

REGULAÇÃO DA SAÚDE EM PORTUGAL

João Nuno Calvão da Silva e Licínio Lopes Martins
Assistentes, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

1 – Estado Regulador¹

1.1 - Estado-Regulador: caracterização geral

Ao longo da história da Humanidade a estrutura da Administração Pública foi evoluindo, falando-se desde os anos 80/90 do séc. XX na existência de um Estado-Regulador.

Sob forte impulso da União Europeia, assistimos a um amplo movimento de privatizações dos antigos serviços públicos e de liberalização de sectores anteriormente sujeitos a monopólios estatais.

Entende-se que o mercado e as regras da concorrência asseguram o direito de iniciativa económica, a liberdade de empresa e a liberdade de circulação de serviços, constituindo as melhores vias de promoção do desenvolvimento económico, do bem-estar e justiça social.

Consequentemente, o Estado deixa de ser (somente) agente produtor e prestador de serviços económicos – o Estado Administrador ou Estado de Serviço(s) Público(s) –, para passar a deter uma responsabilidade de controlo de funcionamento do mercado.

Na verdade, a administração prestadora de bens e serviços e conformadora da vida social, isto é, o Estado Social ou Estado-Providência, emergente das Guerras Mundiais e da Grande Depressão de 1929, mostrou ineficiência na gestão da *res publica*, ao ser responsável por grandes défices e subsequente oneração fiscal dos contribuintes.

¹ Sobre a nova intervenção do Estado na vida económica e social, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 35-114, e, do mesmo autor, “O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os serviços de Interesse Económico Geral”, in *Temas de Integração*, n.º 20, 2.º Semestre de 2005, 175-181, obras que acompanhamos de perto na elaboração deste capítulo.

Deste modo, a passagem dos serviços públicos para as mãos de privados, a redução do peso do Estado e o primado da liberdade de empresa e do mercado voltam a oferecer-se como as melhores soluções de prover à satisfação das necessidades colectivas.

No entanto, o Estado-Regulador dos nossos dias, cuja pedra angular é o funcionamento da economia de mercado, não se confunde com o Estado Liberal do séc. XIX, assente nas ideias do *laissez-faire*, *laissez-passer* e do abstencionismo público.

Com efeito, o séc. XIX corresponde ao triunfo dos ideais da livre iniciativa económica e da autonomia de gestão dos privados, devendo o Estado limitar o seu papel ao mínimo (Estado guarda-nocturno). A força reguladora espontânea da “mão invisível” do mercado encontraria naturalmente as melhores condições de prossecução do bem comum, constituindo, por isso, a regulação estadual uma intromissão perniciosa para os consumidores e sociedade em geral.

Ora, nos tempos hodiernos, entende-se que “a ‘mão invisível’ do mercado carece da ‘mão visível’ da Regulação Pública”², isto é, a lógica da concorrência deve ser temperada pelo Estado, no âmbito de uma responsabilidade de controlo e garantia da própria iniciativa privada.

Com efeito, o livre jogo das forças de mercado apresenta falhas, cumprindo ao Estado regular o modo como os agentes privados prestam os serviços anteriormente por si assegurados, só assim se defendendo o funcionamento da concorrência e os interesses dos consumidores.

Destarte, incumbe ao Estado regulamentar as actividades económicas, fiscalizar o cumprimento das regras e sancionar eventuais infracções. São estas as tarefas do Estado-Regulador: disciplinar, supervisionar e, se necessário, sancionar³.

Dito de outro modo: “a desregulação não significou o fim de toda a

2 Vide Vital Moreira, “Um marco regulatório: a Lei Sarbanes-Oxley”, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação* (Maria Manuel Leitão Marques / Vital Moreira), Almedina, Coimbra, 2003, pág. 274.

3 Ao longo do presente texto, entendemos regulação como a intervenção estadual na economia. De acordo com este sentido genérico ou amplo, o conceito de Regulação abrange o estabelecimento de regras para as actividades económicas (regulamentação), a tutela ou controle dessas actividades (supervisão) e a aplicação de sanções (*maxime*, coimas e sanções acessórias) às infracções, eminentemente administrativas, cometidas pelos agentes económicos. Contudo, sabemos que as expressões supervisão, regulação e regulamentação são muitas vezes usadas (confundidas?) como sinónimos pela lei e doutrina. Sobre a diversidade de sentidos atribuídos àqueles conceitos na literatura jurídica e diplomas legais, vide Barbosa de Melo, *Direito Constitucional e Administrativo da Banca, da Bolsa e dos Seguros*, apontamentos policopiados, Coimbra, 2004/2005, pág. 33 e ss.

regulação”⁴, porquanto se defende a necessidade da regulação estadual para corrigir as crises de funcionamento do mercado (regulação económica) e garantir outros interesses sociais (regulação social da economia)⁵.

A regulação pública actual visa, antes de mais, garantir os mecanismos de funcionamento da concorrência, evitando, designadamente, certas concentrações de empresas e abusos de posições dominantes⁶. Como ensina Vital Moreira, “deixado a si mesmo o mercado pode ser suicidário (...). Importa, portanto, regular o mercado para garantir a concorrência”⁷.

Por outro lado, a regulação tem como objectivo a tutela dos consumidores, a protecção do ambiente e outros interesses públicos que o livre funcionamento do mercado pode pôr em causa.

Por último, compete ainda ao Poder Público assegurar o cumprimento das obrigações de serviço público, isto é, dos encargos correspondentes às necessidades essenciais de todos os cidadãos (obrigações de serviço universal).

1.2. Estado – Regulador: obrigações de serviço público

Independentemente de os tradicionais “serviços públicos” continuarem a ser prestados pelo Estado, directamente ou por sua incumbência (concessão a empresas públicas ou privadas) e em regime de exclusivo ou monopólio, ou por operadores privados em regime de concorrência, há necessidades dos cidadãos que têm sempre de ser satisfeitas.

No entanto, a lógica dos privados orienta-se, primordial ou exclusivamente, por um escopo lucrativo, o que será frequentemente incompatível com a satisfação de interesses a que todos têm direito.

Dito de outro modo: nem sempre a racionalidade económica do mercado conduz à satisfação das necessidades sociais fundamentais da comunidade, embora estas tenham de ser garantidas a todos, dada a sua essencialidade.

Cabe, por isso, ao Estado programar, orientar e disciplinar a liberdade do mercado, de modo a garantir o cumprimento das “obrigações de serviço universal”

4 Vide Giandomenico Majone, *La Communauté européenne: Un Etat régulateur* (tradução de Jean-François Baillon), Montchrestien, Paris, 1996, pág. 21).

5 Vide Vital Moreira, *Auto-Regulação profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 22 e 23.

6 Sobre as políticas de defesa da concorrência a nível europeu e nacional, vide Manuel Lopes Porto, *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 272 e ss.; e, do mesmo autor, *Economia, um texto introdutório*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 179 e ss.

7 Vide Vital Moreira, “Serviço Público e Concorrência. A regulação do sector eléctrico”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 227.

ou “obrigações de serviço público”, sancionando os operadores inadimplentes.

Deste modo, todos os cidadãos (princípio da universalidade), sem discriminações injustificadas (princípio da igualdade), devem ver satisfeitas aquelas necessidades fundamentais.

Por outro lado, os *serviços de interesse geral* têm de ser prestados de forma contínua (princípio da continuidade), com níveis adequados de qualidade e segurança (princípio da qualidade do serviço), garantindo-se, o mais possível, a participação e informação dos utentes (princípio da participação e da transparência).

2 – Intervenção estadual na saúde em Portugal

2.1. Novas exigências regulatórias

Como vimos *supra* (cfr. 1), a Administração prestadora do Estado Social revela-se ineficiente. O Estado Providência, ao assumir um cada vez maior número de tarefas económicas e sociais, vê a sua intenção de resolver tudo traída pela finitude dos meios ao seu dispor.

Por outro lado, ao criar nos cidadãos um sentimento de dependência⁸ relativamente aos poderes públicos, o Estado de prestações, também denominado por Estado de Administração⁹, limita a criatividade e o espírito de iniciativa privados.

Destarte, por volta dos anos 70 do séc. XX, assistimos a uma reestruturação da Administração Pública e a uma mudança do modelo de Estado: surge o designado Estado Regulador.

O Estado Regulador, por alguns designado como Estado Pós-Social¹⁰, caracteriza-se por um acentuado recurso a formas jurídico-privadas de organização e actuação administrativas. A busca da eficiência na gestão da *res publica* passa pela desintervenção estadual e por uma revalorização do papel da sociedade civil.

8 Como ensina Vasco Pereira da Silva, “A passagem de uma Administração agressiva para uma Administração prestadora trouxe consigo o aumento da dependência do indivíduo relativamente aos poderes públicos”, (itálico nosso). Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 74.

9 Para Vasco Pereira da Silva, a expressão “Estado de Administração” (*Administrative State*, *Verwaltungsstaat*) é bem sugestiva, porquanto “o Estado social pode ser caracterizado precisamente pela actividade administrativa, já que, de acordo com o novo figurino estadual, a sua principal missão é a de assegurar o bem estar dos indivíduos e da sociedade”, *idem*, pág. 74.

10 Na doutrina nacional, vide Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 47 e ss. e Vasco Pereira da Silva, *ob. cit.*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 122 e ss. Não utilizamos a expressão “Pós-Social” por ser susceptível de interpretação errónea: a de que, com a crise (esgotamento?) do modelo do Estado-Providência, o Estado demite-se do seu papel social, em prol do livre funcionamento do mercado.

Naturaliter, também no Sistema de Saúde Português, em especial no Serviço Nacional de Saúde, é patente a mudança de paradigma, deixando o Estado de monopolizar todas as funções neste domínio, salientando-se a tendência para a compressão do sector público em prol da iniciativa privada.

2.1.1. Empresarialização do serviço público de saúde

Associadas à necessidade de serviços públicos mais eficientes e menos burocráticos andam as ideias de reforma e modernização administrativas (o *New Public Management*): propõe-se a introdução de métodos de natureza empresarial, isto é, a adopção de modelos de gestão tipicamente privados como forma de melhorar o desempenho e a qualidade da Administração Pública.

Deste modo, a empresarialização do aparelho administrativo estadual traduz-se numa aproximação do modo de funcionamento deste aos parâmetros privados: gestão por objectivos, avaliação do desempenho, preocupação com a satisfação do cidadão-utente, enfim, a criação de uma cultura baseada na exigência e no mérito¹¹.

No âmbito do serviço público de saúde, como ensina Licínio Lopes Martins, “empresarializar significa ainda (...) introduzir uma separação nas funções tradicionais do Estado, deixando este de integrar as funções de prestador – de prestador directo – e de financiador, passando a assumir esta última, substituindo-se aos utentes no pagamento dos serviços prestados pelas entidades públicas empresariais¹². Nisto se concretiza o princípio da separação entre a entidade

11 Cfr., em Portugal, a Lei n.º 10/2004, de 22 de Março, sobre o Sistema Integrado de Avaliação do Desempenho da Administração Pública e a Lei n.º 15/2006, de 26 de Abril, que fixa os termos de aplicação daquele sistema, e o Decreto-Lei n.º 116/2007, de 27 de Abril, que cria a Agência para a Modernização Administrativa. Na doutrina, cfr. Andre G. Delion / Michel Durupty, “Chronique du secteur public économique”, in *Revue Française d'Administration Publique*, n.º 104, École Nationale d'Administration, 2002, págs. 703-714; George Boyne, “Planning, Performance and Public Services”, in *Public Administration*, vol 79, n.º 1, 2001, pág. 73 e ss.; João Bilhim, “Problemas de gestão por objectivos na Administração Pública Portuguesa”, in *Forum 2000. Renovar a Administração, Gestão por objectivos na Administração Pública*, Lisboa, 1998, pág. 38 e ss.; Maria Manuela Valadares Tavares, *Estratégia e Gestão por objectivos*, 2.ª edição, Lisboa, 2004, pág. 211 e ss.; Rui Marcos, *A Gestão por Objectivos e o sistema de avaliação do desempenho da Administração Pública*, (separata), Coimbra, 2006; Yan Sanderson, “Evaluation, Policy learning and Evidence-Based Policy Making”, in *Public Administration*, vol. 80, n.º 1, 2002, pág. 2 e ss.

Sobre a compatibilidade do New Public Management com princípios fundamentais da nossa Constituição, vide Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade do New Public Management com os princípios constitucionais*, (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002.

12 Em Portugal, recentemente, procedeu-se à transformação dos “Hospitais, SA”, entidades de direito privado sujeitas à lei do sector empresarial do Estado e ao Código das Sociedades

financiadora e a entidade prestadora de cuidados de saúde”¹³.

2.1.2. Contratos de gestão de estabelecimentos públicos de saúde

A empresarialização dos serviços públicos pode também concretizar-se na sua gestão por entes privados, modelo, este sim, de verdadeira privatização¹⁴.

Com efeito, diferentemente da empresarialização (*stricto sensu*) referida acima (cfr. 2.1.1.), há casos em que o Estado transfere para outra entidade, normalmente privada, o poder de gestão dos estabelecimentos, mantendo, porém, a respectiva propriedade.

No domínio da saúde, por exemplo, há hospitais (públicos) cuja gestão é entregue a entidades privadas, através de contratos de concessão ou outros

Comerciais, em entidades públicas empresariais, pessoas colectivas de direito público sujeitas ao regime estabelecido no capítulo III do Decreto-Lei n.º 558/99. Através desta nova reestruturação do Serviço Nacional de Saúde operada pelo Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, os “Hospitais, EPE” ficarão sujeitos a um regime mais estrito ao nível do poder de superintendência do Ministro da Saúde e dos poderes de tutela conjunta dos Ministros de Estado e das Finanças e da Saúde (cfr. art. 5.º, do Decreto-Lei n.º 93/2005). Na verdade, aquelas sociedades anónimas, como pessoas colectivas distintas dos seus accionistas, não estão, contrariamente às entidades públicas empresariais, sujeitas (directamente...) aos poderes de superintendência e tutela do Executivo, mas apenas às orientações estratégicas definidas pelo Conselho de Ministros, nos termos do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 558/99. Consagrou-se, assim, o que já há algum tempo vinha sendo defendido por Paz Ferreira, o qual, criticando a opção legal pela criação de empresas públicas sob a forma de sociedades anónimas, defendia “que a natureza dos hospitais e da actividade por eles desenvolvida, bem como a integração no sistema nacional de saúde, pareceriam apontar no sentido de garantir uma maior possibilidade de intervenção pública, que seria assegurada pelo modelo das entidades públicas empresariais”. *Vide Paz Ferreira, Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito – Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 239. Sobre estas modalidades de organização dos estabelecimentos hospitalares, *vide* Licínio Lopes Martins, “Noção e tipo de empresas públicas no Direito Português: Em especial as Empresas Públicas no Sector da Saúde”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIV, Coimbra, 2008, pág. 767 e ss, e João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado...*, cit, págs. 49-50.

13 *Vide* Licínio Lopes Martins, *Direito administrativo da saúde*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume III, coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 288.

14 De acordo com o texto constitucional português (cfr. artigo 82º da CRP), o fenómeno da privatização reduz-se à transferência da esfera pública para a esfera privada da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção. Na doutrina, afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “não restam dúvidas que na Constituição (...) os termos “privatização” e “reprivatização” são utilizados no primeiro dos sentidos acima referidos (que é também o sentido mais frequente), ou seja, como transferência total ou parcial da propriedade e/ou gestão de empresas e/ou bens públicos para entidades privadas, falando-se em reprivatizações nos casos em que se trata de bens antes nacionalizados (arts. 85.º e 296.º)”, *vide* Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, pág. 998.

contratos administrativos similares (v.g., Hospital do Professor Doutor Fernando da Fonseca, vulgo Hospital Amadora-Sintra, até 2008)¹⁵.

2.1.3. *Outsourcing de serviços aos privados*

No âmbito da crescente relevância da actividade contratual da Administração Pública¹⁶, assistimos recentemente a um movimento generalizado de utilização do *outsourcing* por parte das diversas entidades públicas.

15 Sucintamente, “a concessão administrativa pode ser definida como 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”, *vide* Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins (com a colaboração de Dulce Lopes), “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in *Estudos de Regulação Pública I*, (organização de Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 226.

Sobre o conceito de concessão de serviços públicos, sua evolução, seus pressupostos, funções e elementos essenciais, e distinção de figuras próximas, *vide* Pedro Gonçalves, *A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Almedina, Coimbra, 1999, em especial pág. 101 e ss.

16 De acordo com a maioria da doutrina germânica, o acto administrativo perde o lugar central na relação administração-indivíduo, sendo substituído pela noção de Relação Jurídica. Por sua vez, a doutrina italiana aponta a categoria do Procedimento Administrativo como alternativa dogmática ao acto administrativo. Neste sentido, em Portugal, *vide*, Vasco Pereira da Silva, *Em busca do ..., cit.*, em especial, pág. 149 e ss.

Em sentido diverso, Vieira de Andrade afirma: “a concepção de acto administrativo como acto de autoridade não é incompatível com a concepção da relação jurídica, que inclui naturalmente o acto administrativo como um dos actos jurídicos mais importantes, na medida em que regula a esfera jurídica dos particulares, com efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos, de deveres e de «sta-tus»”.

Por outro lado, continua o autor, “a figura do procedimento vem permitir a distinção entre os actos procedimentais, conforme a função que cumpram no conjunto, de modo que, em vez de contribuir para a substituição do acto administrativo, leva, sim, a uma revalorização de um conceito restrito de acto administrativo como acto regulador”.

Conclui, assim, este Professor de Coimbra: “o acto administrativo, apesar da perda de hegemonia, continua a ser um dos pólos de construção do direito administrativo, directamente relacionado com os conceitos de procedimento e de relação jurídica, como forma típica de actuação administrativa, enquanto se mantiver o sistema de administração executiva” *Vide* Vieira de Andrade, “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de «acto administrativo» no nosso tempo”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica*, 61, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, em especial págs. 1203-4, 1205 e 1211.

Para além de poder pôr em causa a teoria das formas de actuação administrativa e o protagonismo do acto administrativo, o fenómeno da contratualização do poder público provoca a diluição das fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado, levanta questões ao nível da delimitação de competências entre tribunais administrativos e tribunais comuns e quanto às inter-relações entre meios processuais no contencioso administrativo. *Vide* Maria João Estorninho, *Contratos da Administração Pública. Esboço de Autonomização Curricular*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 11.

Mediante o recurso ao contrato de *outsourcing*, o Estado confia a empresas privadas externas (“externalização”) a realização de trabalhos importantes para a prossecução das suas atribuições, mas para as quais as entidades públicas não se encontram vocacionadas.

Deste modo, o Estado liberta os serviços públicos para o desempenho das suas tarefas essenciais e consegue eficiência na execução das outras actividades. A “externalização” pode portanto ser uma boa solução para o “emagrecimento” do aparelho estadual e para a redução das despesas orçamentais.

No sector em análise, é frequente a contratação da prestação de cuidados de saúde a entidades privadas e a instituições do sector social e cooperativo (misericórdias, instituições particulares de solidariedade social), *maxime* através da celebração de convenções¹⁷.

Tratando-se, no fundo, da substituição do Estado por privados em área socialmente tão sensível, é fundamental que as entidades (privadas) com quem o Estado contrata estejam devidamente licenciadas¹⁸ e sejam fiscalizadas com rigor.

2.1.4. Parcerias público-privadas (PPP's)

2.1.4.1. Parcerias público-privadas (PPP's): notas gerais

Lato sensu, as PPP's podem ser definidas como todas as formas de colaboração entre poderes públicos e empresas privadas. Com esta ampla acepção, as PPP's abrangem múltiplos fenómenos de associação entre entidades públicas e privadas, bem como os incentivos estatais ao sector privado¹⁹.

Na tentativa de restringir a extensão do conceito de PPP's e a heterogeneidade do seu âmbito, Paz Ferreira e Marta Rebelo propõem a “identificação das PPP com um modelo de delegação, por uma entidade pública numa entidade privada, da responsabilidade de execução ou prestação, manutenção e financiamento de uma obra, infra-estrutura ou serviço público, por um período temporal suficientemente longo para que se torne possível a amortização do investimento privado”²⁰.

O legislador português, no Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, diploma

17 O regime geral destas convenções encontra-se disciplinado no Decreto-Lei n.º 97/98, de 18 de Abril.

18 Cfr. Decreto-Lei n.º 13/93, de 15 de Janeiro, e diplomas complementares.

19 *Vide* Paz Ferreira, *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001, pág. 295 e ss.

20 *Vide* Paz Ferreira / Marta Rebelo, “O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal”, in *Revista de Direito Público da Economia*, Ano 1, n.º 4, Belo Horizonte, 2003, pág. 66.

No entanto, como estes autores reconhecem, mesmo uma acepção estrita de PPP's envolve realidades muito diversas. Com efeito, Paz Ferreira e Marta Rebelo admitem “que, mesmo recorrendo a um conceito restrito de PPP, ainda assim nos confrontamos com uma realidade de conteúdo amplo”, *idem*, pág. 66.

regulador das PPP's²¹, optou também por um conceito amplo: “entende-se por parceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado” (art. 2.º, n.º 1).

Por seu turno, ao nível comunitário, as PPP's são definidas como “formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço”²².

Atendendo à amplitude inerente a qualquer noção de PPP's, julgamos preferível apontar os seus elementos essenciais, isto é, as características típicas da maioria dos contratos²³ que está na base das parcerias.

21 O Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, foi entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, visando-se acautelar as “situações de onerosidade para o Estado, relativamente às expectativas iniciais ou mesmo aos termos efectivamente contratados, em que não se verifica uma efectiva transferência de risco para os parceiros privados ou em que, pelo menos, o parceiro público assume compromissos ou assegura taxas de rendibilidade dos capitais privados sem correspondência no perfil de risco efectivo do projecto” (cfr. preâmbulo).

Se os fins do novo diploma merecem o nosso aplauso, criticamos, porém, o centralismo excessivo do Ministério das Finanças no processo de constituição e acompanhamento de PPP's. Paradigmático é o art. 8.º, n.º 1, que passa a estabelecer:

“Os ministros das tutelas sectoriais que pretendam iniciar processos de parceria público-privada devem notificar o Ministro das Finanças, para efeitos de constituição de uma comissão de acompanhamento da preparação e da avaliação prévia do projecto, apresentando o respectivo estudo estratégico e as minutas dos instrumentos jurídicos para a realização do procedimento prévio à contratação”.

Deste e de outros preceitos, pode concluir-se pelo reforço da linha estatizante e burocrata que João Canto e Castro já criticava no regime jurídico do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril. Este autor pronunciava-se pela “desnecessidade de um enquadramento legal sobre PPP onde o Ministério das Finanças tem uma intervenção tão «pesada» e burocratizante”. Vide João Canto e Castro, “DL 86/2003 – Uma perspectiva jurídico-política sobre o regime das parcerias público-privadas”, in *Revista de Ciência Empresariais e Jurídicas*, n.º 5, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Instituto Politécnico do Porto, 2005, pág. 120.

22 Cfr. *Livro Verde sobre as parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, Bruxelas, 30/04/04 COM(2004) 327 final, pág. 3.

23 O art. 2.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 86/2003, elenca, embora não taxativamente, os contratos reguladores das PPP's: o contrato de concessão de obras públicas (al. a)), o contrato de concessão de serviço público (al. b)), o contrato de fornecimento contínuo (al. c)), o contrato de prestação de serviços (al. d)), o contrato de gestão (al. e)), o contrato de colaboração nos termos previstos na al. f). Excluídos do âmbito de aplicação daquele diploma ficam, nos termos do art. 2.º, n.º 5, as empreitadas de obras públicas (al. a)), os arrendamentos (al. b)) e os contratos públicos de aprovisionamento (al. c)).

Assim, de um modo geral, as PPP's caracterizam-se pelos seguintes elementos:

- partilha de riscos entre as entidades públicas e privadas, com efectiva transferência daquelas para o sector privado;
- durabilidade dos relacionamentos contratuais²⁴ ;
- investimentos vultosos²⁵;
- papel fundamental do agente económico privado na concepção, realização e sobretudo, no financiamento²⁶ do projecto.

2.1.4.2. Parcerias público-privadas (PPP's) na saúde

Em Portugal (e na Europa, em geral...), o recurso a diferentes formas de associação com os agentes privados tem sido instrumento fundamental para ultrapassar as constricções orçamentais impostas pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC), porquanto permite um efeito de “desorçamentação” e consequentemente a não ultrapassagem dos limites do défice público.

Destarte, temos assistido a uma tendência de recrudescimento do recurso a PPP's nos mais diversos sectores económicos: a exploração de serviços e a criação de infra-estruturas nos domínios dos transportes, da água, do gás, das telecomunicações, do turismo, do desporto, da investigação e do desenvolvimento tecnológico, entre outros, são recorrentemente objecto de PPP's.

Também na saúde, em Portugal, são importantes as PPP's, assumindo a entidade privada “a responsabilidade da concepção, da construção e/ou da gestão, assegurando também o respectivo financiamento (é o que sucede na construção de hospitais novos ou de substituição)”^{27/28}.

Actualmente, em Portugal, todos os hospitais em construção - ou cuja construção está projectada – encontram-se sujeitos ao regime das PPP's em saúde, aprovado pelo Decreto-lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

24 O art. 2.º, n.º 5, al. e) do Decreto-Lei n.º 86/2003, estabelece um prazo superior a 3 anos.

25 Nos termos do art. 2.º, n.º 5, al. d), do Decreto-Lei n.º 86/2003, ficam excluídos da aplicação deste diploma “todas as parcerias público-privadas que envolvam cumulativamente um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros”.

26 Sobre o *project finance*, vide João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado...*, cit, págs. 56-61, e Gabriela Figueiredo Dias, “Project Finance (primeiras notas)”, in *Miscelâneas*, n.º 3, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2004.

27 Vide Licínio Lopes Martins, *Direito administrativo da saúde...*, cit, pág. 287.

28 Em termos de disciplina normativa das PPP's na saúde em Portugal, cfr. Resolução do Conselho de Ministros de 16 de Novembro de 2001, que criou a estrutura de missão designada por Parcerias Saúde, e o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto.

De acordo com a noção legal, as PPP's na área da saúde – também designadas por PPP's em saúde – envolvem uma ou mais das actividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração dos estabelecimentos integrados ou a integrar no Serviço Nacional de Saúde, com transferência e partilha de riscos e recurso a financiamento de outras entidades (nº 2, do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto). Segundo o Despacho nº 19946/2002, de 10 de Setembro, estava prevista a construção de 10 hospitais, uns de substituição e outros integralmente novos. Todos eles ao abrigo do designado regime das PPP's em saúde.

No momento em que aquele diploma legal foi aprovado o Programa do Governo apontava no sentido de as entidades privadas assumirem a responsabilidade integral, isto é, responsabilizarem-se pela concepção, financiamento, construção e posterior exploração/gestão dos hospitais, sendo que os contratos de gestão não podem exceder o prazo de 30 anos, podendo ser prorrogado nos termos fixados nos documentos contratuais. A entidade privada recuperaria o investimento feito com a gestão/exploração do hospital.

Contudo, posteriormente, em 2008, o Governo veio a redefinir, em parte, o programa das PPP's em saúde, definindo que às entidades privadas caberia a concepção, financiamento e construção dos hospitais, sendo depois entregues ao Estado, que assumiria a respectiva gestão.

Contudo, neste segundo caso, a remuneração da entidade privada continua a depender da disponibilidade da obra – isto é, da disponibilidade do hospital – e da respectiva exploração por parte do Estado. Ou seja, a entidade privada será ainda remunerada pela exploração/gestão do hospital que é feita directamente pelo Estado, a qual apenas se inicia a partir do momento em que aquela entidade disponibilize o hospital ao Estado, para este dar início ao seu funcionamento.

2.2. Saúde como Serviço de Interesse Geral (SIG)

Num sector vital como a saúde, é fundamental que a liberalização dos mercados seja acompanhada da garantia aos consumidores da existência de um serviço público eficaz e de qualidade, bem como de outros objectivos de índole social.

Por outras palavras: podemos falar na existência de um direito dos cidadãos a um mínimo de prestações económicas e sociais, a definir por cada Estado²⁹ e

²⁹ No âmbito do princípio comunitário da subsidiariedade, compete aos Estados a definição dos SIG e das entidades, públicas ou privadas, responsáveis pela sua prestação, pois as autoridades nacionais conhecem melhor as realidades do seu país e as necessidades dos seus cidadãos do que as instituições europeias.

Não obstante a definição dos interesses gerais caber na esfera de soberania dos Estados, a qualificação de um serviço como SIG pode ser sindicada pela Comissão Europeia e pelo Tribunal

a satisfazer de acordo com certos princípios. Entre essas prestações, conta-se, hodiernamente, a prestação de cuidados de saúde.

2.2.1. Concorrência na saúde

Pelo exposto *supra* (cfr. 2.1.), em Portugal, como sintetiza Licínio Lopes Martins,

“o Estado criou uma espécie de ‘mercado público’ da saúde, ou, pelo menos, introduziu ou impulsionou a introdução no sistema de aspectos próprios dos sectores abertos ao mercado – a competitividade entre os estabelecimentos públicos, o pagamento contratual da produção efectivamente realizada, associada à lógica empresarial da obtenção de resultados, a competitividade, senão mesmo concorrência com o sector privado da saúde, etc.”³⁰.

Mutatis mutandis, no sector da saúde em Portugal há concorrência de dupla índole:

1. competitividade no denominado “mercado administrativo”³¹, isto é, concorrência intra-sector público (*maxime* entre “Hospitais EPE’s”), impulsionada pela lógica empresarial subjacente ao actual serviço público de saúde (cfr. 2.1.1.);
2. concorrência entre os operadores públicos e os sectores privado (“mercado privado”³² da saúde) e social³³.

2.2.2. Saúde e princípios de serviço público

Não obstante a abertura aos privados e operadores sociais no Sistema

de Justiça da União Europeia (TJUE), mas apenas em casos de erro manifesto de apreciação. Particularmente relevante neste domínio tem sido a jurisprudência comunitária do TJUE. Mais desenvolvidamente, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado...*, *cit*, pág. 223 e ss.

30 *Vide* Licínio Lopes Martins, *Direito administrativo da saúde...*, *cit*, pág. 289.

31 Trata-se de terminologia utilizada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, que criou a Entidade Reguladora da Saúde.

32 *Vide* Licínio Lopes Martins, *Direito administrativo da saúde...*, *cit*, pág. 292.

33 Licínio Lopes Martins salienta ainda a existência (complementar) de “subsistemas de saúde, públicos ou privados, como é o caso do sector social e dos subsistemas de saúde, públicos ou privados (entre os sistemas públicos temos, entre outros, o subsistema para os trabalhadores da Administração Pública do regime geral, o subsistema para os funcionários do Ministério da Justiça, para os militares e forças militarizadas, etc., e, entre os subsistemas privados, temos o exemplo do Serviço de Assistência Médico-Social do Sindicato dos Bancários, que é talvez o mais representativo).” *Vide* LICÍNIO LOPES MARTINS, *Direito administrativo da saúde...*, *cit*, pág. 292.

de Saúde Português, todos os cidadãos (princípio da universalidade)³⁴, sem discriminações injustificadas (princípio da igualdade), devem ver satisfeita a necessidade fundamental de prestação de cuidados de saúde, de forma contínua (princípio da continuidade)³⁵, com níveis adequados de qualidade e segurança (princípio da qualidade do serviço) e garantindo-se, o mais possível, a participação e informação dos utentes (princípio da participação e transparência)³⁶.

Numa palavra: nada impede a empresarialização de hospitais públicos, a delegação das unidades de saúde públicas em entidades privadas ou a concessão do serviço público de saúde a particulares desde que o sector privado fique sujeito aos princípios do serviço público³⁷, às regras do SNS.

2.3. Quadro institucional da regulação da saúde

2.3.1. Da necessidade de regulação (independente) em geral

Com as privatizações e liberalizações em voga na Europa desde os anos 70/80 do séc. XX, alteram-se as relações entre o Estado e a economia, tendo aquele despedido as

34 Tendo em conta que a gratuidade do fornecimento de bens e serviços essenciais à comunidade é incompatível com o movimento de privatizações e liberalizações, o princípio da universalidade concretizar-se-á na disponibilização daqueles bens e serviços a toda a comunidade, a preços acessíveis. No domínio da saúde, em Portugal, importa salientar o princípio constitucional da tendencial gratuidade dos serviços prestados, sendo o direito à protecção da saúde realizado “através de um serviço universal e geral, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito” (cfr. artigo 64º da Constituição da República Portuguesa). Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a *gratuidade tendencial* significa rigorosamente que as prestações de saúde não estão, em geral, sujeitas a qualquer retribuição ou pagamento por parte de quem a elas recorra, pelo que as eventuais taxas (v.g. as chamadas ‘taxas moderadoras’) ou contribuições para os custos (co-pagamento) são constitucionalmente ilícitas se, pelo seu montante ou por abrangerem as pessoas sem recursos, dificultarem o acesso a esses serviços”. *Vide* GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra editora, 2007, pág. 827.

35 Intimamente associada a esta ideia de permanência na prestação dos serviços de interesse geral está o princípio da adaptação, o qual traduz a mutabilidade ou o carácter evolutivo do interesse público subjacente às obrigações em análise. Sobre o princípio da adaptação, *vide* Pedro Gonçalves / Licínio Lopes Martins, *cit.*, pág. 213.

36 Licínio Lopes autonomiza um “princípio da equidade no acesso à prestação de cuidados de saúde, que apela à ponderação e até à prioridade no acesso aos cuidados de saúde em virtude de certos factores, como, por exemplo, factores de natureza médica ou técnico-científica, a comprovar necessidade terapêutica de tratamentos, ou factores de outra natureza, como a idade ou os os grupos etários, o trabalho, (...)”. *Vide* LICÍNIO LOPES MARTINS, *Direito administrativo da saúde...*, *cit.*, pág. 294.

37 Sobre os princípios de serviço público, ver, com maior desenvolvimento, João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado...*, *cit.*, pág. 213 e ss.

vestes de prestador para passar a desenvolver sobretudo tarefas de regulador (cfr. 1)³⁸.

Paralelamente à crescente desintervenção estadual na economia, o Estado Regulador caracteriza-se também pela “desgovernamentalização da regulação”³⁹ com as autoridades reguladoras, dotadas de independência (embora relativa) do Governo, a assumir a regulação do mercado.

São várias as razões normalmente apontadas para a atribuição da actividade reguladora a autoridades relativamente independentes do Governo⁴⁰: a neutralização política; o grau elevado de especialização atingido em áreas diversas; a tutela dos consumidores, do ambiente e de outros interesses especiais; a preocupação em distinguir as funções de prestador e de regulador, para assim se garantir a igualdade entre operador(es) do Estado e operador(es) privado(s); a necessidade de assegurar o acesso à rede a todos os operadores em condições iguais, no caso das indústrias de rede; a necessidade de aumentar a participação dos cidadãos; a garantia das obrigações de serviço público (cfr. 1.2.).

2.3.2. Regulação do sector da saúde em Portugal: a Entidade Reguladora da Saúde (ERS)

No contexto das novas exigências regulatórias a que aludimos (cfr. 2.1.) e com o intuito de garantir o cumprimento dos princípios de serviço público num mercado

38 Pedro Gonçalves fala do “Estado de garantia”, o qual é “chamado a assumir uma nova *posição de garante da realização de dois objectivos ou interesses fundamentais*: por um lado, o *correcto funcionamento dos sectores e serviços privatizados* (cf artigo 81º, al. f), da *Constituição*), e, por outro, a *realização dos direitos dos cidadãos*, designadamente dos direitos a beneficiar, em condições acessíveis, de *serviços de interesse geral*.” Vide Pedro Gonçalves, “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 537-538.

39 Vide Vital Moreira/Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes (Estudo e Projecto de Lei-Quadro)*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 10.

40 Sobre as razões da adopção do modelo das Autoridades Reguladoras Independentes, vide Daniel Terrón Santos, *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Estudios de derecho administrativo* (dirigida por Estanislao Arana Garcia), 10, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 15 e ss.; João Nuno Calvão da Silva, *O Estado Regulador...*, cit., págs. 182-183, José Lucas Cardoso, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição (contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente)*, Coimbra Editora, 2002, pág. 412 e ss.; María Salvador Martinez, *Autoridades independientes - un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pág. 344 e ss.; Mariano Magide Herrero, *Limites Constitucionales de las Administraciones Independientes, Instituto Nacional de Administración Pública*, Madrid, 2000, pág. 120 e ss.; Vital Moreira/Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras...*, cit., pág. 48 e ss.

cada vez mais aberto à concorrência com operadores privados e sociais (cfr. 2.2.), foi criada, em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, revisto pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio⁴¹, a Entidade Reguladora da Saúde (ERS).

2.3.2.1. ERS : independência e *accountability*

Em bom rigor, a ERS é um instituto público e não uma entidade integrante da administração independente, porquanto se encontra sujeita à superintendência e tutela governamentais (cfr. artigo 55.º).

No entanto, não podemos deixar de sublinhar alguns traços da dita “independência” (autonomia?) da ERS. Assim, não obstante a nomeação governamental (cfr. artigo 10.º, n.º 3), o mandato dos membros do Conselho de administração da ERS é mais longo do que as legislaturas (cfr. artigo 12.º), garantindo-se-lhes um certo estatuto de inamovibilidade (cfr. artigo 13.º). Em sede de independência orgânica, cumpre também salientar o apertado regime de incompatibilidades e impedimentos a que aqueles membros estão sujeitos (cfr. artigo 11.º).

Para além destas notas, “os membros do conselho de administração são independentes no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações administrativas nem de qualquer outra entidade externa” – independência funcional – (cfr. artigo 15.º). Mais, a existência de receitas próprias (suficientes?) reforça a “independência” desta entidade (cfr. artigos 27.º a 30.º).

Por outra banda, não pode deixar de ser realçada a sindicância de diversos poderes públicos sobre a actividade da ERS. Com efeito, a obrigação de apresentação de relatório anual sobre as tarefas regulatórias desenvolvidas (cfr. artigo 57.º, n.º 1), a presença do presidente, ou, eventualmente, de outro membro, do Conselho Directivo na comissão parlamentar competente quando requerida (cfr. artigo 57.º, n.º 3) e o controlo judicial (cfr. artigo 58.º) demonstram a significativa *accountability* da ERS, reforçando a sua legitimidade jurídico-política e democrática.

Por fim, tem de ser salientada a independência dos regulados, essencial para evitar o “perigo da captura do regulador pelos regulados”, evidenciada em disposições várias (cfr. artigos 4.º, n.º 2, e 11.º)

2.3.2.2. ERS: atribuições e poderes

No âmbito das atribuições da ERS, dispõe o artigo 33.⁴²:

“São objectivos da actividade reguladora da ERS, em geral:

41 De ora em diante, a indicação de qualquer preceito sem a indicação do respectivo diploma deve ser entendida como reportando-se ao Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio.

42 Para maiores desenvolvimentos sobre as atribuições da ERS, cfr. artigos 34.º a 39.º.

- a) Velar pelo cumprimento dos requisitos do exercício da actividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, nos termos da lei;
- b) Assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei;
- c) Garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes;
- d) Velar pela legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes do sistema;
- e) Defender a concorrência nos segmentos abertos ao mercado e colaborar com a Autoridade da Concorrência na prossecução das suas atribuições relativas a este sector;
- f) Desempenhar as demais tarefas previstas na lei.”

Para a prossecução destes fins, a ERS dispõe de competências regulamentares (cfr. artigo 39.º), de supervisão (cfr. artigos 42.º, 43.º e 45.º), sancionatórias (cfr. artigo 44.º, 51.º e ss), de resolução de litígios (cfr. artigo 57.º), consultivas, entre outras⁴³.

2.3.3. Regulação do sector da saúde em Portugal: outros organismos para além da ERS

Para além da ERS, a organização administrativa e a regulação da saúde em Portugal⁴⁴ envolvem vários organismos do Ministério da Saúde (Direcção – Geral de Saúde, Administração Central do Sistema de Saúde, Administrações Regionais de Saúde e Inspecção – Geral das Actividades em Saúde), bem como institutos públicos para segmentos mais específicos (v.g. Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento – INFARMED), sendo muitas vezes difícil garantir a devida articulação institucional em sector social tão importante.

43 Atenta a concentração de poderes de tipo legislativo, quasi-judiciais e executivos, bem como a independência em relação ao *indirizzo* político, as autoridades reguladoras (independentes), em geral, constituem, segundo muitos, um quarto poder ou poderes neutros. Neste sentido, segundo Tony Prosser, “os reguladores são em certo sentido «governos em miniatura»”, o que “suscita questões de *accountability*”. *Vide* Tony Prosser, *Law and the regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, págs. 305-306.

44 Sobre estes temas, mais desenvolvidamente, *vide* Maria João Estorninho, *Organização administrativa da Saúde. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008.