiscalizar e desenvolver a acção disciplinar no sector da saúde*”, tendo em vista assegurar o cumprimento da lei e elevados níveis técnicos de actuação em todos os domínios da actividade e da prestação dos cuidados de saúde desenvolvidos pelos serviços e organismos do Ministério da Saúde, ou por este tutelados, e ainda pelas entidades privadas, pessoas singulares ou colectivas, com ou sem fins lucrativos.²²⁴

Nos termos do n.º 2 do art. 11.º da LOMS, a IGAS tem como atribuições, designadamente:

- a) Verificar o cumprimento das disposições legais e das orientações aplicáveis, bem como a qualidade dos serviços prestados, por qualquer entidade ou profissional, no domínio das actividades em saúde, através da realização de acções de auditoria, inspeção e fiscalização;

²²³ Assim, ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 88.

²²⁴ Organização da IGAS está no Decreto-Lei n.º 33/2012, de 13 de Fevereiro.

- b) Actuar no âmbito do sistema de controlo interno da administração financeira do Estado, no que respeita às instituições e serviços integrados no Ministério da Saúde ou sob sua tutela, e garantir a aplicação eficaz, eficiente e económica dos dinheiros públicos, de acordo com os objectivos definidos pelo Governo, bem como a correcta utilização pelas entidades privadas de fundos públicos de que tenham beneficiado;
- c) Realizar auditorias aos serviços, estabelecimentos e organismos integrados no Ministério da Saúde, ou por este tutelados, e assegurar os respectivos serviços regulares de auditoria interna, designadamente de âmbito organizacional e financeiro, bem como os serviços regulares de inspecção ao nível da segurança e qualidade, em articulação com a Direcção-Geral da Saúde;
- d) Desenvolver, nos termos legais, a acção disciplinar em relação aos serviços, estabelecimentos e organismos integrados no Ministério da Saúde, ou por este tutelados;
- e) Realizar acções de prevenção e detecção de situações da corrupção e da fraude, promovendo os procedimentos adequados;
- f) Colaborar com organismos nacionais e internacionais em matérias das atribuições das inspecções-gerais.

Desta enumeração ressalta o disposto na al. c) do n.º 2 do art. 11.º, que se refere à articulação da IGAS com a Direcção-Geral da Saúde, nas matérias integradas nas atribuições desta (segurança e qualidade), e as competências alargadas na área da auditoria, designadamente no que toca às auditorias internas regulares a todos os serviços e organismos do Ministério da Saúde ou por este tutelados no âmbito organizacional e financeiro e da qualidade e segurança²²⁵.

d) Secretaria-Geral

A Secretaria-Geral é o serviço central do Ministério da Saúde que, nos termos no n.º 1 do art. 10.º da LOMS, tem por missão “*assegurar o apoio técnico e administrativo aos gabinetes dos membros do Governo integrados no Ministério da Saúde e aos demais órgãos, serviços e organismos deste ministério que não integram o SNS, nos domínios da*

²²⁵ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp 90 e 91.

*gestão de recursos internos, do apoio técnico-jurídico e contencioso, da documentação e informação e da comunicação e relações públicas”.*²²⁶

Com a entrada em vigor da LOMS passou a assumir as funções de gestão do cadastro do património de todo o Ministério da Saúde, tendo, por outro lado, perdido atribuições, designadamente a que diz respeito à elaboração do orçamento de funcionamento do ministério e do orçamento de investimento²²⁷.

Nos termos do n.º 2 do art. 10.º da LOMS, a Secretaria-Geral tem como atribuições, nomeadamente:

- a) Prestar o apoio administrativo, técnico, jurídico e de contencioso aos gabinetes dos membros do Governo integrados no Ministério da Saúde, bem como aos demais serviços, organismos e outras estruturas que não disponham de unidades orgânicas com competências nas referidas áreas;
- b) Assegurar as actividades do Ministério da Saúde no âmbito do atendimento e informação ao público, da comunicação e relações públicas, bem como proceder à recolha, tratamento e difusão de informação de carácter geral ou especializado, facilitando o seu acesso aos cidadãos e profissionais da saúde, designadamente privilegiando os meios electrónicos;
- c) Promover boas práticas de gestão de documentos nos serviços e organismos do Ministério da Saúde e organizar e manter um serviço de documentação;
- d) Coordenar as acções referentes à organização e preservação do património e arquivo histórico e proceder à recolha, tratamento, conservação e comunicação dos arquivos que deixem de ser de uso corrente nos respectivos organismos produtores;
- e) Coordenar as acções referentes à organização, preservação e actualização do cadastro do património do Ministério e das entidades por ele tuteladas, assegurando a correcta articulação com os serviços responsáveis pelo património do Estado;
- f) Estudar, programar e coordenar a aplicação de medidas tendentes a promover a inovação, modernização e a política de qualidade, no âmbito do ministério;
- g) Assegurar as funções de unidade ministerial de compras em relação aos bens e serviços cuja contratação não seja da competência da entidade pública prestadora de serviços partilhados ao Ministério da Saúde;

²²⁶ A organização da secretaria-geral consta do Decreto Regulamentar n.º 23/2012, de 9 de Fevereiro.

²²⁷ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 92 e 93.

h) Assegurar o normal funcionamento do Ministério nas áreas que não sejam da competência específica de outros serviços.

Como pode ver-se na alínea h) do n.º 2 do art. 10.º da LOMS, para além das atribuições específicas que estão acometidas à Secretaria-Geral, esta tem ainda uma atribuição genérica ou residual, que consiste em assegurar o normal funcionamento do Ministério em áreas não especificamente atribuídas a outros serviços.

3.3.2.2. Entidades da Administração Indirecta do Estado

A administração indirecta estadual é aquela que é realizada por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público diversa do Estado, mas em vista da realização dos fins deste²²⁸. Com efeito, apesar de terem órgãos próprios e de terem uma relativa autonomia face ao Governo, não prosseguem fins próprios, senão os do próprio Estado.

No caso da saúde, estas entidades prosseguem as atribuições do Ministério da Saúde sob os poderes de superintendência e de tutela do Ministro da Saúde.

Nos termos do n.º 1 do art. 5.º da LOMS, prosseguem as atribuições do Ministério da Saúde, sob superintendência e tutela do Ministro da Saúde a Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. (al. a)), o INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. (al. b)), o Instituto Nacional de Emergência Médica, I.P.; (al. c)), o Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I. P. (al. d)) e o Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I.P. (al. e)).

a) Administração Central do Sistema de Saúde, I.P.

Nos termos do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 35/2012, de 15 de Fevereiro, que aprova a lei orgânica da ACSS²²⁹, esta é um instituto público, de regime especial, integrado na administração indirecta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e

²²⁸ OLIVEIRA, Fernanda Paula, e DIAS, José Eduardo Figueiredo, op. cit., p. 64. pp. Cfr. ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 102 e 103.

²²⁹ Cujos estatutos constam da Portaria n.º 155/2012, de 22 de Maio.

património próprio, que prossegue as atribuições do Ministério da Saúde sob superintendência e tutela do Ministro da Saúde.

Dispõe o n.º 1 do art. 14.º da LOMS que a ACSS “*tem por missão assegurar a gestão dos recursos financeiros e humanos do Ministério da Saúde e do SNS, bem como das instalações e equipamentos do SNS, proceder à definição e implementação de políticas, normalização, regulamentação e planeamento em saúde, nas áreas da sua intervenção, em articulação com as administrações regionais de saúde no domínio da contratação da prestação de cuidados*”.

Tal como aconteceu com os organismos e serviços centrais do Ministério da Saúde, a lógica de concentração e alargamento das atribuições trazida pela LOMS verificou-se também nos institutos públicos da área da saúde. Com efeito, a ACSS passou a abarcar um número mais elevado de atribuições; para além de continuar a assumir as funções e administração dos recursos humanos, financeiros e patrimoniais do SNS, passa agora a coordenar as actividades, **no Ministério da Saúde**, para a definição e desenvolvimento de políticas de recursos humanos, bem como as áreas de administração geral dos diferentes serviços, sendo agora responsável pela elaboração do orçamento do Ministério²³⁰. Além disso, absorveu ainda as competências da anterior Unidade de Missão para os Cuidados Integrados.

Com esta concentração de atribuições na ACSS passamos a ter numa só entidade a gestão de recursos humanos, financeiros e patrimoniais do SNS e do Ministério da Saúde (anteriormente a cargo da Secretaria-Geral do Ministério)²³¹.

Segundo o n.º 2 do art. 14.º da LOMS, a ACSS prossegue, designadamente, as seguintes atribuições:

a) Coordenar, monitorizar e controlar as actividades no Ministério da Saúde para a gestão dos recursos financeiros afectos ao SNS, designadamente definindo, de acordo com a política estabelecida pelo Ministro da Saúde, as normas, orientações e modalidades para obtenção dos recursos financeiros necessários, sua distribuição e aplicação, sistema de preços e de contratação da prestação de cuidados, acompanhando, avaliando, controlando e reportando sobre a sua execução, bem como desenvolver e implementar acordos com entidades prestadoras de cuidados de saúde e entidades do sector privado ou social, responsáveis pelo pagamento de prestações de cuidados de saúde;

²³⁰ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp.104

²³¹ *Idem*.

- b) Coordenar as actividades no Ministério da Saúde para a definição e desenvolvimento de políticas de recursos humanos na saúde, designadamente definindo normas e orientações relativas a profissões, exercício profissional, regimes de trabalho, negociação colectiva, registo dos profissionais, bases de dados dos recursos humanos, ensino e formação profissional, bem como realizar estudos para caracterização dos recursos humanos, das profissões e exercícios profissionais no sector da saúde;
- c) Coordenar as actividades no Ministério da Saúde para a gestão da rede de instalações e equipamentos de saúde, designadamente definindo normas, metodologias e requisitos a satisfazer para a melhoria e o desenvolvimento equilibrado no território nacional dessa rede, acompanhando, avaliando e controlando a sua aplicação pelas entidades envolvidas;
- d) Prover o SNS com os adequados sistemas de informação e comunicação e mecanismos de racionalização de compras recorrendo para o efeito à entidade pública prestadora de serviços partilhados ao SNS;
- e) Coordenar e centralizar a produção de informação e estatísticas dos prestadores de cuidados de saúde, nomeadamente produção, desempenho assistencial, recursos financeiros, humanos e outros;
- f) Assegurar a prestação centralizada de actividades comuns nas áreas dos recursos humanos e financeiros para os serviços do Ministério da Saúde integrados na administração directa do Estado;
- g) Coordenar e acompanhar a gestão da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados, em articulação com os demais organismos competentes;
- h) Assegurar e coordenar a elaboração do orçamento de funcionamento do Ministério da Saúde e do SNS, bem como acompanhar e gerir a respectiva execução;
- i) Promover a aplicação das medidas de política de organização e de recursos humanos definidas para a Administração Pública, coordenando e apoiando os serviços e organismos do Ministério da Saúde na respectiva implementação, bem como emitir pareceres em matéria de organização, recursos humanos e criação ou alteração de mapas de pessoal;
- j) Efectuar o controlo da gestão através da avaliação continuada dos indicadores de desempenho e da prática das instituições e serviços do sistema de saúde, bem como desenvolver e implementar modelos de gestão de risco económico-financeiro para o sistema de saúde.

b) Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. –
INFARMED

De acordo com o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro, que aprovou a lei orgânica do INFARMED²³², este é um instituto público de regime especial integrado na administração indirecta do Estado, dotado de autonomia administrativa, financeira e património próprio que prossegue as atribuições do Ministério da Saúde sob superintendência e tutela do Ministro da Saúde.²³³

O INFARMED tem jurisdição sobre todo o território nacional, sem prejuízo da colaboração dos órgãos próprios das Regiões Autónomas (art. 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de Fevereiro).

Nos termos do n.º 1 do art. 15.º da LOMS, o INFARMED *“tem por missão regular e supervisionar os sectores dos medicamentos de uso humano e dos produtos de saúde, segundo os mais elevados padrões de protecção da saúde pública e garantir o acesso dos profissionais da saúde e dos cidadãos a medicamentos e produtos de saúde de qualidade, eficazes e seguros”*.

Segundo o n.º 2 do art. 15.º da LOMS, o INFARMED prossegue designadamente as seguintes atribuições:

- a) Contribuir para a formulação da política nacional de saúde, designadamente na definição e execução de políticas dos medicamentos de uso humano e de produtos de saúde;
- b) Exercer, a nível nacional e internacional, no quadro do sistema comunitário de avaliação e supervisão de medicamentos e da rede de autoridades competentes da União Europeia, as funções de: autoridade reguladora em matéria de medicamentos; autoridade reguladora em matéria de produtos de saúde; laboratório de referência para a comprovação da qualidade de medicamentos no contexto da rede europeia de laboratórios oficiais de controlo;
- c) Desenvolver acções de cooperação nacional e internacional, de natureza bilateral ou multilateral, no âmbito das atribuições que prossegue;
- d) Analisar e avaliar tecnologias de saúde da sua competência, de acordo com a abordagem própria da economia da saúde.

²³² Cujos estatutos constam da Portaria n.º 267/2012, de 31 de Agosto.

²³³ Para uma breve resenha histórica do INFARMED, ver ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 108-110.

c) Instituto Nacional de Emergência Médica, I.P.

Nos termos do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 34/2012, de 14 de Fevereiro, que aprovou a lei orgânica do Instituto Nacional de Emergência Médica, I.P. (doravante, INEM)²³⁴, este é um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, com autonomia administrativa, financeira e património próprio, que prossegue as atribuições do Ministério da Saúde sob superintendência e tutela do Ministro da Saúde.

O INEM tem jurisdição sobre todo o território continental, dispondo de três serviços desconcentrados - as delegações regionais (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 34/2012, de 14 de Fevereiro).

De acordo com o n.º 1 do art. 16.º da LOMS, o INEM *“tem por missão definir, organizar, coordenar, participar e avaliar as actividades e o funcionamento do Sistema Integrado de Emergência Médica (SIEM), por forma a garantir aos sinistrados ou vítimas de doença súbita a pronta e correcta prestação de cuidados de saúde”*.

Nos termos do n.º 2 do art. 16.º da LOMS, o INEM prossegue, designadamente, as seguintes atribuições:

- a) Coordenar no Ministério da Saúde as actividades conducentes à definição de políticas nos domínios da emergência médica e do transporte de urgência e ou emergência;
- b) Organizar e coordenar as actividades e o funcionamento do SIEM , assegurando a sua articulação com os serviços de urgência e/ou emergência nos estabelecimentos de saúde;
- c) Definir, coordenar e certificar a formação em emergência médica dos elementos do SIEM , incluindo dos estabelecimentos, instituições e serviços do SNS;
- d) Definir, organizar e referenciar o transporte de urgência e ou emergência, bem como promover a adequada recepção e o tratamento urgente e ou emergente;
- e) Assegurar o atendimento, triagem e aconselhamento sempre que haja chamadas de emergência, accionando os meios apropriados para prestação de cuidados de emergência médica e coordenar o transporte para as unidades de saúde adequadas;
- f) Colaborar no planeamento civil de emergência de âmbito nacional, participar na rede nacional de telecomunicações de emergência e colaborar na elaboração e operacionalização de planos específicos de emergência e ou catástrofe;

²³⁴ Cujos estatutos constam da Portaria n.º 158/2012, de 22 de Maio.

g) Desenvolver acções de cooperação nacional e internacional, de natureza bilateral ou multilateral, no âmbito das atribuições que prossegue.

d) Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I.P.

De acordo com o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 39/2012, de 16 de Fevereiro, que aprovou a lei orgânica do Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I.P. (doravante IPST)²³⁵, este é um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, com autonomia técnica, administrativa, financeira e patrimonial, ao qual compete prosseguir atribuições do Ministério da Saúde sob superintendência e tutela do Ministro da Saúde.

O IPST tem jurisdição sobre todo o território nacional (art. 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 39/2012, de 16 de Fevereiro).

Nos termos do n.º 1 do art. 1.º da LOMS, o IPST *“tem por missão garantir e regular, a nível nacional, a actividade da medicina transfusional e de transplantação e garantir a dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de sangue humano, de componentes sanguíneos, de órgãos, tecidos e células de origem humana”*.

Como pode ver-se, na sequência da entrada em vigor da LOMS, o IPST (anterior Instituto Português do Sangue, I.P.) passou a integrar atribuições relativas à área da transplantação, que pertenciam à anterior Autoridade para os Serviços de Sangue e Transplantação.

O n.º 2 do art. 17.º da LOMS elenca as principais atribuições do IPST:

- a) Propor medidas de natureza política ou legislativa nas matérias relacionadas com as suas atribuições e participar na definição estratégica global de desenvolvimento da medicina transfusional e de transplantação;
- b) Coordenar a nível nacional as actividades relacionadas com a transfusão de sangue e colheita, análise, processamento e transplantação de órgãos, tecidos e células de origem humana;
- c) Assegurar o funcionamento do Sistema Nacional de Hemovigilância e do Sistema Nacional de Biovigilância, em articulação com as entidades nacionais e internacionais competentes;

²³⁵ Cujos estatutos constam da Portaria 165/2012, de 22 de Maio.

- d) Assegurar a realização dos estudos laboratoriais de doentes necessários à transplantação de órgãos, tecidos e células e manter o Centro Nacional de Dadores de Células Estaminais de Medula Óssea de Sangue Periférico ou de Cordão Umbilical (CEDACE);
- e) Promover e apoiar a investigação nos domínios da ciência e tecnologia das áreas da medicina transfusional, transplantação e medicina regenerativa, em articulação com o Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I. P., e outras instituições nacionais e internacionais consideradas estratégicas para os objectivos propostos;
- f) Instituir, manter um registo e acompanhar a actividade dos serviços de sangue, serviços manipuladores de tecidos e células, e colheita de órgãos;
- g) Manter e gerir um sistema de informação único e integrado para gestão da lista de espera de doentes candidatos a transplantação, selecção do par dador-receptor em transplantação, banco de tecidos e rastreabilidade;
- h) Manter a actividade de banco de tecidos multitecidual compreendendo a colheita, análise, processamento, armazenamento, distribuição, importação e exportação;
- i) Promover a dádiva de sangue, células, tecidos e órgãos com vista à auto-suficiência nacional.

e) Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I.P.

Nos termos do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 27/2012, de 8 de Fevereiro, que aprovou a lei orgânica do Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I.P. (doravante, INSA)²³⁶, é um instituto público integrado na administração indirecta estadual, dotado de autonomia científica, administrativa e financeira, bem como de património próprio, que prossegue as atribuições do Ministério da Saúde sob superintendência e tutela do respectivo Ministro.

O INSA tem jurisdição sobre todo o território nacional (art. 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 27/2012, de 8 de Fevereiro).

Trata-se de uma instituição fundada em 1899, com o nome de Instituto Central de Higiene, e que hoje, nos termos do n.º 1 do art. 18.º da LOMS, “*é o laboratório do Estado que tem por missão contribuir para ganhos em saúde pública através da investigação e desenvolvimento tecnológico, actividade laboratorial de referência, observação da saúde e vigilância epidemiológica, bem como coordenar a avaliação externa da qualidade*

²³⁶ Cujos estatutos constam da Portaria n.º 162/2012, de 22 de Maio.

laboratorial, difundir a cultura científica, fomentar a capacitação e formação e ainda assegurar a prestação de serviços diferenciados, nos referidos domínios”.

De acordo com o n.º 2 do art. 18.º da LOMS, ao INSA estão, designadamente, cometidas as seguintes atribuições:

- a) Promover e desenvolver a actividade de investigação científica orientada para as necessidades em saúde pública, procedendo à gestão científica, operacional e financeira dos programas de investigação do sector da saúde pública, e capacitar investigadores e técnicos;
- b) Promover, organizar e coordenar programas de avaliação, no âmbito das suas atribuições, nomeadamente na avaliação externa da qualidade laboratorial e colaborar na avaliação da instalação e funcionamento dos laboratórios privados que exerçam actividade no sector da saúde;
- c) Assegurar o apoio técnico-normativo aos laboratórios de saúde pública;
- d) Prestar assistência diferenciada em genética médica para prevenção e diagnóstico, em serviços laboratoriais, bem como planear e executar o programa nacional de diagnóstico precoce;
- e) Colaborar na realização de actividades de vigilância epidemiológica de doenças, transmissíveis e não transmissíveis, e desenvolver ou validar instrumentos de observação em saúde, no âmbito de sistemas de informação, designadamente garantindo a produção e divulgação de estatísticas de saúde pública, e promovendo os estudos técnicos necessários, sem prejuízo das atribuições da Direcção-Geral da Saúde e da ACSS nesta matéria;
- f) Proceder à monitorização do consumo de aditivos e da exposição da população a contaminantes e outras substâncias potencialmente nocivas presentes nos alimentos, incluindo os ingredientes alimentares cujo nível de ingestão possa colocar em risco a saúde dos consumidores;
- g) Assegurar a recolha, compilação e transmissão para a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar dos dados analíticos relativos à composição, incluindo contaminantes e outras substâncias químicas, dos géneros alimentícios e alimentos para animais;
- h) Avaliar a execução e resultados das políticas, do Plano Nacional de Saúde e programas de saúde do Ministério da Saúde;
- i) Prestar assessoria científica e técnica a entidades públicas e privadas, nas suas áreas de actuação;

j) Desenvolver acções de cooperação nacional e internacional, de natureza bilateral ou multilateral, no âmbito das atribuições que prossegue.

f) As Administrações Regionais de Saúde, I.P.

As Administrações Regionais de Saúde (doravante, ARS) vêm previstas na Base XXVI da LBS, onde pode ler-se que *“o Serviço Nacional de Saúde é tutelado pelo Ministro da Saúde e é administrado a nível de cada região de saúde pelo conselho de administração da respectiva administração regional de saúde”* (n.º 1) (sublinhado nosso).

O SNS está organizado por regiões de saúde, as quais, desde 2007, têm correspondência ao nível II da Nomenclatura de Unidades Territoriais para fins Estatísticos (NUTS) (art. 4.º, n.º 2 do ESNS). A cada região de saúde há-de corresponder uma ARS, existindo hoje as seguintes: Administração Regional de Saúde do Norte, I.P.; Administração Regional de Saúde do Centro, I.P.; Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I.P.; Administração Regional de Saúde do Alentejo, I.P.; Administração Regional de Saúde do Algarve, I.P. (ver arts. 4.º, n.º 1 e 6.º, n.º 1 do ESNS).

Vem depois a Base XXVII, no seu n.º 1, especificar que as ARS *“são responsáveis pela saúde das populações da respectiva área geográfica, coordenam a prestação de cuidados de saúde de todos os níveis e adequam os recursos disponíveis às necessidades, segundo a política superiormente definida e de acordo com as normas e directivas emitidas pelo Ministério da Saúde”*.

No mesmo sentido, dispõe o n.º 1 do art. 19.º da LOMS que as ARS *“têm por missão garantir à população da respectiva área geográfica de intervenção o acesso à prestação de cuidados de saúde, adequando os recursos disponíveis às necessidades e cumprir e fazer cumprir políticas e programas de saúde na sua área de intervenção”*.

Em suma, as ARS são estruturas de proximidade, que visam levar os serviços de saúde junto das populações. Esta ideia de proximidade está particularmente presente no caso dos cuidados de saúde primários, os quais, através dos Agrupamentos de Centros de Saúde (ACES)²³⁷, sujeitos ao poder de direcção das ARS, estão plenamente integrados nestas²³⁸.

²³⁷ O mesmo não acontece no caso dos hospitais: poderes de superintendência e de tutela são do Ministro.

²³⁸ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 96.

As ARS substituem, pois, o Ministério da Saúde, nas respectivas circunscrições territoriais. Isto significa que os Centros de Saúde e os respectivos ACES “constituem uma espécie de *Administração directa de entidades que fazem parte da Administração indirecta do Estado*”²³⁹, já que estão sujeitos ao poder de direcção (administração directa) das ARS, que, por sua vez, estão sujeitas aos poderes de superintendência e de tutela (administração indirecta) do Ministro da Saúde.²⁴⁰

Compulsando as atribuições das ARS, elas são, designadamente, as seguintes:

- a) Executar a política nacional de saúde, de acordo com as políticas globais e sectoriais, visando o seu ordenamento racional e a optimização dos recursos;
- b) Participar na definição das medidas de coordenação intersectorial de planeamento, tendo como objectivo a melhoria da prestação de cuidados de saúde;
- c) Assegurar o planeamento regional dos recursos humanos e materiais, incluindo a execução dos necessários projectos de investimento, das instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, supervisionando a sua afectação;
- d) Orientar, prestar apoio técnico e avaliar o desempenho das instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, de acordo com as políticas definidas e com as orientações e normativos emitidos pelos serviços e organismos centrais competentes nos diversos domínios de intervenção;
- e) Afectar recursos financeiros às instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde integrados ou financiados pelo SNS e acompanhar e avaliar o seu desempenho, de acordo com as orientações definidas pela ACSS;
- f) Desenvolver, consolidar e participar na gestão da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados, de acordo com as orientações definidas.

²³⁹ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 315.

²⁴⁰ As ARS comportam, pois, uma originalidade que consiste no facto de se tratarem de organismos periféricos que pertencem, não à administração directa, mas administração indirecta estadual, pois que são institutos públicos. Significa que estão em causa organismos com personalidade jurídica própria e que, por isso, estão sujeitos aos poderes de superintendência e de tutela e não ao poder de direcção do Ministro da Saúde. Uma originalidade, saída de 2007, que leva ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. P.96, a questionarem-se nestes termos: “*trata-se de autonomização de serviços personalizados do Estado mas, neste caso, tratando-se de serviços periféricos do Estado? O novo conceito de Administração regional situa-se a meio caminho entre a tradicional administração periférica e a administração indirecta (trata-se de entidades periféricas em relação ao Estado mas dotadas de personalidade jurídica)? Ou serão tais entidades um embrião de uma administração periférica mas em relação à própria União Europeia?*”

3.3.3. Serviços e Estabelecimentos Integrados no SNS (Administração Indirecta Prestadora)

Como vimos *supra*, integram o SNS todos os serviços e entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde, designadamente os agrupamentos de centros de saúde, os estabelecimentos hospitalares, independentemente da sua designação, e as unidades locais de saúde (art. 7.º, n.º 2 da LOMS).

Nos termos do n.º 1 do art. 7.º da LOMS, o Ministro da Saúde exerce poderes de superintendência e tutela sobre todos os serviços e estabelecimentos do SNS, independentemente da respectiva natureza jurídica.

3.3.3.1. Estabelecimentos Hospitalares

Já vimos²⁴¹ que os hospitais públicos em Portugal começaram por ser desenhados enquanto institutos públicos, numa lógica típica do Estado social do século XX, em que o Estado assume, por intermédio de pessoas colectivas públicas organicamente integradas na administração pública (indirecta), a prestação e a gestão de serviços públicos, segundo um regime de direito público²⁴².

Quando, em 1994, o Hospital Fernando da Fonseca - mais conhecido como Hospital Amadora-Sintra - passa a ter uma gestão privada, damos o primeiro passo no sentido da empresarialização dos hospitais.

Uma empresarialização que iria prosseguir em 2002, com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2002, de 7 de Março, em que são aprovadas as orientações estratégicas no sentido da passagem dos hospitais públicos sob a forma de institutos públicos para hospitais sociedade anónima de capitais públicos (S.A.). Não obstante a exígua, ou praticamente irrelevante, diferença em termos de regime, em 2005, através do Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, estes hospitais S.A. (ao todo, 31) são transformados em hospitais entidades públicas empresariais (E.P.E.).

²⁴¹ *Supra*, no tema da empresarialização da administração pública e da saúde.

²⁴² ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 125.

a) Hospitais E.P.E.

Actualmente, a esmagadora maioria dos hospitais (e centros hospitalares) tem a natureza de entidade pública empresarial e são regulados pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 244/2012, de 9 de Novembro.

Os Hospitais E.P.E. são pessoas colectivas de direito público de natureza empresarial, dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (art. 1.º, n.º 1 dos Estatutos dos Hospitais E.P.E., em Anexo II ao Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro – doravante designados por EHEPE), que, nos termos do art. 2.º do EHEPE, têm por objecto principal a prestação de cuidados de saúde à população (n.º 1), para além de desenvolverem actividades de investigação, formação e ensino, sendo a sua participação na formação de profissionais de saúde dependente da respectiva capacidade formativa (n.º 2).

De acordo com o art. 3.º do EHEPE, as atribuições dos hospitais E.P.E. *“constam dos seus regulamentos internos, são fixadas de acordo com a política de saúde a nível nacional e regional e com os planos estratégicos superiormente aprovados e são desenvolvidas através de contratos-programa, em articulação com as atribuições das demais instituições do sistema de saúde”*.

Os hospitais E.P.E. estão sujeitos a superintendência do Ministro da Saúde (art. 6.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro), a quem compete, salvo delegação de poderes (n.º 2):

- a) Aprovar os objectivos e estratégias dos hospitais E. P. E.;
- b) Dar orientações, recomendações e directivas para prossecução das atribuições dos hospitais E. P. E., designadamente nos seus aspectos transversais e comuns;
- c) Definir normas de organização e de actuação hospitalar.

No âmbito dos seus poderes de tutela (art. 6.º-A, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro), compete ainda ao Ministro da Saúde exigir todas as informações julgadas necessárias ao acompanhamento da atividade dos hospitais E. P. E., sem prejuízo da prestação de outras legalmente exigíveis (al. a)), determinar auditorias e inspecções ao funcionamento dos hospitais E. P. E. (al. b)), homologar os regulamentos internos dos

hospitais E. P. E. (al. c)) e praticar outros actos que, nos termos da lei, careçam de autorização prévia ou de aprovação tutelar (al. d)).²⁴³

O **financiamento** dos hospitais E.P.E. é assegurado essencialmente através do Orçamento do Estado, mediante o “*pagamento dos actos e actividades efectivamente realizados*”, conforme dispõe o n.º 1 da Base XXXIII da LBS (art. 12.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro). Com efeito, desde as alterações introduzidas na LBS pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, o financiamento do SNS deixou de assentar num modelo de subsídio, baseado na atribuição de recursos fundada nos respectivos custos históricos.

Esse pagamento dos *actos e serviços efectivamente realizados* é feito através de contratos-programa plurianuais a celebrar com a ARS territorialmente competente (art. 12.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro), nos quais se estabelece a actividade contratada, objectivos e metas qualitativas e quantitativas, meios e instrumentos para os atingir e os indicadores para avaliação do desempenho dos serviços e do nível de satisfação dos utentes e as demais obrigações assumidas pelas partes, tendo como referencial os preços praticados no mercado para os diversos actos clínicos.

Recorde-se que, para além do financiamento proveniente do Orçamento do Estado, os hospitais E.P.E. podem ainda, nos termos do n.º 2 da Base XXXIII da LBS, cobrar as seguintes receitas:

- a) O pagamento de cuidados em quarto particular ou outra modalidade não prevista para a generalidade dos utentes;
- b) O pagamento de cuidados por parte de terceiros responsáveis, legal ou contratualmente, nomeadamente subsistemas de saúde ou entidades seguradoras;
- c) O pagamento de cuidados prestados a não beneficiários do SNS quando não há terceiros responsáveis;
- d) O pagamento de taxas por serviços prestados ou utilização de instalações ou equipamentos nos termos legalmente previstos;
- e) O produto de rendimentos próprios;
- f) O produto de benemerências ou doações;

²⁴³ Quanto aos poderes de tutela financeira do Ministro das Finanças, sob proposta do Ministro da Saúde, ver o n.º 2 do art. 6.º-A.

g) O produto da efectivação de responsabilidade dos utentes por infracções às regras da organização e do funcionamento do sistema e por uso doloso dos serviços e do material de saúde.

b) A Sobrevivência dos Hospitais I.P.

Apesar do fenómeno de empresarialização do sector público dos últimos anos, fazendo com que a esmagadora maioria dos hospitais públicos assumam hoje natureza empresarial - hospitais E.P.E. -, na verdade, ainda restam alguns (poucos) hospitais integrados no sector público administrativo - hospitais institutos públicos (I.P.). Na sua maioria, os hospitais I.P. estão hoje praticamente reduzidos a alguns hospitais psiquiátricos.

Os hospitais do sector público administrativo são, nos termos da al. a), do n.º 1 do art. 2.º do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar (doravante, RJGH), aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro e do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial.

O Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto veio estabelecer o regime jurídico dos hospitais do sector público administrativo, tendo introduzido, apesar da natureza institucional destes estabelecimentos, uma gestão de feição mais empresarial, na linha do fenómeno da busca pela eficiência²⁴⁴. Neste sentido, estabelecem-se instrumentos de gestão, tais como a fixação anual de objectivos, a avaliação dos responsáveis e demais profissionais ou a previsão de sistemas de incentivos com base em ganhos de eficácia²⁴⁵.

3.3.3.2. Agrupamentos de Centros de Saúde

A reforma dos cuidados de saúde primários de 2008, levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro²⁴⁶, veio criar os ACES e estabelecer o respectivo regime de organização e funcionamento, extinguindo, no mesmo passo, as sub-regiões de saúde.²⁴⁷

²⁴⁴ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 145.

²⁴⁵ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., pp. 145 e 146.

²⁴⁶ Alterado pelos Decretos-Leis n.º 81/2008, de 2 de Abril, 102/2009, de 11 de Maio, 248/2009, 22 setembro, 253/2012, de 27 Novembro e, por último, 137/2013, de 7 de Outubro,

Como vimos já, quando nos referimos às ARS, os ACES são uma espécie de administração directa (serviços desconcentrados) de entidades que fazem parte da administração indirecta - as ARS - (art. 2.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro), sendo, portanto, desprovidos de personalidade jurídica.

O centro de saúde continua a ser o “*suporte físico e funcional*” da rede de cuidados de saúde primários²⁴⁸, devendo assegurar aos utentes a máxima acessibilidade possível, designadamente através do princípio do atendimento no próprio dia e da marcação de consultas para hora determinada (art. 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro).

Nos termos do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro, os ACES têm por missão garantir a prestação de cuidados de saúde primários à população de determinada área geográfica (n.º 1), devendo, para esse efeito, desenvolver actividades de promoção da saúde e prevenção da doença, prestar de cuidados na doença e fazer a ligação a outros serviços para a continuidade dos cuidados (n.º 2) e desenvolvendo ainda actividades de vigilância epidemiológica, investigação em saúde, controlo e avaliação dos resultados e participam na formação de diversos grupos profissionais (n.º 3).

Os ACES integram um ou vários centros de saúde (art. 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro), os quais, por sua vez, se consubstanciam num conjunto de unidades funcionais prestadoras de cuidados de saúde primários, individualizado por localização e denominação determinadas (art. 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro). Os ACES podem, nos termos do n.º 1 do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro, integrar as seguintes unidades funcionais: unidade de saúde familiar (USF); unidade de cuidados de saúde personalizados (UCSP); unidade de cuidados na comunidade (UCC); unidade de saúde pública (USP); unidade de recursos assistenciais partilhados (URAP); outras unidades ou serviços, propostos pela respectiva ARS e aprovados por despacho do Ministro da Saúde. Em cada centro de saúde componente de um ACES tem de funcionar, pelo menos, uma USF ou UCSP e uma UCC ou serviços desta (art. 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro), existindo em cada ACES apenas uma USP e uma URAP (art. 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro).

²⁴⁷ Para uma introdução histórica aos cuidados de saúde primários, v. MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., pp. 264 e ss., e também ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 148 .

²⁴⁸ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 264.

De acordo com o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro, para fins de saúde comunitária e de apoio domiciliário, são abrangidas por cada centro de saúde as pessoas residentes na respectiva área geográfica (n.º 2) e, para fins de cuidados personalizados, são utentes de um centro de saúde todos os cidadãos que nele queiram inscrever-se, conquanto que, em caso de carência de recursos, se dê prioridade aos residentes na respectiva área geográfica (n.º 3).

Ante o exposto, fácil se torna concluir que, apesar da constante referência da lei aos centros de saúde, após a reforma de 2008 estes passaram a significar “*apenas um somatório de unidades funcionais*” - estas, sim, compostas por uma determinada estrutura - , tendo deixado de constituir uma verdadeira realidade orgânica²⁴⁹.

3.3.3.3. Unidades Locais de Saúde E.P.E.

O SNS comportam hoje dois modos de organização dos centros de saúde: existem centros de saúde que, como acabámos de ver no ponto anterior, estão integrados em ACES, por sua vez pertencentes a uma determinada ARS, fazendo, ‘por intermédio’ destas, parte da administração indirecta institucional (sector público administrativo), e centros de saúde integrados em unidades locais de saúde E.P.E. (ULS) (sector público empresarial), as quais apresentam uma composição mista, na medida em que são constituídas por hospitais e por centros de saúde.²⁵⁰

A criação das ULS traduz uma ruptura com tradicional ideia de separação entre cuidados de saúde primários e cuidados de saúde diferenciados ou hospitalares²⁵¹, passando a existir uma oferta integrada dos dois níveis de cuidados de saúde, por forma a promover uma melhor articulação. Trata-se, portanto, de um novo nível decisório, passando a gestão directa dos cuidados prestados a pertencer a um novo nível decisório, situado entre os serviços prestadores e as ARS²⁵².

²⁴⁹ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 150.

²⁵⁰ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p.316.

²⁵¹ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 162.

²⁵² *Idem*, pp. 162 e 163.

Não existe actualmente um regime jurídico uniforme para as ULS (diferentemente do que acontece com hospitais E.P.E., regulados pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro), tendo cada ULS os seus próprios estatutos, à medida que vão sendo criadas.

3.3.3.4. Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados

A rede nacional de cuidados continuados foi criada, pela primeira vez, em 2003, através do Decreto-Lei n.º 281/2003, de 8 de Novembro.

Tal rede era, nos termos do n.º 2 do art. 1.º daquele diploma, composta pelos serviços integrados no SNS, por instituições particulares de solidariedade social, misericórdias, pessoas colectivas de utilidade pública e entidades privadas que, mediante acordo com o SNS, prestassem cuidados de saúde complementares aos utentes. Um modelo que seria objecto de uma implementação parcial, através da celebração de um protocolo com a União das Misericórdias, nos termos do qual as instituições nela integradas assumiam a prestação de cuidados de saúde.²⁵³

No entanto, aquele protocolo iria ser denunciado em 2005 pelo Governo e, em 2006, o Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de Junho, criava a *rede nacional de cuidados continuados integrados*, no âmbito dos Ministérios do Trabalho e da Solidariedade Social e da Saúde, tendo, portanto, um carácter transversal, que não se limita à área da saúde propriamente dita (art. 5.º do Decreto-Lei). Com efeito, o art. 3.º deste diploma definiu os cuidados continuados integrados como um conjunto de intervenções sequenciais de saúde ou de apoio social, centradas na recuperação global, entendida como um processo terapêutico e de apoio social, activo e contínuo, que visa promover a autonomia melhorando a funcionalidade da pessoa em situação de dependência, através da sua reabilitação, readaptação e reinserção familiar e social (art. 5.º do Decreto-Lei).

Prescreve o n.º 2 do art. 4.º do Decreto-lei n.º 101/2006, de 6 de Junho, são objectivos específicos da rede:

²⁵³ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 278.

- “a) A melhoria das condições de vida e de bem-estar das pessoas em situação de dependência, através da prestação de cuidados continuados de saúde e/ou de apoio social;*
- b) A manutenção das pessoas com perda de funcionalidade ou em risco de a perder, no domicílio, sempre que mediante o apoio domiciliário possam ser garantidos os cuidados terapêuticos e o apoio social necessários à provisão e manutenção de conforto e qualidade de vida;*
- c) O apoio, o acompanhamento e o internamento tecnicamente adequados à respectiva situação;*
- d) A melhoria contínua da qualidade na prestação de cuidados continuados de saúde e de apoio social;*
- e) O apoio aos familiares ou prestadores informais, na respectiva qualificação e na prestação dos cuidados;*
- f) A articulação e coordenação em rede dos cuidados em diferentes serviços, sectores e níveis de diferenciação;*
- g) A prevenção de lacunas em serviços e equipamentos, pela progressiva cobertura a nível nacional, das necessidades das pessoas em situação de dependência em matéria de cuidados continuados integrados e de cuidados paliativos.”*

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 168/2006, de 18 de Dezembro, criou a Unidade de Missão para os Cuidados Continuados Integrados (entretanto extinta, como vimos²⁵⁴), com o objectivo de coordenar - a nível nacional, sem prejuízo da coordenação operativa regional e local (cfr. art. 9.º do Decreto-Lei) - e implementar efectivamente os cuidados continuados integrados, através de uma articulação entre centros de saúde, hospitais, serviços e instituições de natureza privada e social,, em interligação com as redes nacionais de saúde e de segurança social.

3.2.5. Administração Autónoma Profissional: as ordens profissionais da área da saúde

Ao contrário da administração (directa e indirecta) estadual, que prossegue os interesses gerais e indiferenciados de carácter nacional, a administração autónoma, enquanto auto-

²⁵⁴ Alterada pelas Portarias n.º 578/2009, de 1 de Junho, e n.º 167/2013, de 30 de Abril.

administração por parte de organizações infraestaduais, prossegue interesses próprios e específicos da respectiva comunidade²⁵⁵.²⁵⁶

As associações públicas enquadram-se na administração autónoma não territorial ou funcional²⁵⁷, sendo uma das suas espécies mais típicas as associações públicas profissionais²⁵⁸.

No âmbito da saúde em Portugal (e não apenas no âmbito do SNS), existe uma série de classes profissionais, cada uma com um papel específico na prestação de cuidados de saúde, as quais, por essa razão, são reguladas e disciplinadas quanto às matérias de natureza sócio-profissional específicas de cada uma. Essa actividade de regulação e disciplina de tais matérias é levada a cabo pelas *ordens profissionais*²⁵⁹, que têm a natureza de associações públicas por terem como elemento constitutivo o conjunto de profissionais unidos pelo exercício da mesma profissão (elemento pessoal) e por lhes ser atribuída personalidade jurídica de direito público (personificação jurídica)²⁶⁰.

Na área da saúde merece especial destaque a **Ordem dos Médicos**, a qual tem o seu precedente histórico na Associação dos Médicos Portugueses, criada em 1898. Em 1938 foi aprovado o Estatuto da Ordem dos Médicos, revisto em 1956²⁶¹.

Em 1977, através do Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho, foi aprovado um novo Estatuto da Ordem dos Médicos, ainda hoje em vigor, no qual se estabelece, no n.º 1 do art. 4.º, que a Ordem dos Médicos reconhece *que “a defesa dos legítimos interesses dos médicos pressupõe o exercício de uma medicina humanizada que respeite o direito à saúde de todos os cidadãos”*.

Merecedoras de destaque, no âmbito da (auto-)regulação profissional da saúde, são ainda a **Associação Profissional dos Médicos Dentistas**, criada pela Lei n.º 110/91, de 29 de Agosto, alterada pela Lei n.º 82/98, de 10 de Dezembro e pela Lei n.º 44/2003, de 22 de

²⁵⁵ OLIVEIRA, Fernanda Paula, e DIAS, José Eduardo Figueiredo, op. cit., p. 69.

²⁵⁶ MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma...*, cit., pp. 78-79.

²⁵⁷ A territorial é composta pelas autarquias locais e pelas regiões autónomas.

²⁵⁸ V. Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro. São entidades públicas de estrutura associativa formadas por em representação dos membros de certas profissões de interesse público com o fim de, por devolução de poderes do Estado, regular e disciplinar o exercício da respectiva actividade profissional. Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula, e DIAS, José Eduardo, op. cit., p. 76. Representam e defendem os interesses gerais da profissão, regulam o acesso e exercício da profissão, e concedem em exclusivo os títulos profissionais das profissões que representam. Têm ainda o poder disciplinar. Cfr. MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p. 317.

²⁵⁹ Tomam a designação de Ordem quando é necessário habilitação académica para o exercício da profissão e de Câmara quando assim não acontece.

²⁶⁰ MARTINS, Licínio Lopes, “Direito...”, cit., p.317.

²⁶¹ *Idem*, p. 318.

Agosto, a **Ordem dos Farmacêuticos**, criada pelo Decreto-Lei n.º 334/72, de 23 de Agosto, que aprovou os respectivos estatutos, entretanto alterados pelo Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de Novembro, e a **Ordem dos Enfermeiros**, criada pelo Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril.

3.2.6. Administração Independente da saúde: a ERS

O contexto da nova regulação pública coloca o papel de regulador fora da dependência governamental, assistindo-se a um fenómeno de desgovernamentalização da administração. É neste quadro que as entidades reguladoras independentes surgem como autoridades indicadas para exercer os poderes de regulamentação, fiscalização e sanção de uma forma mais técnica e especializada.

Seguindo a lição de Vital Moreira, as autoridades reguladoras independentes podem ser definidas como *“toda a Administração infra-estadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à auto-administração de quaisquer interesses organizados”*^{262, 263}.

No sector da saúde a entidade competente é a entidade reguladora da saúde (ERS), criada pelo Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, mais tarde reestruturada pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio²⁶⁴. Com a entrada em vigor da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que aprova a lei-quadro das entidades reguladoras, tornou-se necessário aprovar e publicar os respectivos estatutos, em ordem a dar cumprimento ao disposto na alínea i) do artigo 3.º daquele diploma.

²⁶² MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma...*, cit., pp. 127 e 128.

²⁶³ Distinguindo a administração autónoma da administração independente, MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, op. cit., p. 31 afirmam que o conceito de administração autónoma diz respeito a *“uma categoria de entes colectivos públicos que visam ser expressão directa de comunidades territoriais ou de outras comunidades ou formações sociais (por exemplo, corporações profissionais) dotadas de interesses próprios e distintos dos interesses prosseguidos pelo Estado”*. Na administração independente, por outro lado, visa-se sobretudo *“fazer valer o interesse público geral independentemente dos interesses particulares dos sujeitos à sua jurisdição, e se necessário contra eles”*.

²⁶⁴ Pode ler-se no Preâmbulo: *“Entre as alterações substantivas agora introduzidas, importa destacar, nomeadamente, criação de um conselho consultivo, como instância de participação institucionalizada dos sectores interessados; a delimitação mais rigorosa das atribuições e dos poderes da ERS, de modo a torná-los mais claros e coerentes; a atribuição à ERS de funções de regulação económica do sector; a definição mais precisa dos poderes sancionatórios da ERS, quer quanto à definição das contra-ordenações, quer quanto às coimas”*.

Uma vez que a ERS já foi analisada em pormenor quando tratámos do tema do estado de garantia, dispensamo-nos de desenvolver aqui o tema.

PARTE III - OS ‘MOMENTOS’ DA TRIBUTAÇÃO DA SAÚDE

1. Recorte dogmático dos tributos portugueses

1.1. Impostos

a) Introdução

De acordo com o art. 103.º, n.º 1 da CRP, os impostos visam “*a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas*” e ainda “*uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza*”. Ou seja, a Constituição prevê que, para além de cumprirem a sua finalidade de sustento financeiro do Estado de direito, os impostos sirvam ainda para promover a igualdade social, financiando a produção de bens e serviços de acesso universal pelos cidadãos (designadamente, através de serviços de saúde, educação, segurança social); numa palavra: os impostos, para lá do objectivo de financiamento das funções estaduais, devem ainda cumprir uma função redistributiva do rendimento, no quadro da prestação de serviços públicos sociais.²⁶⁵

O facto de fazermos parte de um Estado fiscal²⁶⁶ conduz-nos automaticamente à ideia de que os serviços públicos prestados pelo Estado - e, no caso que nos ocupa, o serviço público de saúde - hão-de ser financiados essencialmente através de transferências do

²⁶⁵ SILVA, Suzana Tavares da, *Direito Fiscal: Teoria Geral*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, “conceito de imposto”.

²⁶⁶V. *Supra* a parte I da nossa exposição. Sobre o Estado Fiscal, em contraposição com o Estado patrimonial e com o Estado taxador, v. NABAIS, José Casalta, *O Dever...*, cit., pp 192-221, “Reforma Tributária...”, cit. pp. 69 e ss., e “A Face Oculta dos Direitos...”, cit., pp. 24 e ss.

orçamento do Estado, ou seja, através das receitas provenientes de impostos. Com efeito, o princípio da solidariedade em que o Estado fiscal social assenta tem expressão concreta no dever que sobre todos impende de contribuir para as despesas da comunidade na medida da sua capacidade contributiva. Quer dizer: o Estado social e os direitos sociais, uma vez que visam garantir um determinado nível de prestações sociais aos seus cidadãos, de acordo com o princípio da solidariedade, tem necessariamente como anverso um *dever fundamental de pagar impostos*²⁶⁷.

O art. 64.º da CRP, ao estabelecer o princípio da tendencial gratuitidade do SNS, vem, justamente, ao encontro da lógica do financiamento do sistema público de saúde através de impostos, reforçando essa ideia. Na verdade, o imposto é o tributo mais adequado a prosseguir as finalidades sociais do Estado, porquanto é nele que estão mais presentes as ideias de equidade²⁶⁸ e de solidariedade que subjaz a um Estado de direito democrático e social.

b) Noção

Seguindo a noção doutrinal proposta por Casalta Nabais²⁶⁹, o imposto pode definir-se, de um ponto de vista objectivo ou estrutural, como a prestação pecuniária **unilateral**, definitiva e coactiva, que, de um ponto de vista subjectivo, é exigida por entidades públicas²⁷⁰ aos detentores de capacidade contributiva (critério ou medida), com vista à realização de fins públicos não sancionatórios (perspectiva teleológica ou finalística)²⁷¹.

Com efeito, tratando-se o imposto de uma prestação estruturalmente unilateral, não comporta qualquer correspectivo, ao menos imediato²⁷², sendo devidos pela simples manifestação de capacidade económica por parte do sujeito passivo; ao contrário do que acontece no caso das taxas, as quais, enquanto tributos bilaterais ou comutativos, assumem

²⁶⁷ NABAIS, José Casalta, *O Dever...*, cit., pp. 192 e ss. e 223 e ss., e “A Face Oculta dos Direitos...”, cit., pp. 9 e ss.

²⁶⁸ Sempre presente tem de estar, pois, a ideia de justiça como equidade, segundo uma concepção de que a que todos devem ser asseguradas iguais liberdades básicas, para que haja uma efectiva igualdade de oportunidades. Cfr. RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, 3.ª edição, Lisboa, Editorial Presença, 2013 (trad. Carlos Pinto Correia), pp. 33 e ss. Convém ter presente também a concepção proposta por SEN, Amartya, *A Ideia de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2012 (trad. Nuno Castello-Branco Bastos).

²⁶⁹ NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal...*, cit., pp. 38 e ss., e *O Dever...*, cit., pp. 223 e ss.

²⁷⁰ Ou entidades que exerçam funções ou tarefas públicas *Idem*, *Direito Fiscal...*, cit., p. 43.

²⁷¹ Nada impede, portanto a consecução de finalidades extrafiscais pelos impostos. Cfr. *Idem*, p. 44.

²⁷² Pois que a existência dos serviços públicos é uma contraprestação demasiado genérica e difusa.

um carácter concreto e específico, razão pela qual é possível, em relação a elas, estabelecer individualmente uma ligação entre o respectivo montante e a contraprestação específica concretamente recebida pelo (ou posta à disposição do) particular.

1.2. Taxas

a) Noção

A alínea i) do n.º 1 do art. 165.º da CRP, na redacção introduzida pela revisão constitucional de 1997, prescreve que são matéria de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República a “*criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas*”. Perante isto, impõe-se, desde já, concluir pela existência de uma flagrante omissão inconstitucional, por não ter sido, até hoje, criado um regime geral das taxas (nem das “*demais contribuições financeiras*”), tendo-se o legislador atido num regime geral das taxas das autarquias locais (RGTA) - Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro, alterada pelas Leis n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro e n.º 117/2009, de 29 de Dezembro.

Como acabámos de ver, os impostos são os tributos unilaterais. Essa uma nota que estruturalmente os distingue da figura das taxas, as quais são os tributos bilaterais ou sinalagmáticos. Já Alberto Xavier²⁷³ definia as taxas como receitas tributárias de “*carácter sinalagmático, não unilateral, o qual por seu turno deriva funcionalmente da natureza do facto constitutivo das obrigações em que se traduzem e que consiste ou na prestação de uma actividade pública ou na utilização de bens do domínio público ou na remoção de um limite jurídico à actividade dos particulares*”.

Nestes tributos, marcados pela nota da correspectividade, à prestação pecuniária do particular corresponde uma contraprestação pública concreta individualizada ou individualizável - a qual pode consistir numa prestação concreta de um serviço público, na utilização individualizada de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares (art.4.º, n.º 2 da LGT).

²⁷³ XAVIER, Alberto, Manual de Direito Fiscal, vol I, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, pp. 42 e 43.

Se tivermos de fornecer uma noção de taxa diremos, pois, que se trata de uma prestação pecuniária, coactiva (no sentido de que resulta *ope legis* e não de um acto negocial²⁷⁴), não sancionatória, e de estrutura bilateral ou comutativa²⁷⁵, porquanto constitui o corresponsivo devido pelo contribuinte por uma concreta, determinada (ou determinável) e específica contraprestação pública²⁷⁶ de que beneficiou²⁷⁷ ou que provocou, individualizadamente (ou individualizavelmente)²⁷⁸.

Olhando ainda aos contributos da doutrina financeira, podemos caracterizar a taxa como um preço autoritariamente fixado²⁷⁹, devido pela utilização individualizada de um bem semi-público²⁸⁰ e divisível²⁸¹.

É, pois, a estrutura do tributo (e não a finalidade ou o destino subjectivo) que nos indica se concretamente estamos perante um imposto - tributo unilateral desencadeado pela mera manifestação de capacidade contributiva -, ou se estaremos antes perante um tributo bilateral - em regra, as taxas -, a qual é devida pela utilização individualizada de uma prestação estadual concreta.

Ora, para perceber exactamente a estrutura que temos em presença teremos, em rigor, de realizar dois testes. Com efeito, para determinar se na verdade estaremos perante tributos unilaterais ou antes perante tributos comutativos não basta realizar o chamado teste da bilateralidade, o qual se limitará a constatar se a prestação é devida *por causa* da utilização individualizada de um determinado bem semi-público, ou se, em lugar disso, é devida pela

²⁷⁴ RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, “Noção Jurídica de Taxa”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n.º 3727, 1985, p. 292.

²⁷⁵ Rigorosamente comutativa, o que as distingue das demais contribuições financeiras, como veremos.

²⁷⁶ Que pode ser consistir na prestação concreta de um serviço público, na utilização individualizada de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares (art.4.º, n.º 2 da LGT).

²⁷⁷ Ou, *rectius*, *aproveitou*, porquanto o sujeito pode não obter, na realidade, um benefício. Esse é o exemplo de escola do condenado em processo criminal, que terá de pagar as custas do processo. RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, op. cit., p. 291.

²⁷⁸ O sujeito pode, na realidade, nem ter beneficiado/aproveitado a contraprestação; basta que a tenha provocado, em termos de lhe ser possível formular um juízo de imputabilidade individual.

²⁷⁹ As taxas actuam sempre como um preço, porque afectam sempre a procura. Cfr. RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, op. cit., p. 291 e 293. Simplesmente, são preços *públicos*. Dentro dos preços públicos há aqueles que são autoritariamente fixados - taxas stricto sensu e tarifas ou preços - e aqueles que são determinados consensualmente - que são as receitas patrimoniais. FRANCO, António Sousa, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. II, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 51 reconduz a figura de preço apenas às receitas patrimoniais, que refere não apresentarem diferença de vulto em relação aos preços privados. Sobre esta matéria, veja-se a brilhante síntese de MAGALHÃES, António Malheiro de, *O Regime Jurídico dos Preços Municipais*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 9-45.

²⁸⁰ Um bem semi-público é um bem que satisfaz necessidades individuais de satisfação activa. Cfr. RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, op. cit., p. 291.

²⁸¹ *Idem*. A divisibilidade surge, de acordo com o Autor, como condição técnica indispensável para a imputação individual do uso.

simples manifestação de capacidade económica do sujeito passivo. Na verdade, torna-se imprescindível realizar ainda um teste de proporcionalidade, mediante o qual se possa aferir da relação de equivalência entre as prestações - a do particular e a do Estado, tendo em conta a finalidade da taxa.

b) O princípio da equivalência

Como referimos, para que possa concretamente descortinar-se se estamos perante um tributo unilateral ou imposto ou se estaremos, ao invés, perante um tributo bilateral ou sinalagmático, haverá que realizar, para além de um primeiro teste da bilateralidade, um segundo teste destinado a aferir da proporcionalidade prestação do particular/contraprestação estadual. Superados com sucesso ambos os testes, estaremos no domínio dos tributos bilaterais.

Na verdade, como tributos unilaterais, os impostos regem-se pelo princípio (e critério) da capacidade contributiva do sujeito passivo, uma vez que não pressupõem qualquer contraprestação pública (ao menos concreta e específica), sendo o facto que dá origem à obrigação fiscal a mera manifestação dessa mesma capacidade económica para contribuir para os encargos da comunidade.

O mesmo não acontece, porém, no domínio das taxas, pois que, enquanto tributos bilaterais, pressupõem uma proporcionalidade recíproca entre as prestações do sujeito passivo e do sujeito activo. Ora, tal proporcionalidade há-de ser testada com recurso ao *princípio da equivalência*. Este princípio, seguindo o critério do benefício, dir-nos-á se o aproveitamento individualizado do serviço público pelo particular é proporcional à quantia que deve pagar em consequência desse aproveitamento.²⁸²

Uma equivalência que não terá de ser forçosamente económica, mas tão-só jurídica, pois que não será necessário olhar rigorosamente ao valor, desde que este se não mostre manifestamente excessivo. No caso de o montante da taxa se nivelar com os custos da prestação pública (critério da cobertura de custos), ainda aí estaremos perante uma taxa,

²⁸² O princípio da capacidade contributiva apenas pode ser chamado para efeitos de desagravamento, segundo um princípio de justiça. É o que acontece com as isenções em função de incapacidade económica. SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 126.

ainda que, designadamente por influência da doutrina financeira, possa apresentar-se com outras designações - tarifa ou preço público²⁸³.

Os custos do serviço surgem, pois, como limite material superior das taxas²⁸⁴, ultrapassado o qual, pelo facto de a desproporção ou não equivalência entre as prestações denunciar, afinal, uma estrutura tributária unilateral, baseada noutro tipo de critério (o da capacidade contributiva), poderemos, em certos casos, estar perante verdadeiros impostos.²⁸⁵

c) Finalidades das taxas

De acordo com SOUSA FRANCO²⁸⁶, as taxas podem ter duas finalidades: podem ter, por um lado, como finalidade exclusiva ou principal a justa repartição dos encargos públicos (princípios do rendimento fiscal e da justiça distributiva), ou, por outro lado, a dissuasão ou estímulo do acesso a determinado serviço público (princípio da oportunidade e conveniência).

De facto, podem as taxas, em primeiro lugar, visar aquela que será a sua finalidade ‘natural’, “prototípica” ou “intra-sistemática”²⁸⁷, que consiste em remunerar prestações determinadas ou, noutra perspectiva, *compensar* a comunidade pelo uso individualizado de determinado bem semi-público (taxas compensatórias). O que se visa com o pagamento da taxa não é cobrir os custos do funcionamento do serviço (pois que isso é do domínio do imposto), mas tão-somente repartir encargos, tendo em conta objectivos de justiça social.

Por outra banda, podem as taxas, ao invés, ter por finalidade primordial a dissuasão ou o estímulo do acesso aos serviços públicos (taxas orientadoras de comportamentos ou

²⁸³As tarifas são, pois, taxas economicamente equivalentes. A equivalência jurídica exprime a ideia de que a taxa é cobrada “*em função*” da prestação aproveitada ou provocada pelo particular, enquanto a equivalência económica já nos remete para a proporcionalidade material do montante (MAGALHÃES, António Malheiro de, op. cit., p. 36). No entanto, a equivalência jurídica também deve fundar-se numa relação entre o custo do serviço e o valor da prestação (SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...*, cit., p. 116). Ponto é que o valor da taxa não ultrapasse os custos do serviço (*idem*, 121 e 122), sob pena de se subverter o princípio da equivalência das taxas, assente numa relação de rigorosa comutatividade (VASQUES, Sérgio, *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 159 e 449, e *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 207.)

De acordo com o art. 8.º, n.º 2 do RGTAL, a inobservância do princípio da equivalência económico-financeira das taxas determina a nulidade do regulamento que as crie.

²⁸⁴SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...*, cit., pp. 121-124.

²⁸⁵ Com referência a jurisprudência do TC sobre taxas e impostos, v. COSTA, Cardoso da, “Ainda a Distinção entre «Taxa» e «Imposto» na Jurisprudência Constitucional”, Separata de: Estudos em Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, em especial, pp. 548-560.

²⁸⁶ FRANCO, António Luciano de Sousa, op. cit., p. 70.

²⁸⁷ VASQUES, Sérgio, *O Princípio da Equivalência...*, cit., pp. 577 e ss.

extrafiscais)²⁸⁸, o que nos remete para o domínio da extrafiscalidade²⁸⁹. Na verdade, como afirma Marta Rebelo²⁹⁰, “*ainda que não haja uma relação absolutamente directa entre a taxa paga e a contraprestação oferecida ao particular - ou seja, mesmo que não haja uma proporcionalidade estrita - o sinalagma não deixa de estar presente*”, porquanto continua a estar presente o princípio da equivalência (jurídica), posto que referido a finalidades extrafinanceiras.²⁹¹

Ao contrário do fim tipicamente financeiro dos tributos, tais taxas prosseguem antes fins económicos e sociais, visando exclusiva ou principalmente orientar comportamentos; nuns casos, estimulando-os, noutros desincentivando-os. Nesta última situação têm sido, entre nós, tradicionalmente enquadradas as taxas moderadoras exigidas em Portugal pelo acesso aos cuidados de saúde do sistema público²⁹².

1.3. “Demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas”.

Desde a revisão constitucional de 1997, a CRP passou a prever, no art. 165.º, n.º 1, al. i), a figura das “*demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas*”, as quais, à semelhança das taxas, devem ter um regime geral que preveja os respectivos *essentialia*. Esse regime geral, tal como acontece no caso das taxas, não foi até agora criado - pelo que,

²⁸⁸ As quais, por sua vez, segundo FRANCO, António Luciano de Sousa, op. cit., p. 70, podem ser estimulantes ou moderadoras.

²⁸⁹ A extrafiscalidade consiste, basicamente, na utilização do direito fiscal (ou, mais amplamente, do direito tributário, abarcando assim também as taxas) para finalidades económicas ou sociais, que não objectivos tipicamente financeiros. Trata-se de aproveitar e orientar, a título principal, os efeitos económicos da tributação para objectivos que não correspondem aos seus fins típicos, i. e, que lhe são extra-sistemáticos. Sobre a extrafiscalidade, v., por todos, NABAIS, José Casalta, *O Dever...*, op. cit., pp. 629-670.

²⁹⁰ REBELO, Marta, “As Taxas Orientadoras de Comportamentos: A Ampliação do Artigo 19.º da Lei das Finaças Locais e o Caso do «Central Lonfon Congestion Charging Scheme»”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, Almedina, n.º 21, 2004, p.147.

²⁹¹ No mesmo sentido, BASTO, Xavier de, e XAVIER, António Lobo, “Ainda a distinção entre taxa e imposto: a inconstitucionalidade dos emolumentos notariais e registrais devidos pela constituição de sociedades e pelas modificações dos respectivos contratos”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1/2/3, 1994, pp. 22 e 28.

²⁹² Baseando-se em Aníbal de Almeida, VALE, Luís Meneses do, “As Taxas Moderadoras e o Financiamento do Serviço Nacional de Saúde: elementos para uma perspectiva constitucional”, in *A Reforma do Sector da Saúde: uma Realidade Iminente?*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 160, fornece uma noção de taxa moderadora segundo a qual “*são moderadoras as taxas que têm como finalidade, só, ou predominantemente, moderar o uso dos serviços, reduzindo a procura que se lhes dirige aos casos dignos de desencadear o seu funcionamento*”.

também aqui, haverá um inconstitucionalidade por omissão -, o que tem dificultado sobremaneira a tarefa de determinar com exactidão a estrutura deste *tertium genus*²⁹³.

Convém começar por esclarecer que quando nos referimos às demais *contribuições financeiras* não nos referimos aqui às clássicas contribuições especiais, que têm sido reconduzidas pela doutrina à categoria dos impostos²⁹⁴. Com efeito, tanto no caso das “contribuições de melhoria”, em que ao sujeito passivo é exigida uma prestação pecuniária em virtude de uma vantagem económica particular resultante do exercício de uma actividade administrativa de que ele beneficia, como no caso das “contribuições por maiores despesas”, em que a prestação do particular é devida pelo facto de uma sua actividade (ou coisa possuída) originar uma maior despesa para as autoridades públicas, estamos perante tributos cujo facto gerador assenta ainda numa manifestação de capacidade contributiva, posto que especial ou extraordinária - no primeiro caso, a actividade administrativa pública aumenta a capacidade contributiva, enquanto, no segundo caso, essa actividade administrativa pública limita-se a obstar a que surjam manifestações negativas dessa capacidade, mantendo-a.

Estaremos aqui em presença de um terceiro tipo tributário, provavelmente pensado para “*não deixar de fora (...) quaisquer outras receitas públicas coactivas, para além das taxas, que, tal como estas, não assumam carácter fiscal (...)*”²⁹⁵, por forma a abarcar nomeadamente o fenómeno da *parafiscalidade*²⁹⁶, podendo nelas incluir-se, desde logo, as contribuições pagas às entidades reguladoras pelos respectivos regulados, no quadro do actual Estado supervisor e regulador²⁹⁷.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira²⁹⁸, tratar-se-á de “*figuras híbridas, que compartilham em parte da natureza de impostos (porque não têm necessariamente uma contrapartida individualizada para cada contribuinte) e em parte da natureza de taxas (porque visam retribuir o serviço prestado por certa instituição pública, ou dotada de poderes públicos, a um certo círculo ou certa categoria de pessoas ou entidades, que*

²⁹³Cfr. COSTA, Cardoso da, “Sobre o Princípio da Legalidade das «Taxas» (e das Demais Contribuições Financeiras)”, Separata de: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, 2006, pp. 804-806, e SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...*, cit., pp. 21-22 e 102, fazendo referência às dificuldades de sistematização e de enquadramento destes tributos, devido à sua heterogeneidade e devido à falta de um regime geral que os enquadre e discipline (à semelhança do que acontece com as taxas).

²⁹⁴ V., por todos, NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal...*, cit., pp. 52 e ss.

²⁹⁵ COSTA, Cardoso da, op. cit., p.804.

²⁹⁶ *Idem*, p.805 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, op. cit., vol. II, p. 1095.

²⁹⁷ NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal...*, cit., p.54.

²⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, op. cit., vol. II, p.1095.

beneficiam colectivamente da actividade daquela)”, podendo qualificar-se, neste sentido, como “«taxas colectivas», na medida em que visam retribuir os serviços prestados por uma entidade pública a um certo conjunto ou categoria de pessoas”.

Dada a natureza grupal ou colectiva da contraprestação pública homogénea que lhe dá origem, que faz com que as utilidades daí derivadas não se possam facilmente imputar individualmente mas o possam ser com segurança em relação a grupos determinados²⁹⁹, as contribuições são tributos simplesmente *paracomutativos*, diferentemente das taxas, que são tributos rigorosamente comutativos. Vale isto por dizer que, enquanto no caso destas últimas a contraprestação administrativa é *efectivamente* aproveitada ou provocada (e, portanto, imputável individualmente) ao sujeito passivo, no caso das novas contribuições, a prestação pública é apenas *presumivelmente* por ele aproveitada ou provocada, já que tal benefício ou provocação efectivos podem não se verificar concretamente em relação a todo o sujeito passivo da mesma.

É hoje seguro que estas novas contribuições podem assumir várias tipologias, dando guarida àqueles tributos especiais até agora reconduzidos à figura das receitas parafiscais (como as contribuições para a segurança social), relativas ao fenómeno da parafiscalidade³⁰⁰, e podendo mesmo abarcar um sem número de outras categorias até agora atiradas para a *summa divisio* impostos/taxas³⁰¹.

Poder-se-ão, sem dúvida, enquadrar nesta nova categoria as contribuições pagas à ERS pelos respectivos regulados³⁰², bem como as quotas pagas pelos profissionais de saúde (médicos, farmacêuticos, enfermeiros, etc.) às respectivas ordens profissionais³⁰³.³⁰⁴

²⁹⁹ VASQUES, Sérgio, *Manual...cit.*, p.221.

³⁰⁰ Sobre o fenómeno da parafiscalidade, v. FRANCO, António Luciano de Sousa, op. cit., pp. 73 e ss.

³⁰¹ A este propósito, é útil transcrever a proposta de sistematização destas novas contribuições em três tipos fundamentais, avançada por SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...cit.*, pp.87 e ss. Diz a Autora que tais tributos podem hoje agrupar-se em três tipos fundamentais: “1) como instrumentos de financiamento de novos serviços de interesse geral que ocasionam um benefício concreto imputável a alguns destinatários diferenciados (por exemplo, prevenção de alguns riscos naturais) – contribuições financeiras; 2) como instrumento de financiamento de novas entidades administrativas cuja actividade beneficia um grupo homogéneo de destinatários (por exemplo, “taxas” para o financiamento das entidades reguladoras) – contribuições parafiscais; e 3) como instrumento de orientação de comportamentos ou, como preferimos designá-las, contribuições extrafiscais.”

³⁰² V *supra* parte I da dissertação.

³⁰³ V *supra* parte I da dissertação.

³⁰⁴ Neste sentido, VASQUES, Sérgio, *O Princípio da Equivalência...*, cit., pp. 172 e ss, e *Manual de Direito Fiscal...*, cit., pp. 230 e ss.

2. As taxas moderadoras do SNS

As taxas moderadoras enquadram-se, numa perspectiva económica, nos chamados *pagamentos directos*, os quais integram “*todo o financiamento que é efectuado no acto do consumo, ou seja, que está directamente relacionado com a utilização de cuidados*”³⁰⁵. É que, para além dos impostos que todos estamos vinculados a pagar, em cumprimento do princípio da solidariedade, é usual os vários sistemas de saúde exigirem ainda determinados pagamentos aquando, ou por causa³⁰⁶, da utilização ou do consumo de cuidados de saúde, normalmente com o objectivo de reduzir a procura imoderada desses cuidados por parte dos utentes.

Tais quantias cuja respectiva exigência é desencadeada pelo acto de utilização de cuidados de saúde têm tomado, em Portugal, a designação de *taxas moderadoras*.³⁰⁷

Por ser, tradicionalmente, matéria de grande controvérsia política, mas também doutrinal, dedicamos o presente capítulo exclusivamente às questões relacionadas com as taxas moderadoras para o acesso aos cuidados de saúde em Portugal.

³⁰⁵O que inclui não apenas as taxas moderadoras, mas ainda um leque diversificado de despesas, como por exemplo, as consultas médicas prestadas no sector privado e não cobertas por seguro ou as despesas não comparticipadas com produtos farmacêuticos. Cfr. SIMÕES, Jorge, BARROS, Pedro Pita, e PEREIRA, João, (coordenação), op. cit., p. 104.

³⁰⁶ Pois o que importa não é o momento em que se paga, mas sim a decorrência ou não do consumo de cuidados de saúde. Tais pagamentos são conhecidos lá fora por “taxas de utilização”, ou *user fee*, na terminologia inglesa. ERS, *O Novo Regime Jurídico das Taxas Moderadoras*, Porto, 2013 (disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/892/Estudo_Taxas_Moderadoras.pdf)

³⁰⁷ Pode descobrir-se o antepassado mais remoto da taxa moderadora no *ticket modérateur*, surgido em **França**, durante os debates parlamentares que antecederam a Lei de 1928 sobre as *Assurances Sociales*.³⁰⁷ Tratava-se, na altura, de uma quantia paga pelo paciente ao médico que o assistia, para que este remetesse posteriormente à respectiva *caixa*, a fim de receber desta os honorários devidos pelos cuidados de saúde prestados. Vale e CN dever fundamental

O *ticket modérateur* constitui hoje a parte do encargo financeiro que recai sobre o doente após a utilização de cuidados ou produtos de saúde reembolsáveis (parcialmente) pelo sistema de seguros de saúde francês³⁰⁷. O montante varia em função de vários critérios, tais como a natureza do risco (doença, gravidez, acidente de trabalho, etc.), o acto médico em causa, as condições económico-sociais do doente, as condições de saúde, entre outros.

Na **Alemanha**, desde 1923 que estão previstos os co-pagamentos dos utentes em produtos farmacêuticos, sendo devidos, nos restantes domínios da saúde, tributos semelhantes às nossas taxas moderadoras.

Em **Itália**, são igualmente exigidos os *tickets sanitários*, os quais constituem figuras tributárias idênticas às nossas taxas moderadoras, consistindo numa comparticipação dos utentes nas despesas de saúde que é devida pelas prestações em ambulatório, de serviço diário e de pronto-socorro, prestações de odontologia e aquisições de medicamentos.

Cfr. VALE, Luís Meneses do, “As Taxas Moderadoras...”, cit., pp. 161 e ss.

2.1. Evolução político-legislativa da implementação das taxas moderadoras em Portugal

O direito à protecção da saúde deveria ser realizado “*através de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito*”. Assim rezava a alínea a) do n.º 2 do art. 65.º da CRP, na sua versão originária, a qual foi na altura interpretada como tratando-se de uma gratuitidade *tout court*. Essa gratuitidade prevista na Lei Fundamental não impediu, contudo, que a Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, denominada Lei do Serviço Nacional de Saúde (LSNS), viesse prever, no seu art. 7.º, a possibilidade de cobrança de “*taxas moderadoras diversificadas tendentes a racionalizar a utilização dos serviços públicos de saúde*”.³⁰⁸

Assim, as taxas moderadoras viriam a ser introduzidas, pela primeira vez, pelos Despachos Ministeriais n.º 57/80 e 58/90, de 29 de Dezembro, os quais fixavam taxas moderadoras para o acesso aos cuidados ambulatoriais dos Serviços Médico-Sociais das Caixas de Previdência, nomeadamente no âmbito de consultas, serviços de visita domiciliária e meios complementares de diagnóstico e terapêutica.

O Despacho do Ministro dos Assuntos Sociais de 18 e Janeiro de 1982 viria depois criar as taxas moderadoras para o acesso aos serviços de internamento hospitalar, consulta, meios complementares de diagnóstico e terapêutica e urgência, embora apenas para os utentes não beneficiários de um outro subsistema de saúde³⁰⁹. Este Despacho tem a particularidade de ter previsto para as situações de internamento uma graduação do montante da taxa em função do rendimento do utente. Na apreciação da constitucionalidade do presente Despacho do Ministro dos Assuntos Sociais, requerida pelo Provedor de Justiça com fundamento em violação do princípio da gratuitidade do SNS e em inconstitucionalidade orgânica, por violação do art. 201.º, n.º 1, alínea c) (actualart. 198.º) da CRP³¹⁰, o TC, no Acórdão n.º 92/85, de 18/06, ficou-se pela declaração de inconstitucionalidade com base neste fundamento formal, sem desenvolver a análise do fundamento material invocado.

Posteriormente, o Governo aprovou o Decreto-Lei n.º 57/86, de 20 de Março, onde eram fixadas taxas moderadoras no acesso aos cuidados de saúde, com excepção dos cuidados

³⁰⁸ Baseamo-nos fundamentalmente em ERS, *O Novo Regime...*, pp.110 e ss.

³⁰⁹ Pois nesta altura as taxas eram facturadas directamente à entidade pagadora.

³¹⁰ Porquanto a criação das taxas moderadoras, na sequência da previsão do art. 7.º da LSNS (que tem natureza de lei de bases), deveria ter sido feito por Decreto-Lei de desenvolvimento e não por despacho ministerial.

prestados no âmbito dos internamentos hospitalares, radioterapia e exames histológicos, serviços de urgência, serviços de atendimento permanente (SAP) dos Centros de Saúde e nos cuidados de saúde prestados a dadores de sangue benévolos e habituais. O regime de isenções e o valor das taxas foram previstos pela Portaria n.º 344-A/86, de 5 de Julho.

Com a revisão constitucional de 1989 foi alterada a alínea a) do n.º 2 do art. 64.º, tendo passado a dispor que o direito à protecção da saúde é realizado “*através de um serviço nacional de saúde universal, geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito*”. A fórmula mais flexível da “tendencial gratuidade” veio, contudo, ao invés de apaziguar a discussão em torno do alcance do conceito de gratuidade, aguçar ainda mais o confronto de opiniões.

A Lei de Bases da Saúde (LBS), Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, aprovada na sequência da revisão constitucional, vem, em consonância com a nova redacção do art. 64.º da CRP, estabelecer que o SNS é “*tendencialmente gratuito para os utentes, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos*” (alínea c) da Base XXIV) e esclarece ainda, no n.º 1 da Base XXXIV, que “*com o objectivo de completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde, podem ser cobradas taxas moderadoras*”. Da leitura articulada dos dois preceitos da LBS pode depreender-se que o legislador ordinário se auto-limitou, na medida em que, ao estabelecer que podem ser cobradas taxas “*com o objectivo de completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde*”, delimita o conceito de gratuidade e fixa-o na possibilidade de cobrança de taxas (meramente) com o objectivo (i.e, com o objectivo exclusivo) de moderação do consumo de cuidados de saúde³¹¹. Ora, esta não é, em nossa opinião, a melhor leitura da nova fórmula constitucional, resultante da revisão de 1989, a qual deverá antes interpretar-se como sendo mais aberta e como concedendo uma maior margem de livre conformação ao legislador³¹².

Neste seguimento, viria igualmente a ser aprovado, pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (ESNS), o qual, em desenvolvimento das bases gerais do regime jurídico da saúde, veio prever, na alínea a) do n.º 1 do seu art.

³¹¹ Assim também o Acórdão n.º 731/95 do TC.

³¹² V. *infra* a propósito do Acórdão n.º 731/95 do TC, que interpreta no mesmo sentido da LBS. No mesmo sentido do que dizemos, NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites...”, cit., pp. 250-251 e ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, *Direito...*, cit., pp. 61 e 62. Ver também, a este propósito, VALE, Luís Meneses do, “A Jurisprudência do Tribunal Constitucional Sobre o Acesso Às Prestações Concretizadoras do Direito à Protecção da Saúde. Alguns Momentos Fundamentais”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 12, 2006, pp 24-26.

23.º que, para além do Estado, respondem pelos encargos do SNS “os utentes não beneficiários do SNS e os beneficiários na parte que lhes couber, tendo em conta as suas condições económicas e sociais” (sublinhado nosso). Ora, encontrando-se os decretos-leis de desenvolvimento subordinados às respectivas Leis de Bases, nos termos do n.º 2 do artigo 112.º da CRP, e limitando-se a LBS a prever a cobrança de taxas moderadoras, esta norma do art. 23.º do ESNS, quando fala em “(...) *parte que* (aos utentes)...*couber* (...)”, não poderá estar a referir-se senão às taxas moderadoras³¹³.

O Decreto-Lei n.º 54/92, de 11 de Abril, veio estabelecer o regime das taxas moderadoras para o acesso ao serviço de urgência, às consultas e aos MCDT e ainda o regime de isenções, tendo sido os respectivos montantes fixados pela Portaria n.º 338/92, de 11 de Abril.

Este Decreto-Lei n.º 54/92, de 11 de Abril veio, mais tarde, a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 173/2003, de 1 de Agosto, o qual, no seu artigo 1.º, estabeleceu como âmbito objectivo das taxas moderadoras o acesso a exames com recurso a MCDT em serviços de saúde públicos ou privados convencionados, salvo os realizados em regime de internamento (al. a)), o acesso aos serviços de urgência hospitalares e centros de saúde (al. b)) e as consultas nos hospitais, centros de saúde e outros serviços públicos e privados convencionados (al. c)). Quanto ao âmbito de aplicação subjectivo, prescrevia o mesmo art. 1.º que as taxas moderadoras deveriam ser pagas por todos os cidadãos, incluindo os beneficiários dos subsistemas de saúde. O art. 2.º do diploma previa depois as isenções de pagamento (ao todo, encontravam-se previstas 46 categorias). O valor das taxas moderadoras foi, inicialmente, fixado pela Portaria n.º 985/2003, de 13 de Setembro, do Ministério da Saúde³¹⁴.

O âmbito de aplicação objectivo das taxas moderadoras foi entretanto alargado pelo Orçamento de Estado para 2007, aprovado pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, tendo passado a incluir também os internamentos e as cirurgias em ambulatório. Tais taxas moderadoras viriam, porém, a ser eliminadas pelo Decreto-Lei n.º 322/2009, de 14 de Dezembro.

³¹³ ERS, *O novo regime ...*, cit., pp. 115 e 116.

³¹⁴ O montante das taxas moderadoras viria depois a ser sucessivamente alterado pela Portaria n.º 103/2004, de 23 de Janeiro, pela Portaria n.º 219/2006, de 7 de Março, pela Portaria n.º 395-A/2007, de 30 de Março, pela Portaria n.º 34/2009, de 15 de Janeiro, e, finalmente, pela Portaria n.º 320/2010, de 28 de Dezembro.

Com o Decreto-Lei n.º 79/2008, de 8 de Maio, que procedeu à republicação do Decreto-Lei n.º 173/2003, de 1 de Agosto, ficou consagrada a regra de que as taxas moderadoras “não podem exceder um terço dos valores constantes da tabela de preços do Serviço Nacional de Saúde”. O mesmo diploma veio estipular que “*os utentes com idade igual ou superior a 65 anos beneficiam de uma redução de 50% do pagamento das taxas moderadoras*”.

Na sequência dos compromissos assumidos no Memorando de Entendimento com o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a União Europeia, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, o qual veio introduzir grandes alterações no quadro jurídico das taxas moderadoras e procedeu ainda ao aumento dos respectivos montantes. Assim, a Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro veio aprovar os valores das taxas moderadoras e as regras de apuramento e cobrança aplicáveis. A Portaria n.º 311-D/2011, de 27 de Dezembro, por sua vez, veio fixar os critérios de verificação da condição de insuficiência económica dos utentes para efeitos de isenção do pagamento de taxas moderadoras.

O Decreto-Lei n.º 128/2012, de 21 de Julho, que procedeu à republicação do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, veio entretanto prever a isenção do pagamento de taxas moderadoras para os “*desempregados com inscrição válida no centro de emprego auferindo subsídio de desemprego igual ou superior a 1,5 vezes o indexante de apoios sociais (IAS), que, em virtude de situação transitória ou de duração inferior a um ano, não podem comprovar a sua condição de insuficiência económica*”.

2.2. O Regime Jurídico actual das taxas moderadoras (breve excursão)

O regime jurídico das taxas moderadoras para o acesso a cuidados de saúde encontra-se hoje previsto no Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, com a redacção que lhe foi dada, por último, pelo recente Decreto-lei n.º 117/2014, de 5 de Agosto.

Na sequência da previsão constitucional de um SNS universal, geral e tendencialmente gratuito (al. a) do n.º 2 do art. 64.º), veio a LBS prever, na alínea b) do n.º 1 da Base II que é objectivo fundamental da política de saúde obter “*a igualdade dos cidadãos no acesso aos cuidados de saúde, seja qual for a sua condição económica e onde quer que vivam,*

bem como garantir a equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços”(sublinhado nosso).

No mesmo sentido, prescreve depois a Base XXXIV da LBS que podem ser exigidas taxas moderadoras pelo acesso aos cuidados de saúde públicos, desde que aquelas prossigam “*o objectivo de completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde*” (n.º 1) e não ponham em causa o acesso por parte dos financeiramente mais desfavorecidos e dos grupos populacionais sujeitos a maiores riscos, para os quais deverá existir um sistema de isenções (n.º 2).

Dir-se-á, pois, que o legislador se preocupou em acautelar, através de um sistema de isenções ao pagamento de taxa moderadora, a situação daqueles cidadãos com carências económicas acrescidas, bem como daqueles sujeitos a maiores riscos, os quais, por ser expectável que venham a necessitar com maior frequência dos serviços de saúde, merecem igualmente, em nome do princípio da solidariedade, idêntica protecção.

A implementação de taxas moderadoras para o acesso aos cuidados de saúde e a previsão de um sistema de isenções ao pagamento das mesmas, foram, portanto, uma forma que o legislador encontrou para dar cumprimento ao objectivo fundamental de garantir a “*equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços*”, na medida em que procuram “*evitar o desperdício e a utilização indevida dos serviços*”(al. e) do n.º 1 da Base II da LBS), para que estes possam ser assegurados aos cidadãos que efectivamente deles carecem.

Esta lógica de racionalização de recursos presente na LBS, foi igualmente absorvida pelo regime das taxas moderadoras, hoje reguladas pelo DL n.º 113/2011, de 29 de Novembro. Com efeito, pode ler-se no respectivo preâmbulo o seguinte:

“(...) a revisão do sistema de taxas moderadoras deverá ser perspectivada como uma medida catalisadora da racionalização de recursos e do controlo da despesa, ao invés de uma medida de incremento de receita, atendendo não apenas à sua diminuta contribuição nos proveitos do Serviço Nacional de Saúde mas, acima de tudo, pelo carácter estruturante que as mesmas assumem na gestão, via moderação, dos recursos disponíveis, que são, por definição escassos”.

Vejamos, sucintamente, qual o regime jurídico actualmente aplicável às taxas moderadoras.

2.2.1. Âmbito de aplicação objectivo

Prescreve o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, o seguinte:

“As prestações de saúde, cujos encargos sejam suportados pelo orçamento do SNS, implicam o pagamento de taxas moderadoras nos seguintes casos:

- a) Nas consultas nos prestadores de cuidados de saúde primários, no domicílio, nos hospitais e em outros estabelecimentos de saúde públicos ou privados, designadamente em entidades convencionadas;*
- b) Na realização de exames complementares de diagnóstico e terapêutica em serviços de saúde públicos ou privados, designadamente em entidades convencionadas, com excepção dos efectuados em regime de internamento;*
- c) Nos serviços de atendimento permanente dos cuidados de saúde primários e serviços de urgência hospitalar;*
- d) No hospital de dia.”*

O regime jurídico actual apresenta uma novidade em relação ao anterior (que constava do Decreto-lei n.º 173/2003, de 1 de Agosto): o dever de pagamento de taxa moderadora no caso do hospital de dia (al. d)).

Assim, excepto nos casos de isenção do pagamento ou de dispensa de cobrança³¹⁵, devem os utentes dos cuidados de saúde, nas situações enumeradas, pagar a taxa moderadora respectiva.

2.2.2. Dispensa de Cobrança de taxa moderadora

A dispensa de cobrança de taxa moderadora é outra das novidades introduzidas pelo novo regime jurídico das taxas moderadoras, constante do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro.

Nos termos, do art. 8.º deste diploma é dispensada a cobrança de taxas moderadoras no âmbito das seguintes prestações de cuidados de saúde:

³¹⁵ Uma novidade da nova lei. Anteriormente estavam nas isenções. V. *infra*.

- “a) Consultas de planeamento familiar e actos complementares prescritos no decurso destas;*
- b) Consultas, sessões de hospital de dia, bem como actos complementares prescritos no decurso destas, no âmbito de doenças neurológicas degenerativas e desmielinizantes, distrofias musculares, tratamento da dor crónica, saúde mental, deficiências congénitas de factores de coagulação, infecção pelo vírus da imunodeficiência humana/sida e diabetes;*
- c) Consultas, sessões de hospital de dia, bem como actos complementares prescritos no decurso destas, no âmbito do tratamento e seguimento da doença oncológica.*
- d) Cuidados de saúde respiratórios no domicílio;*
- e) Cuidados de saúde na área da diálise;*
- f) Consultas e actos complementares necessários para as dádivas de células, sangue, tecidos e órgãos;*
- g) Actos complementares de diagnóstico realizados no decurso de rastreios organizados de base populacional e de diagnóstico neonatal, promovidos no âmbito dos programas de prevenção da Direcção-Geral da Saúde;*
- h) Consultas no domicílio realizadas por iniciativa dos serviços e estabelecimentos do SNS;*
- i) Atendimentos urgentes e actos complementares decorrentes de atendimentos a vítimas de violência doméstica;*
- j) Programas de tratamento de alcoólicos crónicos e toxicodependentes;*
- k) Programas de tomas de observação directa;*
- l) Vacinação prevista no programa nacional de vacinação e pessoas abrangidas pelo programa de vacinação contra a gripe sazonal;*
- m) Atendimento em serviço de urgência, no seguimento de:*
- i) Referenciação pela rede de prestação de cuidados de saúde primários para um serviço de urgência;*
- ii) Admissão a internamento através da urgência.”*

Como pode ler-se no preâmbulo do diploma, a dispensa de cobrança de taxas moderadoras refere-se às *“prestações de cuidados de saúde que são inerentes ao tratamento de determinadas situações clínicas ou decorrem da implementação de programas e medidas de prevenção e promoção de cuidados de saúde”*.

Ou seja, pretendeu-se, com este novo instituto, excluir do âmbito de aplicação objectivo das taxas moderadoras aqueles cuidados de saúde desencadeados não directamente (ou, *rectius*, não *exclusivamente*³¹⁶) pela vontade do utente, mas tenham antes por base uma decisão médica, uma vez que nestes casos a taxa não estaria apta a cumprir o seu propósito moderador.

Por outro lado, verifica-se igualmente a passagem de algumas das antigas isenções transversais ou “*tout court*” para o catálogo de dispensa de cobrança. Com efeito, com o Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, muitas daquelas que eram antes isenções transversais ou “*tout court*”, incidentes sobre a qualidade do próprio indivíduo, isentando-o de todo e qualquer pagamento em qualquer circunstância, passaram agora a fazer parte do catálogo de dispensa de cobrança de taxas moderadoras, em que é dispensada a cobrança no âmbito de prestações de cuidados de saúde relacionados, directa ou indirectamente, com a doença ou situação clínica que motivou a previsão. Estão em causa situações em que o recurso à prestação de cuidados de saúde é continuada, inviabilizando, dessa forma - à semelhança do que acontece nos casos em que a decisão de recurso às prestações de saúde não pertence exclusivamente ao utente, pelo facto de ter por base uma decisão médica -, o objectivo da moderação da procura e da racionalização das prestações. Este é o caso das vítimas de violência doméstica - antiga categoria de isenção, agora revogada -, as quais estão dispensadas da cobrança de taxa moderadora nos atendimentos urgentes e actos complementares decorrentes de atendimentos em caso de violência doméstica.

É também o caso paradigmático das doenças crónicas, as quais foram igualmente incluídas neste fenómeno de ‘objectivização’. Com efeito, de um quadro de 25 isenções motivadas por doença crónica, distribuídas pelo Decreto-lei n.º 173/2003, de 1 de Agosto, e pela Portaria n.º 349/96, de 8 de Agosto, em que sobre o isento não incidia qualquer dever de pagamento de taxa moderadora, independentemente da conexão com a respectiva doença crónica (isenção transversal), passa agora a elencar-se um conjunto de *prestações* de

³¹⁶ Com os limites do direito ao consentimento informado. Sobre o tema, ver PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, já citada, e RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

cuidados de saúde, que, sendo realizadas no âmbito dessas doenças crónicas (taxativamente) previstas, estão dispensadas da cobrança ao utente da respectiva taxa³¹⁷.³¹⁸ Em todo o caso, convém lembrar que, em qualquer destas situações, em especial relativamente à doença crónica, o utente poderá sempre beneficiar da isenção do pagamento de taxas moderadoras no acesso a todos e quaisquer cuidados de saúde, independentemente da ligação à sua doença (isenção transversal), mediante o reconhecimento de um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, ou eventualmente, de condição de insuficiência económica³¹⁹.

Um outro tipo de situações em relação às quais o propósito de moderação não se mostra adequado é o que respeita àquelas situações em que, ao invés de moderar a utilização de cuidados de saúde, se pretende justamente incentivá-la, nomeadamente por motivos de saúde pública.

Enquadram-se neste caso as consultas de planeamento familiar e actos complementares prescritos no decurso destas (al. a)), os rastreios promovidos no âmbito de programas de prevenção da Direcção-Geral de Saúde (al. g)), a vacinação prevista no programa nacional de vacinação e no programa de vacinação contra a gripe sazonal (al. l)), os programas de tratamento de alcoólicos crónicos e toxicodependentes (al. j)), entre outros.

Em suma, o novo instituto da dispensa de cobrança de taxas moderadora, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, visou englobar nele aquelas situações em que o objectivo das taxas moderadoras - moderação do consumo de cuidados de saúde e racionalização da respectiva prestação³²⁰ - não está presente, seja pelo facto de a taxa moderadora concretamente não ser apta a realizar esse fim, seja por se pretender

³¹⁷ É o caso das consultas, sessões de hospital de dia, bem como actos complementares prescritos no decurso destas, no âmbito de doenças neurológicas degenerativas e desmielinizantes, distrofias musculares, tratamento da dor crónica, saúde mental, deficiências congénitas de factores de coagulação, infecção pelo vírus da imunodeficiência humana/sida e diabetes(b)), as consultas, sessões de hospital de dia, bem como actos complementares prescritos no decurso destas, no âmbito do tratamento e seguimento da doença oncológica (c)), ou dos cuidados na área da diálise (e)) (designadamente insuficientes renais crónicos, anterior categoria de isenção).

³¹⁸ Note-se contudo que nem todas as isenções passaram a estar contempladas em sede de dispensa de cobrança. Algumas foram pura e simplesmente eliminadas.

³¹⁹ ERS, *O Novo Regime...*, cit., p.24.

³²⁰ Bases II, n.º 1, al. e) e XXXIV, n.º 1 da LBS. Cfr. ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 257.

justamente estimular a utilização/realização de determinada prestação de saúde (v.g., vacinação obrigatória).

2.2.3. Âmbito de aplicação subjectivo: as categorias de isenções no novo regime

Como acabamos de ver, a dispensa de cobrança da taxa moderadora refere-se sobretudo a prestações de cuidados de saúde. As isenções, por seu lado, referem-se aos próprios indivíduos ou sujeitos utilizadores dos cuidados de saúde. Enquanto na primeira o que motiva a *não tributação* é, essencialmente, o facto de a taxa não cumprir a finalidade de moderação do consumo a que está legalmente adstrita³²¹, pelo que não faria sentido aplicá-la, no caso das isenções o que motiva o *desagravamento* são, sobretudo, razões de fragilidade económica por parte dos utentes, os quais não estão em condições de suportar o valor da taxa³²².

O que acaba de ser dito pode verificar-se facilmente observando a alínea d) do n.º 1 do art. 4.º do Decreto-lei n.º 113/2001, de 29 de Novembro, que prescreve que “*estão isentos do pagamento de taxas moderadoras... os utentes em situação de insuficiência económica, bem como os dependentes do respectivo agregado familiar, nos termos do art. 6.º*”. Trata-se esta de uma categoria mais ampla que a anteriormente prevista pelo Decreto-lei n.º 173/2013, de 1 de Agosto, o qual atribuía isenção aos pensionistas beneficiários do rendimento social de inserção³²³.

A noção de insuficiência económica aparece depois densificada no art. 6.º por referência aos utentes que integrem agregado familiar cujo rendimento mensal líquido é igual ou inferior a 1,5 vezes o valor do indexante de apoios sociais (IAS). Os critérios de verificação da condição de insuficiência económica são regulados pela Portaria n.º 311-D/2011, de 27 de Dezembro (v. n.º 3 do art. 6.º do Decreto-Lei).

De acordo com o n.º 1 do art. 3.º da Portaria n.º 311-D/2011, de 27 de Dezembro, são relevantes, para efeitos de cálculo do rendimento médio mensal do agregado familiar, os

³²¹ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 257.

³²² *Idem*, p. 261.

³²³ ERS, *O Novo Regime...*, cit. p.20.

“rendimentos brutos, ainda que isentos de tributação”. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, no cálculo dos rendimentos brutos anuais tem-se em conta: o valor bruto dos rendimentos de trabalho dependente (al.a)); os lucros obtidos no âmbito dos rendimentos empresariais e profissionais (al. b)); as importâncias ilíquidas dos rendimentos de capitais, quer tenham sido englobadas ou não para efeitos de tributação (al. c)); o valor ilíquido dos rendimentos prediais, os quais incluem ainda o montante correspondente a 5% do valor patrimonial tributário dos imóveis de que sejam proprietários qualquer um dos elementos do agregado familiar, reportado a 31 de dezembro do ano relevante, excepto se se tratar de imóvel destinado a habitação permanente do requerente e do respectivo agregado familiar, considerando-se como tal aquele em que se situa o domicílio fiscal (al. d)); o valor bruto dos incrementos patrimoniais, não se aproveitando qualquer exclusão legal de tributação (al. e)); o valor bruto dos rendimentos de pensões (al. f)); o valor global das prestações pagas pelos serviços e entidades do Ministério da Solidariedade e da Segurança Social (al. g)); o valor global dos apoios à habitação atribuídos com carácter de regularidade (al. h)).

Os rendimentos relevantes são os auferidos pelo conjunto das pessoas que constituem o agregado familiar, em função da capitação correspondente ao número de sujeitos passivos a quem incumbe a direcção do agregado familiar (art. 13.º do CIRS, *ex vi* art. 4.º da Portaria).

O reconhecimento da condição de insuficiência económica depende da apresentação de requerimento pelo utente (art. 6.º da Portaria) e caduca a 30 de Setembro de cada ano (art. 6.º, n.º 3 da Portaria), renovando-se automaticamente se a situação se mantiver e for confirmada pelos serviços do Ministério da Saúde junto da Autoridade Tributária, por via electrónica e automatizada (art. 7.º, n.º 1 da Portaria).

Para além da categoria genérica da insuficiência económica, prevista pela al. d) do n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 11372011, de 29 de Novembro, estão previstas ainda categorias por razões de fragilidade económica específicas, como é o casosos desempregados com inscrição válida no centro de emprego, desde que auferam subsídio de desemprego igual ou inferior a 1,5 vezes o IAS, os quais, em virtude de situação transitória ou de duração inferior a um ano, não possam comprovar a sua condição de insuficiência económica, nos termos do art. 6.º do Decreto-Lei, e o respectivo cônjuge e dependentes (al. j))³²⁴.

³²⁴ Alínea inicialmente não prevista, acrescentada pelo Decreto-Lei n.º 128/2012, de 21 de Junho.

Ainda dentro das razões de fragilidade económica, encontramos as grávidas e parturientes (al. a)), os utentes com grau de incapacidade igual ou superior a 60% (al.c))³²⁵, e os doentes transplantados (al. h)). Em relação a estas três categorias de isenções, embora a insuficiência económica não seja efectiva ou actual, considera-se existir uma espécie de “*presunção*”³²⁶ de que carecem mais frequentemente da prestação de cuidados de saúde. O que significa que, ao não ser atribuída a isenção, poderia facilmente estar a colocar-se em causa o acesso aos cuidados de saúde - que é dizer, o direito fundamental à protecção da saúde – por parte de tais utentes, devido ao facto de a elevada utilização dos cuidados de saúde rapidamente se poder tornar para eles economicamente insuportável.

O art. 4.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, prevê ainda um conjunto de outras categorias de isenções motivadas por outras razões não relacionadas com a fragilidade económica do utente. Incluem-se nestas situações as isenções aos dadores benévolos de sangue, nas prestações de cuidados de saúde primários (al. e))³²⁷, os dadores vivos de células, tecidos e órgãos nas prestações de cuidados de saúde primários (al. f))³²⁸, as crianças até aos 12 anos de idade (al. b)), os bombeiros nas prestações em cuidados de saúde primários e, quando necessários em razão do exercício da sua actividade, em cuidados de saúde hospitalares (al. g)), entre outras. Nestas situações o que motiva a atribuição de isenção são razões de política de saúde ou de orientação estratégica, ou o reconhecimento do Estado pelo serviço prestado à colectividade.

2.2.4. O montante das taxas

De acordo com o n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, os valores das taxas moderadoras são aprovados por portaria dos membros do governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde.

Em cumprimento do preceituado naquela norma, veio a Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro, fixar os valores das taxas moderadoras e estipular as respectivas regras de apuramento e cobrança (art. 1.º).

³²⁵ No regime anterior era 50% e era só para pensionistas de doença profissional.

³²⁶ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit. p.264.

³²⁷ Deixou de estar prevista a isenção transversal no acesso a qualquer prestação de saúde.

³²⁸ Agora com um âmbito mais genérico.

Pois bem, a primeira regra a ter em conta relativamente ao apuramento das taxas moderadoras é a de que estas não podem exceder um terço dos valores constantes da tabela de preços do SNS³²⁹. Esta uma regra que já constava do anterior regime jurídico das taxas moderadoras e que se mantém agora no novo regime, encontrando-se prevista no n.º 2 do art. 3.º do Decreto-lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro.

Em segundo lugar, cumpre fazer referência a uma das novidades introduzidas pelo novo regime jurídico: a revisão anual dos valores das taxas moderadoras e a actualização anual automática de acordo com a taxa de inflacção divulgada pelo Instituto Nacional de Estatística, I.P. (INE), relativa ao ano civil anterior (art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro). Com efeito, em cumprimento dos compromissos assumidos pelo Estado português no Memorando de Entendimento firmado pelo Governo português com o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, em 17 de Maio de 2011, vem o Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, prever uma fórmula de actualização automática dos valores das taxas, os quais devem ser divulgados pela ACSS, na sua página electrónica, de acordo com as actualizações anuais (art. 3.º, n.º 7 da Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro).

Depois, o montante total em taxas moderadoras em cada atendimento em urgência, acrescido dos MCDT realizados no decurso do mesmo, não pode ultrapassar o valor de € 50 (art. 3.º, n.º 2 da Portaria). De igual modo, o montante total em taxas moderadoras em cada sessão de hospital de dia, cujo valor corresponde à soma das taxas moderadoras dos MCDT realizados no decurso da mesma, não podem exceder o valor de € 25 (art. 6.º, n.º 3 da Portaria). Em consonância, quando os actos complementares de diagnóstico e terapêutica constituam parte integrante de um internamento de urgência ou de uma sessão de hospital de dia, o apuramento do valor devido no final está sujeito a acerto de liquidação, globalmente considerando o montante total devido e os limites do atendimento em urgência e em sessão de hospital de dia (art. 6.º, n.º 6 da Portaria).

Uma outra regra importante tem que ver com o montante de taxa moderadora a cobrar no caso de cuidados de saúde prestados por convencionados pelo SNS. No âmbito das

³²⁹ Os preços aqui considerados são os constantes do regulamento das Tabelas de preços das Instituições e Serviços Integrados no Serviço Nacional de Saúde. Dizem respeito ao valor das prestações de saúde que devem ser cobradas aos terceiros legalmente responsáveis pelos respectivos encargos. Encontra-se hoje na Portaria n si que de 2014

convenções celebradas entre o SNS e os prestadores privados é estipulado um determinado preço para cada serviço previsto na convenção, fixando-se simultaneamente a parte a ser coberta pelo pagamento do utente, a título de taxa moderadora. Estabelece o n.º 4 do art. 3.º da Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro, que o montante da taxa moderadora a cobrar pelos prestadores convencionados não pode em caso algum ser superior ao preço estabelecido na respectiva convenção³³⁰.

O montante das taxas moderadoras concretamente aplicáveis às várias prestações de cuidados de saúde constam do anexo à Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro.

Relativamente aos valores a aplicar no ano de 2014, a taxa de inflação divulgada pelo INE, referente ao ano de 2013, foi de 0,3% (v. art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro).

Nos termos do art. 151.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro (LOE para 2014), não há lugar à actualização automática prevista no n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, nas seguintes prestações de cuidados de saúde:

- a) Consultas de medicina geral e familiar ou outra consulta médica ou outra consulta médica, que não a de especialidade, realizadas no âmbito dos cuidados de saúde primários;
- b) Consultas de enfermagem ou de outros profissionais de saúde realizadas no âmbito dos cuidados de saúde primários;
- c) Consultas ao domicílio, no âmbito dos cuidados de saúde primários;
- d) Consulta médica sem a presença do utente, no âmbito dos cuidados de saúde primários.

Assim, as taxas moderadoras e os respectivos valores a cobrar durante o ano de 2014 são os que constam da tabela seguinte³³¹:

a) Consulta de medicina geral e familiar ou outra consulta médica que não a de especialidade	€ 5,00
b) Consulta de enfermagem ou de outros profissionais de saúde - no âmbito dos cuidados de saúde primários	€ 4,00
c) Consulta de enfermagem ou de outros profissionais de saúde - no âmbito	€ 5,20

³³⁰Significa isto que o valor de taxa moderadora a suportar pelo utente poderá atingir até o valor do preço convencionado.

³³¹ A tabela de taxas moderadoras com os valores actualizados e a aplicar durante o ano de 2014, foi divulgada pela ACSS, através da Circular Normativa n.º 7/2014/CD, no seu sítio na internet: <http://www.acss.min-saude.pt/>.

hospitalar	
d) Consulta de especialidade	€ 7,75
e) Consulta no domicílio - no âmbito dos cuidados de saúde primários	€ 10,00
f) Consulta no domicílio - no âmbito dos cuidados hospitalares	€ 10,35
g) Consulta médica sem a presença do doente	€ 3,10
h) Serviço de Urgência Polivalente	€ 20,65
i) Serviço de Urgência Médico-Cirúrgica	€ 18,05
j) Serviço de Urgência Básica	€ 15,50
k) Serviço de Atendimento Permanente ou Prolongado	€ 10,35
l) Sessão de Hospital de Dia ³³²	

2.2.5. Cobrança e incumprimento do dever de pagamento

Para efeitos da cobrança do respectivo valor, o montante de cada taxa moderadora é arredondado para a metade de dezena de cêntimo imediatamente superior, sempre que aplicável (art. 3.º, n.º 5 da Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro).

Nos termos do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, as taxas moderadoras são cobradas pela entidade que realize as prestações de saúde (n.º 1) “no momento da realização das prestações de saúde, salvo em situações de impossibilidade do utente resultante do seu estado de saúde ou de falta de meios próprios para o pagamento” (n.º 2) (sublinhado nosso). A Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro, vem depois densificar o conteúdo do art. 7.º do Decreto-Lei, preceituando, no seu art. 4.º, que as taxas moderadoras “*são devidas e devem ser pagas*” no momento da apresentação do utente na consulta, da admissão na urgência ou da realização das sessões de hospital de dia, e ainda no momento da realização de actos complementares de diagnóstico e terapêutica (n.º 1)³³³³³⁴.

Caso ocorra alguma das circunstâncias previstas no n.º 1 do art. 7.º do Decreto-Lei, o utente é interpelado para proceder ao pagamento no prazo de 10 dias subsequentes a contar da data da notificação (art. 7.º, n.º 3 do Decreto-Lei). Esclarece depois o n.º 4 do art. 4.º da Portaria que as entidades prestadoras devem, nesses casos, proceder à identificação e notificação do utente logo de imediato no momento em que a taxa é devida, **considerando-**

³³² Corresponde aos valores das taxas a cobrar pelos MCDT realizados no decurso da sessão, até um máximo de € 25,00 (art. 3.º, n.º 3 da Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro).

³³³ Art. 4.º 2 da Portaria.

³³⁴ Art. 4.º, n.º 3 da Portaria.

se o utente interpelado desde esse momento para efectuar o respectivo pagamento no prazo de 10 dias. A notificação deve, pois, ser feita logo no momento da apresentação do utente na consulta, urgência ou sessão de hospital de dia, tendo o utente, partir daí, 10 dias para proceder ao pagamento - isto, claro está, sempre e apenas nos casos de impossibilidade de pagamento logo no momento, em razão do estado de saúde ou da falta de meios próprios (art. 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei)³³⁵.

Nos termos do art. 8.º-A do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, constitui contraordenação o não pagamento das taxas moderadoras devidas pela utilização dos serviços de saúde no prazo de 10 dias após notificação **para o efeito** (n.º 1). Isto é - se bem entendemos o sentido da norma -, independentemente da notificação a que se refere o n.º 4 do art. 4.º da Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro (que deve ser efectuada logo no momento da apresentação do utente na consulta, da admissão na urgência ou da realização das sessões de hospital de dia, ou no momento da realização de actos complementares de diagnóstico e terapêutica), a partir da qual o utente se considera devedor da taxa, devendo proceder ao pagamento no prazo de 10 dias, o utente só comete infracção contraordenacional após uma ‘segunda’ notificação³³⁶, por carta registada para o seu domicílio fiscal constante da base de dados da Autoridade tributária e Aduaneira (n.º 3), especificamente destinada a interpelá-lo para pagar³³⁷. Antes desse momento, embora em incumprimento, o utente não preenche o tipo contraordenacional previsto no art. 8.º-A.

A prática do ilícito contraordenacional previsto no art. 8.º-A do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, é punida com coima cujo valor mínimo correspondente a cinco vezes o valor da taxa moderadora, mas nunca inferior a € 30, e o valor máximo corresponde ao quántuplo do valor mínimo da coima, com respeitados limites máximos previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, na sua redacção actual (n.º 6).

O produto da coima cobrada na sequência do processo de contraordenação reverte 40% para o Estado, 35% para a entidade que elabora o auto de notícia³³⁸ e 25% para a Autoridade Tributária (art. 8.º-A, n.º 14 do Decreto-Lei).

³³⁵ O caso do art. 4.º, n.º 5 já é materialmente diferente.

³³⁶ Não confundir com a segunda notificação do artigo 8.º-A n.º 5.

³³⁷ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit. p. 268.

³³⁸ Uma das receitas previstas na LBS base XXXIII, 2, al g) e art. 23.º n.º 1 al. e) do ESNS.

2.2.6. A compatibilidade das taxas moderadoras com a fórmula constitucional na jurisprudência do TC

Desde a implementação das taxas moderadoras no sistema de saúde português o TC, por várias vezes, foi chamado a pronunciar-se sobre a questão da compatibilidade das mesmas com o art. 64.º da CRP - primeiro, quando este exigia, na sua al. a) do n.º 1, uma gratuitidade (*tout court*) do SNS, e, depois, quando, após a revisão constitucional de 1989, passou a referir-se a uma gratuitidade (meramente) tendencial.

Não pretendendo fazer aqui um levantamento e respectiva análise exaustivos de todos os arestos em que o TC se pronunciou sobre matéria de taxas moderadoras³³⁹, julgamos, contudo, essencial apontar aqueles momentos fundamentalmente marcantes, no sentido em que se revelam aptos a evidenciarem a posição do TC ao longo da evolução legislativa operada quanto a esta matéria.

2.2.7. A evolução da jurisprudência do TC: alguns momentos essenciais

a) O Parecer n.º 35/82 da Comissão Constitucional

E o primeiro momento em que encontramos uma posição sobre a questão da legitimidade jurídico-constitucional da implementação de taxas moderadoras para o acesso a cuidados de saúde, é ainda antes da própria existência do TC. Trata-se do Parecer n.º 35/82 da extinta Comissão Constitucional, em que esta se pronunciou acerca da constitucionalidade das normas contidas nos n.ºs 1 e 2 da Portaria n.º 509/82, de 22 de Maio, relativas à participação monetária nas receitas médicas devida pelos utentes.

³³⁹ Para uma boa síntese, VALE, Luís Meneses do, “A Jurisprudência...”, cit.

A Comissão veio dizer que a imposição constitucional de criação de um SNS gratuito tinha um carácter “*eminente programático*”, pelo que não impedia a implementação de taxas moderadoras destinadas a fazer “*comparticipar os utentes no custo das prestações ou cuidados de saúde, de modo a evitar ou minorar os abusos, v.g., de consumos excessivos e desnecessários*”.³⁴⁰

Segundo o Parecer da Comissão Constitucional, as taxas moderadoras eram, portanto, permitidas, apesar do princípio de gratuidade que ia pressuposto na CRP, na sua redacção originária, uma vez que visava somente ou principalmente a racionalização do consumo de cuidados de saúde e não o pagamento pela contraprestação pública (os cuidados de saúde). Nesta perspectiva, as taxas moderadoras eram, afinal, instrumentos de política social, i.e, prosseguiram fins extrafiscais, que não os de financiamento do SNS, pelo que a sua cobrança - ainda para mais tendo em conta os valores irrisórios que estavam em causa - não colocaria em crise a gratuidade do SNS.

b) O Acórdão n.º 92/85, de 18 de Junho de 1985

No Acórdão n.º 92/85, de 18/06, de que já demos notícia, o TC seria chamado a pronunciar-se sobre o Despacho do Ministro dos Assuntos Sociais de 18 de Janeiro de 1982, que criou taxas moderadoras para o acesso ao internamento hospitalar³⁴¹, consulta, MCDT e urgência para os utentes não beneficiários de subsistema de saúde.

O Provedor de Justiça, entidade que requereu a apreciação de constitucionalidade do diploma ao TC, vinha invocar a violação dos princípios da gratuidade e da universalidade, chamando ainda a atenção para uma inconstitucionalidade orgânica, por violação da alínea c) do n.º 1 do art. 201.º (actual art. 198.º) da CRP, porquanto, na sequência da previsão de possibilidade de criação de taxas moderadoras por parte da LSNS (que tinha natureza de lei de bases), no seu art. 7.º, essa criação deveria ser feita por decreto-lei de desenvolvimento e não por despacho ministerial.

O TC não chegou, no entanto, a apreciar a questão de fundo, tendo-se limitado a declarar a inconstitucionalidade do Despacho com fundamento em inconstitucionalidade formal³⁴². Não deixou, no entanto, de relembrar no Acórdão que as áreas hospitalares, pelo facto de

³⁴⁰ Apud VALE, Luís Meneses do, “A Jurisprudência...”, cit., p. 19.

³⁴¹ No caso do internamento com diferenciação do valor das taxas em função do rendimento dos utentes.

³⁴² Apud VALE, Luís Meneses do, “A Jurisprudência...”, cit. p. 22.

serem altamente dispendiosas, “*devem ser reservadas aos doentes que efectivamente delas careçam*”.

c) O Acórdão n.º 330/89, de 11 de Abril

Com a aprovação do Decreto-Lei n.º 57/86, de 20 de Março³⁴³, uma vez mais por impulso do Provedor de Justiça, o TC foi novamente chamado a pronunciar-se sobre a eventual inconstitucionalidade da cobrança de taxas moderadoras por violação dos princípios da universalidade e da gratuitidade do SNS (e, bem assim, por inconstitucionalidade orgânica).

No Acórdão n.º 330/89, de 11 de Abril, o TC, ao debruçar-se sobre o princípio da gratuitidade do SNS, acaba por perfilhar uma “*acepção normativa*” do conceito de gratuitidade, rejeitando o conceito objectivo ou etimológico, o qual determinaria a impossibilidade de exigir qualquer pagamento ao utente³⁴⁴.

De acordo com este conceito mais amplo de gratuitidade, adoptado pelo TC, seria, pois, possível a cobrança de taxas moderadoras, desde que estas não fossem exigidas como contrapartida financeira pelo serviço prestado, destinada a transferir (ainda que apenas parte) do custo da prestação pública. De igual forma, se por força do elevado montante - o que não seria o caso - tais pagamentos viessem a ter praticamente efeito equivalente, a sua cobrança também estaria vedada.

Em suma, o Tribunal decidiu no sentido de que a implementação de taxas moderadoras não colide com o princípio da gratuitidade do SNS, nesta acepção normativa prevista pela CRP, desde que estas se destinem tão-só à dissuasão (moderação) de um consumo exagerado ou abusivo por parte dos utentes - que não a uma transferência de custos para os utentes - e desde que se limitem a valores modestos, em termos de não poderem constituir, na prática, uma barreira ao acesso por parte dos economicamente mais carenciados.

³⁴³Onde, como vimos *supra*, foi introduzido o pagamento de taxas moderadoras para o acesso aos cuidados de saúde, com excepção dos internamentos hospitalares, radioterapia e exames histológicos, urgências e SAP, bem como relativamente aos doadores de sangue benévolos e habituais.

³⁴⁴A favor deste conceito objectivo, veja-se o voto de vencido Vital Moreira (Apud VALE, Luís Meneses do, “A Jurisprudência...”, cit. pp. 23-24. V. *infra*. Também NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites...”, cit. pp. 227 e ss.

d) A nova fórmula constitucional e o Acórdão n.º 731/95, de 14 de Dezembro

A Lei Constitucional n.º 1/89 veio alterar a redacção do n.º 2 do art. 64.º da CRP, o qual passou a dispor que o SNS deveria ser “*universal, geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito*”.

No Acórdão n.º 731/95, de 14 de Dezembro, o TC entendeu que, ao substituir a expressão “gratuito” pela expressão “tendencialmente gratuito”, o legislador da revisão constitucional de 1989 pretendeu “*flexibilizar*” a fórmula constitucional anterior - a da “*gratuidade tout court*”, na expressão utilizada pelo Acórdão -, conferido assim maior margem de livre conformação ao legislador ordinário na definição dos contornos da gratuitidade.

Na interpretação dos Juízes do TC, a nova formulação utilizada pela CRP não representa uma inversão do princípio da gratuitidade do SNS, mas tão-só a possibilidade de haver excepções ao princípio, tais como a instituição de taxas destinadas a reduzir o consumo imoderado de cuidados de saúde - as taxas moderadoras.

Neste sentido, a propósito da nova figuração do art. 64.º, reitera o TC a posição que havia já deixado alinhavada no Acórdão n.º 330/89, de 11 de Abril: é possível a cobrança de taxas pela utilização dos serviços de saúde, desde que aquelas tenham como finalidade a racionalização da utilização do SNS - isto é, não correspondam a uma contrapartida financeira – e apenas enquanto não sejam aptas a criar impedimento no acesso aos cidadãos economicamente mais desfavorecidos.

Ou seja: apesar da nova formulação constitucional, o TC não altera, no essencial, a sua interpretação do art. 64.º, passando apenas a enxergar uma maior flexibilidade conferida ao legislador na configuração da gratuitidade e, com isso, passando a aceitar o estabelecimento de outras taxas, para além das moderadoras, conquanto que não configurem verdadeiros “preços” a pagar pelos utentes³⁴⁵.

³⁴⁵ Tratar-se-ia das “taxas por serviços prestados ou utilização e instalações ou equipamentos”, previstas na al. d) do n.º 2 da Base XXXIII da LBS, as quais, segundo o TC, foram pensadas como “retribuição pelos serviços prestados ou pela utilização de instalações ou de equipamentos de estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde por parte de estabelecimentos privados ou profissionais liberais que tenham celebrado contratos com o Ministério da Saúde ou com as administrações regionais de saúde”, não se tratando, pois, de taxas a cobrar directamente ao utente.

2.2.8. Crítica à jurisprudência do TC.

Posição adoptada: a abertura constitucional ao financiamento através de tributos bilaterais.

Feito este rápido percurso por quatro momentos fundamentais em que o TC foi chamado a pronunciar-se sobre a matérias das taxas moderadoras para o acesso aos cuidados de saúde, cumpre agora emitir um juízo acerca da posição adoptada por aquele, *maxime*, tendo em conta a reformulação do art. 64.º da CRP operada em 1989.

Pois bem, como dissemos, ante a nova fórmula da gratuitidade tendencial, surgida da revisão constitucional de 1989, o TC, no Acórdão n.º 731/95, embora reconheça uma maior “*flexibilidade*” da nova fórmula constitucional relativamente à fórmula anterior, mantém a sua posição essencialmente inalterada³⁴⁶ quanto à admissibilidade constitucional da cobrança de pagamentos no acesso por parte dos utentes aos cuidados de saúde.

A nosso ver, não é esse o sentido da nova fórmula constitucional. Mais: não faz, simplesmente, qualquer sentido que o TC, no seu Acórdão n.º 33/89, assumia uma concepção normativa de gratuitidade, concluindo, a partir daí, pela conformidade constitucional das taxas moderadoras, para mais tarde, quando confrontado com uma fórmula “*mais flexível*” (como reconhecido pelo próprio TC, na decisão), se quede em idêntica conclusão - ou seja, a da admissibilidade dessas mesmas taxas moderadoras, desde que razoáveis e não dificultadoras do acesso³⁴⁷.

Com efeito, acompanhamos Jorge Reis Novais na convicção de que o legislador da revisão de 1989 quis ir mais além e operou, na verdade, uma alteração qualitativa ao nível da estrutura da norma constitucional³⁴⁸. A nova fórmula constitucional parece apontar para a necessidade de tomar em devida consideração a diferente importância que a gratuitidade dos cuidados de saúde tem para cada cidadão. Para além disso, da nova fórmula resultam ainda enfatizados os próprios constrangimentos fácticos, derivados da incontornável escassez de recursos, que conduzem à inevitabilidade de uma ponderação em ordem à

³⁴⁶ Nas palavras críticas de NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites...”, cit., p. 231., “*considerando implicitamente, porventura, que ela se antecipara à própria revisão...*”

³⁴⁷ VALE, Luís Meneses do, “A Jurisprudência...”, cit., p. 25 afirma que, de certa forma, o TC “*encarou a nova redacção do preceito como uma consagração da tese que nos seus arestos havia feito vencimento, e em que bastaria agora confortar-se, poupando-se aos contorcionismos de outrora*”.

³⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites...”, cit., p. 233.

realização do comando constitucional de uma gratuitidade tendencial “*na maior e mais adequada medida do possível*”³⁴⁹.

De resto, se assim não fosse, mal se compreenderia a alusão (e manutenção) da CRP à *gratuitidade (tout court)* do ensino básico, no art. 74.º, n.º 2, al. a), em claro contraste com a nova fórmula do art. 64.º resultante da revisão de 1989³⁵⁰. Neste caso, não há dúvida de que a prestação do serviço público de ensino básico deve ser absolutamente gratuita, ou seja, ao utente não pode ser exigido qualquer pagamento destinado a remunerar, ainda que parcialmente, a prestação deste serviço de educação, sob pena de inconstitucionalidade.

São, a este propósito, lapidares as palavras de Jorge Reis Novais, quando afirma que a “*tendencial gratuitidade significa que a prestação de cuidados e serviços de saúde no âmbito do SNS tende a ser gratuita, mas não tem de ser gratuita, pelo menos, não tem de ser sempre gratuita. O ser gratuito será inclinação natural do SNS, será o seu sentido geral, a tendência, mas não será uma exigência de carácter absoluto, no sentido de vedar, hoje, o pagamento de qualquer “preço” do custo de prestações obtidas no âmbito do SNS*”.

Com a substituição da expressão “gratuito” pela expressão “tendencialmente gratuito”, passa, pois, a ser possível, à luz da Constituição, não apenas a cobrança de taxas moderadoras³⁵¹, mas ainda a cobrança de outras importâncias que podem extravasar o

³⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites...”, cit., p.234.

³⁵⁰ Confrontando as três fórmulas de gratuitidade, NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites...”, cit., pp235 e ss.

³⁵¹ Que, em nossa opinião, já era possível à luz da anterior fórmula. Em sentido concordante, NABAIS, José Casalta, *O Dever...*, cit., p.267, nota 256, “*conquanto se não transforme o serviço nacional de saúde de tendencialmente gratuito em tendencialmente pago para os utentes*”.

Em sentido divergente, esteve Vital Moreira. Transcrevemos parte da sua argumentação no voto de vencido: “*Em primeiro lugar, não é procedente o argumento de que as taxas moderadoras visam não o pagamento das prestações, mas apenas a racionalização da utilização dos serviços contra o “uso abusivo”. É que as taxas, exceptuados os isentos, valem para todos os que recorrem aos serviços de saúde; não só para quem abusa deles, mas também para quem precisa de a eles acorrer. Como é que se distingue, a priori, o hipocondríaco ou o maníaco do SNS e a pessoa realmente carecida?*”³⁵¹ Na verdade, acrescentava, “*Por um lado, a “moderação” dos abusos não deve atingir e lesar quem não abusa; por outro lado, não é necessário recorrer a taxas moderadoras indiscriminadas para reprimir os abusos (sempre haveria a multa por utilização abusiva, medidas de morigeração da prescrição médica, etc.)*.”³⁵¹ Depois, continuava: “*Em segundo lugar, não pode utilizar-se a favor da constitucionalidade das taxas moderadoras o facto de elas não visarem pagar as prestações ou financiar os serviços, mas apenas “moderar” ou “reduzir” a procura dos serviços e a utilização das prestações. É que, desde logo, sob o ponto de vista do utente, é sempre um pagamento que se faz por uma prestação que, constitucionalmente, deveria ser gratuita. Depois, a gratuitidade visa justamente garantir a generalidade e a universalidade do serviço (“serviço nacional de saúde, universal, geral e gratuito”, diz a Constituição), isto é, o acesso de todo e cada cidadão a qualquer prestação de que careça.*” Concluía Vital Moreira da seguinte forma: “*Finalmente, é óbvio que, pelo seu montante, as “taxas moderadoras” podem facilmente transformar-se para muitos em taxas inibidoras: taxas de 3000\$ (v. Portaria n.º 344-A/86, de 5/7) não estão seguramente ao alcance da generalidade dos cidadãos, mesmo descontando os isentos.*” Apud VALE, Luís Meneses do, “A Jurisprudência...”, cit., pp 23-24.

intuito moderador (objectivos extrafiscais ou orientadores de comportamento), passando a ter um objectivo remuneratório ou de compensação.

O limite constitucional inultrapassável será sempre, em qualquer caso, o “*acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica*”, conforme estabelecido na al. a) do n.º 3 do art. 64.º da CRP.

2.3. A natureza jurídico-tributária das taxas moderadoras do SNS na actualidade

2.3.1. A evolução do montante - ainda moderadoras?

Vimos já que é, em princípio, admissível, à luz do entendimento que perfilhámos, a utilização da figura da taxa para finalidades extrafiscais ou de orientação de comportamentos (nomeadamente desincentivadoras de comportamentos, como é o caso das taxas moderadoras), posto que lhes não seja aplicado o princípio da equivalência, mas antes o princípio geral da proporcionalidade *lato sensu*, a operar no domínio dos limites aos direitos, liberdades e garantias, neste caso para efeitos de direcção económica e social³⁵². As taxas extrafiscais, tal como os impostos extrafiscais, deverão ser necessárias, adequadas e proporcionais *stricto sensu* ao fim extrafiscal visado³⁵³.

Vimos também que a nova fórmula constitucional da “tendencial gratuitidade” não suscita dúvidas relativamente à conformidade das taxas moderadoras cobradas pelo acesso ao SNS com a Lei Fundamental, sendo hoje pacífica a sua admissibilidade, hoje consagrada na Base XXXIV da LBS (e no art. 23.º do ESNS).

A questão que nos cumpre agora apreciar tem a ver com o constante aumento do valor das taxas moderadoras que se tem vindo a verificar ao longo dos anos, para efeitos de saber se

³⁵² NABAIS, José Casalta. “A Constituição Fiscal de 1966, Sua Evolução e Seus Desafios”, in *Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol 1, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 134 e ss. Contra esta ideia, defendendo a extrafiscalidade também na determinação do parâmetro material dos tributos bilaterais, VASQUES, Sérgio, *O Princípio da Equivalência...*, cit., pp. 577 e ss, SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 32.

³⁵³ NABAIS, José Casalta, *O Dever...*, cit., p. 268. Diz SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...*, cit., p. 92, que as contribuições extrafiscais devem ser “*sempre que possível substituídas por instrumentos de direcção administrativa, que, preferencialmente, assentem no consenso*”.

um tal aumento não poderá significar uma alteração da finalidade das taxas. Ou seja, pretendemos agora perceber se a finalidade moderadora das taxas do SNS se mantém, ou se, ao invés, designadamente pelo seu montante, elas passaram a assumir verdadeiramente um intuito remuneratório ou (co)financiador.

De facto, sobretudo desde 2003, o valor das taxas moderadoras não cessou de aumentar, tendo, com o Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, dado um ‘salto’ nunca antes ocorrido, que chegou a atingir montantes que ultrapassam os 120% de variação em relação às taxas anteriormente em vigor³⁵⁴, verificando-se, quanto à média de todos os serviços, uma variação de 72%³⁵⁵. A este propósito, são de registar os casos paradigmáticos do *serviço de urgência polivalente*, que, em Janeiro de 2011, implicava o pagamento de uma taxa de € 9,60 e, em Janeiro de 2012 (data em que entraram em vigor os novos valores das taxas moderadoras), passou a ‘custar’ € 20,00 (variação de 108%), ou da *consulta de especialidade*, que passou do valor de € 4,60 em hospitais centrais (e € 3,10 em hospitais distritais) para o valor de € 7,50 (variação de 63%, tendo em conta apenas os hospitais centrais)³⁵⁶.

Recorde-se também que, apesar de os Autores continuarem a assinalar a escassa relevância das receitas obtidas com a cobrança de taxas moderadoras no total da receita do SNS, enfatizando o seu peso diminuto em termos de financiamento, a verdade é que esse peso tem assumido, nos últimos anos, uma tendência crescente: em 2010, as taxas tinham um peso de apenas 0,74% no total das receitas, tendo passado para 0,95 %, em 2011, e 1,69 %, em 2012³⁵⁷.

É interessante, a este propósito, transcrever o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, na parte em que se refere à finalidade das taxas moderadoras:

“Em concreto, a revisão do sistema de taxas moderadoras deverá ser perspectivada como uma medida catalisadora da racionalização de recursos e do controlo da despesa, ao invés de uma medida de incremento de receita, atendendo não apenas à sua diminuta contribuição nos proveitos do Serviço Nacional de Saúde mas, acima de tudo, pelo

³⁵⁴ É o que acontece com as taxas por consulta de Medicina Geral e Familiar, que, segundo a ERS (*O Novo Regime...*, cit., p. 36) tiveram uma variação de 122%, tendo passado de €2,25 para os €5,00.

³⁵⁵ *Idem*, p.36.

³⁵⁶ *Idem*, p.36.

³⁵⁷ ERS, *O Novo Regime...*, cit., p. 96. Sendo que esta última coincide com o ano da entrada em vigor dos valores previstos no Decreto-Lei n.º113/2011, de 29 de Novembro.

carácter estruturante que as mesmas assumem na gestão, via moderação, dos recursos disponíveis, que são, por definição, escassos”³⁵⁸.

Pois bem, de nada serve a insistência do legislador (quicá, na esperança de que, repetindo muitas vezes..., passe a ser verdade) em qualificar, no preâmbulo do diploma, os tributos em causa como “taxas moderadoras”, se depois, designadamente pelo seu montante, estes tributos se mostrarem avessos a uma ideia de proporcionalidade relativamente ao fim visado.³⁵⁹ Vejamos.

Vale a pena recuperar aqui a argumentação aduzida por Vital Moreira no seu voto de vencido em relação à decisão do TC de não declaração de inconstitucionalidade da implementação de taxas moderadoras, no Acórdão n.º 330/89, de 11 de Abril (referente à época em que a fórmula constitucional do art. 64.º ainda se referia a uma “gratuidade” *tout court*), já aqui analisado. Começava o Conselheiro por dizer o seguinte: “*Em primeiro lugar, não é procedente o argumento de que as taxas moderadoras visam não o pagamento das prestações, mas apenas a racionalização da utilização dos serviços contra o “uso abusivo”. É que as taxas, exceptuados os isentos, valem para todos os que recorrem aos serviços de saúde; não só para quem abusa deles, mas também para quem precisa de a eles acorrer. Como é que se distingue, a priori, o hipocondríaco ou o maníaco*

³⁵⁸ Sublinhado nosso.

³⁵⁹ Para mais, se nos lembrarmos do contexto em que estes novos valores das taxas moderadoras foram implementados, nada aponta para a ideia de que o recente ‘salto’ em termos de montante das taxas tenha simplesmente ocorrido (pelo menos, totalmente) em vista de uma maior racionalização da procura, já que as quantias em causa parecem ir um pouco “além” das exigências acordadas com a *Troika*, no ponto 3.50 do Memorando de Entendimento.

O Memorando diz o seguinte: “*Rever e aumentar as taxas moderadoras do SNS através de: i. uma revisão substancial das categorias de isenção actuais, incluindo uma aplicação mais rígida da condição de recursos, em colaboração com o Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social; [em Setembro de 2011] ii. aumento das taxas moderadoras em determinados serviços, assegurando que as taxas moderadoras nos cuidados de saúde primários são menores do que as aplicáveis a consultas de especialidade e episódios de urgência; [em Setembro de 2011] iii. legislar a indexação automática das taxas moderadoras do SNS à inflação. [T4-2011]”*

Parece, ao invés, o montante ir ao encontro das tendências europeias, com a crise, como nos dá conta a ERS, *O Novo Regime*, Anexo, p. 108. De facto, com a crise tem sido tendência a adopção de medidas destinadas a reduzir o desperdício e aumentar a eficiência dos serviços de saúde; reduzir a despesa pública no sector da saúde, imposição de limites à cobertura financeira pública; procura de novas fontes de financiamento. Estudo do Observatório Europeu dos Sistemas e Políticas de Saúde, OMS e Comissão Europeia elenca três categorias de políticas de saúde de países europeus em resposta à crise: i) políticas que visam afectar os custos dos cuidados de saúde (medicamentos e eficiência); ii) políticas que visam afectar o volume e a qualidade dos cuidados de saúde (racionalização e racionamento); iii) aumento do nível das contribuições. Essa era também a proposta da ERS no estudo *Análise da Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde*, Porto, 2011, pp. 21 e ss. (disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/36/Relatorio_Sustentabilidade_do_SNS.pdf)

do SNS e a pessoa realmente carecida?”³⁶⁰ Com efeito, acrescentava, “Por um lado, a “moderação” dos abusos não deve atingir e lesar quem não abusa; por outro lado, não é necessário recorrer a taxas moderadoras indiscriminadas para reprimir os abusos (sempre haveria a multa por utilização abusiva, medidas de morigeração da prescrição médica, etc.).”³⁶¹

Concluía Vital Moreira tocando num outro ponto, ao dizer que “é óbvio que, pelo seu montante, as “taxas moderadoras” podem facilmente transformar-se para muitos em taxas inibidoras (...), mesmo descontando os isentos.”³⁶²

Apesar de situada na época em que o texto constitucional ainda se apresentava com a fórmula (menos ‘permissiva’) da “gratuidade” (*tout court*), a argumentação de Vital Moreira, expandida no voto de vencido ao Acórdão n.º 330/89, de 11 de Abril, não perdeu actualidade, na medida em que questiona a própria justificação ou razão de ser das taxas moderadoras. Ficam agora mais evidentes as dúvidas que manifestamos quanto à finalidade moderadora destas taxas.

Desde logo, suscitam-se dúvidas sobre se as taxas moderadoras são de facto *necessárias*, tendo em conta o efeito dissuasor pretendido. Na realidade, como se disse, por ser alheio a objectivos financeiros, o recurso à extrafiscalidade como forma de direcção e orientação de comportamentos deve ser excepcional, devendo, sempre que possível, ser substituído por instrumentos administrativos³⁶³.

Contudo, é relativamente ao teste da *adequação* que as taxas moderadoras nos levantam as maiores dúvidas. Com efeito, como vimos, as taxas moderadoras, em rigor, “valem para todos”, incluindo quem efectivamente necessita desses cuidados, e “não só para quem abusa deles” - o que, no caso dos doentes crónicos, pode suscitar questões particularmente difíceis. Neste sentido, não se vislumbra qualquer razão extrafiscal (à luz de uma ideia de

³⁶⁰ Apud Vale jurisp 23reduções da despesa pública

³⁶¹ Apud Vale 23. O Autor refere em nota (29) que o próprio ESNS corrobora este entendimento de Vital Moreira, na medida em que distingue claramente, no art. 23.º, n.º 1, os “beneficiários regulares” (al. a)) dos que tenham infringido as regras de funcionamento do sistema ou usado ilicitamente os serviços ou o material de saúde (al. e)).

³⁶² Apud VALE, Luís Meneses do, “A Jurisprudência...”, cit., pp. 23-24.

³⁶³ SILVA, Suzana Tavares, As Taxas..., cit., p.92. Também ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 258 defendem que “deve questionar-se se, por exemplo, a exigência do pagamento da taxa apenas aos cidadãos que utilizem o serviço sem fundamento atendível não seria igualmente eficaz e claramente menos limitativa dos direitos dos utentes”.

serviço universal e equitativo) para a existência de taxas moderadoras naqueles casos em que se não verifica um uso ‘abusivo’ ou desnecessário de cuidados de saúde.

Por outro lado, ainda quanto ao teste da adequação, há que referir que o facto de as taxas moderadoras consistirem num valor fixo, que não varia em função da capacidade económica do utente, também faz com que não produzam o efeito de racionalização da procura visado. É que, na verdade, em relação às pessoas com mais recursos económicos, quer necessitem verdadeiramente dos cuidados de saúde, quer não, nunca a taxa chegará a atingir um montante que produza efectivamente um efeito dissuasor, ao passo que, relativamente aos cidadãos não isentos, mas com menos recursos, poderão representar uma onerosidade manifestamente iníqua, caso haja uma efectiva necessidade de recorrer aos cuidados de saúde.

Os casos mais flagrantes de inaptidão da taxa moderadora para a prossecução do fim de dissuação do consumo são, contudo, aqueles em que a utilização dos cuidados de saúde não depende de decisão do utente. Com efeito, casos há em que, não obstante a ocorrência de um ‘consumo’ de cuidados de saúde, a determinação desse consumo não se encontra, ou pelo menos não se encontra principalmente ou exclusivamente, na esfera do utente, dependendo antes de uma decisão médica prévia. Ora, como está bom de ver, nesses casos, em que a prescrição médica assume uma importância fundamental (devido à assimetria de informação existente entre o profissional de saúde e o paciente), a “*pressão*” exercida sobre o utente está “*pelo menos parcialmente, comprometida*”, pois que, logicamente, a redução do consumo desnecessário apenas estará em condições de ser atingida se, desde logo, a decisão de consumir estiver do lado do utilizador a quem é cobrada a taxa³⁶⁴.

O exemplo que melhor ilustra as situações a que nos referimos é o das polémicas taxas criadas na sequência do Orçamento do Estado para 2007, aprovado pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, e concretizadas pela Portaria n.º 395-A/2007, de 30 de Março, que vieram alargar o âmbito de aplicação das taxas moderadoras aos internamentos e às cirurgias em ambulatório. Pois bem, estes dois serviços, porque não dependem essencialmente da decisão do doente, não estão *a priori* ‘receptivos’ ou ‘susceptíveis’ ao objectivo moderador que as taxas eventualmente visassem realizar. É que, de facto, a utilização destes cuidados é determinada, via de regra, na sequência de uma consulta ou de uma urgência, durante a qual o médico ‘decide’ (através de critérios técnicos) pela

³⁶⁴ ERS, *O Novo Regime...*, cit., p. 13.

conveniência da submissão do paciente àqueles cuidados, encontrando-se, nesse sentido, a função racionalizadora da procura já ‘esgotada’, desde aquele momento em que o paciente se deslocou à urgência ou à consulta. A partir desse momento, o destino do doente é, portanto, na prática, decidido essencialmente pelo profissional de saúde.

Estes tributos viriam a ser revogados dois anos depois pelo Decreto-Lei n.º 322/2009, de 14 de Dezembro, onde, no respectivo preâmbulo, pode ler-se o seguinte: “(...) *a experiência das duas novas taxas moderadoras introduzidas em 2007 foi reavaliada, tendo o Governo procedido a uma ponderação que assentou, por um lado, no conjunto das opiniões decorrentes do amplo debate realizado a este propósito na sociedade portuguesa e, por outro, no efeito concreto que a aplicação destas taxas moderadoras tem no conjunto do sistema de saúde.*”³⁶⁵. Nesta passagem parece existir um claro reconhecimento da inexistência de um propósito moderador nas referidas taxas³⁶⁶.

As considerações precedentes valem integralmente para as taxas moderadoras cobradas por utilização de determinados MCDT, onde pode não haver decisão exclusiva (ou sequer principal) do utente. Um caso particularmente evidente é o dos MCDT solicitados pelo médico em contexto de urgência hospitalar³⁶⁷.

Também o acesso dos utentes às consultas de especialidade, em que o utente necessita de uma referência prévia pelo médico de família (ou médico assistente), não existindo acesso directo à consulta hospitalar, parece poder enquadrar-se nas situações em análise, porquanto, também aqui a utilização do serviço não está totalmente (nem sequer principalmente, ao menos de um ponto de vista prático) na esfera de decisão daquele.³⁶⁸

De um modo geral, podemos dizer que é sobretudo nos atendimentos em urgência e nas consultas em cuidados de saúde primários que poderá hoje descortinar-se uma função moderadora das taxas³⁶⁹. É que, praticamente, só nesses casos pode efectivamente dizer-se que a decisão de utilização dos cuidados está totalmente (ou, pelo menos, na maior parte

³⁶⁵ Sublinhado nosso.

³⁶⁶ Tal como, aliás, pode ver-se também através das palavras de Correia de Campos, Ministro da Saúde em 2007, quando se refere à possibilidade de as taxas moderadoras terem como função, pelo menos em parte, a transferência de custos, “(...) *O nome está longe de ser perfeito, mas é a tradução literal das expressões estrangeiras que influenciaram o nosso sistema de saúde. E em muitos desses países a “taxa moderadora” incide sobre o internamento hospitalar (...)*”. Apud CAMPOS, António Correia de, *Reformas da Saúde: O Fio Condutor*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 245-256.

³⁶⁷ ERS, *O Novo regime...* cit., p.14

³⁶⁸ *Idem.*

³⁶⁹ *Idem.*

dos casos assim acontecerá) na disponibilidade do utente, sendo a sua ‘iniciativa’ verdadeiramente decisiva, porque (em princípio) liberta da interferência externa técnico-médica. Assim, é essencialmente nesses casos do recurso aos serviços de urgência e das consultas em cuidados de saúde primários que aquele tributo estará apto a produzir os efeitos exrafinanceiros de racionalização da procura. Nesta perspectiva, compreende-se a referência do Memorando de Entendimento à necessidade de assegurar “*que as taxas moderadoras nos cuidados de saúde primários são menores do que as aplicáveis a (...) episódios de urgência*”, porquanto, atendendo aos elevados custos públicos dos serviços de urgência em relação aos cuidados de saúde primários, ao acentuar-se um ‘fosso’ entre os valores a pagar pelos utentes nos cuidados primários (actualmente, € 5,00, na consulta de medicina geral e familiar ou outra que não de especialidade) e os valores a pagar nos serviços de urgência (actualmente, € 20,65, no serviço de urgência polivalente), a tendência dos utentes será a de deixar de recorrer tanto a estes e passar a utilizar mais os cuidados primários, menos dispendiosos para o Estado.

Relembre-se, no entanto, que, ainda nestes casos, o montante da taxa moderadora não deverá ultrapassar o necessário para a consecução do objectivo extrafiscal em causa³⁷⁰. Na parte em que ultrapassar esse limite, estaremos, na realidade, perante um valor exigido aos utentes que é desproporcional relativamente ao efeito desincentivador desejado, devendo o tributo, nessa medida, ser visto como financiador ou para cobrir custos. Ora, a evolução do montante das taxas moderadoras, sobretudo tendo em conta o *supra* referido ‘salto’ nos montantes e a tendência europeia para a partilha de custos da saúde com os utentes, indicia claramente que o que está em causa é, verdadeiramente, uma transferência parcial dos custos dos serviços para o utente, pois não nos parece que a intenção de aumentar os valores tenha visado (ao menos, exclusivamente) uma (ainda) maior moderação da procura; se assim fosse, sempre haveria medidas, mais eficazes e substancialmente menos onerosas para os utentes, que complementassem a racionalização operada pelas taxas³⁷¹.

Neste sentido, em nossa opinião, as “taxas moderadoras” do SNS consituem, na verdade, tributos que têm por finalidade principal a partilha de custos entre o Estado e os utilizadores do serviço público de saúde (à semelhança do que acontece, por exemplo, com

³⁷⁰ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 157.

³⁷¹ Ou, talvez mais correctamente, que as taxas moderadoras viessem complementar...visto que a extrafiscalidade pela tributação deve ser excecional e subsidiária.

a segurança social³⁷²) e, portanto, destinam-se aos fins de compensação de custos ou de financiamento (numa lógica de repartição de encargos) dos serviços utilizados, complementando o sistema fiscal na sustentação dos custos totais dos serviços³⁷³. No caso das quantias exigidas sem que o utilizador tenha um papel determinante ou decisivo (ou, pelo menos, exclusivo) no consumo de cuidados de saúde - como é o caso do recurso a certos MCDT - não restam dúvidas de que os tributos não podem ter senão uma natureza fiscal. Mas, mesmo nos casos, mais discutíveis, das urgências e dos cuidados de saúde primários, o “*elemento preponderante*” é, de facto, o agravamento dos custos por parte de todos os utilizadores, independentemente do fim dessa utilização³⁷⁴. Assim, por exemplo, as medidas legislativas que vêm aumentar o ‘fosso’ entre os cuidados de saúde primários e os serviços de urgência, em termos de montante das respectivas taxas, devem ser encaradas como um aproveitamento pelo legislador dos efeitos económicos da tributação³⁷⁵, e não como objectivo principal do tributo.

Uma última nota para referir que, tendo-se a finalidade principal das “taxas moderadoras” deslocado (se é que alguma vez elas foram verdadeiramente “moderadoras”) dos fins extrafiscais para os fins *prototípicos* ou *intra-sistemáticos* da tributação (fins de financiamento) - pese embora, como vimos, a Constituição o permita -, haverá que proceder à alteração da Base XXXIV da LBS, na parte em que estabelece que (apenas) podem ser cobradas taxas moderadoras “*com o objectivo de completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde*”.³⁷⁶

³⁷² Defendendo tratem-se as contribuições para a segurança social de verdadeiros impostos, CABRAL, Nazaré da Costa, *Contribuições para a Segurança Social: Natureza, Aspectos de Regime e de Técnica e Perspectivas de Evolução num Contexto de Incerteza*, Coimbra, Almedina, 2010

³⁷³ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais...*, cit., p.120 defende que as “taxas moderadoras” são hoje “*pedra angular da justiça fiscal no quadro da diminuição da receita fiscal*”, sendo aquela garantida “*não de forma directa, através de uma redistribuição de receitas, mas sim de forma indirecta, pois será o facto de alguns suportarem parte dos custos que permitirá isentar outros*”.

³⁷⁴ V. SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...*, cit., p. 96, a propósito da taxa de recursos hídricos, aprovada pelo DL 97/2008, de 11 de junho. A Autora refere tratar-se esta de uma “*contribuição a pretexto da extrafiscalidade*”, uma vez que não visa na realidade a correcção ou modelação de comportamentos - até porque, refere, “*a água é um bem de “consumo inevitável”*”. Além disso, acrescenta que a receita não se destina a melhoria do acesso ao bem ou a preservá-lo.

³⁷⁵ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais...*, cit., p.120 afirma que, apesar disso, “*somam também a vantagem de inculcar maior responsabilidade social aos utentes, que assim compreendem os custos que estes serviços acarretam para a comunidade*”.

³⁷⁶ ESTORNINHO, Maria João, e MACIEIRINHA, Tiago, op. cit., p. 257, reconhecendo a admissibilidade constitucional de “*formas de copagamento*” na saúde, referem, contudo, que, tendo escolhido “*apenas o objectivo da moderação*”, o legislador está “*vinculado e limitado à prossecução desta finalidade*”.

2.3.2. Ainda taxas?

Como acabamos de ver, aqueles tributos que têm vindo a ser designados por “taxas moderadoras” não se mostram, afinal, moderadores, porquanto prosseguem a finalidade prototípica dos tributos, que consiste no financiamento dos serviços públicos. Ora, isso significa então que tais tributos devem ser testados materialmente no quadro do sistema jurídico-tributário e não em sede de constituição económica. Quer dizer: agora que reconhecemos as “taxas moderadoras” como tributos que visam a angariação de receita e não exactamente propósitos extrafinanceiros, a proporcionalidade a aferir não tem nada que ver com a proporcionalidade *lato sensu* a que nos fomos referindo no ponto anterior; a proporcionalidade a ter em conta diz respeito ao específico princípio da proporcionalidade das taxas, que se traduz no princípio da equivalência - do benefício ou dos custos (art. 4.º do RGTAL). Através do teste material da medida ou do critério, estaremos aptos a determinar a natureza jurídico-tributária destas figuras, designadamente para testar se o tributo em causa está correctamente identificado como taxa, ou se, ao invés, ocorreu alguma alteração (designadamente, por força da alteração do montante) ao nível da sua estrutura.

Pois bem, como vimos, estaremos perante um imposto se o facto tributário a existência de capacidade contributiva do contribuinte, o qual, segundo uma ideia de solidariedade, será chamado a, na medida da sua capacidade, satisfazer as necessidades gerais de financiamento do Estado (art. 103.º, n.º 1 da CRP). Isto é, a mera manifestação de capacidade económica leva a que o Estado possa *unilateralmente* exigir do sujeito passivo um determinado tributo, sem que em troca tenha de lhe providenciar qualquer contraprestação (para além da contraprestação genérica e difusa que consiste no funcionamento do Estado e de um conjunto de serviços públicos), e o critério material (medida) do imposto há-de ser exactamente essa capacidade económica para contribuir³⁷⁷. *A contrariu*³⁷⁸, estaremos perante tributos bilaterais caso o tributo seja devido pela disponibilização por parte dos poderes públicos de uma contraprestação específica individualmente aproveitada ou (meramente) provocada pelo (i.e, imputável ao) sujeito

³⁷⁷ Neste sentido se pode dizer que o imposto é um “*tributo sem causa*”. Não se dirige “*a este ou àquele contribuinte em particular, nem existe qualquer relação entre o montante do imposto exigido a cada um destes e o benefício que eventualmente o mesmo venha a auferir dos serviços públicos*” MAGALHÃES, António Malheiro de, op. cit. p. 18.

³⁷⁸ SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...* p. 37.

passivo. Essa contraprestação específica há-de passar ainda por um segundo e derradeiro crivo, esse sim material: o teste da proporcionalidade tributo/contraprestação (art. 3.º RGTAL), medido através da equivalência entre as prestações.

Não há dúvida de que as taxas moderadoras, apesar do elevado montante com que hoje se apresentam, não têm uma estrutura unilateral, porquanto o facto que gera a obrigação tributária é a utilização de cuidados de saúde (prestação de um serviço) e não uma manifestação de capacidade contributiva. Está em causa, pois, uma relação bilateral, em que ao desencadeamento de uma prestação pública pelo sujeito passivo corresponde a exigência pública do pagamento de um tributo. Assim, conclui-se que o tributo em causa é um tributo bilateral ou comutativo, ao qual deverá ser aplicado o princípio da proporcionalidade, medido através do critério da equivalência.

Pois bem, vimos já que a equivalência no domínio das taxas poderá ser meramente jurídica, não tendo forçosamente de ser também económica - o que corresponderia às tradicionais tarifas ou preços. Fundamental é, pois, que exista uma equivalência jurídica entre o valor pago pelo utente e o benefício individualizado obtido com a prestação do serviço - o qual não pode ser excedido -, não tendo de existir uma correlação precisa entre as prestações. No entanto, essa equivalência jurídica deve fundamentar-se numa relação entre o custo do serviço e o valor da prestação, devendo ser materialmente determinada de acordo com o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade³⁷⁹. O critério da compensação de custos é auxiliar do critério do benefício³⁸⁰, apresentando-se como limite superior inultrapassável; de acordo com este critério, o montante máximo da taxa corresponderá ao “*custo real ou previsível do serviço*”, ainda que o benefício auferido pelo particular ultrapasse o custo.³⁸¹

Ora bem, não obstante o aumento constante dos valores das taxas moderadoras do SNS, elas, na verdade, não ultrapassam nem se nivelam com os custos dos serviços de saúde que visam compensar. Com efeito, percorrendo a Portaria n.º 20/2014, de 29 de Janeiro, que contém os valores a cobrar pelo SNS aos terceiros legal ou contratualmente responsáveis pelos encargos de saúde (e que pode ser usada como referência para efeitos de determinação do custo dos actos médicos), facilmente se vê que não existe qualquer

³⁷⁹ SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...cit.*, p.116

³⁸⁰ *Idem*, p.121

³⁸¹ O art. 4.º do RGTAL, sob a epígrafe “princípio da equivalência”, prescreve que “O valor das taxas das autarquias locais é fixado de acordo com o princípio da proporcionalidade e não deve ultrapassar o custo da actividade pública local ou o benefício auferido pelo particular.”

relação entre o custo do serviço e o valor cobrado ao utente; dir-se-á que o benefício obtido pelo utente com a prestação dos cuidados de saúde, via de regra, ultrapassa largamente os custos do serviço, dada a exorbitância dos valores que estão em causa. Há, portanto, em geral, uma evidente desproporcionalidade entre os custos dos serviços e o montante tributário exigido em decorrência do ‘consumo’. Significa isto que, apesar da existência de uma bilateralidade (uma vez que continua a estar em causa uma relação de troca), tratar-se-á de uma bilateralidade “*menos exigente*”³⁸² que a das taxas, já que não existe uma rigorosa sinalagmaticidade entre as prestações. O que nos leva a concluir não estarmos, na realidade, perante verdadeiras taxas, tributos “*rigorosamente comutativos*”³⁸³, mas estarmos antes em face de uma “*categoria intermédia de tributos públicos, a meio caminho entre a taxa e o imposto*”³⁸⁴, que, pelo facto de estar associada a “*utilidades que não se podem facilmente imputar ao nível individual mas que podem ser imputadas com segurança a grupos determinados*”³⁸⁵ (havendo, por isso, quem as qualifique como “taxas colectivas”), pode ser, segundo alguns, qualificada como um tributo “*simplesmente paracomutativo*”³⁸⁶. As “taxas moderadoras” do SNS devem hoje qualificar-se como *contribuições financeiras*, integradas na nova categoria das “*demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas*”, prevista na al. i), do n.º 1 do art. 165.º da CRP, desde a revisão constitucional de 1997, à semelhança do que acontece com as contribuições dos trabalhadores para a segurança social (bem como com os tributos regulatórios e os tributos associativos, ou ainda com os tributos ambientais e os impostos especiais sobre o consumo).

Em razão da impraticabilidade de fazer corresponder a cada concreto e específico tipo de acto médico ou cuidado de saúde uma determinada taxa, a solução é a da existência de um tributo que, apesar de ‘desprendido’ ou ‘desligado’ do concreto tipo de acto, designadamente pela falta de relação com os custos, pretende operar uma recuperação de custos, mediante uma partilha de custos entre o SNS e o utente, através da fixação de um determinado montante para cada tipo de serviço de saúde (v.g., consulta de medicina geral e familiar, consulta no domicílio, serviço de urgência, etc.), o qual é cobrado aos utentes utilizadores de cada serviço. Os utilizadores de cada um desses tipos de serviços

³⁸² SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...cit.*, p. 89.

³⁸³ VASQUES, Sérgio, *Manual...cit.*, p. 221.

³⁸⁴ *Idem.*

³⁸⁵ *Idem.*

³⁸⁶ *Idem.*

constituem, neste contexto, um “grupo de sujeitos passivos beneficiários de uma contraprestação homogénea, de cariz colectivo, diferenciada e diferenciável do interesse público geral”³⁸⁷.

Estas contribuições financeiras suportadas pelos utentes do SNS - que, agora sabemos, nem são “moderadoras”³⁸⁸, nem são “taxas” - vêm, na verdade, num quadro de escassez de recursos, cumprir um importante papel de complemento ao sistema fiscal, servindo de instrumento de controlo das despesas em saúde e promovendo a sustentabilidade financeira do sistema e a justiça intergeracional³⁸⁹.

Neste contexto, atentos os princípios da justiça e da igualdade, talvez não fosse desajustado ponderar a implementação de contribuições proporcionais ou progressivas (nunca podendo, em qualquer caso, o montante ultrapassar o custo do serviço), em ordem a alcançar uma maior equidade na repartição dos encargos tributários. Neste caso, embora a título excepcional, deve o princípio da capacidade contributiva ser chamado a actuar como critério de justiça social, à semelhança do que já acontece com as isenções.

Ademais, é a própria Constituição que parece incentivar a diferenciação das contribuições, na medida em que estabelece que a gratuidade tendencial há-de ter em conta “as condições económicas e sociais dos cidadãos”³⁹⁰. Ponto é que estejam garantidos elevados

³⁸⁷ SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...*cit, p.87.

³⁸⁸ Note-se que, mesmo que se entendesse que estes tributos visam principalmente propósitos extrafiscais ou orientadores de comportamentos, esta “é uma finalidade em regra menos ajustada à natureza jurídica dos tributos bilaterais típicos como a taxa, devendo ser reservada para as contribuições”. SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas...*cit, p. 126. É que, de facto, “se a taxa visa remunerar uma prestação individualizada que o sujeito passivo recebe, o valor deve ter como parâmetro o benefício alcançado e encontrar uma correspondência no custo do serviço, o que, em regra, torna menos operativo que a mesma possa alcançar um valor excessivo desincentivador do comportamento do sujeito passivo”.

³⁸⁹ SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 121, e *As Taxas...*cit., pp. 28-29.

³⁹⁰ A este propósito, NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites...”, cit., pp. 250 e ss., chama a atenção para o facto de que a imposição de um pagamento, tendo em conta este critério deixado pelo legislador constitucional, não pode nunca subverter a exigência de que o SNS seja basicamente financiado através de impostos, bem como a de que a nenhum particular seja vedado o acesso aos cuidados de saúde de que careça, “por facto de se lhe fazerem exigências de pagamento que está objectivamente incapaz de satisfazer”. Ainda quanto à possibilidade de implementação de um pagamento, o Autor dá especial destaque à necessidade de respeitar os princípios constitucionais estruturantes, em especial o da proibição do excesso, nas suas várias dimensões, sintetizando da seguinte forma: “a aptidão, a indispensabilidade, a proporcionalidade e a razoabilidade (...), no seu conjunto, significam essencialmente que, tendo em conta a situação particular de cada cidadão, não se lhe pode exigir como pagamento mais do que aquilo que, atendendo à respectiva situação económica e social, ele pode razoavelmente pagar sem pôr em causa um acesso adequado aos cuidados de saúde”. O Autor conclui dizendo que há uma exigência constitucional de “tratamento materialmente igual” para todos os cidadãos, devendo sempre, em Estado de Direito, ser garantida a igualdade na distribuição de encargos.

níveis de transparência ao nível das “contas da saúde”, para que não haja o risco de dupla tributação.

CONCLUSÕES

Concluída a nossa exposição e terminado o percurso pela tributação da saúde em Portugal, resta-nos fazer um ‘apanhado’ sintético das principais ideias que ressaltam da investigação que nos ocupou:

1.º O Estado fiscal - aquele que se sustenta fundamentalmente através das receitas provenientes de impostos - enfrenta hoje grandes dificuldades causadas pela insuficiência de receitas fiscais.

2.º Num quadro de escassez de recursos, como aquele em vivemos, é necessário tomar a sério os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional.

3.º Devido a essas dificuldades, o Estado social, na sua faceta mais superlativa de Estado providência, foi cedendo lugar a um Estado de garantia, que, em vez de prestar directamente os serviços públicos à população, regula a sua prestação por outras entidades.

4.º A busca pela eficiência da gestão, através das transformações na administração pública, foram sendo complementadas com a adopção de outras medidas, como o refinanciamento dos serviços públicos.

No entanto, a CRP preocupou-se em reforçar no caso concreto dos pagamentos de cuidados de saúde, com a fórmula da tendencial gratuitidade. Sobre o princípio da proibição do excesso, v. NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 161 e ss.

5.º É neste contexto que as “taxas moderadoras” para o acesso aos cuidados de saúde do SNS, tradicionalmente com meros objectivos de racionalização da procura desnecessária de cuidados de saúde, passam a assumir um importante papel de (co)financiamento do sistema.

6.º Esses co-pagamentos assumem hoje a natureza jurídico-tributária de *contribuições financeiras*, um *tertium genus* previsto na Consituição Portuguesa desde a revisão constitucional de 1997, que põe fim à *summa divisio* impostos/taxas.

7.º A utilização deste tipo de tributos demanda especiais exigências de transparência, a fim de se evitar o perigo da dupla tributação.

8.º Um primeiro passo no sentido da transparência, quanto à utilização deste tipo tributário, seria, finalmente, a definição do aguardado regime geral das “*demais contribuições financeiras*”, que viesse delimitar e regular com rigor o quadro jurídico em que esta nova figura se há-de mover; trata-se de uma exigência constitucional a que o legislador ordinário ainda não deu cumprimento, achando-se, assim, em evidência uma clara omissão inconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Sociedade Anónima, A Sedutora [Hospitais S.A., Portugal, S. A.]*, in Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, n.º 1, Almedina, 2003
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Interesse Público”, in DJAP, vol. V, Lisboa, 1993
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 5.ª edição, 2012
- ARNAUT, António, *Serviço Nacional de Saúde – 30 Anos de Resistência*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- ANTUNES, Manuel, *A Doença da Saúde Lisboa*, Qetzal, 4.ª edição, 2001
- BARROS, Pedro Pita, *Economia da Saúde: Conceitos e Comportamentos*, 2.ª edição revista, Coimbra, Almedina, 2009
- BARROS, Pedro Pita, *Pela Sua Saúde*, Lisboa, FFMS, 2013
- BASTO, Xavier de, e XAVIER, António Lobo, “Ainda a distinção entre taxa e imposto: a inconstitucionalidade dos emolumentos notariais e registrais devidos pela

constituição de sociedades e pelas modificações dos respectivos contratos”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1/2/3, 1994

CABRAL, Ana Paula, “Reforma do Sector da Saúde – O Serviço Nacional de Saúde e o Novo Paradigma na Protecção da Saúde” in *A Reforma do Sector da Saúde: Uma Realidade Iminente?*, Coimbra, Almedina, 2010

CABRAL, Nazaré da Costa, *Contribuições para a Segurança Social: Natureza, Aspectos de Regime e de Técnica e Perspectivas de Evolução num Contexto de Incerteza*, Coimbra, Almedina, 2010

CAMPOS, António Correia de, *Reformas da Saúde: O Fio Condutor*, Coimbra, Almedina, 2008

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa: Anotada*, vols. I e II, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007-2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 7.ª edição, 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “«Metodologia Fuzzy» e «Camaleões Normativos» na Problemática Actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais”, in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O Princípio da Sustentabilidade como Princípio Estruturante do Direito Constitucional”, in *Revista de Estudos Politécnicos*, n.º 13, vol. VIII, 2010 (disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/tek/n13/n13a02>)

CARREIRA, Henrique Medina, *O Fim da Ilusão*, Carnaxide, Objectiva, 2011

CORREIA, Sérvulo, “Introdução ao Direito da Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991

COSTA, Cardoso da, “Ainda a Distinção entre «Taxa» e «Imposto» na Jurisprudência Constitucional”, Separata de: *Estudos em Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

COSTA, Cardoso da, “Sobre o Princípio da Legalidade das «Taxas» (e das Demais Contribuições Financeiras)”, Separata de: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, 2006

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *O Novo Regime Jurídico das Taxas Moderadoras*, Porto, 2013 (disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/892/Estudo_Taxas_Moderadoras.pdf)

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Análise da Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde*, Porto, 2011 (disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/36/Relatorio_Sustentabilidade_do_SNS.pdf)

ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago, *Direito da Saúde: Lições*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014

ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2009

FRANCO, António Sousa, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vols. I e II, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2007

GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – o Exercício de Poderes Públicos por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra, Almedina, 2005

GONÇALVES, Pedro Costa, “Estado de Garantia e Mercado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010

GONÇALVES, Pedro Costa, e MARTINS, Licínio Lopes, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in *Estudos de Regulação Pública – I* (org. Vital Moreira), Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?: A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010

LOUREIRO, João Carlos, “Aegrogationis medicinam ab iure peto?”, in *Cadernos de Bioética*, n.º 25, 2001

LOUREIRO, João Carlos, “A "porta da memória" : (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?)capitalismo : contributos para uma "dogmática da escassez””, Coimbra,

Imprensa da Universidade de Coimbra, Separata de *Estudos do século XX*, n.º 13, 2013, pp. 111-126

LOUREIRO, João Carlos, “Direito à (Protecção da) Saúde”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Lisboa, 2006

MAGALHÃES, António Malheiro de, *O Regime Jurídico dos Preços Municipais*, Coimbra, Almedina, 2012

MARTINS, Licínio Lopes, “Contrato Público e Organização Administrativa”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Lisboa, Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2008

MARTINS, Licínio Lopes, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol III (coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves), Coimbra, Almedina, 2009

MARTINS, Licínio Lopes, *Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, 2000,

MENDES, Fernando Ribeiro, *Segurança Social: O Futuro Hipotecado*, Lisboa, FFMS, 2011

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

MOREIRA, Vital, e FORTE, André Matos, “Por uma Regulação ao Serviço da Economia de Mercado e do Interesse Público: a “Declaração de Condeixa””, in *Revista de Direito Público: RDPE*, Belo Horizonta, Editora Forum, n.º1, 2003

MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997

MOREIRA, Vital, “Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia”, in *Revista de Direito Público: RDPE*. Belo Horizonte, Editora Forum, n.º 1, 2003

MOREIRA, Vital, “Por uma Regulação ao Serviço da Economia de Mercado e do Interesse Público: a “Declaração de Condeixa””, in *Revista de Direito Público: RDPE*, Belo Horizonta, Editora Forum, n.º1, 2003

- MOREIRA, Vital, “Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral” in *Estudos de Regulação Pública - I* (org.: Vital Moreira) Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- NABAIS, José Casalta, “A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direiros” in *Por Um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol I, Coimbra, Almedina, 2005
- NABAIS, José Casalta. “A Constituição Fiscal de 1966, Sua Evolução e Seus Desafios”, in *Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol I, Coimbra, Almedina, 2005
- NABAIS, José Casalta, “Algumas Reflexões Críticas Sobre os Direitos Fundamentais”, in *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudos Sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007
- NABAIS, José Casalta, “A Soberania Fiscal no Quadro da Integração Europeia”, in *Por Um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2012
- NABAIS, José Casalta, “Estado Fiscal, Cidadania Fiscal e Alguns dos seus Problemas”, in *Por Um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol I, Coimbra, Almedina, 2005
- NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, Almedina, 2004
- NABAIS, José Casalta, “O Financiamento da Segurança Social em Portugal”, in *Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008
- NABAIS, José Casalta, “Reflexões sobre Quem Paga a Conta do Estado Social”, in *Por um Estado Fiscal Suportável*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2010,
- NABAIS, José Casalta, “Reforma Tributária Num Estado Fiscal Suportável”, ambos in *Por Um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008
- NABAIS, José Casalta, “Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal”, in *Por Um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, vol I, Coimbra, Almedina, 2005,
- NABAIS, José Casalta e SILVA, Suzana Tavares da, “O Estado Pós-Moderno e a Figura dos Tributos”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3965, 2011

NOVAIS, Jorge Reis, “Os Limites Constitucionais à Alteração do Modelo de Financiamento do Serviço Nacional de Saúde”, in Anexo 4 a *A Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde* SIMÕES, Jorge, BARROS, Pedro Pita, e PEREIRA, João, (coord.), Lisboa, Ministério da Saúde, 2008

NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

NUNES, Rui, *Regulação da Saúde*, 2.^a edição, Porto, Vida Económica, 2009

OLIVEIRA, Fernanda Paula, e DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2013

OLIVEIRA, Guilherme de (coordenação), *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2012

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, 3.^a edição, Lisboa, Editorial Presença, 2013 (trad. Carlos Pinto Correia)

REBELO, Marta, “As Taxas Orientadoras de Comportamentos: A Ampliação do Artigo 19.º da Lei das Finanças Locais e o Caso do «Central Lonfon Congestion Charging Scheme»”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, Almedina, n.º 21, 2004

REGO, Guilhermina, *Gestão Empresarial dos Serviços Públicos: Uma Aplicação ao Sector da Saúde*, 2.^a edição, Porto, Vida Económica, 2011

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, “Noção Jurídica de Taxa”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n.º 3727, 1985

RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

- ROSA, Maria João Valente e CHITAS, Paulo, *Portugal e a Europa: os Números*, Lisboa, FFMS, 2013
- SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007
- SEN, Amartya, *A Ideia de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2012 (trad. Nuno Castello-Branco Bastos)
- SILVA, João Nuno Calvão, *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008
- SILVA, Filipe Carreira da, *O Futuro do Estado Social*, Lisboa, FFMS, 2013
- SILVA, Suzana Tavares da, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013
- SILVA, Suzana Tavares da, *Direito Fiscal: Teoria Geral*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013,
- SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011
- SILVA, Suzana Tavares da, “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, in *III.º Encontro de Professores de Direito Público*, Porto, 2009, p.11 (disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Suzana10.pdf).
- SIMÕES, Jorge, BARROS, Pedro Pita, e PEREIRA, João, (coordenação), *A Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde*, Lisboa, Ministério da Saúde, 2008 (também em *Relatório Final da Comissão para a Sustentabilidade do Financiamento do Serviço Nacional de Saúde*, Lisboa, 2007 - disponível em: <http://www.min-saude.pt/NR/rdonlyres/050CB0A2-7ACC-4975-A1E4-4312A1FBE12D/0/RelatorioFinalComissaoSustentabilidadeFinanciamentoSNS.pdf>)
- SIMÕES, Jorge, *Retrato Político da Saúde: Dependência do Percorso e Inovação em Saúde: da Ideologia ao Desempenho*, Coimbra, Almedina, 2009
- VALE, Luís Meneses do, “A Jurisprudência do Tribunal Constitucional Sobre o Acesso Às Prestações Concretizadoras do Direito à Protecção da Saúde. Alguns Momentos Fundamentais”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 12, 2006
- VALE, Luís Meneses do, *A Responsividade nos Sistemas de Saúde: o Exemplo da OMS*, Coimbra, Coimbra Editora, Separata de: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, 2010

VALE, Luís Meneses do, “As Taxas Moderadoras e o Financiamento do Serviço Nacional de Saúde: elementos para uma perspectiva constitucional”, in *A Reforma do Sector da Saúde: uma Realidade Iminente?* (coord. Nazaré da Costa Cabral, Olívio Mota Amador e Guilherme Waldemar d’Oliveira Martins), Coimbra, Almedina, 2010

VALE, Luís Meneses do, “O Direito à Saúde na União Europeia em Perspectiva Diacrónica: Elementos para uma Genealogia do artigo 35.º da CDFUE”, in *Nascer e Crescer, revista do hospital de crianças maria pia*, n.º 4, vol. XX, ano 2011 (disponível em: http://repositorio.chporto.pt/bitstream/10400.16/1297/1/09a_PerspectivasBioetica_20-4.indd.pdf)

VALE, Luís Meneses do, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde: Contributo para uma Perspectiva Jurídico-Constitucional*, Coimbra, 2007

VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2012

VASQUES, Sérgio, *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Coimbra, Almedina, 2008

XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, vol I, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1974

OUTRAS FONTES

<http://www.acss.min-saude.pt/>

<http://www.dgs.pt/>

<https://www.ers.pt/>

<http://www.infarmed.pt/>

<http://www.ordemenfermeiros.pt/>

<http://www.ordemfarmaceuticos.pt/>

<https://www.ordemdosmedicos.pt/>

<http://www.portaldasaude.pt/>

